

Droit et Religion : Observations finales *

Jean-Marc TRIGEAUD

Professeur à l'Université Michel de Montaigne (Bordeaux III)

RÉSUMÉ.— En soumettant le rapport droit et religion à une approche philosophique, la nécessité d'un sens se dégage, comme « troisième terme », facteur d'*unité* avant la pluralité des interprétations. Ce sens désigne aussi bien une exigence de justice. Et l'analyse comparée des trois monothéismes permet de vérifier sa propre unité dans le respect de leurs différences d'orientation.

Voici venu le moment de situer l'ensemble des travaux de ce colloque dans la perspective de notre discipline, et d'en tirer quelques leçons.

Il ne suffisait pas que droit et religion, ces deux « irréfléchis », se rencontrent : encore fallait-il que les regards du *philosophe du droit* et du *philosophe de la religion* puissent se croiser.

Une même exigence a semblé alors s'imposer (I), et d'*identiques clivages d'interprétation* ont paru surgir (II).

On a ainsi recherché une unité compréhensive, mais l'on s'est toujours efforcé de montrer comment elle donnait lieu à controverse, et comment elle pouvait être *reçue* ou *écartée*, – et écartée comme prétexte à la séparation radicale entre aspect positif et fondement substantiel du droit ou de la religion.

Mais, ces divergences n'ont pas empêché de le constater, le droit et la religion se proposent – d'un côté de se tourner *vers l'homme*, et de le saisir comme une fin, une fin en accord avec l'ordre ontologique où il est placé, – et d'un autre côté de déterminer *une loi* et de voir en elle un moyen privilégié d'atteindre cette fin (III).

I. — LE TROISIÈME TERME

Une même exigence d'abord a conduit ces diverses interrogations.

Car ce qui a stimulé les approches successives du droit et de la religion a été en effet la quête d'un sens (et comme en continuité avec le thème du colloque déjà présenté par M. François Terré l'an dernier) : et passant de l'être au devoir-être, ce sens devient celui

* Rapport de clôture présenté au Colloque international de l'*Association française de philosophie du droit*, sur le thème « Droit et Religion », Paris, Panthéon-Assas, 14 nov. 1992.

de la justice qui s'inscrit dans chaque élément, et dans le droit et dans la religion. Comparaison, confrontation ne pouvaient s'opérer que par cette médiation commune, par cette « direction » *juste*.

La tentation eut été de céder à l'attrait du périphérique, de se détourner de cette direction, et de lui préférer les structures extérieures qu'elle traverse et qui sont censées la rendre visible aux yeux de la société et de l'histoire. Mais si le droit et la religion sont *dans* la société et *dans* l'histoire, ils ne sont exclusivement ni *de* la société ni *de* l'histoire. Comme deux langages étrangers, ils ne peuvent se placer sous un même regard, et ils ne peuvent en somme communiquer, que s'ils se rattachent à un principe intelligible, à un principe « informatif » dirons-nous aristotéliennement avec M. Claude Tresmontant, à un principe qui les oriente, en dépassant leurs expressions localisées et contingentes.

Avant donc de penser à une implication du droit dans la religion ou de la religion dans le droit, un *troisième terme* est à percevoir : il surmonte l'hétéronomie du juridique et du religieux et il n'est autre que le *terme sémantique lui-même*. C'est ce qui nous a plutôt conduit à y *relier ensemble droit et religion*.

L'on ne préjuge par là d'aucun contenu quelconque, d'aucune solution concrète ; et, dans le prolongement de la réflexion de M. Jean Carbonnier, et en dehors des identités relevées par lui dans la « *Collatio* » des lois mosaïques et romaines du IV^e siècle, une visée directement « fondatrice » du droit matériel, une « causalité » serait d'autant plus difficile voire absurde à établir, que l'on évolue d'un plan de réalité à un autre, du métaphysique au phénoménal, là où se glisse inévitablement toute la subjectivité de l'interprète.

Cette unité de référence n'en demeure pas moins un présupposé constant, analogue à l'unité *apriorique* de l'idée du divin dont traite Scheler¹. C'est à partir d'elle que se conçoivent d'une part *le démembrement* du juridique et du religieux, et d'autre part *leur mise en rapport* comme deux sortes d'organisation encadrant les comportements humains.

Nous aurons beau essayer d'objectiver, de réifier, de « positiviser » ces comportements et leurs règles, et nous aurons beau suivre leurs « variations », leur dissémination dans le multiple, nous ne ferons jamais que *reposer le problème même du sens valorisé et unitaire qui les inspire*. Comment se soustraire à la fois au besoin et à la fascination implicite d'un modèle qui l'assume en son intégralité ! Voilà qui semble particulièrement accrédité par les pratiques d'imitation du religieux, par ces rites paranormatifs que M. Philippe Malaurie a étudiés sous le nom de « sectes », – même si ces structures fermées font justement regretter une insuffisante dissociation d'avec la religion autant dans les sources du droit que dans le contentieux, et même si elles ont tendance à prendre la partie pour le tout et à s'aligner plutôt sur un schéma *politique* partisan et exclusif : c'est-à-dire sur la « société close » bergsonienne dont M. Cotta a stigmatisé les carcans,

¹ Cf. M. Scheler, *Le formalisme en éthique et l'éthique matérielle des valeurs*, trad. fr. Gandillac, Paris, Gallimard "Bib. Ph.", 1955, p. 302-305. Mais l'analyse de Rosmini (*Antropologia soprannaturale*) paraît bien plus profonde ici, qui évite le rejet d'un accord possible entre l'idée et le sentiment, et qui ne glisse précisément pas dans l'*ontologisme* auquel croit se soustraire la critique schélérienne. Le mérite de Scheler est en tout cas de ne pas désolidariser l'idée d'un contenu objectif qui la dépasse et d'attribuer à ce contenu la qualité d'une « essence axiologique », de le traiter comme une direction première.

car elles ignorent l'universalisme de tout élan religieux qui s'éloigne du généricisme abstrait ; et c'est ce qui rejoint encore la préoccupation, exprimée par M. Armand Abécassis, d'un primat de la personne spirituelle qui répugne aux dogmes d'une égalité linéaire comme aux sujétions de l'individu ou du groupe. Déjà difficile à faire admettre, selon la remarque de M. Roger Arnaldez lorsqu'il redéfinit la loi coranique comme un contrat, cette égalité est de surcroît à délivrer de ses limites, ainsi que la Bible en montre d'ailleurs le chemin au sujet de la rançon (*kôpher*) et de tout rapport de droit... *qui n'est que droit et jamais absolument juste* ²...

La recherche du sens assure donc seule cette *unité* à l'intérieur de laquelle un *pluralisme* est possible, quand on comprend qu'une forme de questionnement métaphysique rassemble avant que la formulation des réponses ne divise.

De même, et c'est ce que vise l'exposé de M. Roland Drago en droit public, une interprétation des croyances susceptible de les intégrer au juridique, débouchant sur une forme de contrôle de qualification (de la pratique des cultes aux congrégations), fait ressortir le rôle de catalyseur et d'arbitre impartial de l'État laïque, symbole de l'observateur objectif : et elle ne saurait occulter un noyau de sens religieux dont l'expression est la liberté de la conscience ; cette liberté sera aussi présente, et plus que jamais, dans la liberté de l'enseignement, qu'il semble revenir à la laïcité même, à l'instance publique de devoir garantir pour affirmer l'universalité qu'elle médiatise (c'est ce qui pourrait transparaître d'avis du Conseil d'État qui ne condamne pas la neutralité à l'exclusion des différences religieuses à l'école).

Une méthode de critique rationnelle des faits respecte de soi la force de valeurs irréductibles qui caractérisent l'élément religieux ; et cette méthode peut être étendue, si l'on change d'optique et si l'on substitue le chercheur à l'État, à des phénomènes plus éloignés dans l'espace et tenant à des émergences du religieux en parallèle au droit, pour ne pas dire du « numineux » ou du surnaturel mythique, dans les sociétés africaines comme dans le monde oriental : le diagnostic des conditionnements ne fait nullement disparaître une justice sous-jacente.

Mais il suffira d'observer qu'il y a invariablement un *ordre de production* des phénomènes, qui va du plus large au plus étroit, du moins rigoureux au plus sanctionné, du critère au système, du principe ouvert aux raffinements casuistiques : *du religieux au juridique*.

S'il est avéré, en effet, que le religieux précède en quelque manière le juridique, la démonstration de cette tendance ne doit pas faire illusion : elle marque la présence de ce *troisième terme* sans lequel aucun jugement de cette nature ne pourrait être porté. Et de ce fait, la genèse du droit a révélé dans cette singulière perspective l'antériorité du *fas* sur le *jus*, et d'un *fas* qui n'est pas le reflet d'une idéologie superposée à la réalité des mœurs. Louis Gernet en avait fait la remarque à propos du droit grec ancien en confrontation aux thèses de Henri Lévy-Bruhl qui inclinaient à relativiser une religion archaïque rituelle et artificielle ³. Dans son analyse du droit romain, M. Michel Humbert s'est livré à une comparaison semblable qui indique bien que la structure du droit fut calquée sur celle du religieux, relevant de la même autorité, recourant à la même technique, s'il

² Cf. notre conférence citée *infra* note 7 (la terre est un don divin – au-delà d'un partage et de son « égalité » – et son appropriation doit prolonger ce don...).

³ Cf. L. Gernet, *Droit et institutions en Grèce antique*, Paris, Flammarion "Champs", 1982, p. 7-9. Cf. également les études de P. Boyancé et G. Dumézil.

faut toutefois convenir que l'assimilation a été d'autant plus aisée que le « troisième *genius* », la troisième religion du Pontife Quintus Mucius Scaevola, l'intérêt politique de la *civitas* et de la *pax romana* l'ont largement emporté et ont fini par absorber l'élan religieux primitif. C'est ce qui est aussi visible dans l'éclosion en Europe orientale, comme le précise M. Jorge Uscatescu, de nouvelles églises, dès que le droit romain est venu se greffer sur des usages religieux immémoriaux. Et la science des religions comparées comme l'anthropologie sociale et religieuse confirment la même analyse de la prééminence du religieux, – depuis Rudolf Otto (*Das Heilige*, 1917) ou Wilhelm Schmidt (*Der Ursprung des Gottesidee*, 1955) jusqu'aux travaux de Mircea Eliade dont la perspective ne dissimulait pas son agnosticisme.

Tout se passe ainsi comme si le religieux était moins embarrassé que le droit par l'extériorité et la coercition des règles et était donc plus apte à accueillir une pensée du juste sans la trahir, et en en reflétant plus adéquatement la signification.

Cependant, l'on ne saisit alors que le seul aspect du religieux qui peut avoir un retentissement *entièrement* juridique et adapté à la vocation *relationnelle* de l'homme, indépendamment du dialogue intérieur entre sa conscience et la divinité. Et l'on doit se méfier des dérives qui tendraient à subordonner la vérité religieuse à son utilité temporelle, suivant le modèle machiavélien d'instrumentalisation décrit par M. René Sève, ou selon un critère purement empiriste et analytique. Certes, la transition à une théorie de la justice distributive et du « bon partage » paraît imposer cela pour les besoins du droit, et d'un droit égal pour tous : mais, et René Sève ne nous démentira pas, ni le religieux ni le juridique n'épuisent, par cette voie nettement circonscrite, la totalité de leur principe, et le principe qui leur est commun, auquel ils se rattachent sous une forme de lien social tantôt désintéressé, tantôt « utile », s'enracine dans le respect fondamental d'une conscience aspirant toujours à la reconnaissance de sa liberté. L'analyse de MM. Cotta et Folkers aura également insisté sur cette limite, que prouve la présence d'un mouvement oblatif, et celle de M. Bernard Bourgeois en aura interprété les conséquences sur la portée des droits de l'homme en tant qu'ils expriment l'essence même de la liberté dans le droit, à travers des déclarations simplement transitoires et « réalisantes » qui ne doivent pas faire obstacle à son caractère absolu... Le religieux et le juridique s'accordent d'abord en somme aux réquisits de cette conscience qui échappe aux paramètres quantitatifs avant d'être saisie dans des comportements ou des pratiques. Et la mission notamment d'une église qui entendrait contribuer au développement de la justice sociale et juridique sera de réaffirmer la valeur élémentaire qui impute à tout pouvoir une *obligation de ne pas faire*, de ne pas systématiser un critère valant pour un sujet moyen, et donc politisé, pris *in abstracto* ⁴.

⁴ Cf. par exemple, à propos de Rawls ou de Nozick, M. Toso, *Chiesa e Welfare State*, Roma, Las, 1987 et U. de Macedo, *A Evolução da ideia de Justiça social no pensamento occidental*, Rio de Janeiro, Univ. Parana, 1992, *passim*.

II. — ENTRE JUSNATURALISME ET POSITIVISME

Une fois admis un sens juste et une fois reconnu que son expression religieuse peut préfigurer son expression juridique, l'essentiel paraît de savoir quel rôle lui conférer au moins dans la détermination de principes directeurs du droit.

Or *d'identiques clivages d'interprétation* apparaissent à cet égard dans le droit et dans la religion.

Peu importe le rôle d'une référence au juste dans le domaine religieux. Considérons-la plutôt dans le domaine du droit où elle se trouve déjà revêtue d'une *fonction empruntée au religieux*.

De deux choses l'une : ou bien ce rôle est accepté et il correspond à un développement naturel de l'intériorisé à l'extériorisé, du plus ontologique au plus phénoménal ; ou bien, il est rejeté en faveur du positivisme, mais d'un positivisme de pure méthode, afin d'éviter que l'exigence reconnue ne dépende d'une interprétation subjective.

Dès lors, les deux tendances entre lesquelles l'on oscille paraissent reproduire le balancement perpétuel *entre jusnaturalisme et positivisme*. Et la psychologie des religions (au sens qu'illustra Maurice Pradines⁵) coïncide avec celle du juridique, parce que là encore sans doute le droit est à arrière-plan religieux.

Il y a un *positivisme de la lettre* qui a été unanimement répudié et qui entache significativement la religion d'un soupçon de juridicité mal comprise ; il la restreint à un légalisme formel, et il transfère à un droit pareillement dénaturé ce défaut réductionniste qui le prive de sa substance intellectuelle et éthique. Il est très net aux origines, comme l'ont montré MM. Tresmontant et Abécassis – même si M. Arnaldez a pu relever quelques édulcorations typiquement positivistes de la loi coranique, qui sont plus typiques en somme des récupérations politiques de cette loi, ce dont aucune loi religieuse n'a été historiquement à l'abri... La légalité dont le droit et la religion sont porteurs accompli et structure plus qu'elle ne marque un commencement qui ferait prendre à la volonté le pas sur l'esprit. Sans la reconnaissance de cette nécessité d'ordre ontologique et de l'analogie de ses formes, aucune communication ni aucun dialogue interconfessionnel ne serait d'ailleurs possible, et ce fut tout le sens du vieil essai récemment réédité de Raymond Lulle, *Le livre du Gentil et des trois sages*⁶ de le mettre en évidence en improvisant déjà une rencontre instructive des trois monothéismes en plein Moyen Age. Mais c'est contrairement à ce positivisme, c'est contrairement à son obstinée « misologie », que s'est engagée ici même la démarche interrogative du philosophe : elle n'a pas hésité à affirmer le besoin commun au droit et au religieux d'une *connaissance*, d'une intelligibilité exhaustive, là où tout conspire à les relativiser, du prestige de quelque autorité aux mobiles secrets de la foi.

La foi ? Elle ne doit pas servir de façon dénaturante d'instrument misologique, sinon, comme le rappelle Clément d'Alexandrie dans ses *Stromates*, elle n'est pas foi à l'essentiel, à l'esprit. Elle ne doit pas non plus faire obstacle, M. Tresmontant l'aura indiqué dès l'ouverture, à la raison philosophique et scientifique, dans le domaine des institutions et des droits... Un Ernest Renan (dont nous fêtons l'anniversaire de la mort

⁵ M. Pradines, *Esprit de religion*, Paris, Aubier, s. d. Mais c'est la *Psychologie* de Jung qui permet l'approche la plus profonde de cette coïncidence.

⁶ R. Lulle, *Le livre du Gentil et des trois sages*, Paris, Ed. de l'éclat, 1992.

au Collège de France) a cependant pu le penser et il est tombé dans la même confusion que celle de ses premiers détracteurs, en ne conduisant plus guère l'exigence du sens qu'au plan archéologique et dans l'exploration risquée des sites de Sidon et de Byblos, toute admirable et poétiquement séduisante qu'en soit l'entreprise...

Même chez les grands mystiques, chez Jean de la Croix lui-même, la foi n'est-elle pas d'une certaine façon une *expérience cognitive* ? Il ne saurait s'agir de souscrire à quelque gnosticisme néoplatonicien ou plotinien, mais la foi ne peut-elle pas se présenter bien souvent comme *l'acte suprême d'une connaissance de la vérité religieuse*, connaissance confondue avec l'amour ou avec la charité ? L'identification biblique de ces mots « amour » ou « charité » avec le mot « justice », avec la *sedâqua* est éloquente ⁷, et la foi ainsi comprise entraîne alors, comme invite à le penser M. Cotta, l'union, la réconciliation spontanée des facultés naturelles de l'homme qui coupe le plus radicalement court aux critiques. La critique qui serait prompte à dénoncer les excès ostentatoires ou les hypocrisies de ces élans caritatifs qu'inspire le religieux dans le droit et qui compromettent les équilibres de jugements mesurés, cette critique s'incline sans peine devant le *témoignage absolu de type religieux* dans une « société ouverte », quand réellement il ne fait acception d'aucune personne ni d'aucune communauté humaine et quand il s'accorde avec une authentique universalité, un témoignage qui peut être conduit jusqu'au *sacrifice* ⁸, à ce refus obstiné de « résister au mal » dont M. Horst Folkers fait luthériennement un « commandement rigoureux » (... « *Die Worte Christi sind keine Räte, sondern "strenges Gebot"* »...), ou à ce premier renoncement qu'est le *pardon* avec la dimension que lui prête M. Abécassis et que d'autres intervenants lui ont conféré aussi (MM. Carbonnier et Cotta, en interférence avec l'idée de grâce...), – car une telle universalité est le signe même en nous de la *connaissance*, le signe de *l'idée* qui est propre à notre constitution mentale, du *logos spermatikos* (dont traite la patristique) comme marque d'une première alliance, interne en somme, de Dieu avec l'humanité entière, avec tout homme ⁹.

Certes, un strict fidéisme a pu entraîner dans une tradition présentée comme janséniste ou protestante une distinction entre la pensée et la foi, comme entre ce qui appartient ou se refuse à notre perception intellectuelle, ce dont on retrouve des traces si évidentes dans la séparation heideggerienne entre *nature historique* et *sur-nature* ¹⁰. Mais, non seulement ce fidéisme ne s'accompagne d'aucun irrationalisme et manifeste simplement le souci d'un respect protecteur de l'intégrité de chaque genre (les exposés de M. Carbonnier et de M. Sève l'attestent), mais il est largement dépassé, comme M. Folkers

⁷ Cf. notre « L'Europe comme idée du juste ou la terre intérieure » (Bolzano, 1992, à paraître in *Atti*, Napoli/Roma, ESI, 1993) concernant l'application de ce vocabulaire à l'autre ou à l'étranger, ce qui montre l'esprit anti-politisant et donc anti-sectaire de cet amour religieux...

⁸ Indépendamment de cette ouverture à *l'infini* dont parle Bradley pour ramener le sacrifice qui assure l'accomplissement humain le plus haut, l'achèvement de soi, à un ordre purement moral, alors que l'ordre du religieux commence précisément dans cet infini au seuil duquel se trouve encore toute réalisation personnelle. V. sur la notion de sacrifice (relié à *l'idéation* et à *l'humanisation*, notre *Persona...*).

⁹ Cf. *supra*, note 7, *ibid.*

¹⁰ Comp. la réflexion de P. Rostenne, *Le philosophe et sa foi*, Paris, PU, 1990, p. 45 et s., 154 et s., – prenant ses distances par rapport à Ricœur – et son *Homo religiosus*, en préparation.

l'a montré en reprenant le luthéranisme de Hegel et de Schelling qui fait ressortir la foi même du contenu de la pensée et entend la dépouiller de ses connotations subjectivistes, si du moins l'esprit peut s'élever à l'universalité objective de l'Idée et chasser l'idéologie de l'État ; cela ne saurait aboutir pour autant à l'identification du philosophique et du théologique¹¹, car il ne faut pas présumer d'une liberté divine qui est supérieure à celle de notre esprit et qui a pénétré avec plus de transparence dans la parole évangélique, une liberté d'aimer que nous devons reproduire et qui n'aspire pas enfin, M. Folkers le précise, à introduire le règne d'une justice en ce monde par le biais du droit et de son autorité, mais une liberté qui est au contraire « contenue » par « le mystère du mal » que le pouvoir politico-juridique échouera à vaincre et qui s'insinuera même en lui jusqu'au moment de la *parousie*.

Si un positivisme peut donc voir le jour, il ne tient pas au fondement respectif du juridique et du religieux dans une connaissance, mais à leur *rapport entre eux*, et à l'influence que la connaissance propre au domaine religieux peut avoir sur le droit. Les uns admettent qu'un prolongement naturel s'opère, les autres préfèrent un parallélisme sans interférences. Et ce clivage réitère celui qui est bien connu, *entre jusnaturalisme et positivisme*, chez les philosophes du droit.

III. — L'HOMME ET LA LOI

Mais le problème de fond n'est-il pas alors lié aux présupposés théologiques de chaque démarche et à leur *double conception anthropologique et légale* ? M. Terré a bien souligné que l'emploi du mot religion, visant à mieux préparer une comparaison avec le juridique, ne devait nullement proscrire cette ultime enquête, et M. Tresmontant aura dissipé à cet égard les malentendus de vocabulaire.

Tout semble en effet théologiquement dépendre : — d'une part d'une lecture de l'homme même ; — et, d'autre part, d'une interprétation de la loi qui constitue l'instrument commun d'organisation de chaque ordre.

A. — Approche de l'homme

L'homme est, tout d'abord, au centre de toutes les préoccupations. Ainsi l'y a placé de manière caractéristique la réflexion de M. Abécassis s'interrogeant sur le fondement du monothéisme. D'où l'importance décisive du thème des « droits de l'homme » dont M. Bourgeois a établi la filiation mixte et « ambiguë » (*juridique* par la forme certes,

¹¹ Chez Emil Brunner (*Gerechtigkeit*, Zürich, Zwingli V., 1943), ce sera aussi patent, et imposé par la connaissance (*RechtsIdee*) de la double injustice religieuse et juridique du régime nazi ; chez Gustav Radbruch, une dissertation commune avec Paul Tillich (*Religionsphilosophie der Kultur*, Berlin, Reuther-Richard V., 1919) laisse présager cette même évolution (par abandon de son positivisme initial), en fonction des mêmes circonstances tragiques. — Comp. aujourd'hui avec quelques positions exprimées in W. Oelmüller (Hrsg.), *Worüber man nicht schweigen kann. Neue Diskussion zur Theodizeefrage*, München, W. Fink V., 1992.

mais *religieuse* par un contenu et une finalité libératrice de l'humanité, qu'en fait elle ré-utilise alors qu'elle ne procède pas du religieux et se profile sur un horizon plus restreint).

1. Mais, en réalité, il n'en ira pas toujours de la même façon, selon la nature du religieux.

Car deux tendances se dessinent :

— tantôt l'on identifie la divinité de référence à *un principe anonyme et abstrait*, à un « grand tout », volontiers polymorphique, auquel l'homme de nature purement sociale est appelé à se fondre, tout en se prenant pour fin, ou tout en s'assignant *l'humanité indifférenciée pour fin*, dans une religion réduite à des institutions, exemple de la religion plus mythologique que spéculative des Romains, telle que l'a interprétée M. Humbert, ce dont même le confucianisme de la Chine ancienne peut offrir l'équivalent ;

— tantôt l'on privilégie l'approche des *trois monothéismes*, et, en complément, celle des trois confessions chrétiennes : c'est alors se fonder sur une divinité elle-même conçue *comme une Personne*, comme « Quelqu'un » d'unique, et comme *Quelqu'un* qui non seulement s'adresse à nous mais que nous reflétons en tant que nous sommes sa créature ; chacun peut ainsi cesser de représenter une fin en soi générique et peut se *prévaloir d'une fin propre* à respecter comme telle.

Apaçons sur ce point la crainte de Kelsen : Kelsen redoutait en effet que la seule idée de création produise une conséquence « antidémocratique »¹², ce qui est certes vrai au sens où les uns et les autres seraient « différemment » créés, selon une inégalité initiale, dont aucun ordre juridique nécessairement « pur » de telles considérations ne saurait s'accommoder, *mais une telle idée devient tout au contraire défendable, quand elle se situe non à la base du droit, mais au cœur de la réalité vécue que vise le juste à travers lui, pour exprimer l'égalité universaliste de tous dans le respect des différences de tous degrés, qu'elles tiennent à une singularité de personne ou à une particularité de nature* : simplement afin de nous empêcher de juger *à la source*, en deçà des actes objectifs auxquels le droit est borné, c'est-à-dire de *discriminer* ; cette idée joue alors le rôle de garde-fou contre la plus haute forme d'irrespect de l'Autre.

2. Retenons donc comme dominante les trois monothéismes qui ont été sans cesse abordés.

C'est à partir de leur fond commun que la *notion de vérité* paraît changer de sens et de critère et ne plus dépendre d'un pouvoir ou d'un *consensus* de groupe. D'où certaines réserves que suscite d'emblée le discours d'opinion qui prétendrait juger sans autre examen du religieux, en y projetant des grilles politisantes, utilitaires et réductrices, à l'origine de bien des fanatismes (et l'on songe même, dans l'ordre d'un discours théorique, au réductionnisme d'un Carl Schmitt par exemple, du rapport « ami » - « ennemi », ce qui n'échappe pas à la critique de M. Cotta) : en effet, ce discours apprécie le religieux *mais ne lui refuse que trop souvent d'être jugé du seul point de vue qui lui sied : du point de vue de ses principes internes*. Déjà, notre Portalis lui-même en avait prévenu, à propos

¹² H. Kelsen, « Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics » (1948), in *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science*, Los Angeles, Berkeley Univ., 1960, p. 201 et s.

du mariage et de la famille dans le code civil, en attirant l'attention du Corps législatif sur la nécessité de se soumettre « aux principes » de la religion que l'on veut régir, et en ajoutant qu'il y aurait quelque imprudence à chercher à améliorer ou à perfectionner une religion, ce qui supposerait qu'elle est vicieuse selon d'autres principes que les siens¹³. Le Conseil d'État l'a compris dans les avis commentés par M. Drago, – ce que la discussion qui s'en est suivie, successivement présidée par MM. Jean Foyer et Georges Vedel, a permis de vérifier grâce aussi aux interventions de M. Malaurie : n'en ressortent alors que mieux, et les *limites* du droit qui ne peut s'arroger l'appréciation d'un contenu à cet égard (*Rechtsstoff* de Radbruch ou de Brunner, distinguée d'une *RechtsIdee*... comme l'entend encore M. Cotta) et le rôle de *garantie de la liberté* qu'il apporte ainsi en préservant du même coup le religieux contre ce qui est attentatoire à celle-ci dans le cas de ces sectes oppressives dont la jurisprudence renvoie une image sans complaisance.

Si vérité il y a, et cette fois-ci il s'agira bien d'une vérité commune, dans les différences elles-mêmes, à toutes les religions authentiques et non compromises avec des fins extrinsèques, politiques, cette vérité n'est plus *générique*, comme dans le manifeste de Feuerbach), mais elle s'ancre dans une universalité métaphysique, l'universalité même du « différent », ce qui permet d'écarter l'application de concepts de justice juridique distributive inadéquats au religieux. La conscience religieuse de cette vérité comme « conscience de l'absolu » doit dès lors veiller, comme semble le penser M. Bourgeois, à ne voir dans les déterminations génériques (les droits de l'homme, qui sont vite associés à ceux du citoyen) qu'un pur moyen offert à des finalités plus hautes bien au-delà de la citoyenneté.

C'est à partir de ce fond commun que la *double réalité* surnaturelle ou naturelle de l'homme, se dégage, et que sa double postulation verticale et horizontale, intime et sociale apparaît : c'est dans cette perspective, que se pose le problème de la distance ou de la proximité de l'homme et de Dieu à l'origine des jusnaturalismes et des positivismes (thèmes entrelacés de l'hébraïque Tout Autre hors de prise ou d'un Je chrétien complice de cet Autre...).

B. — Approche de la loi

C'est en dernier lieu sous cet angle de vue que *la légalité* est à envisager.

Elle pose de nombreux problèmes. Pour conclure, recensons-en les principaux.

1. D'abord, le problème de *l'origine de la loi*, émanée de Dieu ou de l'homme, et le problème du rapport de ces deux lois, divine et humaine ; ce rapport est le plus caractéristique quand il s'agit, à l'horizontale, de deux lois positives ou volontaires (d'un *ius positivum divinum* et d'un *ius positivum humanum*) ; il l'est moins quand il s'agit, à la verticale, de deux lois naturelles ou intellectuelles (loi éternelle et loi du « cœur » ou de l'esprit chez Augustin, Isidore de Séville, Thomas d'Aquin, Suarez...).

En parallèle avec la tradition des philosophes et juristes juifs comme Maïmonide, auquel se relie M. Abécassis, on le voit dans la tradition musulmane médiévale analysée

¹³ Cf. Portalis, cité par Rosmini dans le vol. : *De Matrimonio*, Stresa/Roma, *Opere*, Città Nuova, 1977, p. 91.

par M. Arnaldez : certaines des méthodes et des « topiques » d'interprétation des textes de ces deux traditions, pourtant bien distinctes, nous sont devenues familières au plan juridique dans l'ignorance même de leur provenance ; ces écoles canoniques ont influencé pour longtemps les techniques du droit. Les docteurs musulmans n'ont cessé ainsi de compléter et de préciser les versets coraniques par l'interprétation des faits et gestes du Prophète et en argumentant par l'analogie.

Mais les réflexions de M. Uscatescu ont révélé une situation antérieure, moins connue encore et propre à l'Est européen, situation qui s'étendra jusqu'à la Roumanie moderne, dans les traditions hybrides, catholiques et orthodoxes, des chrétiens de rite oriental, face à l'extension des concepts juridiques importés du monde romain et en harmonie avec la rationalité hellénique, c'est-à-dire avec la philosophie, dans l'union « de Sainte-Sophie et du *Corpus Juris* ».

2. Autre problème : celui de *l'expression intérieure ou extérieure de la légalité divine* (conscience et Révélation), ce qui est typique du judéo-christianisme, suivant un mouvement en deux sens : — dans sa tension réflexive, sa capacité de recueillement, tournée vers le sacré, — et dans sa soumission à un ordre ontologique reçu d'en haut : les interprétations de MM. Abécassis, Tresmontant et Cotta offrent à cet égard un certain nombre de connexions entre elles.

Un tel problème a resurgi sous une forme très nette, — et comme en écho à une dualité que nous a fait observer M. Arnaldez entre la révélation coranique et les constructions des docteurs ou des savants du droit — dans toutes les tentatives de « sécularisation » ou de « laïcisation » de la Renaissance, consécutives à la Réforme, dans l'École hollandaise de Grotius comme chez les juristes rattachés à Port-Royal¹⁴ — c'est ce qu'a implicitement évoqué M. René Sève quand il s'est attaché au modèle protestant du lien social entre droit et religion. En affirmant l'autonomie des genres, l'on s'est habitué à distinguer l'équivalent de ce que les théologiens dissocient, de la raison et de l'Écriture : l'on a regardé, d'un côté, la source légale, la tradition établie, et, de l'autre, la dialectique qui peut inventer mais qui ne peut rien produire de plus que ce qui était déjà contenu dans la loi...

3. Nouveau problème : celui des intermédiaires ou des *relais de la loi divine* (magistériels ou sacerdotaux), de l'illustration somme toute assez laïcisante qu'en procure le pontife romain, ce « prêtre-expert » qui dissimule un juriste invétéré selon M. Humbert, à la situation qui fut propre à l'époque justinienne et byzantine où, ainsi que les décrit M. Uscatescu, le pouvoir impérial et le pouvoir épiscopal se procurent de mutuels soutiens, jusqu'à ce que s'impose chez les *basileis*, ou les princes, et durant des siècles aux confins du Danube et de la Volga, l'idée même d'une théocratie que développera pleinement l'orthodoxie.

Mais ce problème des relais de la loi divine interfère aussi avec la notion même de Révélation comme l'a d'emblée souligné M. Arnaldez à propos du Coran et de la Loi qui l'a précédé. Et il rejoint en complément celui de l'imâmologie chi'ite chez les philo-

¹⁴ Cf. sur ces questions, notre t. II d'*Humanisme de la liberté...*, Bordeaux, Bière, 1990, p. 73 et s. et nos *Essais de philosophie du droit*, Gênes, Sec, 1987, p. 319 et s. Et cf. le congrès international organisé par l'Université de Pavie « Esperienza giuridica e Secolarizzazione » (17-19 sept. 1992, Actes à paraître : L'Ircocervo Ed.).

sophes du droit islamiques de la Perse et de l'Asie mineure au cours du Haut-Moyen Age¹⁵.

De ce problème au surplus, et dans un autre registre, l'on appréciera les retentissements au point de vue des « sources » juridiques et de l'herméneutique, abordé par MM. Carbonnier et Drago ; des substituts de ces relais de la loi divine se retrouvent encore sociologiquement dans les sectes examinées par M. Malaurie, montrant une fois de plus que le glissement au politique est assuré par la notion d'autorité, dont les abus (à l'égard des mineurs par exemple) ont précisément défrayé la chronique judiciaire.

4. Vient en dernier le problème du *fondement naturel ou historique de la loi humaine*.

C'est là un débat décisif concernant la *double réalité de l'homme* et visant le rapport de sa *nature* à sa *personne*, un rapport toujours identique mais différemment interprété.

— Dans *l'optique hébraïque* qui était celle de M. Abécassis, si le visage humain est le reflet d'un Tout Autre totalement transcendant et inaccessible (mais le P. Joseph de Finance incline à le penser fortement aussi dans son essai *Le sensible et Dieu*¹⁶), ce Tout Autre qui est l'être ou la vraie réalité manifesterà son apparence absolue dans la loi même, dans la *thora* telle qu'elle se révèle sur le Sinaï et qui est archétypique de toute légalité du droit, mais à condition d'en faire prévaloir sans cesse l'universalité métaphysique et éthique sur les expressions institutionnalisées ou « positives ».

— Dans *l'optique protestante et catholique*, deux directions paraissent claires, — d'un côté, l'on maintiendra un certain pessimisme relatif à la nature déchue qui a fait perdre à la personne son visage de lumière, qui a ruiné l'*imago dei* de la créature, même si MM. Carbonnier et Folkers le soulignent, l'activité rationnelle et conceptualisatrice du droit sauve d'un tel discrédit, mais avec la réserve sur laquelle a insisté M. Folkers que l'on ne saurait attendre du droit, du principe « du glaive », la charité du Christ — et de l'autre côté, l'on évitera certes d'exalter une nature assimilée à la personne — comme y a incliné le pélagianisme juridique dénoncé par saint Augustin —, mais l'on ne désespérera pas de rattacher toute loi à la fois à *un ordre*, à une normativité ontologique et cosmologique (dans la voie ouverte par les études de M. Tresmontant) et à *cette personne* dont l'image n'est pas totalement obscurcie dans le reflet qu'elle procure de la loi divine (comme M. Cotta le suppose, dans la tradition classique de la patristique, d'Augustin, de Thomas d'Aquin, de Rosmini...).

— Reste alors *l'optique d'un rapprochement des vues catholiques et orthodoxes* en Europe orientale. M. Uscatescu en a brossé le tableau historique, comparatif et critique. En l'occurrence, le prestige accordé à la personne hypostatique, à l'*icône* qui présente le Tout Autre soulève la question de l'incarnation de l'homme en une nature, et la question du développement des virtualités sociales de cette nature, celle des actions juridiques des croyants, de leur œuvre d'institutionnalisation, cette œuvre, toujours guettée, où que ce soit, par les tentations du pouvoir, mais pour laquelle, depuis le symbole de Byzance, le modèle rationnel latin — qui a pourtant puissamment servi la *civitas* et le politique a

¹⁵ Cf. les travaux de Henro Corbin.

¹⁶ J. de Finance (s. j.), *Le sensible et Dieu*, Paris/Rome, Beauchesne/Pontif. Univ. Gregor., 1988 ; et cf. du même auteur pour les perspectives sur le juridique légal : *L'ouverture et la norme. Questions sur l'agir humain*, Roma, Libr. Ed. Vaticana, 1989.

montré M. Humbert –, a pu être repris comme facteur d'équilibre et comme ciment commun des cultures.

5. Un ultime problème serait celui de l'enseignement des lois divines et humaines, enfin, *sur l'homme même* : car ce qui est dit de l'homme n'est-ce pas *ce qu'il doit être*, ce qui est attendu de lui ? Et n'est-ce pas alors ce qu'un droit doit introduire et faire admettre dans ses règles et dès qu'il entreprend de définir la personne juridique ? Mais c'est entrer là *dans le contenu des solutions...*

Dans l'univers juridique, il faut en tout cas respecter des variations de degrés qui rendront plus compréhensible *le phénomène d'une certaine disparité précisément entre principes et solutions*. C'est ce que pourrait justifier une théorie de la *participation* à l'idée du juste universel qui doit ensuite se résigner à des choix toujours *relativement justes*. Si l'on faisait de ce relatif du droit un absolu, c'est la fonction même du religieux qui serait usurpée !

Mais reconnaissons peut-être alors que pour l'essentiel le religieux ne peut convaincre de *la totalité* de son sens que l'homme isolément pris, hors du moins de la société globale (sans le soustraire aux communautés dont parlent MM. Abécassis et Cotta), l'homme que le religieux incite à pratiquer d'autres voies que celles du juridique, des voies qui ne contredisent pas le juridique, mais qui en font éclater les limites. De cet homme viendra *le témoignage véritablement achevé et complet*, mais encore tout « extérieur », dont le droit pourrait avoir le plus grand besoin pour être stimulé dans son ordre propre.

Ce témoignage a une valeur singulière pour les juristes, quel que soit leur attachement à une religion donnée. Conscients des imperfections de l'action, voire de ses injustices, les juristes ne sont généralement que trop insatisfaits ; et ils ressentent l'aspiration toute métaphysique à une source pure, plus pure que les sources visibles ; et même l'aspiration kelsénienne à la pureté de la norme est, sans doute implicitement, la marque même, mais comme à l'envers, de ce type d'exigence qu'ils oseraient à peine qualifier de religieuse mais où ils se reconnaissent volontiers...

C'est une raison de plus d'exprimer notre gratitude à tous ceux qui ont bien voulu accepté d'intervenir dans ce colloque et à toutes les personnalités qui nous ont fait l'honneur d'en présider les séances et d'en animer les débats : ils n'auront pas seulement réveillé cette aspiration ou cette exigence, mais ils nous auront découvert les patrimoines culturels sur lesquels elle peut s'appuyer, ils nous auront ainsi conduit, *en s'adressant d'abord à l'intelligible*, à lui rechercher un *sens*, et ils auront enfin prouvé qu'au moins sur cette nécessité et sur cette unité-là, il est possible de tenir un discours commun et mutuellement tolérant.