

PRÉSENTATION

Les religions et la prééminence du Droit – Cycle de conférences thématiques à l'Université d'Orléans

Direction scientifique

Tristan POUTHIER
Nicolas HAUPAIS
Corinne LEVELEUX-TEXEIRA

Format

Chaque conférence mobilisera deux intervenants invités : un conférencier qui interviendra pendant une quarantaine de minutes, et un répondant. Cet échange formera la base d'une discussion plus large ouverte à tous les participants.

Objectif général

L'idée de départ est tirée d'un ouvrage du politologue américain Francis Fukuyama intitulé *The Origins of Political Order*¹. La thèse générale de l'ouvrage est que les difficultés que rencontrent les États démocratiques aujourd'hui (corruption, inefficacité, contestations populistes) sont dues en grande partie à l'absence ou à la faiblesse en leur sein de l'un ou l'autre des trois piliers de « l'ordre politique » tel que le définit l'auteur : l'État, la prééminence du Droit (*rule of law*), et la responsabilité des gouvernants (*accountable government*). Fukuyama propose alors une vaste rétrospective de l'histoire des grandes aires civilisationnelles afin de déterminer où, quand et comment ces trois éléments de « l'ordre politique » sont apparus puis se sont diffusés.

Or l'ouvrage contient une thèse secondaire originale : l'idée selon laquelle la prééminence du Droit se serait historiquement imposée uniquement dans des aires civilisationnelles où la vie sociale a été informée en profondeur par une grande religion transcendante – Fukuyama étudie à cette lumière l'histoire politique de l'Inde, celle du monde arabo-musulman et ottoman, enfin celle de l'Occident latin (la Chine constituant LE contre-exemple). Par prééminence du Droit ou *rule of law*, Fukuyama désigne une forme d'organisation sociale où un ensemble de règles et de principes reflétant les conceptions fondamentales de la communauté sont considérés comme intangibles, même et surtout pour le détenteur du pouvoir politique. L'idée est donc qu'historiquement seules les grandes religions ont été des forces sociales suffisamment puissantes pour limiter en ce sens la puissance politique des princes.

Cette thèse sera soumise à l'appréciation de juristes – notamment des historiens du droit et des comparatistes. Elle a l'immense avantage de redonner de la profondeur historique et de l'épaisseur à une notion (le *rule of law* ou prééminence du Droit) qui, aujourd'hui, est assimilée de façon systématique et paresseuse avec les notions pourtant distinctes de démocratie ou de garantie des droits fondamentaux². La dimension d'histoire comparée du droit que revêt la thèse dans l'ouvrage

1 F. Fukuyama, *The Origins of Political Order*, Farrar, Straus and Giroux, 2011 ; tr. fr. : *Le début de l'histoire*, Saint-Simon, 2012.

2 B. Z. Tamanaha, « The History and Elements of the Rule of Law », *Singapore Journal of Legal Studies*, 2012, p. 232-247.

de Fukuyama sera conservée pour cette raison. L'approche comparatiste permet aussi de prendre du recul par rapport à la problématique occidentale bien connue des rapports entre « pouvoir spirituel » et « pouvoir temporel ». Mieux vaut, enfin, s'en tenir à une perspective strictement historique plutôt que de s'aventurer sur le terrain très différent des rapports entre la religion et le droit dans les États sécularisés contemporains.

L'objectif du cycle de conférences est de couvrir autant que possible les grandes aires civilisationnelles et religieuses : chrétienté latine, chrétienté orientale, monde arabo-musulman et ottoman, Israël antique, Inde ancienne, Chine.

Thèmes de discussion

Trois thèmes de discussion se rattachent à l'idée générale du lien entre les religions et la prééminence du Droit. Dans les trois cas, il s'agit de voir comment la transcendance religieuse (qui relève de la sphère privée dans les États sécularisés) a pu être un facteur de développement du Droit et de renforcement de sa prééminence.

L'approche politique : les religions et l'intégration juridique du pouvoir politique

Ce premier thème recouvre en réalité deux aspects étroitement corrélés. Le premier se rattache plutôt à l'histoire des idées politiques : il s'agit de l'élaboration d'une théorie de la *fonction* du pouvoir politique dans la doctrine des grandes religions³. Mais le point qui intéresse surtout les juristes est de voir si les religions formulent, dans la continuité de cette doctrine téléologique du pouvoir politique, une théorie spécifique de la prééminence du Droit, de l'encadrement de la puissance juridique (principalement législative) du prince par le Droit⁴.

L'approche normative : les religions et la systématisation du droit

Ici la question qui se pose est de savoir si (et si oui, comment) les grandes religions ont joué un rôle moteur dans la systématisation du droit positif et dans l'émergence d'une science du droit –avec la constitution corrélatrice d'une classe de clercs jurisconsultes qui joue un rôle fondamental dans la prééminence du Droit, par exemple les ulémas dans le monde musulman⁵. Il ne s'agit pas d'adopter un point de vue purement historique et descriptif (par exemple des différentes écoles de jurisprudence en Islam ou en Inde ancienne), mais de voir dans quelle mesure la transcendance religieuse a pu 1°) être un facteur spécifique de mise en ordre des sources du droit et 2°) imposer le droit comme force sociale propre à limiter la puissance du prince.

L'approche institutionnelle : les religions et l'exercice de la justice

Ce troisième thème est de nature institutionnelle et porte sur le rôle joué historiquement par les grandes religions dans le développement et l'exercice de ce que nous appellerions aujourd'hui le pouvoir judiciaire (par ex. : tribunaux ecclésiastiques au Moyen-Âge, Cadis dans le monde musulman, domination des brahmanes dans le système juridictionnel de l'Inde ancienne).

3 V. par ex., pour l'Occident latin, E. Lewis, *Medieval Political Ideas*, t. I, ch. 3 : « The Origin and Purpose of Political Authority » ; pour l'Inde ancienne, R. Lingat, *Les sources du droit dans le système traditionnel de l'Inde*, 2^e partie, ch. I, I : « La fonction royale ».

4 V. par ex., pour l'Occident latin : F. Kern, *Kingship and Law in the Middle Ages*.

5 V. Noah Feldman, *The Fall and Rise of the Islamic State*, Princeton University Press, 2008.

BIBLIOGRAPHIE INDICATIVE

A) Généralités

1°) Articles

- H. Patrick Glenn, « Tradition in Religion and Law », *Journal of Law and Religion*, vol. 25, n° 2, 2009-2010, p. 503-519
- Bernard S. Jackson, « From Dharma to Law », *The American Journal of Comparative Law*, vol. 23, n° 3, 1975, p. 490-512
- Fernanda Pirie, « Law before Government: Ideology and Aspiration », *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 30, n° 2, 2010, p. 207-228
- Richard Puza, « Die Religionen und das Recht. Grundlagen, Prinzipien und Strukturen des religiösen Rechts im Judentum, Islam und Christentum », *Informationes Theologiae Europae*, n° 9, 2000, p. 273-283
- Id.*, « Religionen durch ihr Recht vergleichen. Ein Vergleich religiöser Rechte am Beispiel Judentum, Islam und Christentum », *Bulletin ET*, n° 15, 2004, p. 97-117

2°) Livres

- Burkhard Josef Berkmann, *Internes Recht der Religionen. Einführung in eine vergleichende Disziplin*, Kohlhammer, 2018
- Harold Berman, *The Interaction of Law and Religion*, Abingdon Press, 1974
- Francis Fukuyama, *The Origins of Political Order*, Farrar, Straus and Giroux, 2011
- Andrew Huxley (ed.), *Religion, Law and Tradition. Comparative Studies in Religious Law*, RoutledgeCurzon, 2002
- Martin Shapiro, *Courts. A Comparative and Political Analysis*, University of Chicago Press, 1981

B) Occident latin

1°) Articles

- Harold J. Berman, « The Religious Foundations of Western Law », *Catholic University Law Review*, vol. 24, n° 3, 1975, p. 490
- Ernest Caparros, « Les racines institutionnelles des droits occidentaux dans le droit ecclésiastique », *Ius Ecclesiae*, n° 7, 1995, p. 425-454
- Enrico Colombatto, « It was the Rule of Law. Will it be the Rule of Judges ? », *Revue économique*, vol. 58, n° 6, 2007, p. 1163
- John J. Coughlin, « Canon Law and the Human Person », *Notre Dame Law School Scholarly Works*, 2003
- Richard H. Helmholz, « Magna Carta and the *Ius Commune* », *The University of Chicago Law Review*, vol. 66, n° 2, 1999
- Stephan Kuttner, « Natural Law and Canon Law », *University of Notre Dame Natural Law Institute Proceedings*, n° 3, 1949-1950, p. 85
- Charles Munier, « Droit canonique et droit romain d'après Gratien et les décrétistes », *Études d'histoire du droit canonique dédiées à Gabriel Le Bras*, t. II, 1965, p. 943-954
- Id.*, « L'autorité de l'Église dans le système des sources du droit médiéval », *Ius Canonicum*, n° 16, 1976, p. 39-60
- Kenneth Pennington, « The Canonists and Pluralism in the Thirteenth Century », *Speculum*, vol. 51, n° 1, 1976, p. 35

André Tunc, « The Royal Will and the Rule of Law. A Survey of the French Constitutionalism under the Ancient Regime » in Arthur E. Sutherland (ed.), *Government under Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1956

2°) Livres

Harold J. Berman, *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge, Harvard University Press, 1983

Marcel David, *La souveraineté et les limites juridiques du pouvoir monarchique du IX^{ème} au XV^{ème} siècle*, Paris, Dalloz, 1954

Richard H. Helmholz, *The Spirit of Classical Canon Law*, University of Georgia Press, 1996

Fritz Kern, *Kingship and Law in the Middle-Ages*, Oxford, Blackwell, 1939

Stephan Kuttner, *Harmony from Dissonance: An Interpretation of Medieval Canon Law*, St Vincent Archabbey Press, 1960

Ewart Lewis, *Medieval Political Ideas*, New York, A. A. Knopf, 1954, 2 vol.

Javier Martinez-Torron, *Anglo-American Law and Canon Law. Canonical Roots of Common Law Tradition*, Duncker & Humblot, 1998

Kenneth Pennington, *The Prince and the Law (1200-1600), Sovereignty and Rights in the Western Legal Tradition*, University of California Press, 1993

Walter Ullmann, *Principles of Government and Politics in the Middle Ages*, Londres, Methuen, 1961

C) Islam

1°) Articles

Ahmed Akgündüz, « Shari‘ah Courts and Shari‘ah Records: The Application of Islamic Law in the Ottoman State », *Islamic Law and Society*, vol. 16, n° 2, 2009, p. 202-230

J. N. D. Anderson, « The Shari'a Today », *Journal of Comparative Legislation and International Law*, vol. 31, n° 3/4, 1949, p. 18-25

Id., « Law as a Social Force in Islamic Culture and History », *Bulletin of the School of Oriental and African Studies*, vol. 20, n° 1/3, 1957, p. 13-40

Id., « The Significance of Islamic Law in the World Today », *The American Journal of Comparative Law*, vol. 9, n° 2, 1960, p. 187-198

Id., « Modern Trends in Islam: Legal Reform and Modernisation in the Middle East », *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 20, n° 1, 1971, p. 1-21

David Bonderman, « Modernization and Changing Perceptions of Islamic Law », *Harvard Law Review*, vol. 81, n° 6, 1968, p. 1169-1193

Léon Buskens, « An Islamic Triangle. Changing Relationships between Shari‘a, State Law, and Local Customs », *ISIM Newsletter*, n° 5, 2000

Muhammad Farouq Al-Nabhan, Kathryne Lydiatt, « The Islamic View of the Legislative Role of the State », *Arab Law Quarterly*, vol. 5, n° 1, 1986, p. 557-561

Farooq A. Hassan, « The Sources of Islamic Law », *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, vol. 76, 1982, p. 65-75

Gideon Libson, « On the Development of Custom as a Source of Law in Islamic Law: Al-rujū‘u ilā al-‘urfī aḥadu al-qawā‘idi al-khamsi allatī yatabannā ‘alayhā al-fiqhu », *Islamic Law and Society*, vol. 4, n° 2, 1997, p. 131-155

Tahir Mahmood, « Custom as a Source of Law in Islam », *Journal of the Indian Law Institute*, vol. 7, n° 1-2, 1965, p. 102-106

Ann Elizabeth Mayer, « Law and Religion in the Muslim Middle East », *The American Journal of Comparative Law*, vol. 35, n° 1, 1987, p. 127-184

- Christian Müller, « Judging with God's Law on Earth: Judicial Powers of the Qāḍī al-jamā'a of Cordoba in the Fifth/Eleventh Century », *Islamic Law and Society*, vol. 7, n° 2, *Islamic Law in Al-Andalus*, 2000, p. 159-186
- David S. Powers, « On Judicial Review in Islamic Law », *Law & Society Review*, vol. 26, n° 2, 1992, p. 315-342
- Ahmed Souaiaia, « On the Sources of Islamic Law and Practices », *Journal of Law and Religion*, vol. 20, n° 1, 2004 - 2005, p. 123-147
- Mahdi Zahraa, « Characteristic Features of Islamic Law: Perceptions and Misconceptions », *Arab Law Quarterly*, vol. 15, n° 2, 2000, p. 168-196
- Bernard Weiss, « Interpretation in Islamic Law: The Theory of Ijtihād », *The American Journal of Comparative Law*, vol. 26, n° 2, 1978, p. 199-212

2°) Livres

- Mezghani Ali, *L'État inachevé. La question du droit dans les pays arabes*, Gallimard, 2011.
- Hervé Bleuchot, *Droit musulman. Essai d'approche anthropologique*, 2 t., PUAM, 2000-2002
- Paul-François Blanc, *Le droit musulman*, Dalloz, 2007
- Baudoin Dupret (dir.), *La charia aujourd'hui. Usages de la référence au droit islamique*, La Découverte, 2012
- Noah Feldman, *The Fall and Rise of the Islamic State*, Princeton University Press, 2008
- Louis Milliot, *Introduction à l'étude du droit musulman*, Sirey, 1953
- Revue *Pouvoirs*, 2003/1, n° 104, *Islam et démocratie*
- Panayiotis J. Vatikiotis, *L'Islam et l'État*, Gallimard, 1992

D) Inde ancienne, hindouisme

1°) Articles

- Donald R. Davis Jr., « Hinduism as a Legal Tradition », *Journal of the American Academy of Religion*, vol. 75, n° 2, 2007, p. 241-267
- Id.*, « Before Virtue : Halakhah, Dharmasāstra, and what Law can create », *Law and Contemporary Problems*, Duke Law Scholarship Repository, vol. 71, n° 2, 2008, p. 99-108
- Id.*, « Law and "Law Books" in the Hindu Tradition », *German Law Journal*, vol. 9, n° 3, p. 309-325
- J. Duncan M. Derrett, « Bhārucci on the Royal Regulative Power in India », *Journal of the American Oriental Society*, vol. 84, n° 4, 1964, p.392-395
- Harrop A. Freeman, « An Introduction to Hindu Jurisprudence », *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 8, n° 1, 1959, p. 29-43
- Marc Galanter, « Hinduism, Secularism, and the Indian Judiciary », *Philosophy East and West*, vol. 21, n° 4, Symposium on Law and Morality: East and West, 1971, p. 467-487
- Richard W. Lariviere, « Justices and Panditas: Some Ironies in Contemporary Readings of the Hindu Legal Past », *Journal of Asian Studies*, vol. 48, n° 4, 1989, p. 757-769
- Id.*, « Dharmasāstra, Custom, 'Real Law' and 'Apocryphal' Smṛtis », *Journal of Indian Philosophy*, vol. 32, n° 5/6, 2004, p. 611-627
- Patrick Olivelle, Mark McClish, « The Four Feet of Legal Procedure and the Origins of Jurisprudence in Ancient India », *Journal of the American Oriental Society*, vol. 135, n° 1, 2015, p. 33-47
- Ludo Rocher, « Hindu Conceptions of Law », *Hastings Law Journal*, vol. 29, n° 6, p. 1283-1305
- U. C. Sarkar, « Hindu Law : its Character and Evolution », *Journal of the Indian Law Institute*, vol. 6, n° 2/3, 1964), p. 213-235

2°) Livres

Donald R. Davis Jr., *The Spirit of Hindu Law*, Cambridge University Press, 2010
 J. Duncan M. Derrett, *Religion, law and the state in India*, Oxford University Press, 1999
 Louis Dumont, *Homo Hierarchicus. Essai sur le système des castes*, Gallimard, 1967
 Marc Galanter, *Law and Society in Modern India*, Oxford University Press, 1992
 Bernhard Kölver (ed.), *Recht, Staat und Verwaltung im klassischen Indien*, R. Oldenbourg, 1997
 Robert Lingat, *Les sources du droit dans le système traditionnel de l'Inde*, Mouton et Cie, 1967
 Patrick Olivelle, Donald R. Davis Jr. (ed.), *Hindu Law : a New History of Dharmasāstra*, Oxford University Press, 2018
 Ludo Rocher, *Studies in Hindu law and Dharmasāstra*, Anthem, 2012
 John W. Spellman, *Political Theory of Ancient India, a Study of Kingship from the Earliest Times to circa A.D. 300*, Clarendon Press, 1964
 Max Weber, *Hindouisme et Bouddhisme*, Flammarion, 2003

D) Israël antique

1°) Articles

Bernard S. Jackson, « Justice and Righteousness in the Bible : Rule of Law or Royal Paternalism ? », *Zeitschrift für Altorientalische und Biblische Rechtsgeschichte*, n° 4, 1998, p. 218-262
Id., « Law and Religion in the Hebrew Bible » in Anselm C. Hagedorn, Reinhard G. Kratz (ed.), *Law and Religion in the Eastern Mediterranean: From Antiquity to Early Islam*, Oxford University Press, 2013
 Haim Shapira, « For the Judgment is God's : Human Judgment and Divine Justice in the Hebrew Bible and in Jewish Tradition », *Journal of Law and Religion*, vol. 27, n° 2, 2011-12, p. 273-328
 Michael Walzer, « The Legal Codes of Ancient Israel », *Yale Journal of Law and the Humanities*, vol. 4, n° 2, 2013

2°) Livres

Christine Hayes (ed.), *The Cambridge Companion to Judaism and Law*, Cambridge University Press, 2017
 Douglas A. Knight, *Law, Power and Justice in Ancient Israel*, Westminster John Knox Press, 2011
 François Mies (dir.), *Bible et droit. L'esprit des lois*, Presses universitaires de Namur, 2001
 Rémy Scialom, *Anthologie de droit hébraïque. Sources et codification*, La Mémoire du Droit, 2017
 Danny Trom, *Persévérance du fait juif. Une politique de la survie*, Gallimard-Seuil, 2018
 Michael Walzer, Menachem Lorberbaum, Noam J. Zohar, Yair Lorberbaum (ed.), *The Jewish Political Tradition, vol. I : Authority*, Yale University Press, 2003
Id., *The Jewish Political Tradition, vol.III : Community*, Yale University Press, 2018