

La religion, fondement du droit ?

Jean CARBONNIER

Professeur honoraire à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

RÉSUMÉ.— La religion peut-être créatrice de règles de droit, soit par la médiation de la morale, soit même directement ; elle peut aussi renvoyer au pouvoir laïc la charge de légiférer. Mais le droit, c'est encore un jaillissement spontané de justice : dans ce domaine, la religion est souvent entendue comme porteuse de grâce, d'espérance, de prophétie.

Ce titre interrogatif aurait pu être entendu comme une question d'ethnologie : si, dans le magma de coutumes qui rythmait la monotonie des tribus primitives, le religieux n'avait pas précédé le juridique, si le juge n'était pas sorti du prêtre. Mais nous sommes ici en philosophie, et il me faut comprendre la question autrement : me demander si le droit est aussi indépendant de la religion – c'est-à-dire (dans la banalité de nos *sociétés occidentales*) d'un minimum de dogmatique *chrétienne* – aussi indépendant que le laisseraient supposer l'autonomie, voire l'autopoïésie qu'en théorie il s'attribue. En fait, notre fin de siècle étant encline au consensus, le bon ton doctrinal est de concéder au religieux une certaine *influence* sur le juridique. Mais le mot est vague, et surtout il ne fait pas apparaître ce qui est essentiel : la diversité des mécanismes par lesquels la religion peut intervenir dans le droit. Une diversité qui se complique de la dualité qui traverse le droit lui-même. Car le droit, ce ne sont pas seulement des règles, c'est aussi un jaillissement en dehors des règles. C'est justement cette dualité – règles de droit et droit sans règles – qui a servi d'arête à la recherche qui va suivre. Une recherche qui a été conduite sans référence nommée à une dénomination. Encore que vous puissiez estimer que c'est déjà une suffisante confession de foi que d'étaler ses variétés et d'assumer ses variations, ses fameuses variations, ô Bossuet – mes variations.

- I -

Il est des règles de droit qui résonnent comme des échos de prescriptions religieuses, et avec deux motifs d'obéir pour un, le peuple n'en obéira que mieux. Il se peut que ce soit cet aspect providentiel de la rencontre qu'ait voulu démontrer une œuvre un peu énigmatique du Ve siècle, la *Collatio* (comparaison) des loi mosaïques et romaines. Mais la *Collatio* pourrait être reprise pour le droit français de notre époque. Des commandements du Décalogue y sont gravés : l'honneur dû aux père et mère aussi bien que la condamnation du meurtre et du vol, ou – pour relever des cas de plus grande fréquence – l'impératif du repos hebdomadaire (à un jour près), aussi bien (jusqu'en 1975) que le célèbre futur apodictique « Tu ne commettras pas d'adultère » (ce commandement qui

n'aurait pas été rayé du code civil s'il n'avait tenu qu'à moi). Le parallèle pourrait se poursuivre, fût-ce avec des tonalités plus sourdes : Paul Esmein décelait la notion théologique du péché sous la notion juridique de la faute, et des auteurs voient se refléter dans l'autonomie de la volonté la pureté du *oui* et du *non* de l'Évangile. Ce serait une erreur, toutefois, de penser qu'en cela nous avons affaire à des phénomènes de réception (au sens où l'on évoque la *réception* d'un droit étranger par le droit national). Dans la perspective où nous nous situons, on ne saurait parler de *réception*, parce qu'il n'y a pas eu d'adoption *directe* des normes religieuses par le système juridique. Elles ne sont devenues règles de droit que par l'intermédiaire, la médiation d'autres systèmes normatifs. Elles y sont passées, s'affaiblissant au passage, se dépouillant de la religion pour n'en conserver qu'une religiosité. La morale est un de ces systèmes de transition. On en pourrait citer d'autres : la culture, les bonnes mœurs, voire le droit naturel. Mais la morale est, par excellence, la religion de ceux qui n'en ont pas. Si notre droit des contrats réprouve le dol et la fraude, c'est sous la pression de la règle morale. Ripert, qui a dépeint brillamment la montée de la sève morale, lui assigne expressément une source chrétienne. Source, rien de plus : ce n'est pas avec le christianisme que le code civil a *traité* directement, c'est avec la morale médiatrice. Elle fait écran devant la religion, et l'écran se fait icône, idole, fixant sur elle l'adoration. La conséquence est considérable, elle touche au redoutable *Etiamsi* de Grotius : nous devrions continuer à nous abstenir de dol et de fraude, même si – *etiamsi* – nous en venions à admettre que Dieu n'existe pas, ce qui ne pourrait être avancé que par le plus grand des crimes, ajoute Grotius, négligemment.

L'excès libéral peut appeler en contrepoids le fondamentalisme. Il nous faut, cependant, quitter la France pour les pays de la Réforme si nous voulons découvrir des exemples juridiques assez consistants de ce que l'on qualifie parfois de biblicisme naïf. Naïf pour qui s'enferme dans les murailles de la raison, mais la foi intensément vécue les fait éclater. Essayons plutôt de comprendre. Voici – nous sommes au XVI^e siècle – des gens qui n'ont jamais eu entre les mains de recueil de coutumes, ni bien sûr de *Corpus juris civilis*. Et brusquement, des hommes prestigieux, des hommes de Dieu leur confient un livre, en leur disant « Lisez et méditez librement » – un livre qui, surtout dans une de ses parties, s'exprime avec une voix de commandement. C'était une réaction naturelle de *recevoir* – ici, il s'agissait bien d'une *réception* – de recevoir la Bible comme un code. Très tôt pourtant, les Réformateurs avaient mis en garde leurs ouailles : la Thora est rude, rudimentaire, conçue pour une société fort différente des nôtres, et elle n'a pu fonctionner comme droit qu'enveloppée, adoucie, humanisée par le Talmud. Allons-nous canoniser le Talmud ? Peut-être les réformateurs auraient-ils pu se contenter de dire : « Posez toujours le texte, et laissez faire les juristes, avec leur goût de la forme, leur propension aux commentaires ». De fait, les lois puritaines de la Nouvelle-Angleterre au milieu du XVII^e siècle, s'alignant sur le Deutéronome, avaient prononcé la peine de mort contre l'enfant rebelle. C'était féroce. Alors, il y eut des amendements : il convenait de distinguer selon l'âge, et si l'éducation avait été désastreuse, n'était-ce pas une circonstance atténuante ? Finalement on pouvait bien se borner à remplacer les pierres de la lapidation par autant de coups de verges, cette peine capitale, si j'ose dire, pour enfants. Un autre exemple, à peine moins historique. Imaginez un scribe, un rédacteur qui soit puritain. Son prince, qui ne l'est pas, lui donne l'ordre d'introduire dans les lois la répudiation, le divorce par volonté unilatérale. La Bible lui corne aux oreilles : « Tu ne renverras pas la femme de ta jeunesse ». Alors, il entortillera la répudiation de délais, de conditions, de prix à payer, si bien qu'elle sera confinée à des cas extrêmes. Il l'aura fait entrer tout de même dans le droit. Avec/sans remords, qui peut le savoir ? Ah ! comme l'esprit est habile... habile à tuer la lettre ! Les juristes, *böse Christe*, mauvais chrétiens. Qui donc a dit cela ?

Au risque de ne surprendre personne, je n'abandonne pas la Réforme et j'écoute maintenant Luther dans sa doctrine des deux règnes. Oh ! je n'ignore pas l'effort de réduction que les Églises de notre temps – la luthérienne non moins que les autres – ont appliqué à cette doctrine qui les dérange. Il est si tentant pour elles de se mêler au grand spectacle du monde, du politique, dont la législation est une composante de choix, procurant l'illusion de façonner les peuples comme de l'argile. C'est même la troisième, la suprême tentation : « Je te donnerai tous les royaumes du monde et leur gloire ». Mais la doctrine des deux règnes interrompt : laissons les royaumes à leurs rois, à leurs législateurs : ils exercent parmi nous, sur nous, en faisant et maniant le droit, un métier voulu de Dieu, parce que, sans la force, la violence inhérente au droit, la condition humaine qui est pécheresse, ferait exploser la société dans le chaos. Mais ce métier, Dieu lui-même l'a rejeté hors de son royaume, parce qu'étant exercé par des hommes, il ne peut l'être sans péché (ne pensons pas nécessairement aux tyrannies meurtrières, aux pouvoirs corrompus, ce peut être aussi bien – aussi mal – paresse, faiblesse, somnolence). En vain, nous chercherions une analogie entre cette séparation radicale des deux règnes et la vieille distinction du spirituel et du temporel qu'a épuisée son incessant jeu de raquettes. Il y a, dans la doctrine des deux royaumes, un accent qui n'est qu'à elle, pessimiste, voire tragique, et les conséquences qu'elle emporte sont d'une autre dimension : elle fonde – et par la théologie même, la théologie du péché – une laïcité qui libérera de la religion le système juridique, en même temps qu'elle relativise le droit en dévoilant ses misères. Coup double !

J'ai quelquefois rêvé, dans le respect de son génie, d'un Kelsen que Luther aurait converti afin de lui épargner les affres d'un dilemme : ou bien la norme fondamentale dont il couronne sa construction est parole de Dieu, et le droit tout entier, en dessous, devient religion ; ou bien elle n'est que parole humaine sans rien au-dessus à quoi l'accrocher, et tout l'édifice flotte dans les airs. Or, la norme fondamentale pourrait bien être d'essence divine sans que fût altérée le moins du monde la laïcité des normes subordonnées, si c'était précisément la norme par laquelle le Seigneur a déclaré se désintéresser du droit, le renvoyant à la compétence du prince, c'est-à-dire de l'État, selon un mécanisme comparable au renvoi en droit international privé. Une norme qui, s'il fallait la rédiger, pourrait tenir dans cette phrase, entre bien d'autres : « Qui m'a établi sur vous pour faire vos partages ? » (Luc, 12 : 14) – énoncé exemplaire, car le partage des propriétés – Montesquieu, Rousseau l'avaient vu avant Marx – a été la naissance du droit.

- II -

Cependant, le droit ne peut plus être, de nos jours, figuré uniquement par une pyramide ou une colonnade de normes : c'est aussi le champ où il pousse comme une herbe, fût-ce avec l'aide des hommes, les juges d'équité en première ligne, mais également des hommes quelconques, usagers, témoins, victimes du juridique, altérés de paix, de repos, de justice. Sur cet espace de liberté, la religion qui est esprit peut souffler spontanément, aisément. Ce qui lui ouvre des possibilités nouvelles, diverses et souvent inattendues, de participer au droit.

L'Évangile est fontaine de grâce. Aux côtés de la loi dont elle se croit l'antithèse, la grâce est partie intégrante du système juridique. Il est des grâces institutionnalisées. La grâce royale, présidentielle, c'est le prototype, et les menues grâces que les juges ont

mission de faire pleuvoir à bon escient sur le juste et l'injuste : délais de grâce en matière civile ; en matière pénale, sursis qui est une grâce sous condition. Ce qui soulève, néanmoins, une question : si d'être institutionnalisée, la grâce ne perd pas de sa diaphanéité évangélique, si le calcul utilitaire n'y étouffe pas les élans du cœur. Dans l'organisation politique et judiciaire de l'Occident, les décideurs se doivent d'être logiques par profession, mais ils peuvent être charismatiques (pour emprunter à des catégories wébériennes) par accident, c'est-à-dire par grâce reçue pour être ensuite répandue. C'est ainsi que, par instants, des bouffées d'indulgence remuent la surface des systèmes juridiques, et les vocables que véhicule le phénomène – supplique, pardon, rémission, rédemption – n'en dissimulent pas l'origine – l'origine chrétienne. Sans doute, les païens aussi étaient cléments, mais ils l'étaient en empereurs. Les chrétiens le sont par grâce, et ils sont capables d'une clémence anarchique. Qui ne refuse pas le passage à l'acte. La délivrance des prisonniers ne relève pas de l'anecdote : c'est, pour la Révélation, avant ou après *Esaïe*, une manière de dire le droit – Joseph, la sortie d'Égypte, Suzanne... – le thème court tout le long de l'Écriture. *Les prisons brisées*, c'était une tapisserie qu'avec des scènes bibliques Jeanne d'Albret, reine de Navarre, brodait à l'infini.

La religion aurait pu se contenter de ces échappées de justice divine au travers de la justice humaine. Était-il besoin d'organiser la justice divine en juridiction ? Mais c'est que l'homme ne se résigne pas à ne posséder qu'une justice imparfaite. Il va s'évertuer à capter, pour la ramener sur terre la vision que, pense-t-il, ne peut manquer d'avoir du juste et de l'injuste la divinité omnisciente. Telle était l'intention des ordalies, du duel judiciaire, jugements de Dieu. C'était au temps jadis, mais il en subsiste quelque chose dans le serment décisoire du procès civil. Pour peu que nous en dégagions son ressort caché, en écartant la médiation qui lui est laïquement infligée par morale de l'honneur interposée, c'est bien un recours à la justice d'en haut. Aussi est-il des sectaires qui s'abstiennent du serment comme d'un sacrement inouï, sacrement juridique, tentative pour mettre la main du droit sur le Tout Autre.

Ils ne récusent pas, au contraire, le jugement de Dieu – qu'ils espèrent ou redoutent – outre-tombe, outre-terre. Comment le récuseraient-ils ? il est annoncé par l'Évangile. S'ils hésitent, c'est que l'Évangile n'est pas seul à l'annoncer : le Styx était même plus judiciaire. Antique ou moderne, il n'est guère de religion qui n'ait promis une justice de la vie future comme une compensation, une revanche des injustices du droit positif. Les incrédules ont beau jeu d'en rire : le bon billet pour faire prendre patience ! Mais les croyants n'ont pas tort en répliquant que, dans un rapport où la matière et le temps sont abolis, l'ici-bas et l'au-delà se soudent pour ne former qu'une même et immédiate justice.

J'ai lu récemment une introduction à l'étude du droit, d'une remarquable élévation de pensée, où l'Auteur – il n'est pas français – au chapitre de la procédure, dressant le tableau des voies de recours, au-dessus de l'appel, du pourvoi en cassation, a inscrit sans trembler le jugement dernier, particulier, puis universel à la fin des temps. Qui oserait contredire ? C'est acte de foi. Ceux qui ne croient pas au ciel ont le droit de tout nier. Ceux qui ne croient pas au droit – je veux dire : à sa sublimité – s'étonneront seulement de retrouver du droit, encore du droit – un prétoire, des balances, un centre d'observation, qui sait ? – à l'heure de s'enfoncer dans la grande nuit, fût-elle étoilée.

En attendant, il faut tenter de vivre – vivre avec le droit tel qu'il est. Ceux-là même qui accordent aux autorités de l'État pleins pouvoirs pour régir le royaume du monde doivent admettre, en toute sérénité, que des révoltes peuvent surgir qui ont leur justification dans l'autre royaume. Les deux enseignements ne se réunissent pas dans une relation d'exception à principe : ce sont deux vérités égales, parce que pareillement enracinées dans l'Écriture. Ce sont les rois qui font et disent le droit. Mais, en face, il advient

qu'en temps imprévu, des prophètes se lèvent, qui leur crient « Assez ! l'Éternel est actuel ! ». Israël a eu des prophètes, des grands, des petits prophètes ; nous en eûmes aussi sous Louis XIV, dans les Cévennes. C'était plus et moins qu'une insurrection : c'était un autre droit qu'ils fondaient, droit de l'instant et d'un instant.

Que les juristes ne reconnaissent-ils la virtualité d'un droit prophétique ? J'ai entendu l'expression sur les lèvres d'André Néher, l'historien inspiré du prophétisme juif. Le droit prophétique, non pas l'absolue justice, qui est inaccessible, mais la dénonciation de l'injustice absolue qui soulève le cœur. Singulier droit que celui-ci : il n'est pas donné d'avance, il est créé par l'événement accompli, *ex eventu*, éventuellement. Par le cours de l'histoire, traduiront les uns, par le jugement de Dieu, affirmeront les autres. C'est un droit de risques et périls. Mais êtes-vous venus chercher, pour le droit, dans la religion une assurance ?