



**HAL**  
open science

# SOURCES DU DROIT ET RELIGION : LE DROIT TRANSNATIONAL RELIGIEUX

Franck Latty

► **To cite this version:**

Franck Latty. SOURCES DU DROIT ET RELIGION : LE DROIT TRANSNATIONAL RELIGIEUX.  
Anne-Laure Chaumette, Nicolas Haupais. Religion et droit international, Pedone, pp.143-158, 2019.  
hal-02132717

**HAL Id: hal-02132717**

**<https://hal.parisnanterre.fr/hal-02132717v1>**

Submitted on 17 May 2019

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

## **SOURCES DU DROIT ET RELIGION : LE DROIT TRANSNATIONAL RELIGIEUX**

Franck LATTY

*Professeur à l'Université Paris Nanterre  
Directeur du CEDIN*

A l'inverse de « Dieu », qui relève de la croyance métaphysique personnelle, la religion est un fait social. C'est à ce titre un objet d'étude digne d'intérêt pour les sciences humaines et sociales auxquelles le droit est rattaché. Loin d'être réservé aux universitaires « bigots », convertis ou cléricaux, le phénomène religieux doit être aussi scruté par les juristes athées, apostats ou « laïcards », dont l'analyse présentera au moins l'avantage d'échapper à toute perturbation transcendante<sup>1</sup>.

Ces derniers ne sont néanmoins pas à l'abri d'autres dogmes que ceux produits par les religions. Parmi ceux-là figure notamment, lorsque sont examinées les sources du droit, le « positivisme étatique »<sup>2</sup> ou encore le dogme kelsénien<sup>3</sup> (qui en est proche) selon lequel la source du droit serait nécessairement étatique et par extension interétatique. Or la religion, comme l'économie ou le sport dans d'autres registres<sup>4</sup>, constitue une illustration très parlante de l'emprise juridique que peuvent avoir des communautés non étatiques sur des sujets disséminés dans le monde. Toute la question est ici de comprendre en quoi la religion – on s'en tiendra aux trois grandes religions monothéistes – peut être source de droit, et notamment une source de droit international. **\*\*\*144\*\*\***

Le phénomène religieux invite le juriste à sortir des sentiers battus. En effet, les religions font naître une forme particulière de droit international : le droit transnational religieux (I), qui irrigue lui-même les droits nationaux comme le droit international public (II). Partant, ce sont tant la théorie des sources du droit que celle des rapports de systèmes qui doivent assimiler ces phénomènes juridiques.

---

<sup>1</sup> Par exemple, les ouvrages de droit canonique écrits par des juristes catholiques pourront frapper le lecteur athée par certains de leurs développements dans lesquels l'expression de la foi se mêle à l'approche juridique. Voir par exemple Alain SERIAUX, *Droit canonique*, Paris, PUF, 1996, p. 4, qui définit de la sorte le droit canonique : « il ne s'agit pas seulement d'un droit des relations individuelles entre tel ou tel homme et la divinité pleinement révélée en Jésus-Christ. C'est au contraire le droit d'une société humaine, d'un ensemble de personnes dont le point commun est d'être toutes, par l'effet de leur baptême, des fidèles de Jésus-Christ. Ce qui intéresse au premier chef le droit canonique est que ce corps des fidèles qui constituent l'Eglise catholique soit dûment organisé de manière à ce que tous, chacun à sa place, servent par leur comportement à la réalisation du bien commun de l'Eglise qui est la sainteté de tous et de chacun ».

<sup>2</sup> Voir par exemple René CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, t. 2, Paris, Sirey, 1922, p. 490 (rééd. 2003, Dalloz).

<sup>3</sup> Voir *infra* I, B.

<sup>4</sup> Voir Franck LATTY, *La lex sportiva. Recherche sur le droit transnational*, coll. Études de droit international, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, pp. 12 et s.

## I. LA RELIGION, SOURCE D'UN AUTRE TYPE DE DROIT INTERNATIONAL :

### LE DROIT TRANSNATIONAL RELIGIEUX

Les principales religions mondiales ne se limitent pas à soumettre leurs sujets à des commandements moraux tirés de textes sacrés (*Tu n'aimeras que ton Dieu ; Tu ne convoiteras ni la femme, ni les biens d'autrui ; Tu accueilleras l'étranger en lui donnant pain et manteau...*). Les religions produisent aussi de nombreuses règles de droit, sachant qu'une zone grise – qui renvoie à l'insoluble définition même du droit<sup>5</sup> – existe entre le commandement religieux et la règle juridique, à plus forte raison quand la seconde se nourrit du premier. Mais dès lors que le croyant n'est pas seul face à son dieu mais qu'il doit obéir à des règles sociales et en répondre devant la communauté des fidèles, le terrain emprunté semble bien juridique<sup>6</sup>.

Quoi qu'il en soit, les trois grandes religions monothéistes – chrétienne, juive, musulmane, mais rien n'interdirait d'étendre la constatation aux autres religions comme l'hindouisme<sup>7</sup> et même aux « sectes universalistes »<sup>8</sup> – sont à l'origine d'autant d'ensemble normatifs qui ont vocation à régir la vie des fidèles, le cas échéant en concurrence avec les droits étatiques.

Une première approche de type phénoménologique, c'est-à-dire concentrée sur une observation des phénomènes normatifs autant que possible expurgée\*\*\*145\*\*\* de présupposés dogmatiques sur l'origine ou la nature du droit<sup>9</sup>, rend aisé le constat de l'existence de droits religieux transnationaux (A), sur lesquels une approche théorique permet d'apposer la qualité d'ordres juridiques (B).

#### A. Approche phénoménologique : existence de droits religieux transnationaux

Pour se déployer et « fonctionner » correctement, toute religion doit s'organiser, au moyen de règles de droit. A partir des textes sacrés (Bible, Coran, Tora) et les paroles des prophètes, les religions ont construit des ensembles juridiques assez développés, en usant de procédés moins ésotériques, plus « humains ».

---

<sup>5</sup> Il est révélateur que des deux numéros spéciaux consacrés à la définition du droit par la revue française de théorie juridique *Droits* (« Définir le droit », n° 10, 1989 et n° 11, 1990), aucun consensus, ni même une simple ébauche de définition uniforme, ne soient ressortis. Le Doyen Vedel confessait lui-même avoir « fini par [se] résigner à faire du droit sans en avoir une bonne définition » (Georges VEDEL, « Indéfinissable mais présent », *Droits*, n° 11, 1990, p. 69).

<sup>6</sup> Alexandre KOJEVE, *Esquisse d'une phénoménologie du droit*, Paris, Gallimard, 2007, p. 74.

<sup>7</sup> Voir René DAVID *et al.*, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 12<sup>e</sup> édition, Paris, Dalloz, 2016, pp. 395-396 ; Robert LINGAT, *Les sources du droit dans le système traditionnel de l'Inde*, La Haye, Mouton & Co, 1967, 328 p.

<sup>8</sup> Bertrand BADIE, Marie-Claude SMOUTS, *Le retournement du monde. Sociologie de la scène internationale*, 2<sup>e</sup> édition, Paris, Presses de la FNSP et Dalloz, 1995, p. 65. « Ces sectes reposent sur un système de croyance universelles et tissent, sur cette base, un réseau associatif transnational plus ou moins structuré : il s'agit des « très nombreuses sectes protestantes qui opposent aux Eglises réformées traditionnelles une orientation beaucoup plus radicale (Eglise adventiste, Témoins de Jéhovah, Mormons, Pentecôtistes...), mais il s'agit aussi de sectes qui revendiquent une identité propre, par exemple, la secte Moon ("Eglise de l'unification") » (*id.*, p. 64).

<sup>9</sup> Voir Michel VIRALLY, « Le phénomène juridique », in *Le droit international en devenir. Essais écrits au fil des ans*, Paris, PUF, 1990, pp. 31-74.

Ainsi, reposant à l'origine sur quelques usages ancestraux, l'Évangile et des règles coutumières formées à partir du II<sup>e</sup> siècle, le droit canonique s'est développé à partir du III<sup>e</sup> siècle par la législation conciliaire (décrétales pontificales, canons de conciles généraux, régionaux et locaux, règles monastiques). La centralisation pontificale viendra structurer ce corps de règles, le pape étant l'autorité suprême en matière de législation mais aussi de juridiction. L'Église a procédé à plusieurs codifications du droit canonique, la dernière en date remontant à 1983 avec le *Codex Juris Canonici*<sup>10</sup>.

À l'inverse, le droit musulman, bien qu'il ait été qualifié de « droit canonique de l'Islam »<sup>11</sup>, n'est régi par aucune institution transnationale ; l'islam est une religion « essentiellement inorganisée »<sup>12</sup>. Il connaît à titre principal des sources divines (le Coran et la *Sunna*, son interprétation par les prophètes) et s'est développé à partir du X<sup>e</sup> siècle par la coutume (*Orf*) et la jurisprudence (*Amal*)<sup>13</sup>. Les juristes-théologiens jouent à cet égard un rôle essentiel dans la détermination du droit musulman (notamment le *fiqh*, ie les solutions tirées de la loi divine qui indiquent aux fidèles « non ce qu'ils doivent croire, mais bien la façon dont ils doivent agir »<sup>14</sup>), au point qu'il a pu être présenté comme un droit essentiellement doctrinal<sup>15</sup>. \*\*\*146\*\*\*

De manière comparable, le droit talmudique (ou hébraïque)<sup>16</sup> repose essentiellement sur la Tora écrite, le Pentateuque, qui aurait été transmise à Moïse au Mont Sinaï en des révélations successives<sup>17</sup>. En sont issues 613 normes (*Mitzvoth*) touchant substantiellement, outre les préceptes purement religieux qui lient l'homme à la divinité, aux domaines civil, pénal, mais aussi juridictionnel et culturel. Le droit talmudique repose aussi sur les sources non écrites que sont la tradition (« faisceau de témoignages en faveur de solutions juridiques, transmis oralement de maître à élève »<sup>18</sup> au cours des époques), l'interprétation, la législation (ordonnances et décrets pris par les docteurs de la *Halaka*<sup>19</sup>, voire par les dirigeants des

---

<sup>10</sup> Voir Jean GAUDEMET, *Le droit canonique*, Paris, Les Editions du Cerf, 1989, pp. 9-16.

<sup>11</sup> René DAVID, *Traité élémentaire de droit civil comparé*, Paris, LGDJ, 1950, p. 339. Pour une comparaison entre le droit musulman et le droit canonique, voir René DAVID et al., *Les grands systèmes de droit contemporains*, op. cit., pp. 377-378.

<sup>12</sup> Georges-Henri BOUSQUET, *Le droit musulman*, Paris, Armand Colin, 1963, p. 10.

<sup>13</sup> Voir François-Paul BLANC, *Le droit musulman*, Paris, Dalloz, 1995, pp. 7 et s. (chapitre préliminaire : Les sources du droit musulman).

<sup>14</sup> Georges-Henri BOUSQUET, *Le droit musulman*, Paris, Armand Colin, 1963, p. 9. Voir Abd AL-WAHAB KHALLAF, *Les fondements du droit musulman*, Paris, Editions Al Qalam, 1997, p. 14 : « la science du *fiqh* est la science ayant pour objet les prescriptions juridiques pratiques élaborées à partir d'indications précises, ou c'est encore l'ensemble de ces prescriptions ». Cf. la sentence arbitrale *Aramco c. Arabie Saoudite* du 23 août 1958 qui note que « les principes spécifiquement juridiques [de la *Charī'a*] ont été dégagés par la science du *fiqh*, qu'on pourrait appeler le droit commun musulman » (sentence arbitrale du 23 août 1958, *Rev. crit. DIP*, 1963, pp. 310-311). Dans cette affaire de concession pétrolière, le tribunal arbitral a été conduit à analyser le droit musulman, et plus spécifiquement le droit de l'Arabie Saoudite, l'Aramco alléguant que celui-ci était « insuffisamment développé pour déterminer la nature juridique des opérations qu'implique l'exploitation du pétrole » (*id.*, p. 310).

<sup>15</sup> Hervé BLEUCHOT, *Droit musulman : essai d'approche anthropologique – Tome 2 : fondements, cultes, droit public et mixte*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-en-Provence, 2003, p. 479. Voir aussi Dominique SOURDEL, v<sup>o</sup> « Islam », in Denis ALLAND, Stéphane RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Quadrige, Paris, Lamy-PUF, 2003, p. 851.

<sup>16</sup> Voir François-Xavier LICARI, *Le droit talmudique*, Connaissance du droit, Paris, Dalloz, 2015, 200 p.

<sup>17</sup> Voir Gabriel ABITBOL, *Logique du droit talmudique*, Paris, Edition des Sciences hébraïques, 1993, p. 16.

<sup>18</sup> *Id.*, p. 25.

<sup>19</sup> La *Halaka* est la partie principale de la Tora orale qui renferme la matière des normes de conduite au sens large du terme, qui concerne le juif, la communauté et le peuple juif. Elle contient des règles de nature religieuse (touchant aux rapports entre l'homme et la divinité) mais aussi juridiques, constitutives du droit talmudique.

communautés juives dispersées), la coutume et l'usage, le *casus* (la jurisprudence ou même la conduite des docteurs de la *Halaka* dans un cas concret), ainsi que la logique juridique humaine des docteurs de la *Halaka*<sup>20</sup>.

Si le droit canonique de l'Eglise catholique constitue probablement le droit religieux le plus formalisé, il existe donc également un « judaïsme normatif »<sup>21</sup> ou encore un islam normatif.

Parmi les règles du droit canonique concernant directement les fidèles, peuvent être citées à titre d'exemple la liberté de culte (canon 214 du *Codex Juris Canonici*), de se grouper (c. 215), de répondre à sa vocation (c. 219), d'accéder à la justice ecclésiastique (c. 221, § 1) ; d'autres règles propres à la condition juridique des laïcs – *e.g.* le « devoir particulier de travailler à l'édification du peuple de Dieu par le mariage et la famille » (c. 226) – ; à celle des clercs – respect de la hiérarchie (c. 273), obligation de célibat (c. 277), absence d'activité politique (c. 287) – ; ou encore à celle des associations de \*\*\*147\*\*\* fidèles – finalité ecclésiale (c. 298, § 1), reconnaissance obligatoire par l'autorité canonique compétente (c. 299). Le droit canonique régleme aussi le statut des biens temporels de l'Eglise, met en place un système pénal définissant les délits canoniques et les peines encourues (peines expiatoires ou censures, comme l'excommunication), ainsi qu'une organisation judiciaire lui étant propre.

En droit musulman, les règles du *fiqh* veulent embrasser la vie du croyant dans tous ses aspects<sup>22</sup>. En matière purement religieuse, ces règles concernent la récitation de la profession de foi ; l'accomplissement des cinq prières quotidiennes, en état de pureté rituelle (prier dans des habits non souillés, sur un emplacement pur) ; l'acquiescement de l'impôt rituel de la *zekâa* ; le jeûne du mois de Ramadhan ; le pèlerinage à la Mecque ; les interdictions alimentaires ; *etc.*<sup>23</sup>. Les matières qui relèvent du droit de la famille sont, d'un point de vue matériel, les plus imposantes : mariage (règles relatives aux empêchements, au consentement, à la dot, aux formalités du mariage, aux obligations des époux, à la dissolution du mariage) ; filiation (preuve de la filiation, droits et devoirs entre parents et enfants) ; tutelle des mineurs (organisation de la tutelle, pouvoirs du tuteur, contrôle de sa gestion) ; successions, *etc.*<sup>24</sup>. En matière pénale, trois catégories d'infractions sont définies, auxquelles correspondent plusieurs types de répression. Existente aussi des règles relatives à l'organisation judiciaire (le tribunal du *cadî*), à l'administration de la preuve (« la preuve incombe au demandeur, et le serment au défendeur »), *etc.*<sup>25</sup>. Certaines normes du droit musulman relèvent même matériellement du droit international public<sup>26</sup> : trêves à conclure avec les infidèles qui vivent hors du

---

L'autre partie de la Tora orale est la *Aggada*, dépourvue de caractère juridique en ce sens qu'elle traite essentiellement de sagesse, de morale, de méditation. Les docteurs de la *Halaka* du Moyen Age ont poursuivi le développement du droit talmudique à partir des 613 *Mitzvoth* en ayant recours aux diverses méthodes d'interprétation selon les besoins de leur époque. Voir Simon KÖRNER, *Le droit hébraïque – droit religieux ou laïque ?*, Mémoire, DEA Histoire du droit, Université Paris II, 1976, pp. 18-20.

<sup>20</sup> Voir Gabriel ABITBOL, *op. cit.*, p. 35.

<sup>21</sup> Voir Charles LEBEN, « Judaïsme et droit international », in cet ouvrage, *supra*.

<sup>22</sup> Georges-Henri BOUSQUET, *op. cit.*, p. 81.

<sup>23</sup> Georges-Henri BOUSQUET, *op. cit.*, pp. 75-76. L'auteur relève que si toute la vie du croyant est réglée par la Loi, paradoxalement « il est des questions pourtant très importantes qui sont passées sous silence : c'est en particulier tout ce qui a trait à l'organisation religieuse. En fait celle-ci est des plus simples et est généralement financée au moyen de fondations pieuses, mais rien n'est prévu à cet effet par la Loi pour régler ces questions, et l'idée de "paroisse" est tout à fait étrangère [...] à cette religion » (*id.*, p. 78).

<sup>24</sup> Voir François-Paul BLANC, *op. cit.*, pp. 37 et s.

<sup>25</sup> Voir Georges-Henri BOUSQUET, *op. cit.*, pp. 84-92.

<sup>26</sup> Voir Mohammad FADEL, « International Law, Regional Developments : Islam », *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Octobre 2009 ; Skeikh AL-ZUHILI, « Islam and International Law », *RICR*, vol. 87, n° 858, juin 2005, pp. 272 et s.

territoire d'islam ; guerre sainte (*djihâd*) que le Souverain doit au moins une fois par an diriger contre les infidèles ; dispositions à caractère humanitaire dans la conduite de la guerre (ne pas tuer les personnes sans défense, ne pas détruire les propriétés de l'ennemi sans but, éviter les cruautés inutiles) ; etc.<sup>27</sup> \*\*\*148\*\*\*

S'agissant du droit talmudique, en matière civile, la Tora traite du droit de la famille (droit du mariage ; droits du père et de l'époux ; droit de l'épouse ; droits des enfants en matière successorale notamment), du droit de la propriété (collective ou privée), du droit des obligations (vente et achat d'esclaves, de biens meubles, immeubles ; gage ; prêt ; contrat de louage de personnes ou d'objets ; dépôt). Les règles pénales traitent des crimes et délits contre la personne (homicide ; injures et faux témoignages ; rapt et viol ; crimes contre la morale individuelle ; sorcellerie), contre la propriété (vol et rapine ; dommages causés aux animaux ; dégâts et incendies d'immeubles). Les peines et châtiments suivants sont susceptibles d'être appliqués : mort ; retranchement du peuple ; flagellation ; dommages-intérêts (peines pécuniaires, amendes, compensations) ; vente (d'esclaves ou de débiteurs insolubles). Des règles juridictionnelles concernent le droit des juges, le jugement, etc. Les règles culturelles traitent de l'autel, du *chabat*, des fêtes religieuses, des sacrifices, des prêtres, des instructions religieuses, etc.<sup>28</sup>.

Ces normes – dont certaines sont aujourd'hui désuètes – se caractérisant par leur très large diffusion mondiale, il y a lieu de les qualifier de règles *transnationales*. Il s'agit en effet de règles régissant des communautés juridiques sectorielles au-delà des frontières nationales. Elles émanent de personnes non étatiques<sup>29</sup>, si bien qu'en référence peut-être blasphématoire à la *lex mercatoria* du commerce international, il y aurait lieu, au vu de la similitude des phénomènes juridiques, de qualifier respectivement les droits canonique, musulman et talmudique de *lex canonica*, *lex islamica* et *lex talmudica*<sup>30</sup>. Car dans tous les cas, plus encore qu'avec la *lex mercatoria*, se pose la question fondamentale de la rencontre de ces phénomènes normatifs avec les droits des Etats qu'ils sont susceptibles de concurrencer.

## **B. Approche théorique : des ordres juridiques transnationaux**

Comment appréhender ces phénomènes normatifs transnationaux et leur rencontre avec les droits des Etats qui, d'un point de vue historique, se sont souvent construits à partir d'eux, ou en réaction à eux ?

Le juriste italien Santi Romano, dont le soutien au régime fasciste a entamé l'honneur mais non la pertinence de son œuvre maîtresse *L'ordinamento giuridico* (publiée en 1918), a apporté des réponses convaincantes en considérant qu'à chaque groupe social organisé correspond un ordre juridique : l'ordre juridique de tout Etat<sup>31</sup>, mais aussi les ordres juridiques non \*\*\*149\*\*\* étatiques, qu'il s'agisse de l'ordre juridique international<sup>32</sup>, de celui de l'Eglise<sup>33</sup>, tout autant que celui propre à chaque entité que l'Etat réglemente (ordres

<sup>27</sup> Voir Georges-Henri BOUSQUET, *op. cit.*, pp. 83-84.

<sup>28</sup> Voir. Gabriel ABITBOL, *Logique du droit talmudique*, Paris, Edition des Sciences hébraïques, 1993, pp. 16-25.

<sup>29</sup> Le cas du Saint-Siège est particulier. Son pouvoir temporel (réduit à portion congrue, c'est-à-dire à la cité du Vatican) doit être distingué du pouvoir spirituel (et, dans ce cadre, juridique) de l'Eglise catholique, qui n'agit pas dans cette fonction en tant qu'Etat.

<sup>30</sup> Voir Franck LATTY, *op. cit.*, p. 16.

<sup>31</sup> Santi ROMANO, *L'ordre juridique*, Paris, Dalloz, 1975, pp. 77 et s.

<sup>32</sup> *Id.*, pp. 83-84.

<sup>33</sup> *Id.*, pp. 84 et s.

disciplinaires privés, entreprises, *etc.*)<sup>34</sup> ou, au contraire, qu'il ignore ou regarde comme illicite (entités délinquantes ou immorales, sociétés religieuses interdites, *etc.*)<sup>35</sup>. Ainsi, toute religion un tant soit peu organisée serait-elle une institution et donc un ordre juridique – transnational si son étendue déborde des frontières d'un seul Etat. Santi Romano a également mis en lumière les multiples types de rapports que les ordres juridiques sont susceptibles d'entretenir entre eux : relevance, soumission, indifférence, emprunts normatifs *etc.* qui constituent autant de clés d'explication des relations entre les droits religieux et les droits étatiques<sup>36</sup>.

Sans doute qu'à trop se concentrer sur le contenant (l'institution), Santi Romano néglige-t-il le contenu (les normes) de l'ordre juridique. Qu'elles interviennent à titre de correctif « normativiste » de la théorie de Romano ou à titre autonome, les théories de Hart et de Bobbio<sup>37</sup>, qui font découler l'ordre juridique de l'alliance de normes primaires et de normes secondaires, permettent en tout cas de fonder tout autant l'existence d'ordres transnationaux religieux. Chaque religion dispose en effet de ses propres sources et de ses modes de sanction des règles de droit qu'elle sécrète. Selon l'organisation de ces normes secondaires, le degré de centralisation de chaque religion varie : à l'inverse des religions juive et musulmane, très peu institutionnalisées, la religion catholique est à l'origine d'un système juridique relativement centralisé à travers l'Eglise romaine.

A rebours de cette approche toutefois, selon le dogme positiviste évoqué *supra*, les normes religieuses transnationales ne seraient pas du droit tant qu'elles n'auraient pas été sanctionnées par le droit étatique. Ainsi Kelsen considérerait-il que les actes officiels de l'Eglise catholique, « actes d'une autorité qui n'est pas celle de la communauté étatique sur le territoire de laquelle ils sont accomplis », ne violent pas la souveraineté territoriale de l'Etat (et implicitement ne présentent pas de caractère juridique) « parce que **\*\*\*150\*\*\***et dans la mesure où ces actes n'ont aucun caractère de contrainte [...], ne tendent en aucune manière à la réalisation d'un acte de contrainte d'un homme contre un autre »<sup>38</sup>.

Certes le monopole de la contrainte légitime dont dispose l'Etat lui permet généralement, au moins sur son territoire, de faire prévaloir son droit sur les normes religieuses contraires, à plus forte raison lorsqu'elles sont rétrogrades et attentatoires aux droits et libertés fondamentaux de la personne humaine.

Il existe pourtant des formes de contrainte autres que physique, ou d'autres ressorts, qui peuvent conduire les destinataires de la norme religieuse à suivre ses prescriptions – y

---

<sup>34</sup> *Id.*, pp. 91 et s.

<sup>35</sup> *Id.*, pp. 89. Pour Santi ROMANO, « [l']efficacité de cet ordre sera ce qu'elle sera, selon sa constitution, ses fins, ses moyens, ses normes et les sanctions dont il pourra user ; dans le fait, elle sera faible si l'Etat est fort, comme elle pourra être puissante au point ébranler l'existence même de l'Etat ; mais tout cela ne fait rien au caractère juridique de l'ordre » (*id.*, p. 90). Sur le caractère « juridique » de l'ordre institué par une bande de voleurs, voir aussi François RIGAUX, « Le droit au singulier et au pluriel », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 1982-9, pp. 8-10. *Contra* voir Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962, pp. 64 et s.

<sup>36</sup> Santi ROMANO, *op. cit.*, pp. 101 et s.

<sup>37</sup> Voir Herbert L. A. HART, *Le concept de droit*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1976, 314 p. ; Norberto BOBBIO, « Nouvelles réflexions sur les normes primaires et secondaires », in Chaïm PERELMAN (dir.), *La règle de droit*, Bruylant, Bruxelles, 1971, pp. 104-122.

<sup>38</sup> Hans KELSEN, « Théorie générale du droit international public. Problèmes choisis », *RCADI*, 1932-IV, vol. 42, p. 203. Sur ce point, voir les remarques de Charles LEBEN qui « comprend la logique de Kelsen, mais [trouve qu'] elle va sans doute trop loin » (« De quelques doctrines de l'ordre juridique », *Droits*, n° 33, 2001, p. 37).

compris au détriment de la norme étatique<sup>39</sup>. Dans leur existence et leur application spontanée par leurs destinataires, les droits religieux ne sont pas subordonnés à l'adoubement étatique. Par exemple, un mariage religieux conclu entre deux mineurs de seize ans – nonobstant le fait que pour la jurisprudence française les mariages exclusivement religieux sont inexistant<sup>40</sup> – sera contraire au droit français<sup>41</sup> mais pourra produire tous ses effets en droit canonique<sup>42</sup>. De même, le droit français autorise le divorce alors que le droit canonique n'admet pas la dissolubilité du mariage sacramentel consommé, tout comme le mariage entre personnes de même sexe<sup>43</sup> ou la validité du mariage civil des prêtres, inconcevables en droit canonique, ne sont plus contestés en droit français. Il y a dans ces cas irrelevance\*\*\*151\*\*\* entre les deux ordres juridiques, et donc absence d'infériorité ou de supériorité d'un ordre par rapport à un autre.

En effet, pour s'en tenir au cas de l'Eglise catholique, il n'existe pas de rapports nécessaires « de supériorité et de dépendance corrélatrice »<sup>44</sup> entre l'ordre juridique canonique et l'ordre juridique italien, ni quelconque autre ordre juridique étatique. Comme Santi Romano l'a écrit, l'Eglise « affirme une autonomie parfaite à l'égard de l'Etat »<sup>45</sup>. Certes, ses démembrements à travers le monde sont soumis à des droits territoriaux et la vigueur du droit canonique selon les pays dépend de l'attitude de l'Etat à l'égard du phénomène religieux. Rien n'empêche pour autant la présence de relevances occasionnelles. P. Gannagé l'a constaté, dans l'introduction à son étude sur la coexistence des droits confessionnels et des droits laïcisés :

« Si d'un point de vue logique et rationnel les ordres juridiques des diverses sociétés apparaissent autonomes, dans les faits ils agissent les uns sur les autres et tendent souvent à se compénétrer. »<sup>46</sup>

Le droit canonique renvoie ainsi au droit de l'Etat pour certains points<sup>47</sup>, de même que le droit étatique confère valeur juridique au droit de l'Eglise, par exemple quand il reconnaît la

---

<sup>39</sup> Un rapport publié par l'Institut Montaigne en décembre 2016, dresse une « typologie des Musulmans selon leur religiosité » (en France). Une catégorie estimée à 13 % des effectifs considère ainsi que « la loi religieuse passe avant la loi de la République », à laquelle doit s'ajouter une catégorie de 15 % prônant une vision plus « dure » des pratiques religieuses (Rapport « Un islam français est possible », Institut Montaigne, septembre 2016, disponible à l'adresse [<http://www.institutmontaigne.org/publications/un-islam-francais-est-possible>], consulté le 15 mars 2018).

<sup>40</sup> Cour de cassation, Civ. 1<sup>ère</sup>, 18 octobre 1955, in *Bull. Cass.*, 1955-I, p. 283.

<sup>41</sup> Art. 144 du Code civil : « Le mariage ne peut être contracté avant dix-huit ans révolus ». Cet article a été modifié par la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe. La version antérieure opérait une discrimination entre hommes et femmes puisqu'il disposait : « L'homme avant dix-huit ans révolus, la femme avant quinze ans révolus, ne peuvent contracter mariage ».

<sup>42</sup> Canon 1083, § 1 : « L'homme ne peut contracter valablement mariage avant seize ans accomplis, et la femme de même avant quatorze ans accomplis ». Dans le même sens, Paul LAGARDE (« Approche critique de la *lex mercatoria* », in *Le droit des relations économiques internationales (Etudes offertes à B. Goldman)*, Paris, Litec, 1982, p. 140) écrit : « Le développement séparé de l'ordre juridique non étatique peut [...] résulter de l'attitude des parties qui, même dans l'hypothèse où l'Etat prétend régler tout ou partie de leurs comportements, s'abstiennent volontairement de se placer sous sa protection et se contentent de celle que leur offre cet ordre non étatique. Ainsi en serait-il [...] de catholiques qui, en matière de mariage, se contenteraient de se marier religieusement et de ne soumettre leurs différends conjugaux qu'aux tribunaux ecclésiastiques [...] ».

<sup>43</sup> Art. 143 du Code civil : « Le mariage est contracté par deux personnes de sexe différent ou de même sexe ».

<sup>44</sup> Santi ROMANO, *op. cit.*, p. 107.

<sup>45</sup> *Id.*, p. 131. Voir aussi Giorgio DEL VECCHIO, *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1953, pp. 365 et s.

<sup>46</sup> Pierre GANNAGE, « La coexistence des droits confessionnels et des droits laïcisés dans les relations privées internationales », *RCADI*, 1979-III, vol. 164, p. 347.

<sup>47</sup> Voir le c. 22 du Code de 1983, qui envisage textuellement le renvoi du droit canonique au droit étatique (« Les lois civiles auxquelles renvoie le droit de l'Eglise doivent être observées en droit canonique avec les mêmes



compétence de l'Eglise pour réglementer le mariage et attribue des effets civils au mariage religieux<sup>48</sup>. Il existe donc des \*\*\*152\*\*\* « relevances unilatérales »<sup>49</sup> entre la « *lex canonica* » et l'ordre juridique étatique, voire synallagmatiques lorsque, par concordat, l'Etat laisse l'Eglise réglementer le sacrement du mariage, « auquel il attribue relevance pour son propre droit »<sup>50</sup>. Il y a dans ces cas coordination des ordres juridiques.

Les rapports entre les droits religieux transnationaux et les droits étatiques (et le droit international public<sup>51</sup>) doivent en effet se concevoir non pas sous une forme pyramidale mais en termes de rapports de systèmes. C'est dans cette perspective que le type de normativité que constitue le droit transnational religieux peut être envisagée comme une source de droit (national et international ?).

## II. LE DROIT TRANSNATIONAL RELIGIEUX :

### SOURCE DU DROIT NATIONAL ET INTERNATIONAL

Dans quelle mesure les droits transnationaux religieux irriguent-ils les droits des Etats et le droit international public ? Les systèmes juridiques sécularisés sont *a priori* hermétiques à ces ensembles normatifs. Pour autant, il n'y a pas lieu, ne serait-ce que pour des raisons

---

effets, dans la mesure où elles ne sont pas contraires au droit divin et sauf disposition autre du droit canonique »). Pour des exemples de renvois, voir dans le domaine du mariage le c. 1059 qui renvoie à « la compétence du pouvoir civil pour les effets purement civils du mariage (voir aussi le c. 1672), et dans le domaine contractuel, le c. 1290 (« Les dispositions du droit civil, en vigueur dans un territoire en matière de contrats, tant en général qu'en particulier, et de modes d'extinction des obligations, seront observées avec les mêmes effets en droit canonique pour les choses soumises au pouvoir de gouvernement de l'Eglise, à moins que ces dispositions ne soient contraires au droit divin ou que le droit canonique n'en décide autrement [...] »). *Adde* les c. 110 (enfants adoptifs selon la loi civile), 197 (législation civile de la prescription), 1284, § 2, 3° (observation des lois civiles par les administrateurs de biens ecclésiastiques), 1716 (conséquences de la reconnaissance ou non de la sentence canonique d'arbitrage par la loi civile) *etc.* Sur ce sujet, voir Patrick VALDRINI *et al.*, *Droit canonique*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 1999, pp. 604-605.

<sup>48</sup> Voir Santi ROMANO, *op. cit.*, pp. 131-132. Voir aussi F. RIGAUX, « Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale – Cours général de droit international privé », *RCADI*, 1989-I, vol. 213, p. 64 et, du même auteur, « Souveraineté des Etats et arbitrage transnational », in *Mélanges Goldman*, *op. cit.*, p. 276 où est relaté un exemple de « réception d'un élément de la juridicité canonique dans l'ordre étatique » (Cass. (Belg.), 3 mars 1961, Pas., 1961, I, 727 : reconnaissance par la jurisprudence civile de la qualité de mariage putatif à l'union purement religieuse, nulle en raison de la sécularisation des formes de célébration). Pour une jurisprudence analogue en droit français, voir Cass, Civ. 1<sup>ère</sup>, 18 octobre 1955, in *Bull. Cass.*, 1955-I, p. 283. Voir aussi Patrick VALDRINI *et al.*, *Droit canonique*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 1999, pp. 637 et s.

<sup>49</sup> Santi ROMANO, *op. cit.*, p. 109.

<sup>50</sup> *Id.*, p. 132.

<sup>51</sup> Le Code canonique enregistre la qualité de sujet de droit international du Saint-Siège en conférant une certaine relevance au droit international public. Voir le c. 362 (« Le Pontife Romain a le droit inné et indépendant de nommer des Légats et de les envoyer [...] auprès des Etats et Autorités publiques, ainsi que de les transférer et de les rappeler, en respectant cependant les règles du droit international en ce qui regarde l'envoi et le rappel des Légats accrédités auprès des Etats », it. aj.) et le c. 365, § 1 (« Le Légat pontifical accrédité en même temps auprès de l'Etat selon les règles du droit international a en plus la charge particulière : 1. de promouvoir et d'entretenir les rapports entre le Siège Apostolique et les Autorités de l'Etat ; [...] », it. aj.). De plus, en disposant que « [l]es canons du Code n'abrogent pas les conventions conclues par le Siège Apostolique avec les Etats ou les autres sociétés politiques et n'y dérogent pas ; ces conventions gardent donc leur vigueur telles qu'elles existent présentement nonobstant les dispositions contraires du présent Code », le c. 3 du Code de 1983 fait application du principe du droit international *pacta sunt servanda*.

historiques, d'évacuer la question. Si les droits religieux constituent assurément une des sources matérielles du droit étatique et international (A), leur qualité de source formelle, à défaut d'être établie, soulève des questions dignes d'intérêt (B).

## A. Source matérielle

### 1. Les droits religieux, source matérielle des droits nationaux

De nombreux droits étatiques ont puisé ou puisent encore à la source religieuse<sup>52</sup>. Le droit transnational religieux, notamment les droits canonique et musulman, fait ainsi partie de l'environnement sociologique, idéologique, moral, à l'origine de nombreuses normes. \*\*\*153\*\*\*

Nul n'ignore à cet égard que le droit de tous les pays de tradition romano-germanique a été structurellement influencé par le droit romain et par le droit canonique (prévalence du droit écrit, hiérarchisé, primauté des lois ; juge interprète de la loi etc.)<sup>53</sup>. De très nombreuses institutions du droit civil ou du droit du travail, par exemple, ont une origine canonique : état civil, mariage (sécularisés à la Révolution), repos hebdomadaire.

Les droits étatiques de la communauté islamique (la *Umma*) ne se confondent pas avec le droit musulman. Certes, comme la sentence *Aramco* l'a relevé, selon le droit musulman le pouvoir politique (celui du « Monarque ») n'a en principe qu'une compétence résiduelle, c'est-à-dire que son domaine législatif est limité « aux matières qui n'étant pas clairement rattachées aux textes de révélation divine ou à la pratique des deux ou trois premières générations islamiques, ne rentre pas dans le *fiqh* »<sup>54</sup>. Néanmoins, dans de nombreux pays les codes nationaux d'inspiration occidentale ont largement empiété sur le champ matériel du droit musulman<sup>55</sup>. Dans ce cas, il remplit une fonction d'inspiration des droit nationaux, lesquels font généralement référence à la *Char'i'a* comme source primordiale du droit. Mais selon les pays, certaines règles religieuses sont suivies à la lettre (ou à peu de choses près) ou adaptées aux temps modernes. Pour prendre l'exemple de la polygamie, l'Arabie saoudite qui se revendique d'une application littérale du Coran autorise cette pratique (dans la limite de quatre épouses), quand les pays du Maghreb l'interdisent.

Enfin, le droit hébraïque à son origine n'était pas « déterritorialisé » mais la dispersion du peuple juif l'a privé par la suite de toute assise politique et territoriale. La fondation d'Israël, pays laïc dont le droit n'est pas fondé sur le Talmud, n'a pas signifié une « reterritorialisation » du droit hébraïque, qui continue de constituer un *corpus* autonome d'applicabilité personnelle, même si le droit israélien en a laïcisé certains aspects en s'en inspirant dans l'élaboration de la législation.

---

<sup>52</sup> Voir Géraldine GIRAudeau et al. (dir.), *Le fait religieux dans la construction de l'Etat*, Paris, Pedone, 2016, 274 p.

<sup>53</sup> Alain SERIAUX, v° « Droit canonique », in *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 432.

<sup>54</sup> *Aramco c. Arabie Saoudite*, sentence arbitrale du 23 août 1958, *Rev. crit. DIP*, 1963, p. 311.

<sup>55</sup> Georges-Henri BOUSQUET, op. cit., p. 131. Selon cet auteur, « l'influence de la Loi [religieuse] est décisive pour ce qui est des statuts personnels et successoral [...] ; notable pour d'autres aspects du statut foncier [...] , bien moindre pour le droit des obligations, très faible, voire nulle, en matière pénale, fiscale et constitutionnelle » (*id.*, pp. 170-171). A noter cependant que la poussée intégriste dans certains Etats islamiques vient redonner vigueur au droit musulman pénal.

## 2. Les droits religieux, source matérielle du droit international public

En raison des origines européennes du droit international public<sup>56</sup>, c'est à titre principal vers le droit canonique, parmi les droits religieux, qu'il faut se tourner pour en trouver des sources matérielles. \*\*\*154\*\*\*

L'Eglise, au moment où elle dominait l'Europe, est ainsi à l'origine des premières règles matérielles du *jus ad bellum* et du *jus in bello*, à travers la « guerre juste », la Trêve de Dieu, la Paix de Dieu etc.<sup>57</sup>. Certaines règles du droit de la mer, notamment celle de mer adjacente, auraient également été formées par les canonistes. Gidel relève ainsi que le droit canon du Moyen-Age prévoyait que lorsque le Pape décédait dans une ville, c'est à cet endroit même que les cardinaux devaient se réunir pour désigner son successeur. Les glossateurs canonistes s'étant demandé ce qu'il adviendrait en cas de décès en mer, ils ont résolu la difficulté en déclarant que la mer soumise à l'Etat faisait partie de son *districtus*. Ainsi a été posée « l'idée que la circonscription d'une ville maritime comprend, outre son territoire terrestre, une certaine étendue de mer »<sup>58</sup>.

Il est par ailleurs nul besoin d'insister sur le fait que les premiers exégètes du droit international (Suarez, Victoria, Grotius – qui n'hésite pas à citer l'Ancien Testament ainsi que d'autres références hébraïques<sup>59</sup>) ont puisé à la source religieuse. Les théories du droit naturel sont, du moins à l'origine, imprégnées à l'origine de considérations religieuses<sup>60</sup>. Aujourd'hui encore, l'idée fort louable d'universalité des droits de l'homme n'échappe pas à des considérations métaphysiques dont l'influence judéo-chrétienne est assez palpable.

Qu'en est-il, dans le droit international contemporain, du magistère moral exercé par les autorités religieuses sur le pouvoir profane ? Celles-ci n'hésitent pas à essayer d'influencer le cours des relations internationales et de leur droit, notamment en se fondant sur les convergences entre les principes universels du droit international humanitaire ou du droit international des droits de l'homme avec les grands textes religieux<sup>61</sup>. L'Eglise catholique en particulier a adopté des textes réprouvant le recours à la force et les violations du droit international humanitaire, dont le plus récent : *Compendium de la doctrine sociale de l'Eglise* (2004) condamne la « barbarie de la guerre », présentée comme « la faillite de tout humanisme authentique ». Le texte reconnaît cependant les guerres justes, notamment en \*\*\*155\*\*\*légitime défense, dont il fixe des critères qui ne sont pas en tous points identiques

---

<sup>56</sup> Robert KOLB, *Esquisse d'un international public des anciennes cultures extra européennes*, Paris, Pedone, 2010, pp. 7 et s.

<sup>57</sup> Voir Dominique GAURIER, *Histoire du droit international. De l'Antiquité à la création de l'ONU*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2014, pp. 91 et s.

<sup>58</sup> Gilbert GIDEL, « La mer territoriale et la zone contiguë », *RCADI*, 1934, t. 48, p. 150. Sur la présence de sources hébraïques dans la doctrine du droit des gens de l'Europe moderne à travers l'exemple du droit de la mer, voir Charles LEBEN, « La référence aux sources hébraïques dans la doctrine du droit de la nature et des gens au XVII<sup>e</sup> siècle », *Droits*, vol. 56, n° 2, 2012, pp. 179 et s.

<sup>59</sup> Shabtai ROSENNE, « The Influence of Judaism on the Development of International Law : An Assessment », in Mark W. JANIS, Caroline EVANS (Ed.), *Religion and International Law*, La Haye, Kluwer, 1999, p. 67 ; Prosper WEIL, « Le judaïsme et le développement du droit international », *RCADI*, 1976, t. 151, pp. 315 et s.

<sup>60</sup> Marie-France RENOUX-ZAGAME, v° « Droit divin », in *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 471.

<sup>61</sup> Voir Michel VEUTHEY, « Religions et droit international humanitaire : histoire et actualité d'un dialogue nécessaire », in Anne-Sophie MILLET-DEVALLE (dir.), *Religions et droit international humanitaire*, Paris, Pedone, 2008, pp. 9 et s.

à ceux du droit international public. Ainsi, le critère de proportionnalité est consacré mais il est précisé que le dommage subi doit être « durable, grave et certain »<sup>62</sup>.

Le droit transnational religieux constitue ainsi une source matérielle de droit international public en ce sens qu'il inspire ou est susceptible d'influencer l'évolution de certaines de ses normes.

## B. Source formelle

Le droit transnational religieux ne peut constituer une source formelle du droit (étatique ou international) qu'à la condition que ces ordres juridiques lui concèdent une telle place. A travers divers procédés, il est constant que les droits nationaux accueillent plus ou moins bien le droit religieux (1), quand le droit international dont les sources sont sécularisées, lui demeure largement fermé (2).

### 1. Droit nationaux

Les Etats modernes disposent de leurs propres sources formelles de droit. Le droit religieux n'en fait partie qu'à la condition que les normes étatiques lui reconnaissent une telle fonction. Ses points d'entrée sont multiples.

La Constitution de l'Etat, tout d'abord, peut renvoyer au droit religieux, à l'image de la Constitution grecque de 1975 qui incorpore les « saints canons apostoliques et synodiques » de l'Eglise orthodoxe<sup>63</sup>. Le point d'entrée peut être aussi législatif ou jurisprudentiel, à l'exemple du droit pénal anglais et écossais qui réprime le blasphème tel qu'il est défini et interdit par les religions chrétiennes<sup>64</sup>. L'interprétation par le juge peut être guidée par la norme religieuse. Le *fiqh* est à cet égard considéré comme « un système normatif auquel législateur et juges sont invités à revenir afin d'y puiser la solution la plus adéquate et la plus conforme aux intérêts du pays »<sup>65</sup>. Ainsi, le droit musulman est-il visé de manière subsidiaire par les codes civils de pays musulmans, notamment en matière d'interprétation de la loi<sup>66</sup>. Même dans les Etats laïcs, la France par exemple, les mécanismes de droit \*\*\*156\*\*\*international privé peuvent également aboutir à la prise en compte par le juge national d'un mariage religieux conclu à l'étranger, selon la loi personnelle des époux<sup>67</sup>.

Enfin, le droit international public constitue une autre voie d'accès du droit religieux à l'ordre étatique. Tel est en particulier l'effet des concordats passés ou contemporains conclus par l'Eglise catholique avec divers Etats. En France, par exemple, le Concordat de 1516 signé par François I<sup>er</sup> et Léon X a constitué la « base juridique du régime des cultes [...] jusqu'à la Révolution »<sup>68</sup>, en assurant un certain contrôle de l'Etat sur l'application du droit canonique,

---

<sup>62</sup> Voir Eduardo GREPPI, « Chrétienté et droit international humanitaire », in Anne-Sophie MILLET-DEVALLE (dir.), *id.*, pp. 72 et s.

<sup>63</sup> Article 3, § 1 : « La religion dominante en Grèce est celle de l'Eglise orthodoxe orientale du Christ. L'Eglise orthodoxe de Grèce, reconnaissant pour chef Notre Seigneur Jésus-Christ, est indissolublement unie, quant au dogme, à la Grande Eglise de Constantinople et à toute autre Eglise chrétienne du même dogme, observant invariablement, comme celles-ci, les saints canons apostoliques et synodiques ainsi que les saintes traditions [...] ».

<sup>64</sup> Brigitte BASDEVANT-GAUDEMET, v<sup>o</sup> « Eglise/Etat », in *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, p. 602.

<sup>65</sup> Rita MOUCANNAS-MAZEN, *Islam-droit et relations économiques internationales*, Paris, L'Harmattan, 1996, p. 299.

<sup>66</sup> Pour les cas des codes civils koweïtien, égyptien, ou irakien (en 1996), voir *id.*, pp. 172, 185 et 186.

<sup>67</sup> Brigitte BASDEVANT-GAUDEMET, *loc. cit.*, p. 603

<sup>68</sup> *Id.*, p. 597

dans la limite de la législation royale et sous réserve d'une procédure de réception expresse par les parlements. Plusieurs concordats en vigueur (avec l'Italie, l'Espagne, la Pologne) font encore produire des effets civils au mariage canonique.

## 2. *Droit international public*

De même que l'Église catholique, à l'époque où elle dominait le continent européen, réglait la guerre et la paix<sup>69</sup>, le droit musulman a pendant plusieurs siècles régi les rapports « internationaux publics » au sein des terres d'islam (*dar al-islam*) et à l'égard des pays non musulmans considérés comme des terres de guerre (*dar al-hard*)<sup>70</sup>. Le droit transnational religieux était en ce sens une source immédiate de droit international public musulman.

Si en Europe, un « *jus publicum europaeum* »<sup>71</sup> d'origine interétatique s'est substitué au droit canonique pour régler les rapports internationaux publics (et notamment la guerre et la paix), c'est beaucoup plus tardivement, après la dissolution de l'Empire ottoman, que les pays musulmans prendront la forme étatique moderne et rejoindront la communauté des États régie par le droit international public. L'ordre juridique international n'a pas pour autant fait disparaître les normes islamiques concurrentes. L'obsolescence du concept de *dar al-islam* – foncièrement incompatible avec les principes de coexistence pacifique des États souverains – n'est pas encore acquise pour la doctrine islamique et pour une partie des fidèles<sup>72</sup>. Pour autant, tel n'est pas<sup>\*\*\*157\*\*\*</sup> le discours des États musulmans qui, tous, font partie intégrante du système juridique international<sup>73</sup>. Au mieux, une certaine solidarité musulmane à dimension morale et politique, héritée du droit musulman « international public » antérieur au XX<sup>e</sup> siècle, continue de s'exprimer, notamment à travers des organisations telles que la Ligue des États arabes et l'Organisation de la coopération islamique (OCI). Une coloration islamique pourra le cas échéant marquer les normes issues de ces organisations<sup>74</sup>.

Dans cette optique, on peut relever que l'Accord sur la promotion, la protection et la garantie des investissements conclu entre les membres de l'OCI (1981) est l'un des rares – et en tout cas l'un des premiers – traités d'investissement à comporter une disposition imposant des obligations aux investisseurs étrangers, lesquels doivent s'abstenir de comportements portant

---

<sup>69</sup> Voir *supra* II, A.

<sup>70</sup> Voir *supra* I. Identifiant des règles coutumières de droit international islamique en matière de droit des traités, de nationalité, de droit de la mer etc., voir Mohammad FADEL, « International Law, Regional Developments : Islam », *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Octobre 2009, n° 24 et s. Sur le droit hébraïque à objet international, voir Shabtai ROSENNE, *loc. cit.*, pp. 76 et s.

<sup>71</sup> Robert KOLB, *op. cit.*, p. 7

<sup>72</sup> Mohammad FADEL, *loc. cit.*, n° 44. Elle permet ainsi de justifier les mouvements de résistance dans le monde musulman contre les invasions de non-Musulmans (*id.*, n° 53). L'auteur note aussi que les juristes musulmans dénoncent généralement la création d'Israël comme étant constitutive d'une agression contre la terre d'islam (*dar al-islam*) plutôt que d'adopter une approche fondée sur le droit international public et, notamment, le principe d'autodétermination (n° 60).

<sup>73</sup> Voir à cet égard l'art. 1<sup>er</sup> de la Charte de l'Organisation de la coopération islamique, qui donne à l'OCI pour objectif de « [s]outenir la restauration de la souveraineté complète et l'intégrité territoriale d'un État membre sous occupation étrangère par suite d'une agression, *sur la base du Droit International* et de la coopération avec les organisations internationales et régionales compétentes » (§ 4, italiques ajoutés).

<sup>74</sup> On relèvera que parmi les objectifs de l'OCI figure celui de « [p]ropager, promouvoir et préserver les enseignements et les valeurs Islamiques fondés sur la modération et la tolérance, promouvoir la culture islamique et sauvegarder le patrimoine islamique » (art. 1<sup>er</sup>, § 11).

atteinte à « la morale », en ce il raisonnable d'inclure la morale islamique<sup>75</sup>. L'article 15 du même traité prévoit également un système de garantie des investissements « *in conformity to the principles of Islamic Sharia* »<sup>76</sup>. Dans ce dernier cas, la norme internationale opère donc un renvoi explicite à la norme religieuse qui acquiert par ce biais relevance.

Les accords internationaux du Saint-Siège avec les Etats sont bien des traités de droit international, dont certains d'entre eux ont pour objet de permettre l'application du droit canonique dans les ordres juridiques internes des Etats contractants. Formellement, ce n'est pas le droit canonique qui est source de droit international ; c'est le concordat, instrument de droit international, qui est le véhicule de ce droit. \*\*\*158\*\*\*

Diverses églises ont par ailleurs développé une pratique d'accords ou d'actes concertés œcuméniques<sup>77</sup> qui constituent sans doute une forme de droit « intersocial » au sens scellien du terme<sup>78</sup>. Ils participent d'un droit international aux contours plus étendus que le strict droit international public. La religion en ce sens interroge les frontières conceptuelles d'un droit international encore largement défini par des sources limitativement identifiées, qu'il y aurait peut-être lieu d'ouvrir à ce mode de production de normativité interreligieuse ainsi qu'aux droits transnationaux religieux qui la sous-tendent<sup>79</sup>. *N'ayons pas peur !*

---

<sup>75</sup> Art. 9 : « *The investor shall be bound by the laws and regulations in force in the host state and shall refrain from all acts that may disturb public order or morals or that may be prejudicial to the public interest. He is also to refrain from exercising restrictive practices and from trying to achieve gains through unlawful means* ». Cette disposition a été mise en œuvre, au soutien d'une demande reconventionnelle, dans l'affaire Trib. *ad hoc* (CNUDCI), *Hesham Talaat M. Al-Warraq c. Indonésie*, sentence finale, 15 décembre 2014, §§ 655 et s.

Voir Patrick JACOB, Franck LATTY, Arnaud DE NANTEUIL, « Arbitrage transnational et droit international général (2014) », *AFDI*, 2014, pp. 612

<sup>76</sup> Art. 15 : « *The Organisation shall through the Islamic Development Bank, and in accordance with the provisions of its Agreements, establish as a subsidiary organ of the Organisation, an Islamic Institution for the Guarantee of Investments which is to take charge of the insurance of property invested in the territories of the contracting parties, in accordance with this Agreement and in conformity to the principles of Islamic Sharia* ».

<sup>77</sup> Voir la page Wikipédia consacrée à l'œcuménisme et plus spécifiquement la section relative aux accords inter-ecclésiastiques [<https://fr.wikipedia.org/wiki/Œcuménisme>], consultée le 31 mars 2018.

<sup>78</sup> Voir Georges SCELLE, *Précis de droit des gens. Principes et systématique*, Paris, Sirey, 1932, p. 31 (rééd. Dalloz, 2008).

<sup>79</sup> Plus généralement, voir Philip C. JESSUP, *Transnational Law*, New Haven, Yale UP, 1956, 113 p. V. aussi Dominique CARREAU, Fabrizio MARRELLA, *Droit international*, 12<sup>e</sup> éd., Paris, Pedone, 2018, p. 69, n° 70.