

## DROIT ET/OU RELIGION : QUELS CHOIX POUR UN ÉTAT ?

Bertrand Durand

Special Issue, 2013

Numéro spécial SoDrus

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1105939ar>

DOI: <https://doi.org/10.17118/11143/10252>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke

ISSN

0317-9656 (print)

2561-7087 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Durand, B. (2013). DROIT ET/OU RELIGION : QUELS CHOIX POUR UN ÉTAT ?  
*Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 205–225.  
<https://doi.org/10.17118/11143/10252>

Article abstract

By manipulating concepts used to describe various matrimonial regimes such as "community property", "separation as to property", the writer examines the relationship between Law, Morality and Religion. He analyses the impact that religious or moral principles may have upon the law. He feels that the essence of the law is disturbed when religion is imposed upon it whereas a definitive separation between law and religion merely leads an uneasy coexistence. The establishment of more flexible boundaries based upon the resiliency of this relationship remains a major challenge for democratic societies committed to ideals of order and freedom.

## ARTICLE

---

# DROIT ET/OU RELIGION : QUELS CHOIX POUR UN ÉTAT?

par Bernard DURAND\*

*En jouant sur les mots utilisés pour décrire en droit patrimonial les différents régimes de mariage (communauté ou séparation), cette approche des relations entre Droit, Morale et Religion, cherche à analyser les conséquences sur le droit selon qu'il se trouve « contraint » par la religion ou la morale. Sa nature en est bouleversée lorsque la religion le soumet tandis que la séparation absolue l'oblige à des relations tendues avec les Églises. Le tracé de « frontières » plus souples, appuyées sur des relations moins tranchées, est un enjeu majeur pour des sociétés démocratiques attachées aux valeurs d'ordre et de liberté.*

---

*By manipulating concepts used to describe various matrimonial regimes such as « community property », « separation as to property », the writer examines the relationship between Law, Morality and Religion. He analyses the impact that religious or moral principles may have upon the law. He feels that the essence of the law is disturbed when religion is imposed upon it whereas a definitive separation between law and religion merely leads an uneasy coexistence. The establishment of more flexible boundaries based upon the resiliency of this relationship remains a major challenge for democratic societies committed to ideals of order and freedom.*

---

\* . Professeur à la Faculté de droit de l'Université Montpellier I.

## SOMMAIRE

- I. **Le droit se soumet à la religion et accepte le régime de « communauté universelle »** ..... 208
- II. **Le droit se cherche d'autres références et découvre le régime de séparation**..... 217
- III. **Le droit se construit sur d'autres rapports et découvre le régime de communauté « réduite »**..... 219

On pardonnera au conférencier une tentation, celle d'avoir songé à un sous-titre dont l'originalité, par bien des traits, pouvait le révéler aussi réducteur que provocateur : « Des États, entre régime de communauté universelle et régime de séparation des patrimoines ». Réducteur parce qu'il renvoie à des notions juridiques qui sont fort précises et que l'évocation du régime matrimonial pour aborder les rapports entre droit et religion semble réduire la question à des problèmes de patrimoine alors que les enjeux des liens entre droit et religion les débordent largement, sans d'ailleurs nécessairement les écarter. Provocateur, parce que si les rapports entre droit et religion peuvent être vus sous des angles différents, soit bien sûr que l'on regarde le droit du point de vue de la religion, soit que l'on regarde la religion du point de vue du droit, ce sous-titre montre à l'évidence que c'est ce dernier regard ici que nous privilégierons. Que l'on examine successivement le droit comme technique, comme art et comme science, les leçons à tirer du rapport seront vues ici sous l'angle du droit et à la manière dont il « reçoit » la religion, entendue ici aussi bien dans sa dimension très générale de présence du Sacré dans la société que de religion « institutionnalisée », construite en « église » ou « en communauté ». Aussi bien user des termes du droit pour évoquer les « intérêts » de la religion, en tant qu'elle peut ambitionner de tout régenter, y compris le droit, ou les « intérêts » du droit, en tant qu'il peut vouloir à son égard sa totale indépendance, permet dans le temps court qui nous est imparti de procéder par grands essarts de surface en même temps que l'on peut occasionnellement avoir recours à quelques « forages ».

Or, la manière dont le droit organise, dans le mariage, les intérêts patrimoniaux des époux peut aider à dessiner les choix auxquels sont confrontés les sociétés – dans lesquelles droit et religion cohabitent nécessairement – pour construire les rapports entre eux. En effet, l'emprunt aux régimes matrimoniaux permet de construire deux modèles diamétralement opposés. D'une part, un régime dans lequel il y a séparation absolue – nous sommes alors en « séparation des patrimoines » –, d'autre part, un système de « communauté universelle » par lequel les époux mettent tout en commun. Mais ces deux « modèles », rigides comme il se doit,

sont dans la réalité la cible de « nuances ». D'une part, bien sûr, parce que le régime patrimonial entre époux doit tenir compte de leurs rapports personnels, rapports qui en adoucissent souvent les traits; d'autre part, les époux peuvent choisir des systèmes intermédiaires – communauté réduite aux acquêts, séparation de biens – qui en corrigent les excès en tolérant des collaborations patrimoniales; et enfin, il n'est pas de régime qui ne puisse évoluer, les époux pouvant décider de conduire leurs intérêts vers d'autres chemins, soit dans le sens d'une séparation accrue, soit en allant vers un rapprochement.

On aura compris que notre propos – le temps nous l'impose – restera au stade de défrichements et visera à montrer que l'omniprésence de la religion dans les civilisations conduit le droit à se situer par rapport à elle, soit que la religion commande et instaure un régime de « communauté » à un droit qui se soumet au point de se fondre en elle (I), soit que le droit, se dégageant progressivement mais complètement, cherche d'autres références et impose le « régime de séparation » (II), soit que le droit se construise différemment et découvre les charmes d'un régime à mi-chemin entre « communauté réduite » et « séparation de biens » (III).

### **I. Le droit se soumet à la religion et accepte le régime de « communauté universelle »**

On sait que la « confusion » entre droit et religion et l'idée de faire prévaloir dans le droit les règles de conduite dictées par la religion est immémoriale. Elle est d'ailleurs la plus naturelle pour un vrai croyant et le vocabulaire lui-même illustre parfaitement cette origine, y compris dans les sociétés ayant fait le choix de la séparation. Même le mot latin *jus*, qui désigne le juridique, renvoie à une vieille racine exprimant « l'élévation vers les divinités, l'invocation de la grâce divine » et l'expression *jus feci* signifiait tout simplement le fait d'accomplir les rituels. Les modèles ici restent toujours vivaces et pour les Juifs comme pour les Musulmans le droit a été donné par Dieu. Le Coran (littéralement « récitation »), aurait été dicté au prophète Mahomet par l'archange

Gabriel (Jibril) au nom d'Allah, mais si le « Livre » est sacré, il n'est nullement un Code.

La première conséquence, c'est que, en forçant le trait, le droit musulman n'existe pas (Bousquet)! Du moins, au sens traditionnel du mot; c'est, en effet, une « déontologie » (c'est-à-dire une doctrine des devoirs de l'homme) rassemblant les prescriptions qui, selon la volonté de Dieu, doivent régir l'homme dans sa vie religieuse, morale et politique. Mais il reste bien sûr que le *fiqh* fournit aux peuples musulmans l'essentiel de leurs institutions juridiques positives. Et des règles sanctionnées qui, pour être un mélange de religion, de morale et de droit, n'en perdent pas pour autant ce premier caractère : le droit musulman « existe » donc (Colomer) et les « modernistes » tentent de toutes leurs forces de le dégager de la religion, voire de proclamer que l'islam est habitée par la « laïcité ».

Il reste que de cette étroite relation découle tout un ensemble de traits qui accusent une « communauté universelle », difficile à remettre en cause et qui imprime au contenu des règles une dimension correspondant à une société figée.

L'un des tous premiers est le refus de l'histoire et donc d'un droit, phénomène historique. Certes, il est évident que pendant le premier siècle de l'Islam, les Arabes ont largement emprunté aux institutions, aux règles et aux méthodes de raisonnement des populations conquises, emprunts qui ont fait progresser l'idée d'une science juridique propre à l'Islam. Évident aussi que l'élaboration du droit s'est faite par tâtonnements et sous l'effet du « raisonnement personnel ». Mais les premières exigences des « théologiens » vinrent contredire les pratiques des premières écoles juridiques, davantage préoccupées, quant à elles, de rechercher des solutions concrètes à des questions que la seule lecture du Coran (seuls quelque 500 versets sur plus de six mille pouvaient être utiles à des solutions de droit) ne permettait pas de résoudre.

Dans ce mouvement complexe, on retiendra que les injonctions très claires contenues dans le livre sacré (par exemple en matière de successions) et le désir de rattacher les solutions à l'autorité du Prophète en invoquant, pour s'en inspirer, ses faits et gestes, finirent par peser sur l'évolution du droit, les théologiens faisant valoir que les écoles de droit ne pouvaient s'abstraire de l'obligation de respecter les normes coraniques et de développer un droit en dehors de l'idéal religieux. La pression des « traditionnistes » fut telle que la science du droit ne put se passer de l'autorité de traditions qu'il fallait à chaque fois invoquer à l'appui de chaque règle juridique, faisant ainsi du raisonnement une source secondaire du droit. Non pas inutile, mais lié aux sources révélées, le raisonnement n'était plus que le moyen de saisir la volonté de Dieu à travers les sources révélées. La toute-puissance de la religion et de la référence à Dieu produit ce résultat que toute situation nouvelle est nécessairement rapportée à la loi et à son moule. On le voit dans la constitution d'une « science des racines » (les *ouçouls*), c'est-à-dire des sources du droit, reconstruite après coup et enseignée selon une rationalité qui refuse le déroulement de l'histoire. Les sources révélées que sont le Coran (dont l'autorité est indiscutable, mais pour lequel il a fallu concilier certains versets) et la Sunna (c'est-à-dire la tradition, essentiellement celle du prophète, recueillie sous la forme de petits récits, les *hadith*, retraçant les faits et gestes du prophète et de ses compagnons, mais en nombre tel que la critique historique n'en reconnaît que fort peu) constituent la *Sharia*, c'est-à-dire la loi divine. Mais il a fallu que sur cette base, les juristes bâtissent un ensemble cohérent donnant forme à la loi islamique et constituent à proprement parler le droit musulman, le *fiqh*. Ils l'ont fait, en théorie, en se limitant à l'utilisation de sources « dérivées », telles que « le consentement unanime de la communauté », l'*idjma*, véritable grâce reconnue à la communauté musulmane (qui permit de donner réponse à un cas non traité par le Coran ou la *Sunna*, et justifiée par les sources sacrées elles-mêmes) ou encore le *kiyas*, possibilité d'appliquer une règle posée par un texte à un cas non compris dans ses termes, mais commandé par la même raison (raisonnement par analogie, mais

fondé sur les analogies utilisées par le Prophète lui-même ou sur ses conseils à ceux qui ont du jugement de « prendre exemple »).

On le voit, des sources étroitement liées aux précédentes, déduites en quelque sorte, qui laissent peu de champ au raisonnement et surtout qui, s'imposant *a posteriori* aux écoles de droit (contraintes d'en respecter les principes et d'en reconnaître l'autorité), sont en contradiction avec les réalités historiques qui montrent que le droit a été élaboré en empruntant des chemins un peu différents, que certaines écoles n'ont pas hésité à faire appel à des procédés plus « humains » et subjectifs comme l'équité, l'analogie « occulte », l'intérêt général ou « sociologiques » comme la coutume ou la jurisprudence ou tout simplement les décisions arrêtées par certains califes.

Cette filiation, en même temps que le refus proclamé de toute influence antérieure à l'époque islamique, dénoncée comme « temps de l'erreur », les injonctions faites à tout musulman, s'il veut mériter le paradis, de remplir strictement les obligations qui pèsent sur lui comme croyant, homme et membre de la *umma*, l'imbrication très forte, dans une société très religieuse et qui ignorait encore l'État, entre ce qui relevait de Dieu et ce qui relevait de « César », les circonstances historiques qui ont fait que, malgré des résistances non négligeables, ce sont les « théologiens » qui ont fini par l'emporter sur ceux qui prônaient des conceptions plus « laïques », tout un ensemble a porté le droit musulman vers des conceptions qui ont privilégié l'idée d'un Coran incréé, anhistorique, existant de toute éternité et, pour cette raison, niant le libre arbitre d'un droit pour lequel la raison humaine n'est acceptée que pour déceler la volonté de Dieu. Pour dire les choses simplement, le droit musulman est le type parfait d'un droit « idéal », idéologiquement construit dans ses sources et dans sa nature en relation intime avec la religion, idéal que contredisent les données de l'histoire et les contestations en provenance des « modernistes ».

Cette dimension psychotique, qui emprisonne la science juridique et qui veut que le texte coranique ayant été révélé par

Dieu, il est « hors de discussion », entraîne le refus de la critique, la toute-puissance de la lettre du texte sur son esprit, le refus de répondre aux situations nouvelles par une réouverture du raisonnement, la pauvreté des approches sociologiques et celle du vocabulaire, à cheval sur le droit, la morale et la religion. En particulier, cette dimension « idéale », par les sources, a été renforcée par le fait que, constitué un siècle après la révélation et dans une société traversée de contestations aussi nombreuses que violentes, le droit musulman s'est trouvé conforté par la « fermeture de la porte de la réflexion ». Sans qu'aucune injonction émanant d'une autorité quelconque puisse être invoquée, fut proclamée l'interdiction faite à quiconque de rouvrir les sources sacrées et de proposer de nouvelles interprétations en dehors des opinions émises par une des quatre écoles reconnues. On désigna cette interdiction par le mot de *taqlid*, « le fait d'accepter l'opinion d'autrui – ici des prédécesseurs – sans en discuter le fondement », conséquence de cette fermeture de la porte du raisonnement indépendant (*ijtihad*). Dans l'immédiat, cette décision contribua à décider de l'uniformité, au moins de façade, et de l'obligation pour un musulman de se ranger sous l'autorité d'une école, quitte à emprunter, si nécessaire, une règle appartenant à une des autres écoles. Mais, dans le même temps, cette obligation de se glisser dans les opinions des prédécesseurs a imprimé au droit musulman une dimension exégétique responsable, en partie, d'une certaine sclérose et d'une rigidité qui le rend peu apte à s'adapter au monde moderne, malgré les correctifs « pratiques » que l'histoire a pu apporter modestement : application du *taqlid* non immédiate, docteurs indépendants, inspirations coutumières ou jurisprudentielles, décisions des souverains. D'où les contestations des modernistes remettant en cause cette vision trop « religieuse » du droit musulman et défendant l'idée d'un droit « laïque ».

Il est clair que le droit, en s'emprisonnant dans une pensée unique, subit un appauvrissement corrélatif, toute tentative de s'éloigner du dogme pouvant être dénoncée comme hérétique, comme sera voué à la mort l'apostat. On est donc dans un système « totalitaire », au sens que lui donne Hannah Arendt,

c'est-à-dire un état de fusion où le droit lui-même cesse d'exister pour s'absorber dans la religion. Le souci de fixer les situations sociales par un *fiqh* que construisent les juristes obéit à la volonté d'aider à la croissance de la religion et de la *umma* qui la porte et de combiner les règles de façon à éviter tout appauvrissement de l'élan religieux. C'est ainsi qu'il faut constater que le texte sacré s'est essentiellement intéressé à figer le droit de la famille et le droit successoral, négligeant en outre les pans du droit indifférents à la religion ou qui lui étaient secondaires : ainsi, par exemple, de l'interdiction faite à une musulmane d'épouser un chrétien et non à un musulman de le faire, de tolérer le droit de *djabr* coutumier, qui favorise le rôle du père, de construire les aspects patrimoniaux du mariage en privilégiant une séparation stricte des patrimoines, de penser un droit successoral entièrement bâti autour de quelques versets du Coran, etc.

Il est difficile de traduire en quelques lignes l'ensemble des règles instaurées par le Prophète et développées ensuite par le *fiqh*. Toutefois, il est évident que le droit de la famille (parce que les réformes introduites par le Prophète visaient à remplacer l'élément social de base qu'était la tribu par l'élément plus restreint de la cellule familiale) et le droit des successions (qui amplifie le droit familial par des données scripturaires détaillées) constituent les deux pôles majeurs dont la connaissance est utile non seulement à la compréhension de l'esprit du droit musulman, mais tout autant à celle des enjeux qu'ils révèlent. Il faut dire avec force que changer les règles dans le domaine du droit des successions aboutirait à déstabiliser complètement l'esprit du droit musulman lui-même et aurait des conséquences incalculables sur le droit de la famille et des biens et l'on comprend pourquoi, dans les pays africains qui ont débattu de la codification de cette partie du droit, les débats (les conflits?) ont été particulièrement violents, la parole de Dieu défendue étant l'arme absolue contre les changements suggérés, une parole créatrice d'une situation volontairement figée... et respectée.

Le droit familial illustre au mieux le souci d'appréhension des enfants et des femmes, maintenus les uns comme les autres

sous l'autorité du père et du mari. Le droit musulman fait reposer la famille sur cette cellule qui regroupe les parents et les enfants, soumise à l'autorité paternelle et trouvant naissance dans l'institution du mariage. Droit illimité en Arabie préislamique, limité par le Coran, qui a vivement réagi contre la pratique d'enterrer les filles nouveau-nées vivantes (XLII, 48 et 49; XVI, 59 et 61) et refusé le droit de vie et de mort (VI, 140 et 151; XVII, 33), la puissance paternelle n'en reste pas moins considérable. C'est au père qu'appartient le droit de choisir l'éducation des enfants, de leur commander en toutes choses, de les corriger, de les contraindre au mariage (droit de *djabr* qui est combiné malhabilement avec l'exigence du consentement des époux au mariage), d'exercer une tutelle (*hadjr*) sur leur fortune jusqu'à ce qu'il en décide autrement, la mère ne disposant que de la *hadhana*, qui est proprement le droit de donner des soins aux enfants et de veiller à ce que le père remplisse tous ses devoirs à leur égard.

Bien que non considéré comme un sacrement, le mariage (*nikâh*) a une dimension religieuse essentielle, étant un des seuls moyens (outre les relations d'un homme avec une femme qui est son esclave) admis par l'islam de relations sexuelles entre un homme et une femme, toute entorse étant réprimée comme fornication tombant sous le coup du péché de *zinâ*. Cette interdiction du « désordre charnel » (que l'on retrouve dans le refus de reconnaître un enfant naturel) débouche sur une qualification juridique inhabituelle pour un juriste de droit français qui veut que le mariage peut aussi bien être « obligatoire » que « recommandé » ou simplement « licite », selon la conduite qu'un musulman se sent capable de tenir à l'égard des prescriptions divines en ce domaine.

Rien d'étonnant alors que le droit du mariage, dans les relations entre les époux, impose tout un ensemble de mécanismes, patrimoniaux ou non, qui sont liés entre eux et qu'on ne peut séparer si l'on veut comprendre la place faite à la femme. Et même si la prédication du prophète a cherché à valoriser la place de la femme et à lui reconnaître des droits bien

supérieurs à ceux que la société préislamique lui reconnaissait, l'inégalité est-elle la règle. Le mari voit peser sur lui tout un ensemble de charges ou de droits qui, dans la cellule familiale, font de lui le responsable de la vie matérielle du groupe ou attestent de sa supériorité : il dote la femme (dot dont le régime juridique varie selon les écoles, mais qui est le symbole dans le Coran de l'autorité qu'ont les hommes sur les femmes : « les hommes ont autorité sur les femmes en vertu de la préférence que Dieu leur a accordée sur elles et à cause des dépenses qu'ils font pour assurer leur entretien », IV, 38), il doit respecter l'égalité entre ses épouses lorsqu'il est polygame (il a droit à quatre femmes), à lui seul incombe les charges financières du ménage, qu'il s'agisse de l'entretien de la femme (logement, nourriture vêtement), de celui des enfants (entretien et éducation), alors même que l'épouse, maîtresse de ses biens, peut exiger un dédommagement dès que ses propres charges dépassent ce qui est exigé par la Loi (elle ne doit que les soins aux enfants, l'allaitement et les charges domestiques). C'est que le droit musulman ne considère pas qu'il y a association entre les époux et sanctionne un régime matrimonial fondé sur la séparation des patrimoines : l'épouse (parce qu'existe la polygamie et parce que le lien matrimonial est facilement rompu) est entièrement maîtresse de ses biens (à une exception près dans le rite malékite) sans que le mari puisse exiger d'elle qu'elle en use pour le bien commun. En revanche, le devoir d'obéissance de la femme donne au mari le droit de l'admonester, de la « laisser seule dans son lit » ou de la battre (IV, 34), modérément, plaident les juristes qui entretiennent l'image d'une épouse « mineure » sur bien d'autres points. Cette supériorité du mari se retrouve dans les mécanismes de rupture du lien matrimonial, le mari disposant seul du droit de répudier (ainsi que d'autres moyens tels que les « serments »), même s'il est vrai de dire que bien des mécanismes viennent tamiser en ce domaine une supériorité pas toujours facile à exercer.

Les femmes étant destinées au mariage et à passer de l'autorité paternelle à l'autorité maritale, entièrement entretenues par le mari, pourquoi donner aux filles une part successorale égale aux garçons qui, eux, devront assumer les charges de leur

mariage? C'est donc en droit successoral que les injonctions du prophète éclairent le mieux les orientations nouvelles qu'il a voulu imprimer à la société et les équilibres qu'il a été obligé de respecter. Il est clair que les versets de la sourate 4, intitulée les femmes, attestaient par leur contenu la volonté d'atténuer les droits des mâles, qui seuls héritaient auparavant, alors qu'il n'est question dans le Coran que des héritiers jusqu'alors exclus de la succession. Or, ces derniers, qui ont droit à une part « *fardh* » (c'est-à-dire à une fraction de la succession), sont en grande majorité des femmes : la mère (et certaines aïeules), les filles (et les filles de fils, par extension), les sœurs du défunt (germaines et consanguines), les frères et sœurs utérins et le (ou les conjoints si le défunt était polygame) conjoint survivant (époux ou épouse). Et les parents mâles par les mâles, désignés comme « *aceb* », ne viennent à la succession qu'une fois ces héritiers nouveaux remplis de leur part.

Mais il est tout aussi évident que la part réservée aux femmes trahit l'inégalité du statut qui leur est fait dès lors qu'elles entrent en concours avec des mâles de même degré. Ainsi de la fille qui cesse de prendre sa part dès lors qu'elle est en concours avec son frère, pour prendre alors une part égale à la moitié de ce que le frère aura droit, inégalité flagrante, mais qui peut être à l'époque justifiée par les règles qui président au mariage qui font reposer sur l'homme l'ensemble des charges financières. C'est ainsi également que le conjoint survivant, lorsque c'est le mari, a droit à la moitié de l'héritage si le défunt ne laisse pas d'enfant et seulement au quart s'il en laisse, tandis que lorsque c'est l'épouse, elle n'a droit dans les mêmes conditions qu'au quart et au huitième. En vue d'autres concours, les droits des femmes se renforcent, soit dans tous les rites pour reconnaître par exemple à la fille seule d'hériter de la moitié de la succession en concours avec un autre héritier que son frère, dans certains rites pour reconnaître aux « parents par les femmes » un droit supérieur au fisc en l'absence de *fardh* ou d'*aceb*.

## II. Le droit se cherche d'autres références et découvre le régime de séparation

L'occident garde aux yeux de beaucoup l'image d'un droit définitivement séparé de la religion et d'une laïcité qui s'est forgée, en France, particulièrement, par la lutte à laquelle se sont livrés l'Église et l'État. L'histoire de l'Europe est jalonnée de ces conflits qui, de la lutte des deux glaives au Moyen-âge à la loi de séparation de l'Église et de L'État au début du 20<sup>e</sup> siècle, ont façonné une société dont le droit est le résultat d'une loi, expression de la volonté générale, et d'un droit, entièrement tourné vers la solution de problèmes humains. Sans doute forgée au temps de l'Empire romain devenu chrétien, la collaboration, puis l'éloignement des deux puissances, s'est appuyée sur cette idée qu'un Dieu créateur impose ses lois, lois que l'on perçoit progressivement comme naturelles et qui se nourrit évidemment du progrès du pouvoir temporel au 13<sup>e</sup> siècle, de sa prééminence au 16<sup>e</sup> siècle et surtout du message du Christ, lu attentivement par les canonistes et qui, « rendant à Dieu ce qui est à Dieu et à César ce qui est à César », prennent leur distance avec les théologiens. D'où, dès le Moyen Âge, un droit public qui cherche appui sur la religion en même temps que dans la sphère privée il multiplie les signes d'éloignement.

Mais il n'est pas inintéressant de voir que cette « idée de séparation » était déjà inscrite dans l'Antiquité et portée par la lecture des anciens et de leurs institutions. Comment ne pas voir, par exemple, qu'Hésiode qui, dès le 7<sup>e</sup> siècle avant J.-C. développe le thème de la méfiance à l'égard des Dieux, que l'on peut certes les imiter, leur consentir des sacrifices, que l'on peut même négocier avec eux, mais qu'il y a une justice humaine, une *diké*, un procès et un droit fait par les hommes et qu'en les imitant, ainsi dans le droit des contrats, on peut développer un système de relations qui ne leur doit plus rien. Et c'est bien la leçon retenue par le droit romain, *jus* finalement détaché du *fas* et dont on retiendra qu'il a non seulement séparé institutionnellement par ses magistratures spécialisées le droit de la morale et de la religion, mais encore progressivement construit un droit de

*negotia* totalement indépendant des approches religieuses parce que « droit des gens », propice aux développements d'un art combinatoire et d'une science juridique libérée du regard des prêtres. C'est cet éloignement d'une « raison, limitée à la compréhension de la volonté des Dieux » pour aller vers une « raison raisonnante », permettant toutes les combinaisons, qui a permis aux juristes romains de construire un alphabet du droit exclusivement tourné vers la solution des problèmes humains!

C'est sur ces bases seules que peut se construire une vraie science juridique, capable de voir s'épanouir l'esprit critique, dégagé du poids des interdits mais non des préoccupations éthiques, à la recherche d'un ordre s'adaptant aux relations sociales, ouverte aux autres disciplines et se construisant en parallèle avec elles et c'est ce choix qu'a finalement fait le droit d'occident, le poussant en France jusqu'à l'extrémité de la séparation absolue.

La laïcité de type français suppose la séparation de l'Église et de l'État, situation exceptionnelle, qui ne se fonde pas sur la logique de la tolérance et de la liberté religieuses, mais traduit une volonté de bannir l'Église de la vie publique, et l'impossibilité pour les deux partenaires de parvenir à un accord mutuel sur le politique d'où l'Église doit être bannie. C'est du moins ce que suggère le contexte historique qui a conduit à l'établissement de ce régime, souvent issu d'une révolution qui a conduit à associer l'Église à l'ordre déchu (Mexique, Russie, Cuba...). En France, la laïcité procède du conflit entre la République et l'Église, d'une séparation liée à une conjoncture de guerre religieuse, mais séparation entamée dès la Révolution française et qui conduira à la loi de séparation du 9 décembre 1905. Or, cette séparation de l'Église et de l'État, si elle signifie séparation du pouvoir politique et de la religion et par suite neutralité religieuse de l'État, génère dans son sillage ou accompagne de nombreuses conséquences. Dans le domaine du droit des biens, du « patrimoine » que notre titre évoquait, il va falloir donner un statut aux biens affectés aux cultes, biens transférés aux personnes morales de droit public (État, départements, communes, L. 1905 et 2 janvier 1907) et dire

que le prêtre n'est plus qu'un ministre du culte... sans traitement public. En droit pénal, on rappellera la non-répression du blasphème, déjà comprise dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. En droit privé, pour s'en tenir à un seul exemple, il n'existe qu'un seul procédé de contracter un mariage, célébré devant l'autorité administrative, en des formes exclusivement profanes. La loi de l'État interdit de nouer un mariage purement religieux, sans avoir préalablement conclu un mariage civil et assortit parfois cette prohibition de peines sévères, et bien sûr, le mariage religieux qui peut suivre le mariage civil est sans valeur juridique au regard du droit étatique.

Ce système français s'est imposé en Belgique, aux Pays-Bas et en Suisse. L'Italie s'engagea elle-même dans cette voie de 1865 à 1929, ainsi que l'Espagne de 1870 à 1875, puis de 1932 à 1938. L'Allemagne a suivi avec l'institution unitaire du mariage civil (*Zivilehe*) en 1875, qui n'a jamais été remise en cause depuis. Il en est de même de l'Autriche et de la Hongrie (par une loi séparée de 1894). Ce monisme est également celui de la Turquie, depuis 1926. En Europe orientale, cette sécularisation a été souvent introduite après la Seconde Guerre mondiale, par les communistes, notamment en Pologne avec les décrets de 1945-1946 (et le code de la famille de 1950). Souvent elle y a survécu, par exemple en Roumanie et en Hongrie, où les modifications apportées aux codes de la famille adoptées sous la dictature (respectivement en 1954 et 1952) depuis la chute de celle-ci n'ont pas remis en cause la nature exclusivement laïque de l'union conjugale.

### **III. Le droit se construit sur d'autres rapports et découvre le régime de communauté « réduite »**

Il n'est pas, nous l'avons dit, dans la réalité des cohabitations de régime « absolu ». Il est visible que bien des civilisations et bien des pays ont « aménagé » des relations moins tranchées quand ce ne sont pas les « modèles » eux-mêmes, qui sont de l'intérieur, « travaillés » pour qu'une autonomie plus grande préside aux rapports entre droit et religion.

Ainsi, tout d'abord, et sans obligatoirement nier le sacré, certains systèmes juridiques ont cherché à dresser un inventaire et à fonder le droit sur des principes qui, pour n'être pas moins forts, impriment une moins grande contrainte et offrent une plus souple perméabilité. En tout cas, les transformations, en raison de l'éloignement de la religion, y sont plus faciles, les références tenant à des rapports dominés par les relations entre les hommes ou entre les groupes, la référence au sacré ne venant qu'en appoint. Il en est ainsi en Asie ou en Afrique, la première en raison de la pensée confucianiste et à la philosophie qui en découle, la seconde parce que le poids de la nature, divinisée, pose des limites aux principes. On aura donc ici un système de communauté, qui marie habilement « les propres » reconnus au droit et les « acquêts de communauté » nés de la collaboration entre droit et religion.

Pour la Chine, par exemple, les deux doctrines les plus actives à l'égard du droit ont été le confucianisme et le légisme. Nul Dieu n'impose sa vision d'en haut. Le premier, par une référence constante à la vertu des comportements, élimine le droit de la sphère du privé qu'il abandonne à la coutume, par définition plastique, et réserve le religieux à la sphère du public, droit pénal et droit constitutionnel liés. Le légisme, quant à lui, est tout au rebours une philosophie qui glorifie le droit légiféré et renvoie la religion et la morale à leur expression la plus modeste, voire les considère comme « néfastes ». Mais dans cette Chine, où ces deux philosophies se sont à la fois succédées et épaulées, elles-mêmes confrontées à des courants concurrents (le bouddhisme) ou complémentaires (le taoïsme), le droit en définitive est resté œuvre humaine et sensible au rôle que peuvent y jouer le groupe et les arrangements de conciliation. D'où un mélange de dispositions laïques, tant dans les codifications très nombreuses et donc évolutives que dans les coutumes (droit des biens, droit des contrats, procédure, droit matrimonial, droit des successions, droit pénal) mâtinées de traits religieux : continuation du culte du défunt réservé au fils, biens de huong-hoa destinés aux ancêtres, et d'une manière plus générale, vision patriarcale fondant une inégalité des sexes justifiée par le culte des ancêtres.

Pour l'Afrique, la dimension coutumière et le rapport à la nature au travers de l'animisme placent le droit en situation également différente, car nul Dieu, pas plus que nul État n'impose sa vision d'en haut. La création elle-même est le résultat d'une gestation qui fait sortir le monde du chaos et qui y laisse des traces, identifiées comme opposées et complémentaires, tout comme la vie en société sera le fruit d'une collaboration incessante des hommes qui la composent. Non pas que le sacré y soit absent et ne vienne appuyer quelques mécanismes de droit public (en droit constitutionnel, où les génies sont omniprésents et en droit pénal, où le droit de la preuve est largement bâti sur le recours aux divinités) ou de droit privé (notamment en droit foncier où la terre, divinité, commande aux règles qui la concernent ou encore pour la place de l'individu dans le monde : souffle vital reçu du père, place des ancêtres, parenté totémique), mais pour l'essentiel, la loi, expression d'une volonté, n'y joue aucun rôle et au contraire, la coutume, fruit des tendances communautaires, couvre le champ du mariage (alliance entre groupes fondée sur la dot « véritable liane »), de la filiation combinant patrilinéarité et matrilinearité, du droit des biens et des contrats, dépendant du logement géographique et donc de l'économie de chaque groupe, etc.

Ensuite l'histoire, la plus ancienne comme la plus récente, témoigne de la volonté de « réduire » les oppositions sans pour autant s'engager, loin de là, dans une communauté universelle ou, en sens contraire, de la volonté d'abandonner cette communauté pour consentir quelque séparation modérée. Cette nuance, l'histoire du 19<sup>e</sup> siècle, pour la France elle-même, en a fait la démonstration avec le régime concordataire de 1801, visant à liquider un passé litigieux et à se satisfaire pour l'Église d'une protection de l'État et le maintien, après la guerre de 1914, de ce régime concordataire en Alsace-Lorraine. Quant aux colonies françaises, si l'on excepte un régime de séparation de droit instauré en 1913 pour Madagascar et une loi fortement retouchée pour les Antilles ou l'Algérie, l'ensemble des grands gouvernements d'Afrique et d'Indochine resteront dans un état de fait, sans plus de concordat que de séparation d'ailleurs!

Le monde moderne a considérablement atténué les tensions ou du moins a défendu l'idée qu'il fallait trouver des arrangements moins rigides.

Ainsi, d'une part, il est évident que dans le monde musulman, de fortes pressions se manifestent pour que le droit retrouve une liberté nouvelle et que les règles s'adaptent mieux à l'évolution des mœurs et aux transformations de la société, en vue d'un régime qui se situerait entre communauté universelle et séparation des patrimoines. Estimant que le travail de réflexion du 8<sup>e</sup> au 12<sup>e</sup> siècle peut être recommencé et que le Coran dans 18 de ses versets recommande aux hommes de réfléchir sur la voie qu'ils adoptent (et dans 50 autres invite l'homme à utiliser sa raison), quelques juristes célèbres (dont le tunisien Tahar Haddad qui plaide en 1929 pour la libération de la femme et la modernisation du droit musulman) ont préconisé la réouverture de l'*ijtihad* et le dépassement de l'œuvre des anciens. Accumulant arguments de bon sens (certaines matières du droit musulman sont le résultat de l'intelligence humaine, l'État est contraignant mais la religion est « volontaire ») et arguments scripturaires (il n'est jamais question dans les textes « d'État musulman », a toujours été distingué dans le *fiqh* entre les *ibadates* – les rapports entre les hommes et le créateur – et les *mouamalates* – les rapports entre eux), ils cherchent à démontrer que le droit positif a été rattaché artificiellement à la religion en raison de la société très religieuse de l'époque et que des choix nouveaux justifiés par les orientations dessinées par le Prophète sont conformes à l'esprit du droit musulman. Ce qui les conduit à mettre en valeur toutes les méthodes inhérentes au droit musulman, qu'il s'agisse de l'*ijtihad* (réinterpréter les sources sacrées), le *néo-ijtihad* (rapprocher les versets du Coran pour en tirer des conclusions nouvelles) ou le *takhayyur* (la sélection par une école de solutions tirées d'une autre école), etc.

Il reste que, malgré les efforts des modernistes et des résultats spectaculaires dans certains pays (suppression ou aménagement de la polygamie, refus de la répudiation, introduction de la représentation successorale, reconnaissance de

l'enfant naturel), les parts successorales, en raison de leur inscription scripturaire, peuvent difficilement être retouchées. Cette rigidité des règles, en droit successoral et en droit familial, est d'autant plus significative qu'elle contraste avec les domaines du droit plus facilement infiltrés de droit moderne et la facilité avec laquelle les États parviennent à adapter leur législation. Les débats, toujours vifs, qui accompagnent dans les pays islamisés la volonté de changement, et les résistances que génèrent les dispositions modernes attestent de la nature originale du droit musulman classique et de la nécessité d'en comprendre, par l'histoire, les caractères.

Mais également, d'autre part, on reconnaîtra que dans le droit des pays européens, le « sécularisme » à la française se nuance fortement. En France même, on voit bien que l'antagonisme entre la République démocratique et l'Église catholique s'est dissous et que l'État a redécouvert la nécessité de respecter le fait religieux, donnant à la laïcité française un aspect moins abrupt et l'obligeant à tenir compte aujourd'hui des aspirations des communautés religieuses minoritaires à une certaine « ouverture », notamment pour tout ce qui a trait au respect de leur particularisme, que révèlent les multiples rebondissements de la querelle du voile islamique. Mais ce sont surtout d'autres pays qui ont fait des choix plus nuancés du « sécularisme » sans pour autant faire renaître l'Église d'État, perçue comme un repoussoir et d'où s'éloigne un pays comme la Suède.

D'un pays européen à l'autre, le processus de sécularisation du droit a été plus ou moins précoce, plus ou moins complet, ce qui explique des différences d'esprit sur certains points de la législation. Il suffit pour s'en convaincre de rappeler que dans la plupart des pays d'Europe et notamment en Angleterre (où le souverain est chef suprême de l'Église anglicane), la religion a un statut de droit public, alors que la laïcité exclut toute reconnaissance officielle et implique la séparation de l'Église et de l'État, la relégation du religieux dans la sphère privée.

En premier lieu, un grand nombre de pays européens connaissent toujours le régime de l'union du pouvoir et de la religion avec le système de la confession officielle : Malte, Monaco, le Liechtenstein, Saint-Marin et en Suisse le canton d'Uri (avec le Catholicisme), l'Angleterre (avec l'Anglicanisme), l'Écosse (avec l'Église presbytérienne d'Écosse), le Danemark, la Norvège, et l'Islande (avec le Luthérianisme), les cantons helvétiques dotés d'une *Landeskirche*, une Église d'État (avec le Calvinisme), la Grèce enfin avec l'Orthodoxie. Bien qu'il n'ait pas été conçu pour favoriser la liberté religieuse, ce régime s'y est au fond parfaitement adapté. Ainsi, dans la plupart des pays qui le pratiquent, les cultes minoritaires ont une existence juridique et bénéficient parfois d'un financement public.

En second lieu, le régime le plus fréquent dans l'Europe de tradition catholique est le système concordataire, parfaitement transposable à d'autres cultes et en vigueur, avec bien des nuances, au Luxembourg, toujours formellement régi par le concordat napoléonien (1801), en Belgique (1831), en Autriche où plusieurs textes successifs ont été signés (1782, 1855, 1933), dénoncés et révisés, en Italie (Accords du Latran de 1929 renégociés en 1984), en Allemagne (1933), au Portugal (concordat de 1940 révisé en 1976) et en Espagne (concordat de 1953 révisé en 1979). À l'issue de la dislocation du bloc soviétique, un concordat a été signé avec la Croatie et la Pologne et le Saint-Siège en négocie actuellement un avec la Slovaquie et la Hongrie.

Ce sécularisme donne au droit pénal et au droit privé une physionomie spécifique qu'on ne retrouve pas dans les systèmes laïques, comme le montrent les deux exemples du blasphème et du mariage. Dans les pays qui connaissent le sécularisme, mais pas la laïcité, le mariage civil coexiste avec le(s) mariage(s) religieux et les futurs époux optent pour le mode de célébration de leur choix, qui produit des conséquences juridiques égales et indifférenciées. Si l'on met de côté l'Espagne, dont l'évolution a été chaotique, et des pays comme l'Italie (1929), la République tchèque, la Slovaquie et la Pologne (1998), qui y sont venus après avoir commencé par tenter d'établir un mariage exclusivement

civil, l'évolution, initiée par l'Angleterre, qui paraissait devoir être suivie par la France (1787) a été celle du Portugal (1867), de la Suède, la Norvège, le Danemark, la Grèce (1982) et, hors d'Europe, des États-Unis, du Brésil et du Canada, qui ont adopté ce système pluraliste.

Le blasphème, qui n'est pas une infraction en droit français, l'est en droit anglais et en droit néerlandais, bien que les cas de poursuite soient devenus extrêmement rares. De même, en droit autrichien, une disposition du Code pénal interdit les comportements dirigés contre les objets de vénération religieuse « de nature à provoquer une indignation légitime ». Ayant eu à se prononcer sur ces textes dans les années 1990, la Cour européenne des droits de l'homme de Strasbourg a jugé que ces incriminations n'étaient pas contraires à la Convention européenne des droits de l'homme. En France, on les regarderait comme incompatibles avec la laïcité.

Bref, on le voit, ces relations complexes, vues du point de vue du droit, traduisent le besoin de tracer une frontière « d'intérêts ». Le mot choque? Mais c'est que tout simplement la mission du droit n'est pas celle de la religion, pas plus qu'elle n'est celle de la morale, alors même pourtant que toutes sont perçues comme ambitionnant des valeurs identiques ou voisines. Pour les uns, le droit n'est pas à la hauteur de ces valeurs. C'est le sens d'un vieil adage allemand : *Juristen, böse Christen* (Juristes, mauvais Chrétiens). Quant à la morale, on rappellera l'opinion de Soljénitsyne sur la « balance juridique » de l'Occident qui a cela mais rien que cela et a perdu tout véritable sens moral. Le but du droit est d'ordre *remedial*, comme disent les Anglais. Il a pour objet d'apporter un remède aux maux qui affectent le corps social *ubi remedium, ibi ius* (là où est le remède, là est le droit). Mais si son propos est limité, il a en revanche d'autres valeurs comme buts, valeurs d'ordre et de liberté pour lesquelles il doit prudemment éviter de se laisser investir par l'une comme par l'autre.