

RAPPORT INTRODUCTIF

par

François TERRE*

Droit et Religion. La relation est immémoriale, inépuisable en termes de composantes, de concepts, d'idéaux si fondamentalement porteurs de transcendances et d'espérances. Chacun sait que les définitions mêmes du droit sont singulièrement malaisées : ses frontières, son inachèvement, son inauguration. Aussi bien l'histoire des peuples, des sociétés et des Etats est naturellement marquée par celle des religions. Rien d'étonnant s'il y a lieu de rappeler un lien étroit entre les droits comparés et les religions comparées. Edouard Lambert, Mircea Eliade, même combat.

Pour le droit, ici n'insistons pas. Pour la religion, quelques précisions sont nécessaires. On ne tiendra pas compte des religions polythéistes, antiques ou modernes. Ni sur le panthéisme, le déisme, et même le théisme. A titre d'abord méthodologique, ou épistémologique, il convient de s'en tenir à ce qu'il est fait état à tort ou à raison, plutôt à tort théologiquement qu'à raison, selon nous, des « trois religions du Livre », lesquelles ne se comprennent bien que comme des religions du salut, convenant à des civilisations du péché, non à celles de la honte. Au reste l'Occident, et tout ce qu'il a entraîné dans son sillage, est si loin du chrysanthème et du sabre dépeints par Ruth Benedict. Religion du salut, mais aussi dans une perspective naturelle, religions prophétiques, ce qui ne signifie pas que tout se constitue dans l'avenir, ou plutôt dans l'ordre illimité d'une intemporalité à laquelle le nirvana permet d'aboutir. Il ne faut d'ailleurs pas confondre l'indifférence et la différence, la compassion et la charité, si tant est d'ailleurs que le bouddhisme puisse être considéré comme une religion.

Traits communs ou singularités, constantes et variables des trois religions dites du Livre, «ce qui, observe Charles Hérou, rend si difficile la recherche d'une solution à la question du Proche-Orient est que chacune des parties y défend sa part de sol et sa part de ciel » . Au-delà des diversités des écoles ou des rites, des schismes et des hérésies, des controverses théologiques et des interprétations juridiques, la considération variable tant du sol que du ciel rejoint encore des réflexions d'ampleur universelle. L'aspiration à une part du sol peut, dans les sociétés mélanésiennes, correspondre à la nécessité, d'ordre tellurique, d'une communication vitale avec la divinité par l'intermédiaire des arbres, relation que la propriété de type romaniste ne pouvait rompre. Les juristes d'Occident ont d'ailleurs mis longtemps à comprendre la leçon des « argonautes du pacifique occidental ». Quant au ciel, il peut aussi être perçu autrement qu'en termes de paternité : fils du ciel, l'empereur chinois gouverne l'univers en se comportant comme un modèle, lui-même soumis à des exigences d'ordre cosmique. Eternelle question : gouverne-t-on les hommes par les hommes, ou les hommes par les lois ? Si réduit que soit son rayonnement autant que ses racines lointaines, telluriques ou cosmiques, on admet volontiers que le droit est médiation ou médiateur et qu'à ce titre, il est nécessairement affecté par la religion.

Ce qui, présentement, essentiellement même, nous retient est, à ce sujet, le coefficient religieux. Car, observait récemment un auteur, « c'est, plus encore que d'un des éléments du débat, d'un coefficient qu'il s'agit, autrement dit, s'il faut en croire le dictionnaire, d'un « nombre qui, mis devant une quantité algébrique, en multiplie la valeur ». C'est signifier que, dans l'opération spécifique dont nous nous occupons aujourd'hui, une chose, un fait, un

* Membre de l'Institut, Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas (Paris II).

événement quels qu'ils soient ne sont pas seulement cette chose particulière, ce fait ou cet événement précis mais, affectés par le coefficient dont je viens de parler, qu'ils sont simultanément repris et représentés dans la conscience collective des uns et des autres – voire au niveau de l'inconscient collectif dans son ensemble «La position de l'islam sunnite», par Salah Stéitié, in *Le facteur religieux dans les conflits du Moyen-Orient*, Colloque Fondation Singer-Polignac, 1998, p.11) .

Dans l'histoire du Proche-Orient, l'influence du coefficient religieux a été de pair avec celle de relations internationales singulièrement troublées : Babylone, guerres médiques, conquêtes romaines, empires d'Orient, Islam et croisades, colonisation et décolonisation. Les conflits mondiaux au XX^e siècle ont bouleversé les frontières, opposé les croyances, favorisé les ambitions politiques. La première guerre mondiale a recouvert le facteur religieux sans supprimer son influence. La seconde, du fait de la Shoah et de ses répercussions immenses et durables a été la cause de catastrophes. Il est bien évident que cette évolution a entraîné, notamment par terrorismes et prises d'otages, attentats et représailles, une réflexion renouvelée sur les relations entre la violence et le droit. Parce que celui-ci, ONU interposée ou médiatrice, attribue des territoires, reconnaît des souverainetés et consacre des prérogatives, il ne se veut pas simplement irénique, il est aussi polémogène. Lieu de distinction, il est en même temps lieu de rencontre et forcément générateur de ces antagonismes et de ces conflits qu'il est, par conséquent, seul à même de résoudre. Et là où il se place, de par son essence même, il entretient des rapports nécessaires avec la révélation et avec la théologie.

Droit, religion et révélation ? ce dernier mot permet de circonscrire le champ de la réflexion et de négliger ici la religion des païens qui est « naturelle ». « Le facteur religieux que nous voyons à l'œuvre, écrit un auteur (G. de Broglie, Colloque précité, p.9), n'est pas la traduction pure de l'idée religieuse. Les trois religions monothéistes ne sont pas, par fondation, antagonistes. Elles peuvent au contraire entretenir des relations conformes à leur idéal. Le symbole de leur parenté pourrait être Jérusalem. Mais les forces religieuses qui agissent empruntent des formes religieuses dégradées. C'est du moins l'opinion des plus hautes autorités dans les trois religions ». D'où, de diverses manières, l'existence d'une délimitation encore plus précise par rapport à diverses formes de croyances collectives. Tout d'abord, par rapport au déisme, qui reconnaît l'existence d' « un Dieu ordonnateur, voire créateur, mais qui n'est que "grand horloger" ou, pour reprendre la formule maçonnique, "grand architecte de l'univers" » (P. Chaunu, in *Danse avec l'Histoire*, éd. de Fallois, 1998, p.120). Créateur mais non pas Providence, il est « l'intelligence qui explique l'univers, sans être vraiment le Dieu des hommes ». Voltaire hésitera : fut-il déiste ? ou théiste ?

Car une autre distinction s'impose ici. « Les Théistes, qui ont besoin d'un juge, d'un gendarme, d'un bourreau, s'efforcent de faire croire que leur Dieu est providence. Rémunérateur et vengeur, *il punit et récompense* selon la formule de Robespierre...Mais le théisme a échoué dans l'opinion publique car ; socialement, aucune religion philosophique purement rationnelle ne peut réussir à se substituer à une religion révélée, même si celle-ci a intérêt à s'appuyer aussi sur une philosophie religieuse, une *philosophia Christi*, que défendait Erasme. La philosophie religieuse s'adresse à la raison : elle peut saper, ruiner la *fides*, mais elle ne peut convaincre suffisamment au point d'aider à affronter la mort. La religion révélée, avec un au-delà, s'adresse au cœur » (P. Chaunu, *op. cit.*, p.121).

La Révélation n'a pourtant pas eu, sur les droits présentement envisagés, la même portée. On ne peut tout d'abord écarter, quant à la référence à la « nature » une distinction entre la tradition judéo-chrétienne et ou la tradition Islamique, dans la mesure où l'on a pu considérer que l'islam est la religion naturelle du Dieu révélé (A. Besançon). La révélation n'en demeure pas moins essentielle par rapport au droit, qu'il s'agisse de la lettre ou de l'esprit.

« La loi mosaïque a constitué le droit public et privé d'une société et même d'un Etat » (J. Carbonnier, La « Bible et le droit » in *La Révélation chrétienne et le droit*, Dalloz, 1961, p.120). En d'autres termes, nombre de dispositions de l'Ancien testament ont pu constituer un *Corpus juris*. Il est vrai que, « très tôt, les règles de la Thora ont été tempérées, corrigées, adaptées par des interprètes. A côté du relativement petit nombre de préceptes strictement bibliques, il y a l'extrême richesse du Talmud » (J. Carbonnier, *op. cit.*, p.125).

En dépit de cet apport des interprètes, la relation entre la religion, la théologie et le droit est alors très forte en termes d'instauration, voire de transplantation d'un ensemble de règles dans le milieu social. Lien si étroit et si direct qu'il a obtenu ultérieurement une vertu exemplaire, au temps de la Réforme tout simplement parce qu'il aboutissait à supprimer *tout intermédiaire entre l'Écriture et le Chrétien* : « par la Réforme, l'homme, qu'il soit magistrat ou citoyen, a recouvré un contact immédiat avec la Bible. En retour, la Bible semble s'imposer à lui avec la même force contraignante qu'elle avait jadis pour Israël et partout où les prescriptions avaient un caractère juridique pour l'Israélite, elles auront le même caractère juridique pour le Chrétien » (J. Carbonnier, *op. cit.*, p.121).

La suite a pourtant montré le particularisme d'une religion qui se veut celle d'un peuple – le peuple élu – appelé à retrouver la terre promise, ce qui explique l'existence d'une religion nationale gouvernant les relations entre les « juifs et les nations » (J. Nantet) et même un nationalisme juridique.

C'est ce qui, précisément, conduit à envisager de manière différente le Christianisme, puis l'Islam. La Révélation chrétienne n'a, en effet, aucunement abouti à l'instauration d'un Etat chrétien en ce sens qu'on trouverait dans le Nouveau testament un corps de règles apte à se transmuier en dispositions juridiques. D'ailleurs la perception des exigences de droit comprises comme telles par les communautés juives n'a pas rejailli, sauf institutions éparses (repos du septième jour, droit d'asile, sacre, glanage...), sur les systèmes des pays christianisés. Quant aux préceptes découlant du Nouveau Testament et des Évangiles, ils purent d'autant moins donner naissance à du droit qu'à maints égards ils en apparaissaient comme des modes de subversion, à commencer par le Sermon sur la montagne (J. Carbonnier, *op. cit.*, p.127 et s.).

Du côté de l'Islam, il faut remarquer qu'est désignée comme « Loi » toute révélation, ce qui conduit à considérer qu'au sens proprement juridique du mot, on envisage de multiples prescriptions, exprimées par l'intermédiaires d'un *envoyé*, lequel doit être distingué d'un *prophète*. Le Coran compte essentiellement trois Lois : celle de Moïse, qui a été altérée par les juifs, celle de Jésus, qui l'a été par les chrétiens et celle de Muhammad, qui a, en conséquence, abrogé les deux précédentes. Mais, si l'on trouve dans le Coran des versets explicitement juridiques, ils n'en sont pas moins assez rares. Dès lors les juristes ont été conduits à construire le droit musulman au moyen de commentaires du Coran, d'argumentations à partir de faits et gestes du prophète, de diverses méthodes de raisonnement. Roger Arnaldez résume bien le processus : « En fait, les spécialistes de "principes du droit" se sont contentés d'islamiser les règles de droit empruntées à des systèmes non musulmans (droit romano-byzantin, persan, voire rabbinique). Il suffit pour s'en convaincre de comparer les nouveaux titres des questions traitées dans les ouvrages des grands juristes, avec les maigres données du Coran et de la tradition, du point de vue tant du fond que du vocabulaire. C'est donc ce procédé d'islamisation qui a permis en fait au *fiqh* musulman de se constituer dans le passé et de se développer de nos jours. Il semble qu'il restera le seul vraiment utile et praticable. On se demande comment les orientations islamistes, qui veulent se contenter des données coraniques et prophétiques, pourraient permettre de légiférer pour un Etat moderne et résoudre par elles seules, sans emprunts plus ou moins camouflés, tous les problèmes si complexes qui se posent de nos jours à nos sociétés » « La loi musulmane à la lumière des sciences coraniques », in *Droit et religion*,

Arch. Phil. Droit, t.38, 1993, p.83 ; rappr. M. Charfi, *Islam et liberté, Le malentendu historique*, éd. Albin Michel, 1998).

Ainsi, quant à la lettre, des ordonnancements différents sont opérés par rapport à un concept commun de Révélation. Mais il y a tout naturellement plus, car l'esprit – esprit des lois ou état d'esprit – imprègne de maintes manières les suites juridiques quant à la genèse des lois et quant à leur destinée.

En termes de genèse, est essentielle la détermination des acteurs et des modèles. Mis à l'écart les mandarins de la Chine traditionnelle ou les technocrates européens, on constate aisément les différences, ce qui distingue les docteurs des lois juive ou musulmane et l'importance variable des traditions orales ou écrites. Une interrogation centrale porte sur le rôle et la signification de la casuistique. Elle conduit à établir une comparaison entre talmud et *fiqh*, entre droit romain et *common law*. Des histoires différentes expliquent les variétés. Il a fallu quatre siècles après la destruction du Temple pour que le talmud se constitue ; le droit romain aura exigé près d'un millénaire ; il aura suffi d'un siècle pour le *fiqh*. A partir de ces données, et non sans tenir compte de l'approche de la Grèce antique, puis de la distinction ultérieure entre *fas* et *jus*, on observe au moins deux sortes de casuistiques : celle du droit romain tend, à partir des cas, mais faute d'organisation logique, à saisir la totalité de ceux-ci. Ailleurs on peut discerner, plus en profondeur, une aspiration à saisir la totalité du réel.

Probablement est-ce entre le *fiqh* et le *talmud* que la comparaison est la plus significative. Celle-ci n'exclut d'ailleurs pas l'observation de traits communs, notamment quant au terrain de réflexion et d'isolement problématique du juridique, par rapport à des exigences d'ordre culturel ou religieux, ce qui permet de surcroît de les distinguer du droit canonique. Et puis l'on a pu dire que le talmud a influencé le *fiqh*.

Restent, entre eux, des différences importantes. Tandis que les juifs ne connaissent que deux sources du droit, l'écriture et l'activité des docteurs, sans s'attacher à une démarche de mise en théorie, il en va autrement là où l'Islam est présent. Il reconnaît en effet quatre sources : Coran, Sounna, *idjma*, analogie et, s'il s'écarte, au moins dans un premier temps, l'abstraction, il n'exclut aucunement au fondement de tout cela, un soubassement rationnel, ou tout au moins attaché à la raison et, à ce titre, raisonnable. Point de livres de droit musulman faisant plus que d'autres autorité, tandis qu'en droit juif, référence est nécessairement faite au talmud de Jérusalem ou à celui de Babylone.

Doit-on dire que le droit progresse, comme d'autres démarches de l'esprit, davantage ou du moins autant par les questions qu'il pose que par les réponses qu'il retient ? L'épistémologie, ici, a son mot à dire. Contentons-nous d'observer une différence corollaire de ce qui précède : ce qui prévaut dans le talmud, à partir d'une gangue de faits et d'arguments, c'est avant tout la discussion, cette forme première de la controverse inhérente au juridique. La suite est de moindre portée. Il en va différemment dans le cadre du *fiqh*, car bien plus ordonné, il dégage le résultat de la discussion, en d'autres termes la solution. En cela, précisément, se manifeste une cohésion plus attractive, si loin qu'il faille parfois chercher en profondeur des principes existants ou préexistants.

Des itinéraires différents, par conséquent, mais qui tendent quant même, en général et loin de tous fanatismes ou fondamentalismes, à assurer un accord de l'univers des formes juridiques avec l'évolution sociale. Bref à satisfaire aux exigences inhérentes tant à l'ordre qu'au progrès. C'est alors qu'on passe nécessairement de la genèse à la destinée. Mais, là encore, il faut bien distinguer les traditions, spécialement en termes de laïcité.

Chez les juifs ? Convient-il de parler, s'agissant d'Israël, de laïcisation ? Initialement, le sionisme est un mouvement laïc. Telle était la conception de Théodore Herzl. Mais comme la religion juive est celle d'un seul peuple, le sionisme s'est affirmé comme le mouvement

national de celui-ci. C'est-à-dire que le problème de la laïcité – ou de la laïcisation – n'a pu se manifester de la même manière que dans la chrétienté ou l'Islam. Le fait est précisément qu'en Israël, la vie politique a été marquée par des conceptions ultra-orthodoxes sur l'appartenance au judaïsme et la définition du juif. Au reste ce sont précisément des divergences entre orthodoxes et laïcs au sujet de la religion qui expliquent les mésaventures du constitutionnalisme. Ben Gourion, désireux de ne pas séparer la religion de l'Etat – ou l'Etat de la religion – ne disait-il pas « moi je veux la religion près de moi, pour la tenir en main, pour empêcher les éléments religieux d'abuser de leur force électorale », ce en quoi, d'ailleurs, il n'a guère réussi ! En tout cas, à l'entendre, on se sent encore loin du seul gallicanisme des Rois de France. Dans une autre perspective, on doit aussi reconnaître que cette vision moniste, coexistant avec un judaïsme orthodoxe fort puissant, n'a pas entravé le développement scientifique et culturel du pays.

La tradition chrétienne est autre. L'égalité entre les hommes – pas seulement entre les citoyens comme en Grèce – va de pair avec une distinction du spirituel et du temporel : rendez à César ... Ce qui n'a pas exclu, pendant des siècles, une domination vécue, en tout cas voulue entre le Vatican et les puissances temporelles, prise en compte par les philosophes jusqu'à ce que l'essor de la théorie moderne du droit naturel et le développement de l'individualisme des temps modernes puis l'utilitarisme viennent favoriser un puissant courant de laïcisation, entretenu par le Lumières, puis consacré par la Révolution de 1789. Tant le progrès économique que l'éthique protestante ont pendant des décennies fondé une certaine forme de laïcité consistant avant tout dans la neutralité du pouvoir politique, se voulant, autant que possible, indifférent à la diversité des croyances et des confessions.

Puis il est venu un temps où cette attitude négative n'a pas été jugée suffisante. L'idéologie des droits de l'homme, l'attention accrue apportée aux minorités et surtout un certain activisme musulman ont modifié les données du problème en substituant à cette attitude, une vision active et positive de la laïcité. Dès lors il est bien évident que le fait religieux, en tant que tel, a été de plus en plus pris en compte, indépendamment du retour en force des sectes et d'une réflexion renouvelée sur un fondement théologique du droit. Dès lors se pose à nouveau la question centrale, en termes augustinien comme en termes thomistes, et même quelles que soient les familles du Christianisme : il s'agit de savoir si telle ou telle institution juridique correspond de manière sinon satisfaisante, du moins suffisante à la fonction qu'en termes bibliques, on peut s'accorder à lui assigner dans la communauté des chrétiens.

Tout autre est la tradition islamique. Sa complexité défie, encore plus que les autres, une présentation nécessairement simple, voire simpliste. La diversité des rites est-elle cause ou conséquence des flux et des reflux de l'Islam ? Chiites ou sunnites ? Si l'on s'en tient à ces derniers, donc en se débarrassant davantage de considérations d'ordre hiérarchique, l'évolution est marquée par le développement d'une sorte d'algèbre du droit qui, à un moment, se fige, favorisant une division des tâches, une situation nouvelle des imams, un essor d'éducatrices parallèles et, par une dérive difficilement maîtrisable, un développement de l'intégrisme islamique. Est-ce à dire que dans ce contexte la considération des droits de l'homme n'ait pas sa place ? Dans son livre courageux, déjà évoqué, Mohamed Charfi prouve au contraire leur importance, ce qui en termes de comparaison conduit tout à la fois à constater qu'on abuse de leur idéologie dans certains pays d'Occident et que, dans d'autres régions du monde (Congo, Bosnie, Afghanistan...), on ne s'en préoccupe guère, c'est le moins qu'on puisse dire. Il est clair que de telles disparités obligent à prolonger la réflexion sur les rapports entre droit et théologie.

Dans la tradition chrétienne, il existe un souci constant des théologiens : dégager un terrain d'entente ou en tout cas de rencontre entre croyants et non-croyants, chrétiens et non-chrétiens. De caractère spirituel, intellectuel, voire simplement matériel, le courant se

poursuit à travers la considération du droit naturel, bien que la conception antique de celui-ci ait décliné, mais aussi, essentiellement en tenant compte des ruptures fondamentales attachées à la Révélation et à la Grâce. Tout simplement – si l'on peut dire – parce qu'il y a une nature commune à tous les hommes. Ainsi le droit naturel participe d'un effort de conciliation ou de réconciliation.

Mais à partir de là et de tout ce qui s'ensuit en termes de théologie naturelle, de morale naturelle, d'augustinisme ou de thomisme, de la nature pécheresse ou raisonnable de l'homme, de causes premières ou de causes secondes, plusieurs courants se sont développés en théologie. L'un permet quant même à l'homme de connaître et de comprendre par lui-même ce qui lui convient comme règle sociale et juridique. L'autre critique cette orientation, contestant l'existence d'un droit chrétien. On ne saurait en ce sens construire et même imaginer un droit valable à partir de l'Évangile. Et il faut dire alors que le droit fait partie d'un monde laïque mais où cependant le Christ est roi (J.Ellul).

Dans cette perspective, il est clair que la Bible ne connaît pas la notion de droit au sens où nous l'entendons. L'on souligne d'ailleurs que le droit, lorsqu'il en est question, est considéré et représenté comme l'expression de la Justice. A telle enseigne que dans une vision dynamique de rétablissement d'un ordre juridique précédemment troublé par l'homme, « l'incarnation est le lieu où la justice de Dieu rencontre la justice de l'homme » (J. Ellul). « Rends-moi justice, ô Eternel, selon mon droit », lit-on dans les psaumes. Rendre cela implique dans un premier temps « prendre ». Mais ce n'est pas l'Eternel qui l'a prise. Ce sont les autres, surtout les puissants de ce monde qui se sont détournés de la voie juste. C'est dire que l'Eternel est pour le moins indifférent à l'idée d'un droit de chacun à l'état de nature. L'essentiel est l'acte par lequel Dieu élit, choisit un partenaire. C'est un acte de la grâce, donc du droit : « l'Évangile est fontaine de grâce. Aux côtés de la loi dont elle se croit l'antithèse, la grâce est partie du système juridique » (J. Carbonnier, *Arch. Phil. Droit*, préc., p.20). C'est bien autre chose que la tension stoïcienne d'un Marc-Aurèle. Le Christianisme a desserré ce lien en promouvant « la nette conscience de soi et du monde, l'humilité, la pitié, la bienfaisante rosée de larmes » (Charles du Bos). Et le droit ne peut alors oublier la parole évangélique « Paix sur la terre aux hommes de bonne volonté ».