



DROIT, POUVOIR & RELIGION

Hôtel Mouradi - Gammarth, Tunis 5, 6 et 7 mars 2009

RAPPORT INTRODUCTIF

[Version provisoire]

Yadh BEN ACHOUR

Ancien Doyen, Membre de l'Institut de droit international



Dans la perspective d'un schéma purement abstrait, dérivant de la logique pure, les espaces du droit du pouvoir et de la religion ne devraient pas se rencontrer. Le couple droit et pouvoir, inséparables l'un de l'autre, vise un objectif spécifiquement politique qui consiste à organiser, dans les meilleures conditions possibles, la vie sociale d'un groupement humain quelconque. Dans cette logique, le pouvoir représente la volonté consciente, d'ordonnancement, de planification, de décision, et le droit, en tant qu'appareil juridique, constitue l'instrument d'exécution de cette volonté. Le droit est bien la mise en « actes » d'une volonté¹. Droit et pouvoir constituent par conséquent une nécessité organique de toute société.

Toujours dans cette perspective purement logique, la religion a pour souci unique quelque chose qui se situe en dehors du monde, métaphysique. Ce peut être la transmigration de l'âme, jusqu'au stade ultime et espéré du Nirvana, ou encore une vie éternelle de bonheur absolu du corps et de l'âme dans un au-delà, séparé de l'existence terrestre par le moment fatidique de la mort. Dans cette vie de l'éternité, précisément, il n'existe ni pouvoir ni droit. Au paradis, l'élément clé de notre bonheur consiste précisément à ne pas avoir de chef. La société en tant que collectivité politiquement organisée n'est pas l'affaire de la cité céleste.

Par conséquent, la séparation du droit et du pouvoir d'un côté et de la religion de l'autre est une donnée théorique de la plus haute importance.

Le problème, c'est que la vie de l'être humain n'est pas un schéma. Elle n'obéit pas à une logique théorique pure². Cette logique ne préside pas à la raison des choses, c'est-à-dire qu'elle n'anime pas fondamentalement la vie politique et sociale et l'histoire du genre humain.

À ce dernier niveau, tout se confond : la matière et l'esprit, l'intention métaphysique et l'intention politique, le pouvoir le droit et la religion. Plusieurs raisons peuvent expliquer ce mélange des genres. Il en existe une qui est essentielle : la plupart des religions ont posé un principe d'après lequel la félicité éternelle dépend d'une bonne vie terrestre, selon les prescriptions du code religieux. Si le non-croyant peut poser, sans problème d'aucune sorte, qu'une vie terrestre paisible et fraternelle, juste et heureuse, peut fort bien se passer de religion, et que les religions sont même les sources principales des malheurs publics, le croyant, en revanche, pense exactement le contraire. Pour lui, la vie de l'au-delà est conditionnée par les actes de la vie terrestre, tels qu'ils sont déterminés par les dogmes, les vertus et les règles politiques et juridiques du code religieux. Pour lui, cette vie de l'au-delà est obligatoirement et nécessairement conditionnée par le droit civil, au sens général et non point au sens technique. Comme le disait Ghazali, l'ici-bas est le semoir de l'au-delà. A ce titre, la religion peut émettre une prétention universalisante couvrant tous les champs du savoir, y compris la science.

Au fond des choses, toute l'histoire des relations entre pouvoirs droits et religion est animée par cet antagonisme fondamental entre cette logique purement conceptuelle et une logique existentielle. Dans l'histoire de la plupart des nations, la perspective d'imbrication du religieux et du politique l'a très nettement emporté. Cependant, la perspective purement théorique que nous avons décrite est venue perturber la scène de l'intimisme fusionnel, haineux ou amical, de la politique du droit et de la religion. Au fond du message de ce qu'on peut convenir d'appeler la modernité, il y a ce rappel : le monde de la politique et de la religion ne doivent pas être confondus, parce qu'ils ne reposent ni sur les mêmes objectifs, ni sur les mêmes causes. La politisation de la religion ou la sacralisation du politique constituent la face et le revers d'un même vice, celui de l'autoritarisme et de l'hégémonie. La religion appartient à la conscience purement intérieure, sans implication juridique ou politique, la sphère du pouvoir et du droit appartiennent au monde politique, sans implication religieuse.

I. Religion et pouvoir

La première évidence, c'est que la religion, qui se définit pourtant comme supra terrestre, se trouve forcément impliquée et immergée dans la vie sociale et politique de ceux auxquels elle s'adresse. De ce fait,

¹ Ces actes s'appellent constitution, lois, ordonnances, règlements, décrets, arrêtés, jugements, arrêts, décisions, dahir, Tawqi', hukm, fetwas, marsum, qanun, nameh, qarar.

² La logique pure, fondée par exemple sur le principe de contradiction, le principe d'identité, le principe de causalité constitue l'élément essentiel de la raison instrumentale, c'est-à-dire du raisonnement, qu'il soit le raisonnement mathématique ou le raisonnement juridique.

elle se trouve directement intégrée dans le phénomène politique. Elle est constitutive d'identité et implique, volontairement ou involontairement, directement ou indirectement, des actes de nature purement politique. On peut même aller plus loin et dire qu'elle constitue, intrinsèquement, un phénomène politique.

Si nous considérons par exemple la naissance du christianisme, caractérisé pourtant par un apparent apolitisme, fondé sur la non-violence, la charité, la relativisation de la loi juive, et la séparation des deux royaumes, on ne peut que constater que, en lui-même, l'appel pour un dogme trinitaire, en radical opposition avec celui de l'Ancien Testament, aussi bien qu'avec celui du colonisateur romain, bouleverse les données politiques existantes. Cet appel débouche forcément sur la constitution d'une communauté croyante politiquement démarquée de la communauté existante. Par ailleurs bien que plaidant pour la non-violence, le Christ a quand même chassé les marchands du temple, les changeurs et les marchands de colombes. Est-il concevable que cet incident puisse demeurer politiquement neutre ? On pourrait dire la même chose en ce qui concerne la phase mecquoise de la prédication muhammadienne.

Par réaction à l'orientalisme, l'historien tunisien Hichem Djaït a soutenu qu'au cours de cette période, il s'agissait d'un élan purement religieux, sans aucune intention de dominer politiquement la cité de la Mecque. Il écrit : « l'élément politique était donc inexistant dans la phase mecquoise. »³ Mais il convient d'interpréter correctement le terme « politique » qui se cache derrière cette idée. En effet, si même nous estimons que l'intention n'était pas la prise du pouvoir à la Mecque et que donc, en ce sens étroit, elle n'est pas politique, il faut néanmoins admettre que la prédication, en soi, constitue véritablement une révolution politique, si nous donnons à ce terme son extension large.

Personne ne peut raisonnablement soutenir qu'une religion n'est pas un phénomène politique. Dans la subjectivité du croyant, mais également du point de vue extérieur et objectif, des faits historiques d'une ampleur considérable relèvent aussi bien de la sphère politique que de la sphère religieuse. L'inquisition, les croisades, le Jihad, le fath, la Zakat, sont, pour le croyant, des actes de sa conscience religieuse, mais constituent, pour tous, des actions politiques d'une immense portée. Pour une communauté de fidèles, la religion est un marquage d'identité, voire de nationalité. À partir de là, elle peut aller fort loin et devenir constitutive d'États. Tel fut le cas de l'empire romain à partir de Constantin, en particulier de l'Empire d'orient ; également le cas de l'Etat nation en Europe, à partir des traités de Westphalie et du principe *cujus regio ejus religio* ; tel fut le cas, dans le passé récent, du Pakistan ou d'Israël.

Nous connaissons la religion d'État, mais nous avons tendance à oublier un phénomène encore plus important, celui de l'État de religion. L'État médinois, la Genève de Calvin, l'État pontifical, en sont des exemples. Si nous considérons au surplus, qu'une religion peut s'instituer, au fil des siècles, par la vertu d'une majorité, passive ou militante, d'un pouvoir décideur, celui d'une église ou celui d'un État, et d'une force armée, alors, il n'y a plus à se poser de questions.

Phénomène de pouvoir, histoire de pouvoir, fonctionnement de pouvoir, la religion ne se fait cependant pas avec l'exclusif ressort du pouvoir politique. Elle ne se construit pas systématiquement avec les dirigeants politiques en place, mais avec un pouvoir encore plus souverain, mais invisible, celui d'un système de pensée, d'un système de normes, d'un ordre du discours, élaboré, soutenu, protégé, par une alliance quasiment indestructible entre le pouvoir de l'État, celui des interprètes et celui de la masse du peuple des croyants. Au fil des siècles, cette alliance finit par produire un autre pouvoir qu'on ne voit pas agir, qui ne parle pas, et « qui pourtant nous tient tous et tient le tout, y compris le pouvoir. »

Comment faut-il nommer ce geste congénital de tout pouvoir de se draper de l'aura du sacré ? Un sacre, une onction, un sacrement, une sacralisation ? Nous n'avons pas besoin de remonter aux rois oints de l'Ancien Testament, pour comprendre que le phénomène est aussi répandu qu'immémorial. La sacralisation du pouvoir fait partie de sa quotidienne existence. Les juristes anglais de la période des Tudor ont élaboré la théorie des deux corps du roi, le corps naturel et le corps politique, ces deux corps incorporés en une seule personne avec la supériorité du corps politique sur le corps naturel. Le corps politique est immortel, sans faiblesse ni carence. Le corps naturel du roi est périssable. Mais voilà que le corps politique par une sorte de surélévation de la pensée devient le corps mystique. Et Ernst Kantorowicz de conclure : « Les juristes que le droit romain appelait de façon aussi suggestive les "prêtres de la justice", ont développé en Angleterre non

³ Hichem Djaït, La Grande discorde. Religion et politique dans l'Islam des origines. Gallimard, 1989, p.32.

seulement une " théologie de la royauté",..., mais ils ont en fait élaboré une véritable "christologie royale" »⁴. Une personne, deux corps : c'est, comme le remarque Maitland, un credo de la royauté qui évoque le symbole Athanasien⁵. Dans ces théories des deux corps du roi, nous pouvons retrouver aussi bien le dogme des deux natures du Christ que le credo de Chalcédoine, relatif à l'unité christologique, inconfondue, inchangée, indivisé, inséparable⁶.

Visitions le musée du Caire, ce formidable traité théologico-politique ouvert sous nos yeux. Le pharaon est toujours là. Ses innombrables statues parlent pour lui. Il est le roi Dieu, le roi prêtre. Couronné par Horus, dieu de l'ordre et par Anubis, dieu de l'anarchie, il est obligé de tenir l'équilibre entre ces deux tendances naturelles de la société. Mais pour y parvenir, c'est-à-dire pour être une force au-dessus des forces, il ne peut être autrement qu'un être suprême, divinisé, au-dessus du lot des mortels.

Survolons la méditerranée, pour Rome. La *via dei fori imperiali*, depuis la colonne de Trajan, jusqu'au Colisée, témoigne toujours du culte impérial et des temples qui lui furent consacrés. C'est Auguste qui institua le culte impérial, se disant lui-même fils d'Apollon. L'empereur est divinisé en recevant officiellement du Sénat l'Apothéose. Il ne s'agit pas vraiment d'un dieu. Ce n'est pas pour sa personne qu'on exécute les sacrifices, mais pour les vrais dieux. Paul Veyne écrit dans un article de Diogène intitulé « Qu'était-ce qu'un empereur romain ? »⁷ :

« Les deux clés du culte impérial, c'était le sentiment populaire que le maître du monde était de plus grande taille que les autres hommes et c'était aussi l'amour du roi ; la divinisation des empereurs est une hyperbole du langage amoureux. Cet amour est une réaction psychologique prévisible dans toute relation acceptée de dépendance à un individu ; ce n'est pas un affect spontané d'élection, mais un sentiment induit par la condition de sujet. ».

Il s'agit donc bien d'une sacralisation, non d'une sacralité réelle, comme pour l'empereur de Chine, celui du Japon ou Pharaon. Les statues impériales, qui trônent toujours sur les deux côtés de la sublime avenue, semblent regarder avec des yeux impénétrables, ce destin fatal d'une république sénatoriale divinisant ses chefs, sans trop y croire.

La véritable sacralité est une invention des miracles orientaux. Celle d'un « Fils du ciel » en Chine, dont le mandat, pourtant révocable par le ciel en cas d'injustice et de mauvais gouvernement, était quand même de nature divine et inscrit dans le livre du destin. Pensons à l'Empereur du Japon, fils de la déesse du soleil Amaterasu. D'après cette croyance, le dieu Susanoo, frère d'Amaterasu, lors d'une pérégrination sur terre, s'accoupla avec une terrienne, et engendra une dynastie de dieux qui régnèrent sur Terre. Jalouse, Amaterasu envoya son petit-fils Ninigi avec les trois signes impériaux, dans le monde des mortels, pour y établir sa souveraineté. Telle fut l'origine du Shintoïsme d'Etat japonais, dans lequel l'Empereur était une divinité incarnée.

Pharaon, fils du Dieu Rê, engendré, dans la religion égyptienne, par accouplement divin à travers un mariage humain. C'est le Dieu Amon qui s'empare du corps du roi pour engendrer à travers une reine, elle-même de sang divin, le futur roi de l'Égypte, puis qui donna l'ordre au potier divin Khnoum de fabriquer le

⁴ Ernst Kantorowicz, *Les deux corps du roi*, Gallimard, 1989, p. 29.

⁵ Évêque d'Alexandrie de 328 à 373, le symbole de la consubstantialité lui fut attribué. En voici le texte partiel : « **Quiconque** veut être sauvé doit, avant tout, tenir la foi catholique : s'il ne la garde pas entière et pure, il périra sans aucun doute pour l'éternité. Voici la foi catholique : nous vénérons un Dieu dans la Trinité et la Trinité dans l'Unité, sans confondre les Personnes ni diviser la substance : autre est en effet la Personne du Père, autre celle du Fils, autre celle du Saint-Esprit ; mais une est la divinité du Père, du Fils et du Saint-Esprit, égale la gloire, coéternelle la majesté.

Comme est le Père, tel est le Fils, tel est aussi le Saint-Esprit : incréé est le Père, incréé le Fils, incréé le Saint-Esprit ; infini est le Père, infini le Fils, infini le Saint-Esprit ; éternel est le Père, éternel le Fils, éternel le Saint-Esprit ; et cependant, ils ne sont pas trois éternels, mais un éternel ; tout comme ils ne sont pas trois incréés, ni trois infinis, mais un incréé et un infini. De même, tout-puissant est le Père, tout-puissant le Fils, tout-puissant le Saint-Esprit ; et cependant ils ne sont pas trois tout-puissants, mais un tout-puissant. Ainsi le Père est Dieu, le Fils est Dieu, le Saint-Esprit est Dieu ; et cependant ils ne sont pas trois Dieux, mais un Dieu. Ainsi le Père est Seigneur, le Fils est Seigneur, le Saint-Esprit est Seigneur ; et cependant ils ne sont pas trois Seigneurs, mais un Seigneur ; car, de même que la vérité chrétienne nous oblige à confesser que chacune des personnes en particulier est Dieu et Seigneur, de même la religion catholique nous interdit de dire qu'il y a trois Dieux ou trois Seigneurs. »

⁶ *Ibid.*

⁷ Paul Veyne, « Qu'était-ce qu'un empereur romain ? Dieu parce qu'empereur », *Diogène*, 2002/3 - N° 199, p. 3 à 25.

corps du roi. Dans tous ces cas, il s'agit bien d'une véritable consanguinité des rois et des dieux.

Cette proximité des rois et des dieux, peut évidemment prendre des formes et des intonations extrêmement diversifiées, par exemple, celle de la monarchie de droit divin, à la française, modèle plus abstrait de filiation entre la race des rois et celle de Dieu, mais aussi significatif de ce que nous avons appelé un geste congénital du pouvoir politique.

Rien de tel, apparemment, dans le monde islamique. En islam, la politique commence certes avec la foi. Cette dernière constitue l'ancrage et la référence supérieure de tout pouvoir. Cependant la personne du chef n'a rien à voir avec l'idée orientale d'incarnation de la divinité. Le califat a été défini par Juwaïni dans son *Ghiyath al umam...*, comme une succession au Prophète pour les affaires du monde et de la religion. La définition a été reprise constamment par la suite, notamment par Mawardi et Ibn Al Farra, en tant que source de la légitimation du pouvoir. Et pourtant, malgré cette humanisation du pouvoir, le facteur de sacralisation qui constitue en quelque sorte un instinct de tout pouvoir, va se réinstaurer. Parmi les facteurs de sacralisation du pouvoir en islam, il faut, évidemment, évoquer le sang prophétique. Nombre de dynasties, sunnites aussi bien que chiïtes, les Abbassides, les Idrissides, les Zaïdites, les Fatimides, les Saadiens, les Alaouites, les Hachémides, se sont constitués sur le fondement de la filiation prophétique, du sang sacré. Et lorsque le sang n'existe pas, on l'invente. Au fond, qu'est-ce que le sunnisme sinon la théologie politique de l'Empire. Du temps des Abbassides, situés dans la filiation du Prophète, l'Empire fut véritablement un « saint empire », symbolisé par la *burda* prophétique, l'étendard noir, l'anneau et le *qadhib* du Prophète, symboles de sa présence dans l'Etat impérial. La Bay'a, cérémonie à la fois civile et religieuse, qui pourrait être comparé au césaropapisme romano-byzantin⁸ fait signe à la fois vers Dieu et ses *'ibad*. Ici et là, le chef n'est pas propriétaire de son royaume, mais simple mandataire de la communauté, la République à Rome, l'Umma, en islam sunnite. La sacralisation du pouvoir a donc constitué historiquement un vice ou une vertu indécrottable de tout pouvoir politique. Dans un empire sunnite largement sécularisé par rapport aux empires orientaux, il est significatif de constater l'intrusion du signe de prosternation.

Parmi les signes de cette proximité entre religion et pouvoir politique, il faut évidemment évoquer la parenté du langage théologique et celui des théories politiques. Nous l'avons examiné tout à l'heure à l'occasion de ce qu'on a appelé la christologie royale. Souveraineté, ordre, volonté, royaume, décret, grâce, majesté, loi, constituent une terminologie commune entre le droit et la théologie. Il en est de même de Jalala, mulk, arch, qudra, jund, khilafa, shafa'a, hadd, batsh. Ce sont là des catégories de la théologie musulmane, le kalam, et de la théorie politique qui n'est que l'un des chapitres du Kalam. Cette terminologie englobe les qualités exceptionnelles à la fois de Dieu et du chef. Ainsi, la majesté et la souveraineté, Jalala et mulk⁹, sont supposées appartenir Seigneur. Voici qu'elles s'appliquent au roi, Sahib al Jalala, et à la royauté.

Mais les signes les plus lourds de cette proximité procèdent d'un simple constat que l'histoire nous offre à tous les moments, grands et petits, de son long déroulement. Il s'agit de l'intervention du pouvoir politique dans la vie religieuse et des responsables religieux et gestionnaires du sacré dans la vie politique. Le premier utilise évidemment la religion essentiellement pour son propre bénéfice. Ce qui entraîne la double réaction des seconds : soit consacrer le pouvoir en place, soit le contester et le démolir. Le discours religieux se situe en effet, entre légitimation et contestation du pouvoir. Pour en avoir des preuves, nous n'avons même pas besoin de recourir aux oeuvres majeures des grands historiens ou publicistes, comme Ibn Khaldoun, Montesquieu, Bodin, Théodore Mommsen, Il suffit de lire le journal. Cela nous donnerait un tableau aussi riche que disparate, allant de l'affaire du foulard jusqu'à la donation de Constantin, en passant par le concile de Nicée ou de Chalcédoine, le credo sunnite de l'Abbasside Al Qâdir bi Amrillah, la querelle des Guelfes et des Gibelins, la querelle des mutazilites et des asharites, qui fut la suite des combats sanglants entre une dynastie vaincue, celle des Ommeyyades et d'une dynastie victorieuse, celle des abbassides, la révocation de l'Edit de Nantes, le Concordat, etc. Le pouvoir fixe le credo religieux et la théologie lui bénit sa couronne, ceci dans le cas où la couronne et la mitre ne sont pas sur la même tête, comme chez Pharaon ou, avec une autre signification, chez le pontife romain. Cette affaire se passe d'explications supplémentaires

⁸ G. Dagron, *Empereur et prêtre, étude sur le « césaropapisme » byzantin*, Paris, Gallimard 1996, p. 70-73.

⁹ Voir les versets 27 et 78 de la Sourate a-Rahman. Et le verset 26 de Âl 'Umrân. .

II. Religion et droit

La religion et le droit ont peut-être une origine lointaine commune. C'est leur origine archaïque. Fustel de Coulanges nous le rappelle dès les premières pages de la cité antique. « Regardez, écrit-il, les institutions des anciens sans penser à leurs croyances ; vous les trouvez obscures, bizarres, inexplicables. Pourquoi des patriciens et des plébéiens, des patrons et des clients, des Eupatrides et des thètes, et d'où viennent les différences natives et ineffaçables que nous trouvons entre ces classes ? Que signifient ces institutions lacédémoniennes qui nous paraissent si contraires à la nature ? Comment expliquer ces bizarreries iniques de l'ancien droit privé : à Corinthe, à Thèbes, défense de vendre sa terre ; à Athènes, à Rome, inégalité dans la succession entre le frère et la soeur ? Qu' est-ce que les jurisconsultes entendaient par l' agnation, par la gens ? Pourquoi ces révolutions dans le droit, et ces révolutions dans la politique ? Mais en regard de ces institutions et de ces lois, placez les croyances; les faits deviendront aussitôt plus clairs, et leur explication se présentera d'elle-même. Si, en remontant aux premiers âges de cette race, c'est-à-dire au temps où elle fonda ses institutions, on observe l'idée qu'elle se faisait de l'être humain, de la vie, de la mort, de la seconde existence, du principe divin, on aperçoit un rapport intime entre ses opinions et les règles antiques du droit privé, entre les rites qui dérivèrent de ses croyances et les institutions politiques. La comparaison des croyances et des lois montrent qu'une religion primitive a constitué la famille grecque et romaine, a établi le mariage et l'autorité paternelle, a fixé les rangs de la parenté, a consacré le droit de propriété et le droit d'héritage. Cette même religion, après avoir élargi et étendu la famille, a formé une association plus grande, la cité, et a régner en elle comme dans la famille. C'est d'elles que sont venues toutes les institutions comme tout le droit privé des anciens, c'est d'elle que la cité a tenu ses principes, ses règles, ses usages, ses magistratures. »¹⁰

Toutefois, cette origine lointaine a été dépassée par le droit romain du temps même de la période royale. Pour Théodore Mommsen, les jurisconsultes romains ont pris pour socle de leurs travaux « la division des affaires publiques en rapport avec les dieux et relations entre les hommes et, de même que, pour les premiers, ils ont rattaché leurs explications à la théorie des sacerdoces, ils les ont rattachés, pour les seconds, à la théorie des magistratures.»¹¹ Sacerdoces et magistratures constituent par conséquent deux sphères séparées, malgré les quelques survivances sacramentelles dans la procédure civile romaine. Les droits grecs, bien que réprimant les délits contre la religion de la cité, étaient constitués par le fond coutumier et se distinguaient nettement des croyances.

C'est les religions monothéistes ont poussé au plus loin la confusion des références juridiques et religieuses, à partir d'un Texte fondateur de la communauté. La Halakha juive dérive de la Thora, partie juridique du Talmud, telle qu'interprétée au cours des siècles, par les Sages du Talmud, Hillel, Chammaï, Yo'hanan Ben Zakkaï, le Rabbi Yéhouda, le Rabbi Akiba. Le Talmud comprend la loi proprement dite, la Michna, et le Talmud au sens strict, ou Guemarah qui est un commentaire de la Michna¹².

La charia islamique dérive également d'un Texte, constitué par le Coran et les hadiths prophétiques. Dans les deux traditions, juive et islamique, nous observons une extension remarquable du texte par l'intermédiaire des scribes et des prêtres, pontifes descendants de Lévi, dans la tradition juive, ou des interprètes, les 'ulama, dans la tradition islamique. A cela, il faut ajouter le mécanisme des takanot, responsa juives, et des fatawa en islam. Ce sont des décisions particulières sur une espèce donnée qui sont susceptible de faire jurisprudence. Par l'effet d'une Takana, ou d'une fatwa provenant d'une notoriété, le droit d'intention religieuse peut ainsi s'adapter à l'évolution et au changement social.

Dans les deux cas, nous avons un principe constitutif, celui d'un Dieu législateur dont la volonté doit être exécutée par toute la communauté des croyants. Mais dans les deux cas, l'intention exégétique se transforme, en fait, en fonction législatrice temporelle. Cette fonction fut assise en islam sur le principe de l'infaillibilité de l'Oumma, chez les sunnites, ou celle de l'imam chez les chiites. La décision majoritaire, chez les sunnites, prit la forme de l'ijma' de la communauté ou de ses représentants. Un droit de facture purement humaine devient ainsi possible. Ses chemins sont innombrables : analogie, qiyas, jugement préférentiel, istishan, considération du bien commun, maslaha, prise en compte des objectifs de la loi,

¹⁰ Fustel de Coulanges, *La cité antique. étude sur le culte, le droit, les institutions de la Grèce et de Rome*, IHALF, 1961, p.4 et 5.

¹¹ Théodore Mommsen, *Le droit public romain*, Tome I, Diffusion de Boccard, p.2.

¹² Adin Steinsaltz, *Introduction au Talmud*, Trad.Nellt Hansson, préf. Josy Einsenberg, , Albin Michel,2002, 11.

maqâ'id, des ultimités du shar', kulliyat, de la siyasa shr'iyya, du principe de nécessité, dharura, de l'usage et des coutumes, 'amal et 'urf, tout cela est venu remuer le système du Dieu législateur pour devenir le socle de la constitutionnalité islamique. Et cela transparait nettement à travers l'oeuvre d'un certain nombre de savants comme 'Iz a-dîne Ibn Abdessalam, Abu Ishaq a-Shâtibi, Najm a-dîn a-Tûfi, dans les temps anciens et à travers l'oeuvre de Tahar Ben Achour, al Khidhr ibn Hussein, Allal al Fassi, dans les temps actuels.

Cette nuance étant apportée, il faudrait cependant se garder d'aller trop loin dans ce sens. En effet, dans une société qui conçoit son existence essentiellement par référence à la vie dernière, il devient conceptuellement impossible d'envisager une séparation de la religion et du droit. Le croire, c'est tout simplement appliquer des concepts et des méthodes de la science politique moderne, post révolutionnaire, à des sociétés qui n'ont pas historiquement vécu l'ère moderne. Un certain nombre d'auteurs pense retrouver dans l'islam un schéma possible pour une sécularisation, ou même une laïcité du droit, à partir de la distinction consacrée entre l'au-delà et l'ici-bas, âkhira et dunya, ou entre religion et Etat, dîn et dawla. Dans le même sens, on utilise des hadiths du Prophète comme celui-ci : «...ce qui relève de votre monde, c'est votre affaire.» Toujours dans le même sens, on argue du fait que le Prophète lui-même, évoquant sa personne, avait distingué l'homme naturel de l'homme inspiré, ou encore le Prophète-roi du simple Envoyé. Mais cette opinion ne résiste pas à l'analyse.

En effet, la pensée religieuse, fût-elle la plus théocratique, ne peut ignorer d'une manière absolue l'existence, mais surtout les exigences du monde profane. Elle se trouve donc forcée d'intégrer ce monde profane dans la pensée religieuse elle-même et d'élaborer un discours d'intention, de forme et de terminologie religieuse autour de lui. Ce phénomène, c'est-à-dire cette profanation du sacré, est incontournable. Il faut insister toutefois sur le fait que la considération du monde profane par la pensée religieuse, n'en fait pas pour autant une pensée sécularisée, encore moins une pensée laïque. Cette dernière exclut du champ juridique toute préoccupation transcendante, dépassant l'intérêt purement politique, ce qui ne veut absolument pas dire qu'un système sécularisé ignore, dans l'élaboration de ces lois, les motivations d'ordre religieux, ni que la pensée religieuse ne puisse être indirectement la source historique d'une pensée laïque, comme ce fut le cas du thomisme en Occident. Un système de pensée juridique animé fondamentalement par une intention exégétique, à partir d'un Texte fondateur, un système qui sanctionne par des lois et des modes d'exécution civils le blasphème ou l'apostasie, qui accole à l'État un qualificatif mystique, qui impose ou encourage l'interprétation de la constitution ou de la loi d'après les sources proprement religieuses, baigne dans un climat mental spécifique attaché à l'application de la loi de Dieu en tant que condition d'une bonne vie terrestre, c'est-à-dire d'une vie travaillant pour la conquête de l'au-delà. Que la pensée religieuse soit forcée de tenir compte des exigences inévitables du monde profane, ou que les faits ne suivent pas souvent les normes, ne modifie pas fondamentalement ces traits spécifiques de la société religieuse, qui demeure religieuse par ses discours et ses intentions, sa morale et son droit.

Le Talmud regroupe sans les distinguer nettement trois grands types de normes, celles qui sont relatives au culte, celles relatives au droit et enfin celles relatives à l'éthique. Dans la première catégorie, nous pouvons inclure les prières et les bénédictions, le shabbat, les fêtes et commémorations, notamment la pâque juive, puis Hanoukha et Pourim, les sacrifices. Dans la seconde catégorie, il faut inclure les règles concernant le mariage, l'adultère, la répudiation et le certificat de Guet, le statut de la femme, les biens, la prohibition de l'usure, la responsabilité et les dommages, les règles relatives à la preuve, la garde des choses et la responsabilité qui en découle, la propriété, le vol, le travail et les salaires, les lois concernant l'héritage, les tribunaux, les sanctions pénales, les crimes, les amendes, la flagellation, la peine de mort, l'exil, la lapidation. Dans l'ensemble, ils seraient totalement arbitraires de procéder à la distinction moderne qui nous est familière entre le droit la morale et la religion, autant qu'il est arbitraire de distinguer, dans ce même ensemble, le profane et le sacré, les normes juridiques et les prescriptions religieuses. C'est de la volonté de Dieu que procède le droit civil.

La même idée peut être reprise à propos des oeuvres sources de ce que nous appelons le droit musulman. Qu'il s'agisse des grandes codifications des hadiths prophétiques, ou qu'il s'agisse des livres de fiqh, nous passons, sans disposer de repères ou de critères spécifiques de distinction, de la morale au droit, et de la norme juridique à la prescription religieuse. Le Muatta de Malik Ibn Anas est là pour en témoigner. Il s'agit à la fois d'un collationnement de hadiths et de sunan, mais préparé pour les besoins du droit et selon une classification essentiellement juridique. Le mélange du profane et du sacré, de la morale et du droit, se

constate à travers la lecture de n'importe quel ouvrage de fiqh. Il est absolument erroné de croire que la Bidaya...d'Ibn Ruchd ou les Muwafaqât... de Shâtibi, dérogent à ce principe constitutif. Tout ce que nous pouvons dire, c'est que des oeuvres maîtresses comme celle d'Ibn Abdessalam, de Tûffi, ou de Shâtibi, englobent, par le recours au concept de maslaha ou de maqaçid, un potentiel de sécularité susceptible de permettre au juriste de tempérer le texte, d'en modifier le sens originel ou même de le contourner. Mais en eux-mêmes, ces ouvrages s'inscrivent dans la tradition exégétique qui refuse, par principe, d'instaurer la raison humaine en tant que raison législative. C'est là le principe de l'herméneutique de la norme, ce qui ne veut nullement dire qu'une nouvelle herméneutique pour de nouveaux droits n'est pas possible, comme l'attestent les travaux de Ali Abderrazik, Qaçim Amîne, Tahar Haddad, Mahmoud Mohamad Taha, Amina Wadoud et tant d'autres.

III. L'intrusion de la modernité

Au fond des choses, l'événement colossal de notre monde actuel, c'est que le modèle historique de proximité charnelle ou spirituelle du pouvoir et de la religion, et de proximité relative du droit et de la religion a été fondamentalement remis en cause par ce que nous appelons la modernité. Remis en cause, non seulement par cette idée moderne d'une Constitution, mais par le fait même que l'Etat donne maintenant à la religion un statut constitutionnel, alors qu'elle prétendait définir elle-même le statut de l'Etat; religion d'Etat, religions minoritaires, sectes, multiconfessionnalité, laïcité, sont les concepts clés du langage juridique moderne par lequel non seulement nous disons ce qui est religion et ce qui ne l'est pas, mais par lequel nous déterminons le statut de la religion. Remis en cause également par le fait que l'une des revendications les plus problématiques du constitutionnalisme concerne la neutralité de l'Etat en matière religieuse.

Un fait est certain. Le dernier empereur prétendant que le sang royal dérivait de celui des dieux a été abattu par le général MacArthur. Depuis, plus aucun pouvoir ne se prétend être l'incarnation du divin. Cela allait ouvrir la voie à la liberté religieuse, et au respect des minorités religieuses, dans l'égalité des citoyens, ce qui est différent de la liberté religieuse dans le droit de la Dhimma.

Les dictatures ont trouvé de nouvelles astuces, des sortes de divinités sécularisées qui s'appellent le contrat social, le peuple, la nation, l'État, la constitution, la souveraineté, la volonté générale. Le problème ici, c'est que les nouveaux dieux doivent faire face aux atavismes historiques du gouvernement naturel. Autrement dit, l'histoire des idées et l'histoire concrète ne marchent plus toujours dans le même sens, parce que ces nouveaux dieux dans la majeure partie des Etats du monde, sont des dieux importés.

Ces nouvelles divinités ont été inventées, au cours d'un processus historique qui dura à peu près entre le XIVE et le XIXe siècle, par la politologie européenne. Le corps politique du roi est devenu : « le roi en son parlement », et, au nom de ce principe, quelques têtes de rois sont tombées. Marsil de Padoue, Dante Alighieri (Monarchia, 1311), Érasme, Machiavel, Jean Bodin, Thomas Hobbes, Jean-Jacques Rousseau surtout, ont posé les fondations de cette politologie, qui eut pour résultat final, au fond des choses, un retour au modèle abstrait que nous avons évoqué tout au début de cet exposé. Cela donna les révolutions anglaises, notamment le Bill of rights de 1689, la Déclaration d'indépendance américaine du 4 juillet 1776 et surtout la révolution française de 1789 avec sa Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Par l'effet conjugué de cette construction théorique et de ses expériences pratiques, l'ordre du monde est renversé. En politique, la révélation ne vient plus du ciel; elle dérive de notre propre corps. Ce nouvel ordre du monde allait quitter sa terre d'origine pour s'étendre sur le monde entier. La Chine passa d'un extrémisme à un autre, en adoptant la philosophie occidentale moderne dans sa forme la plus radicale, celle du marxisme. Le Japon, sans renier ses traditions les plus profondes, renia cependant la théorie de la divinité incarnée et la remplaça par une constitution de type démocratique libéral. La Turquie, qui fut pendant des siècles l'incarnation du saint empire islamique, par l'effet de cette sorte de donation du califat à l'empire ottoman par la volonté du dernier calife abbasside connu, abolit à la fois le califat, l'empire et le droit islamique. Le principe de laïcité y fut consacré comme un principe constitutionnel et le reste encore aujourd'hui. Partout, la constitution et l'État remplacèrent les vieilleries du gouvernement naturel et partout on proclama le retour au schéma abstrait de séparation du pouvoir, du droit et de la religion.

Mais la tradition résiste, l'esprit civique historique ne change pas uniquement par le simple fait qu'il lui est intimé l'ordre de changer. En Europe, la politologie moderne a mis cinq siècles pour se constituer ; pour

aboutir par exemple à cette idée de neutralité des pouvoirs publics.

Si le gouvernement naturel persiste dans nos pays, et tisse encore sur le modèle théologico-politique ancestral, ce n'est pas véritablement par la volonté ou la faute des dirigeants en place, mais parce que l'esprit civique majoritaire de leurs sociétés le leur permet. Une confrontation de longue durée, parfois violente et cruelle, va donc avoir lieu, dans nos contrées, entre les deux modèles. Cette confrontation entre les deux modèles de valeurs morales et de droit, a été clairement mise en relief par la Cour européenne des droits de l'homme, dans des affaires importantes comme l'affaire Reffah Partisi ou l'affaire Leïla Shahin.

Elle est clairement repérable dans notre système général de législation. D'un côté, dans nos constitutions, nous affirmons l'égalité citoyenne, sans distinction de race, de sexe ou de religion, la suprématie de la loi, la séparation des pouvoirs, les principes de la démocratie et des droits de l'homme, dans le même temps que, d'un autre côté, nous vidons ces concepts de leur substance, dans la vie pratique. Pendant que la constitution célèbre l'égalité des sexes et des croyances, la loi, la jurisprudence et les précédents administratifs réinstallent la discrimination, fondée sur les principes et les règles du droit musulman classique, puis, dans les années récentes se met à hésiter entre les deux idées de droit, pour reprendre les formules de Georges Burdeau.

Nous avons vu cette confrontation diviser les juges, aussi bien ceux du fonds que ceux de la Cour de Cassation, entre ceux qui restaient attachés à la conception « révélationniste » du droit et ceux qui adhéraient à la conception laïcisante de la Constitution.

Je disais : l'ordre ancien du monde résiste, mais je dis à présent : les coups de semonce de la modernité juridique continue à retentir avec autant de force, comme le montre le dernier état de la question, illustré par les réformes marocaines du code de la famille en 2004 ou l'arrêt rendu par la Cour de Cassation tunisienne le 5 février 2009.

Le litige, comme tous ceux qui l'ont précédé dans le temps, soulève la question de savoir si la disparité de religion peut constituer, en droit, un empêchement successoral entre des individus qui seraient normalement des successibles, sans cette disparité de religion. Confirmant l'arrêt d'appel, qui lui-même confirmait le jugement de première instance, la Cour de Cassation, dans un arrêt abondamment motivé, affirme qu'il convient d'interpréter l'article 88 du Code de statut personnel concernant les empêchements successoraux, à la lumière des « principes fondamentaux de l'ordre juridique tunisien tels qu'ils sont consacrés par la constitution » et les conventions internationales en la matière, ratifiées par la République tunisienne.

Par conséquent, la Cour de Cassation, se référant aussi bien aux articles 5 et 6 de la Constitution, qu'aux articles 18 et 26 du Pacte international sur les droits civils et politiques, et à l'article 16 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, conventions qui d'après l'article 32 de la constitution ont une valeur supérieure aux lois, consacre la séparation entre la jouissance des droits civils et la question de la conviction religieuse, affirmant nettement que le bénéfice des droits ne pouvait pas être conditionné par l'existence de la conviction. Elle se réfère, par ailleurs, à l'article 4 du C.O.C. d'après lequel : « La différence du culte ne crée aucune différence entre les musulmans et les noms musulmans, en ce qui concerne la capacité de contracter et les effets des obligations valablement formées par ces derniers et envers eux. » De même, la cour considère l'article 174 du code de statut personnel aux termes duquel : « le testament est valable quoi que le testateur et le légataire ne soit pas de la même confession » ce qui lui permet d'interpréter l'article 88 du Code de statut personnel limitativement, comme n'impliquant pas l'empêchement successoral pour cause de disparités religieuses. La cour relève, à bon droit, que le législateur serait en contradiction avec lui-même si, d'un côté, il affirmait la liberté de croyance et d'un autre côté consacrait une sorte de « punition successorale » à l'égard des successibles appartenant à deux religions différentes. Mais ce que la Cour ne dit pas, c'est que notre législation est effectivement contradictoire, pour la raison très simple que nous le sommes nous-mêmes au niveau du pensé et du vécu.

Cet arrêt, d'une importance considérable, vient-il mettre un terme définitif à la doctrine de ceux qui croient que la Constitution et le Coran ont autre chose à voir ensemble que leurs majuscules initiales ? Constitue-t-il un arbitrage sans recours entre ceux qui pensent que le droit est l'affaire des dieux et ceux qui croient qu'il est l'affaire des hommes ?

On ne peut le croire. Les changements de mentalités sont d'une lenteur accablante, sans compter que, lorsqu'un certain équilibre est enfin trouvé, il n'est jamais immunisé contre les ruptures et les crises qui le

menacent perpétuellement. Pourtant, le progrès existe.