

**DE LA CONTRIBUTION DES SCIENCES RELIGIEUSES
AU DROIT CONSTITUTIONNEL**

Stéphane CAPORAL
Professeur à l'Université de Saint-Etienne
Doyen honoraire de la Faculté de droit

On forme ici l'hypothèse qu'entre le champ religieux et le champ politico-étatique, il existe une homologie structurale suffisamment importante et exclusive pour qu'un ensemble de sciences humaines et sociales que l'on appellera sciences religieuses fournisse les analyses conceptuelles et les méthodes herméneutiques propres à l'élucidation des questions majeures qui se posent en droit constitutionnel. Ce faisant, il s'agit de prendre au sérieux l'objectif fixé par le programme du VIII^e Congrès français de droit constitutionnel pour l'atelier consacré aux rapports entre droit constitutionnel et sciences humaines et sociales, objectif consistant en ce qu'« on ne saurait [non plus] négliger l'impact de la religion sur les constitutions ». Prendre ce programme au sérieux c'est reconnaître au rapport entre constitution et religion une intensité qui dépasse largement le cadre de la simple analyse de dispositions constitutionnelles pour s'attacher à l'examen des logiques profondes qui sous-tendent l'ordre constitutionnel. C'est, enfin, à la fois dresser un constat et élaborer un programme de recherche.

On entendra le droit constitutionnel simultanément au sens de discipline ayant pour objet l'organisation et le fonctionnement de la communauté politique appelée Etat et de la branche du droit public qu'elle prétend décrire. Retenir cette double définition revient à mettre l'accent sur le caractère indissociable de la branche du droit considérée et de la discipline qui vise à en rendre compte, en d'autres termes sur le caractère indissociable du droit constitutionnel et de la science du droit constitutionnel. Un tel choix constitue donc une mise en cause – non pas de la distinction – mais de la radicalité de la distinction entre droit et science du droit. C'est admettre que la science du droit constitutionnel, i. e. la doctrine, ne se borne pas à le décrire mais qu'elle participe aussi de sa construction et que si l'on veut rechercher l'impact de la religion sur les constitutions, il faut d'abord le faire dans les concepts et les interprétations qui forment la science du droit constitutionnel.

On entendra les sciences religieuses comme l'ensemble des diverses disciplines académiques en tant, soit qu'elles sont susceptibles de prendre d'une manière ou d'une autre la religion pour objet (histoire, anthropologie, sociologie, sociologie historique etc.), soit que leur objet concerne des problématiques considérées par les religions comme centrales pour la connaissance dogmatique et théologique (exégèse, linguistique, philologie etc.) et que ces problématiques y ont enregistré des avancées majeures. En tant qu'elles ont la religion comme dénominateur commun si l'on préfère. Cela veut dire que l'observation de la religion comme étude du fait religieux trouve un écho dans l'observation du fait politique et des constitutions et permet de comprendre « de l'extérieur » comment se construit le droit constitutionnel (posture d'observation) tandis que les méthodes d'interprétation élaborées dans l'herméneutique théologique sont transposables dans l'activité dogmatico-doctrinale du droit

constitutionnel (posture de participation)¹ ce qui ouvre également un champ de réflexion sur les conditions de leur réception. Regrouper ces diverses disciplines sous l'appellation de sciences religieuses présente l'avantage de faire (re)surgir la coloration religieuse, le substrat religieux du droit constitutionnel et d'en renouveler l'étude en profondeur. Au demeurant, un tel regroupement se justifie tout à fait puisqu'il correspond à la catégorie que visait la création d'une section des sciences religieuses à l'École pratique des hautes études en 1886, d'une revue intitulée *Recherches de Science Religieuse* en 1910 et d'une *Revue des sciences religieuses* en 1921.

Aujourd'hui, dans le prolongement de ces travaux, des pistes de recherche consisteraient par exemple à examiner les corrélations qu'a pu avoir en droit constitutionnel l'évolution du catholicisme et du protestantisme ou les multiples possibilités ouvertes par la transposition dans l'ordre constitutionnel des méthodes d'interprétation propres au champ religieux.

Un tel projet se heurte au positivisme juridique, héritier à la fois du normativisme kelsénien et de l'empirisme logique du manifeste du Cercle de Vienne de 1929 lequel se donnait pour ambition et pour mot d'ordre de promouvoir une « conception scientifique du monde » empiriste et positiviste caractérisée par le recours exclusif à l'analyse logique². Une conception qui vise expressément à unifier « ce que nous appelons les sciences sociales et humaines avec les sciences de la nature » et à éliminer la métaphysique³. Un héritage un peu paradoxal puisque, dès lors qu'elle exclut comme dépourvu de signification, et donc non scientifique, tout énoncé ne portant pas en dernière instance sur des données empiriques, une telle conception récuse également la philosophie de Kant et la métaphysique critique fondée sur la possibilité de jugements synthétiques *a priori* et, par conséquent, elle devrait réfuter également le positivisme normativiste kelsénien à l'inspiration kantienne clairement assumée⁴. Il n'empêche que, par-delà cet antagonisme virtuel, les deux courants se réclamant du positivisme s'opposent fondamentalement à l'introduction des sciences religieuses dans un discours académique bien que pour des raisons différentes. D'un côté, fermement ancré dans la philosophie analytique, l'empirisme logique rejette toute approche globalisante au nom d'une posture radicalement antimétaphysique. De l'autre, pour le positivisme normativiste, le recours aux sciences religieuses est absolument dépourvu d'intérêt et de sens puisqu'il va directement à l'encontre du projet kelsénien de constituer une science du droit parfaitement

¹ Cette distinction paraissant plus pertinente que celle de Georges Gurvitch entre « regard externe » et « regard interne » in *Éléments de sociologie juridique*, Paris, Aubier, 1940.

² « La Conception scientifique du monde : Le Cercle de Vienne », in *Manifeste du Cercle de Vienne et autres écrits*, dir. Antonia Soulez, Paris, Puf, 1985.

³ D. Lecourt, « L'épistémologie française à la croisée des chemins », *Philosopher en français*, dir. J.-F. Mattéi, Puf, Quadrige, 2001, pp. 113-120, loc. cit. p. 115.

⁴ S. Goyard-Fabre, « L'inspiration kantienne de Hans Kelsen », *Revue de métaphysique et de morale*, 1978, vol. 83, n°2, pp. 204-233. Encore que Kelsen pourrait bien n'avoir eu de Kant qu'une lecture erronée comme le suggère fortement une lettre adressée par lui à Renato Treves en août 1933 et que ce dernier a publiée sous l'intitulé « Un inédit de Kelsen concernant les sources kantienne », dans la revue *Droit et société*, 1987, n° 7, pp. 319-329. Pour Kelsen, le droit ne serait pas autre chose que « concept, ou mieux ensemble de concepts intellectuels purs produits par une activité cognitive créatrice d'un droit réduit à un ensemble de propositions juridiques, constitutives de la science du droit ». Du fait de cette réduction « selon laquelle le droit serait conçu comme une construction logique pure qui refuse tout contenu empirique et toute référence idéologique – Kelsen, s'opposant à d'autres néo-kantiens, n'applique pas intégralement les principes de la « Critique de la raison pure » de Kant, mais plutôt les principes de la « Logique de la connaissance pure » (*Logik des reinen Erkenntnis*) de Hermann Cohen », lequel « réduit la critique kantienne à la logique pure, faisant exclusion de l'esthétique et de la dialectique transcendantale et qui remplace le principe kantien de la synthèse, principe qui présuppose toujours une donnée sensible par un principe nouveau, celui de la fécondité de la pensée pure qui est essentiellement production autonome, sans contact avec la sensation et la représentation », p. 321.

épurée de toutes les considérations susceptibles de se rattacher à ces disciplines, la théorie pure se caractérisant d'ailleurs par le refus de considérer le contenu de la norme. Faire appel aux sciences religieuses pour enrichir la recherche en droit constitutionnel exige donc de commencer par rompre avec la conception kelsenienne de la science du droit, autrement dit, de rompre avec la théorie pure. Cela implique également de passer outre les répugnances de l'empirisme logique dues à son ancrage dans la philosophie analytique et à récuser sa prétention à exercer le monopole de l'explication théorique du monde ce qui revient à s'inscrire en faux contre l'assertion selon laquelle « la science est la théorie du réel »⁵. Enfin, faire le choix d'ouvrir le droit constitutionnel aux sciences religieuses suppose également de remettre en cause la doctrine positiviste de l'*isolierung* du droit et renoncer à ne voir dans le savoir juridique qu'une systématisation de règles et de solutions ayant vocation à épuiser le sens du droit en sa totalité.

Reste cependant à affronter une dernière critique qui porte sur le manque de rigueur consistant à utiliser indistinctement les notions aussi diverses que celles d'Eglise, de religion, de sacré, de théologie. Pertinente dans les sciences humaines et sociales, cette critique peut cependant être levée en se plaçant sur le même terrain : tant la sociologie durkheimienne que l'anthropologie religieuse ont montré que ces notions non seulement pouvaient mais devaient être étudiées ensemble en raison de leur caractère indissociable⁶.

S'interroger sur la possible contribution des sciences religieuses au droit constitutionnel implique de commencer par chercher à en dégager les conditions épistémologiques sous la forme d'une homologie entre *politeia* et religion (I) avant d'en élucider les conditions méthodologiques (II).

I – LES CONDITIONS ÉPISTÉMOLOGIQUES DE LA CONTRIBUTION : L'HOMOLOGIE ENTRE *POLITEIA* ET RELIGION

La notion d'homologie vient des sciences du vivant qui distinguent l'homologie structurale et l'homologie de filiation : la première, énoncée en zoologie dès 1830, par Etienne Geoffroy Saint Hilaire sous l'appellation de principe des connections⁷, est formulée explicitement par Richard Owen en 1843⁸. Dans la définition d'Owen, l'homologie apparaît plus englobante que l'analogie : si est analogue une partie ou un organe d'un animal qui a la même fonction qu'une autre partie ou un autre organe d'un animal différent, est homologue « le même organe d'animaux différents quelle que soit la variété de forme et de fonction »⁹. Plus tard, Max Weber transposera la notion d'homologie dans les sciences sociales dans le célèbre essai sur *L'éthique protestante et l'esprit du capitalisme*¹⁰ en montrant l'existence

⁵ M. Heidegger, « science et méditation », *Vorträge and aufsätze*, Pfullingen, 1954, *Essais et conférences*, Gallimard, 1958, p. 60.

⁶ E. Durkheim, *Les Formes élémentaires de la vie religieuse : le système totémique en Australie*, Paris, Alcan, 1912, Puf, 1985 ; M. Eliade, *Le sacré et le profane*, Paris, Gallimard, 1957. , *Traité d'histoire des religions*, Paris, Payot, 1964, rééd. 1976-1983.

⁷ E. Geoffroy Saint Hilaire, *Principes de philosophie zoologique discutés en mars 1830 au sein de l'Académie Royale des Sciences*, Paris, Pinchon et Didier, Rousseau, 1830.

⁸ R. Owen, *Lectures on the comparative anatomy and physiology of the invertebrate animals*. London, Longman Brown Green and Longmans, 1843.

⁹ Pour Owen, est analogue "a part or organ in one animal that has the same function as another part or organ in a different animal", tandis qu'est homologue "the same organ in different animals under every variety of form and function.", *op. cit.*, pp 374-379.

¹⁰ M. Weber, *Die protestantische Ethik und der 'Geist' des Kapitalismus*, in: *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik* 20 (1904), pp. 1–54 und 21 (1905), pp. 1–110, trad. fr. par J. Chavy, *L'éthique protestante et l'esprit du capitalisme*, Plon, 1964 et nouvelle trad. par J.-P. Grossein, Gallimard, 2003.

d'affinités électives entre les valeurs de la religion réformée et celles d'un système économique et social spécifique et, plus tard encore, Pierre Bourdieu fera de la notion un usage fréquent¹¹. La seconde homologie, dite de filiation, explique les similitudes par une origine commune et qui appliquée aux rapports entre droit et religion, apparaît tout à fait pertinente à la lumière des connaissances rassemblées par l'histoire des institutions¹². Cela se vérifie en examinant les arguments de la thèse de l'homologie (A) et en constatant la permanence de cette thèse (B).

A – Les arguments de la thèse de l'homologie

Qui utilise la notion d'homologie s'expose au reproche de chercher à recouvrir d'une manière plus ou moins adroite une simple analogie pour lui donner une apparence de scientificité¹³, alors que le raisonnement par analogie est si mal jugé dans le monde scientifique au point que la cause semble entendue : « la science moderne a clairement récusé la pensée analogique »¹⁴. Cependant, le reproche ne tient guère : d'une part, nous ne sommes pas dans le domaine des sciences dites exactes et, d'autre part, l'hypothèse d'une homologie présuppose certainement l'établissement d'une analogie mais celle-ci se comprend dans une perspective globale, holistique pourrait-on dire, qui ne se soumet pas aux injonctions de la philosophie analytique parce qu'elle en dénonce les insuffisances et les limites.

Sous l'angle de la comparaison entre droit et religion, la notion d'homologie est particulièrement opérante dans ses deux dimensions, non seulement l'homologie de filiation, évoquée précédemment, mais l'homologie structurale et cela dans deux domaines : celui de la pensée et celui des institutions.

Le premier domaine a fait l'objet d'études qui dépassent largement la technique juridique et qui soulignent les étroites corrélations existant entre le sacré et le politique, entre la religion et le droit, entre l'Eglise et l'Etat, entre la théologie et la philosophie politique. Certains travaux questionnent les rapports entre la religion, le mythe et l'organisation du pouvoir dans la société à l'instar de la monumentale étude de Johan Bachofen sur le droit maternel¹⁵ et, une apostrophe du recteur Michel Alliot résume cette relation du point de vue de l'anthropologie juridique : « Dis-moi comment tu penses le monde : je te dirai comment tu penses le Droit »¹⁶. Du côté de la théorie politique, les travaux de Schmitt, notamment les deux articles sur la théologie politique se fondent sur le postulat d'après lequel « L'image métaphysique qu'un âge se fait du monde a la même structure que ce qui lui paraît l'évidence

¹¹P. Bourdieu, *La distinction, critique sociale du jugement*, Paris, Éditions de Minuit, 1979 et, parmi de nombreux autres textes, *La noblesse d'Etat. Grandes écoles et esprit de corps*, Paris, éd. Minuit, 1989.

¹² Dans une très abondante bibliographie, on citera à titre d'exemples N. D. Fustel de Coulanges, *La Cité antique : étude sur le culte, le droit, les institutions de la Grèce et de Rome*, Paris, Durand, 1864, rééd. Flammarion, 2009 ; J. Ellul, *Histoire des institutions*, Paris, Puf, t. 1, 1955, t. 2, 1956, rééd. Puf, Quadrige, t. 1, 2011, t. 2, 2006, J. Gaudemet, *Les naissances du droit. Le temps le pouvoir et la science au service du droit*, Paris, Montchrestien, 1997.

¹³ Par exemple G. Genette, « Raisons de la critique pure » et J. Leenhardt « Psychocritique et sociologie de la littérature » in *Les Chemins actuels de la critique*, (dir. G. Poulet), Centre culturel international de Cerisy-la-Salle, 2-12 septembre 1966, Paris, Plon, 1967, respectivement pp. 231-260 et pp. 253-271.

¹⁴ O. Rey, *D'une erreur de pensée*, Connaissance, n° 24, juillet 2006, pp. 63-82.

¹⁵ J. J. Bachofen, *Das Mutterrecht: eine Untersuchung über die Gynaiokratie der alten Welt nach ihrer religiösen und rechtlichen Natur*. Stuttgart, Kraus & Hoffman, 1861, *Le Droit Maternel, recherche sur la gynécocratie de l'Antiquité dans sa nature religieuse et juridique*, trad. Étienne Barilier, éd. L'Age d'Homme, 1996.

¹⁶ M. Alliot, « La Méditerranée et le droit », *Bulletin de liaison du Laboratoire d'Anthropologie Juridique de Paris (LAMP)*, no 15, 1989, pp. 32-36, dans le titre.

même en matière d'organisation politique »¹⁷ et auquel répond la célèbre assertion : « Tous les concepts prégnants de la théorie moderne de l'Etat sont des concepts théologiques sécularisés »¹⁸ ou encore l'affirmation selon laquelle « partout dans l'histoire de la pensée humaine, on peut mettre en évidence la correspondance entre l'image du monde théologique et métaphysique et l'image de l'État : les exemples les plus simples sont les connexions idéelles existant entre monarchie et monothéisme, entre constitutionnalisme et déisme »¹⁹. S'appuyant sur l'histoire du droit et la psychanalyse Pierre Legendre²⁰ s'attache à mettre en évidence la dimension sacrée de l'Etat : on rappellera d'ailleurs en passant qu'à l'École pratique des hautes études il fut directeur d'études à la V^e section, celle précisément des sciences religieuses. Cette courte énumération suffit à souligner ce que doit la présente étude au courant de la sociologie historique inauguré par Weber en particulier dans ses écrits relatifs à la sociologie des religions²¹. Les écrits du maître allemand relatifs à la détermination religieuse de la conception du monde et du processus de rationalisation de celui-ci.

B – La permanence de la thèse de l'homologie

Au demeurant, la thèse est très ancienne sinon d'une homologie, du moins d'une forte analogie : les auteurs du moyen âge l'ont maintes fois affirmée en comparant l'Eglise et l'Etat, le peuple de Dieu et celui du Royaume, la place de Dieu - et celle du Pape -, dans la théologie chrétienne et celle du Roi dans la théorie politique. Dans la perspective d'une théologie politique chrétienne qu'inaugure le panégyrique de Constantin par Eusèbe de Césarée²², la royauté est assimilée à l'épiscopat, y compris celui de Rome, voire au caractère christique comme incarnation divine, ou à la divinité elle-même comme archétype de la monarchie, ou au minimum à une imitation du Christ. De même, la monarchie impériale romaine répond à la monarchie divine monothéiste et le peuple chrétien répond au peuple du royaume de Dieu au point d'ailleurs de se confondre avec lui. Le débat sur la ressemblance entre Dieu et le roi ne cessera plus : si Ambroise de Milan rejette la sacralité de la royauté, d'autres auteurs la défendent ardemment. Ainsi, Alcuin présentant Charlemagne à l'image d'un nouveau David, rappelle que la lignée davidique est celle du Christ tandis qu'autour de l'an 1100 l'Anonyme normand écrit que par l'onction le roi devient *christomimètes*,

¹⁷ C. Schmitt, *Théologie politique*, tr. fr., Paris, Gallimard, 1988, p. 46, tiré de *Politische Theologie vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, 1922, 2e éd. 1934, rééd. Berlin, Duncker und Humblot, 1985.

¹⁸ C. Schmitt, *op. cit.*, p. 54. Pour une réflexion sur les conditions historiques qui rendent possible cette analogie v. S. Caporal, « Gouverner par la faveur sous la monarchie française », in G. Guglielmi (dir.), *La Faveur et le droit*, PUF, 2009, p. 95-124.

¹⁹ C. Schmitt, « Éthique de l'État et État pluraliste », in *Parlementarisme et démocratie*, trad. J.-L. Schlegel. Paris, Seuil, 1988, p. 134

²⁰ On songe notamment à *L'Amour du censeur. Essai sur l'ordre dogmatique*, Éditions du Seuil, 1974 ou *Le Désir politique de Dieu. Études sur les montages de l'État et du droit*, Paris, Fayard, 1988.

²¹ M. Weber, *Économie et société*, t. 1, 2e partie, chap.5, « Sociologie de la religion », trad. sous la dir. de J. Chavez & E. de Dampierre, Paris, Plon, 1971 ; *Sociologies des religions* par J.-P. Grossein (introduction de J.-Cl. Passeron, Paris, Gallimard, 1996 ; *Sociologie de la religion*, traduit et présenté par Isabelle Kalinowski. Paris, Champs-Flammarion, 2006. Sur cette question, on consultera la thèse de Stephen Kalberg, *Max Weber's Comparative-Historical Sociology*. Chicago, University of Chicago Press, 1994, trad. fr. *La Sociologie historique comparative de Max Weber*, Paris, La Découverte, 2002.

²² Eusèbe de Césarée, *La théologie politique de l'Empire chrétien. Louanges de Constantin (Triakontaeterikos)*, introduction, traduction et notes par Pierre Maraval, Paris, éd. du Cerf, 2001, le titre exact serait d'ailleurs *Louanges de Constantin pour les trente années de son règne : Life of Constantine the Great, revised translation*, Ernest Cushing Richardson, included in *A Select Library of the Nicene and Post-Nicene Fathers of the Christian Church*, Ed. Philip Shaff and al. New Series, Vol. I, New York Literature Company. Oxford : Parker and Company, 1880, pp. 411-632 ; *Vie de Constantin*, éd. G. Bardy, Paris, éd. du Cerf, 4 vol. 1952-1960 ; *Histoire ecclésiastique*, texte grec traduit et annoté par G. Bardy, 4^e éd., éd. du Cerf, 1993.

semblable au Christ²³. Un siècle et demi plus tard, dans l'ouvrage inachevé *De Regno*²⁴, Thomas d'Aquin écrit : « Le roi est à son royaume ce que Dieu est au monde »²⁵. L'affirmation de cette analogie ira de pair avec le développement de l'absolutisme royal²⁶.

Ce serait commettre une erreur que de ne voir dans cette thèse que la manifestation d'un paradigme et de la croire liée à un moment précis de l'histoire, celui de la construction de l'Etat et de l'absolutisme royal. Elle n'a aucunement perdu son actualité avec l'avènement du constitutionnalisme moderne. D'abord parce que les auteurs classiques ne s'étaient pas contentés de penser l'Etat royal mais avaient étendu leur réflexion à tout Etat : ainsi, en 1612, lorsque Suarez soutient que les hommes groupés en société forment « un corps mystique duquel on peut dire qu'il est moralement un »²⁷, il n'a pas seulement en vue les royautes mais tous les Etats quelle que soit leur forme. Ensuite, parce que l'avènement du constitutionnalisme moderne ne met pas fin à la problématique de ce que de nombreux auteurs appellent la théologie politique. Au contraire, l'idéologie du progrès se présente comme une doctrine du salut et s'enracine dans un terreau religieux en tant qu'elle comporte une évidente dimension eschatologique, et chrétienne, même si elle apparaît en contrepoint de la pensée chrétienne comme le montrent notamment les travaux de Karl Lowith²⁸. C'est ce qu'ont essayé de mettre en évidence les chefs de file de la Contre-Révolution : Joseph de Maistre²⁹, Louis de Bonald ou Juan Donoso Cortes³⁰. Schmitt observe que Donoso Cortes

²³ Anonyme normand, *De la consécration des pontifes et des rois*, cité in Kantorowicz, *The King's two Bodies, a Study in Mediaeval Political Theology*, 1957, renewed 1985, 1998, by Princeton University Press, tr. Fr., *Les Deux Corps du Roi*, Paris, Gallimard, 2^e éd. 2000, p. 692 : « quoi qu'il fasse, il le fait non pas simplement en tant qu'homme, mais en tant que devenu Dieu et Christ par la grâce ».

²⁴ *De la Royauté*.

²⁵ Titre du chapitre I du livre II. Rappelons que l'expression « Mon Royaume n'est pas de ce monde » signifie que le Royaume de Dieu ne se confond pas avec les royaumes terrestres : l'Evangile n'est pas un programme politique. En revanche, les royaumes terrestres ont à voir avec la volonté divine puisque de Saint Augustin à Saint Thomas d'Aquin, la patristique reconnaît que c'est Dieu qui a donné les rois légitimes.

²⁶ Jean-Claude Monod note que : « C'est dans la théorie de l'absolutisme que se révèle sans doute le mieux le transfert *systématique* (souligné dans le texte) d'attributs divins au monarque, à travers l'analogie déclarée de Dieu et du prince et la médiation du modèle de la puissance pontificale. De même que les théoriciens de la théocratie pontificale fondaient la *plenitudo potestatis* du Souverain Pontife sur son statut de « vicaire du Christ », de même, la revendication d'omnipotence conduira les théoriciens de l'absolutisme à représenter le monarque comme le « vicaire de Dieu » sur terre », J.-Cl. Monod, *La querelle de la sécularisation de Hegel à Blumenberg*, Vrin, 2000, p. 123. Ainsi, à l'absolutisme divin et pontifical répond l'absolutisme royal et Jean-Claude Monod précise : « On voit ici dans le *détail de l'argumentation* (souligné dans le texte) s'opérer « le transfert au pouvoir politique de déterminations théologiques appliquées d'abord à la monarchie pontificale », (En note infrapaginale, J.-Cl. Monod renvoie à Jean-François Courtine, « L'héritage scolastique dans la problématique théologico-politique de l'âge classique », in *Nature et empire de la loi*, Etudes suarésiennes, Paris, Vrin, 1999, particulièrement p. 15 sq (« *Plenitudo potestatis* et souveraineté absolue »), p. 31 sq (« Théologie de l'omnipotence et pouvoir absolutiste », *loc. cit.*, J.-F. Courtine, *op. cit.*, p. 38), déterminations relevant d'une « théologie de la puissance » ou de l'omnipotence à laquelle Occam a donné une impulsion décisive et que la métaphysique de l'âge classique a développé dans toute son ampleur ».

²⁷ F. Suarez, *Tractatus de legibus ac de Deo legislatore*, in *Decem Libros distributus, utriusque Fori hominibus non minus utilis, quam necessarius*, Coimbra, 1612, Naples 1872, trad. fra. *Des lois et du Dieu législateur*, introduction, traduction et notes par Jean-Paul Coujou 1^{re} éd., Dalloz 2003, I, 3, « unum corpus mysticum quod moraliter dici potest per se unum » cité in H. de Lubac, *Corpus mysticum*, 2e éd., Aubier, 1949, p. 134.

²⁸ K. Lowith, *Meaning and History*, Chicago, Chicago University Press, 1949, trad. allemande *Weltgeschichte und Heilsgeschehen*, Stuttgart, Kohlhammer, 1953 et trad. française *Histoire et Salut*, J.-F. Kervégan, M.-C. Challiol-Gillet et S. Hurstel, Paris, Gallimard, 2002. Sur cette question, v. A.D. Ogouge, *La question théologico-politique chez Karl Löwith, Carl Schmitt et Hans Blumenberg*, Paris, L'Harmattan, 2011. Sur le thème du progrès v. aussi F. Rouvillois, *L'invention du progrès. Aux origines de la pensée totalitaire (1680-1730)*, Kimé, 1996.

²⁹ J.-P. Cordelier, *La Théologie constitutionnelle de Joseph de Maistre*, thèse, Paris, Droit, 1961. Paris, Presses de l'I.A.C., 1965.

reprend à Bonald le parallèle entre métaphysique et théorie de l'Etat pour en déduire une opposition entre déisme et théisme³¹, alors que, on l'a vu, pour Schmitt, le déisme est lié au constitutionnalisme³². Selon lui, en effet, « L'idée de l'Etat de droit moderne s'impose avec le déisme, avec une théologie et une métaphysique qui rejettent le miracle hors du monde et récusent la rupture des lois de la nature, rupture contenue dans la notion de miracle et impliquant une exception due à une intervention directe, exactement comme elles récusent l'intervention directe du souverain dans l'ordre juridique existant »³³. La cause en est que le rationalisme de *l'Aufklärung* condamne l'exception sous toutes ses formes tandis qu'au contraire les auteurs conservateurs de la Contre-Révolution mus par une conviction théiste tentent « d'appuyer idéologiquement la souveraineté personnelle du monarque et la théologie théiste »³⁴. Dans un cas comme dans l'autre, on ne sort pas du théologico-politique et de ce que Jean-Claude Monod qualifie de « pré-supposé central » de la *Théologie politique* : l'affirmation schmittienne selon laquelle les fondements anthropologiques des théories politiques, anciennes ou modernes, « sont toujours liés à des postulats métaphysiques et théologiques - la foi dans le péché originel ou la négation de celui-ci, la thèse de la méchanceté ou de la bonté originelle de l'homme »³⁵.

Les rapports entre théologie et politique, entre religion et droit occupent aujourd'hui une place de choix dans les recherches menées en philosophie : les travaux de Marcel Gauchet sur la sécularisation en tant qu'utilisation du christianisme par le monde moderne pour sortir de la religion³⁶ ont remis à l'honneur le débat relatif aux rapports entre théologie et politique. Dans un essai paru à l'orée du XXI^e siècle, Jean-Claude Monod soutient que les « analogies entre la théologie et le droit sont une réalité historique incontestable qui a eu des effets sur le droit politique »³⁷ et indique que même Kelsen avait souligné cette analogie, dès 1922, dans un article intitulé « Dieu et l'État »³⁸ quoiqu'il s'inscrivit dans le courant d'une critique de la religion, celui des positivismes scientifiques (et aussi d'une certaine théorie psychanalytique)³⁹. De même, Myriam Revault d'Allonnes, pour qui la sacralité demeure l'un des moteurs de la vie politique et qui insiste ensuite sur la dimension théologico-politique de la crise de ce qu'une certaine phraséologie qualifie de « vivre-ensemble »⁴⁰, revient sur le débat relatif à la sécularisation et à la déthéologisation et nous invite à nous interroger sur la persistance de la théologie dans la vision contemporaine du monde⁴¹. Devant ce bilan, on ne

³⁰ J. Donoso Cortés, *Ensayo sobre el catolicismo, el liberalismo y el socialismo, Considerados en sus principios fundamentales*, Madrid, 1851, § 30, *Essai sur le catholicisme, le libéralisme et le socialisme*, reprint. Bouère, éd. Dominique Martin Morin, 1986

³¹ C. Schmitt, *Politische Theologie I*, 4, p. 52, rééd. 1993, p. 64, trad. fr. p. 68,

³² C. Schmitt, «Éthique de l'État et État pluraliste», in *Parlementarisme et démocratie*, trad. J.-L. Schlegel. Paris, Seuil, 1988, p. 134

³³ C. Schmitt, *Politische Theologie I*, p. 37, rééd. 1993, p. 43, trad. fr. p. 46, cité in J-F. Courtine, *Nature et empire de la Loi. Études suarziennes*, Paris, Vrin, "Contextes", Editions de l'Ecole des hautes études en sciences sociales, 1999, p. 69.

³⁴ *Ibid.*.

³⁵ J.-Cl. Monod, *op. cit.*, p. 143.

³⁶ M. Gauchet dans *Le désenchantement du monde : une histoire politique de la religion*, Paris, Gallimard, 1985. V. contra P. Manent, « Le christianisme et la cité moderne », *Esprit*, n^{os} 113-114, avril-mai 1986, p. 96.

³⁷ J.-Cl. Monod, *op. cit.* pp. 141-142.

³⁸ H. Kelsen, «Gott und Staat », *Logos XI*, 1922-1923, repris dans *Staat und Naturrecht : Aufsätze zur Ideologiekritik*, Munich, W. FinkVerlag, 1989, pp. 29-55.

³⁹ *Modernité et sécularisation: Hans Blumenberg, Karl Löwith, Carl Schmitt, Leo Strauss*, dir. M.Foessel, M. Revault D'Allonnes, J.-F. Kervégan, éd. Cnrs, 2007, p. 164.

⁴⁰ M. Revault d'Allonnes *Le Dépérissement de la politique. Généalogie d'un lieu commun*, Aubier, 1999, Flammarion - Champs 2002

⁴¹ « Sommes-nous vraiment « déthéologisés » ? Carl Schmitt, Hans Blumenberg et la sécularisation des temps modernes », in *Les Etudes philosophiques*, n°68, janvier 2004, pp. 25-37

peut qu'être frappé par le retard et même l'absence du droit constitutionnel dans un domaine qui suscite l'intérêt de nombreuses autres disciplines.

II – LES CONDITIONS MÉTHODOLOGIQUES DE LA CONTRIBUTION

Les conditions méthodologiques de la contribution des sciences religieuses au droit constitutionnel concernent en premier lieu la possibilité de transposer dans ce droit les concepts, les méthodes et les techniques, en d'autres termes, les instruments de la sphère religieuse. Or, cette transposition est d'autant plus aisée à réaliser qu'il existe un véritable modèle théologico-canonique du droit constitutionnel (A). En second lieu, il s'agira de recenser succinctement les disciplines auxquelles il convient de recourir et qui se laissent regrouper sous l'appellation de sciences religieuses au sens où leur objet est religieux (B), cet objet étant soit la religion elle-même soit une problématique intéressant la religion.

A - Le modèle théologico-canonique du droit constitutionnel

Les études abondent qui fournissent d'innombrables preuves de l'influence du droit de l'Église sur celui de l'État⁴². Dans une très longue liste qui n'a rien d'exhaustif, on signalera les travaux d'ensemble d'Otto von Gierke en Allemagne - dont la traduction française par Jean de Pange, a influencé les plus grands noms de la doctrine publiciste française : Adhémar Esmein, Maurice Hauriou ou Léon Duguit⁴³. On y ajoutera ceux d'Harold Berman aux États-Unis⁴⁴ et bien entendu de Pierre Legendre⁴⁵, ou plus récemment ceux d'Alain Boureau⁴⁶ en France. Dans une perspective plus précise, on rappellera les recherches qui ont mis en évidence les origines canoniques de plusieurs branches ou disciplines du droit public et tout spécialement du droit constitutionnel : sont mises en évidence les origines, canoniques ou canoniales, et donc religieuses, du droit électoral sous la plume d'Adhémar Esmein⁴⁷ puis de Jean Gaudemet⁴⁸ ; du droit administratif sous celle de Gabriel Le Bras⁴⁹ et des techniques constitutionnelles sous celle de Stéphane Rials⁵⁰ de même, bien sûr, que le stimulant colloque organisé en 2008 par Dominique Chagnollaude⁵¹. Enfin, en Angleterre, on ne saurait oublier la puissante et volumineuse étude de Bryan Tierney intitulée, *Religion et droit dans le développement de la pensée constitutionnelle*, étude qui s'attache à mettre en lumière les influences de la pensée ecclésiale sur le constitutionalisme⁵².

⁴² Pour une étude récente des conditions de cette influence v. S. Caporal, « La summa divisio des facultés », *De l'intérêt de la summa divisio droit public – droit privé*, dir. B. Bonnet, P. Deumier, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2010, pp. 215-239, en particulier pp. 220-222.

⁴³ O. von Gierke, *Political Theories of the Middle Age*, Cambridge, 1958, réimpr. de la 1^{re} éd. anglaise de 1900, trad. fr., *Les théories politiques du Moyen Âge*, Sirey, 1914, réimp. CNRS, 2007 prés. J.-L. Halpérin.

⁴⁴ H. J. Berman, *Law and Revolution, The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge, Mass., 1983 et Harvard University Press, 1985.

⁴⁵ P. Legendre, *L'amour du censeur. Essai sur l'ordre dogmatique*, Éd. du Seuil, 1974.

⁴⁶ A. Boureau, *La religion de l'État. La construction de la République étatique dans le discours théologique de l'Occident médiéval (1250-1350)*, Les Belles Lettres, 2006.

⁴⁷ A. Esmein, « L'unanimité et la majorité dans les élections canoniques », *Mélanges H. Fitting*, 1907-1908, I, 1, p. 357-382, v. égal. A. Esmein, *Mélanges d'Histoire du droit et de critique. Droit romain*, Larose et Forcel, 1886 en particulier l'article « Les élections canoniques ».

⁴⁸ J. Gaudemet, *Les élections dans l'Église latine des origines au XVI^e siècle*, F. Lanore, 1979.

⁴⁹ G. Le Bras, « Les origines canoniques du droit administratif », in *L'évolution du droit public. Études en l'honneur d'A. Mestre*, Sirey, 1956, p. 395-412.

⁵⁰ S. Rials, « Sur les origines canoniales des techniques constitutionnelles modernes », *Pouvoirs*, 1988, n° 4, p. 141-153.

⁵¹ D. Chagnollaude (dir.), *Les origines canoniques du droit constitutionnel*, Ed. Panthéon-Assas, 2009.

⁵² B. Tierney, *Religion, Law and the Growth of Constitutional Thought (1150-1650)*, Cambridge UP, 1982, trad. fr. *Religion et droit dans le développement de la pensée constitutionnelle (1150-1650)*, Paris, Puf, 1993.

On peut soutenir que, *mutatis mutandis*, le droit canonique a été au droit public, et singulièrement au droit constitutionnel, ce que la théologie a été au politique et que tous les concepts prégnants du droit public moderne sont des concepts laïcisés du droit canonique (en s'inspirant évidemment de la formule aussi célèbre que controversée selon laquelle « Tous les concepts prégnants de la théorie moderne de l'État sont des concepts théologiques sécularisés »). Pour le dire autrement, la théorisation du droit public en tant que tel est liée à la sécularisation des concepts de droit canonique laquelle accompagne l'affirmation de la souveraineté et l'émergence de l'État-nation.

Tout au long de ses conférences prononcées à l'Université Queen's de Belfast en 1979, dans le cadre des *Wiles Lectures*, Brian Tierney démontre que la notion de *jus publicum* resurgit à travers la relation très compliquée entre l'affirmation historique de l'*Ecclesia* et celle de la *res publica* tant et si bien que l'« on peut comprendre [...] que l'Église médiévale ait anticipé et ait en fait récapitulé à l'avance le développement de l'État moderne »⁵³. Il y décrit comment la construction du droit canonique en tant que droit de l'*Ecclesia* préfigure ce que sera la construction du droit public, et tout spécialement du droit constitutionnel, en tant que droit de l'État. Il y aurait ainsi non seulement une matrice théologique de la théorie de l'État, mais encore un modèle ecclésial du constitutionnalisme. On peut évidemment reprocher à ce type de démonstration de céder à la tentation d'une excessive généralisation mais l'auteur devance cette objection en rappelant que l'un des buts des *Wiles Lectures* est d'encourager la réflexion historique à s'engager sur le terrain des idées générales⁵⁴ et surtout en soutenant que « pour interpréter l'ensemble d'une tradition de pensée, le chercheur doit comprendre avec sympathie les diverses étapes de son développement pour ainsi dire “à partir de l'intérieur”, mais [qu']il doit aussi se tenir en dehors de la tradition de manière à percevoir sur de longues périodes de temps des rapports et des adaptations, dont les fondateurs de la tradition ne pouvaient pas être eux-mêmes conscients »⁵⁵.

Brian Tierney constate que, pour cette construction, les canonistes ont emprunté des techniques et même des concepts au droit « privé » romain - et cite à titre exemple, la représentation avec plein pouvoir (*plena potestas* issue du mandat « civil » romain)⁵⁶ -, mais il ajoute aussitôt que c'était pour les mettre au service d'une institution qui n'en connaissait aucune autre au-dessus d'elle et qui par conséquent se voulait souveraine même si le mot n'était pas encore utilisé et il rappelle que John Anthony Watt parle à ce propos d'un « principe de suprématie juridique portant des vêtements empruntés à la garde-robe du droit romain »⁵⁷. Ces auteurs ont montré qu'au XII siècle les canonistes reprennent aussi des formules telles que « le prince n'est pas lié par les lois » et s'en servent pour créer une doctrine de la souveraineté à partir d'une fusion de l'exégèse scripturaire propre à la théologie et de la jurisprudence séculière romaine. En tant qu'elle est une institution universelle, l'Église est à peu près la seule source stable de légitimité du politique et donc des royaumes⁵⁸.

⁵³. G. Martigny, introduction à John N Figis, *Studies of Political Thought from Gerson to Grotius, 1414-1625*, 1907 Cambridge UP, Seven Studies, New York, 1960.

⁵⁴. B. Tierney, *op. cit.*, p. 5.

⁵⁵. *Op. cit.*, p. 7.

⁵⁶ G. D. Guyon, « Les procureurs abbaciaux: XIIIe-XVe siècles: l'exemple de l'Abbaye bénédictine Sainte-Croix de Bordeaux », *Auctoritas. Mélanges offerts à Olivier Guillot*, éd. par G. Constable et M. Rouche, Paris, PU de Paris-Sorbonne, 2006, p. 587.

⁵⁷. J. A. Watt, *The Theory of Papal Monarchy in the Thirteenth Century. The Contribution of the Canonists*, New York-London, 1964, p. 260, cité in B. Tierney, *op. cit.* p. 26.

⁵⁸. V. B. Tierney, *op. cit.* et D. Chagnollaude (dir.), *op. cit.*

Dès lors que ces derniers commencent à s'émanciper, s'engage simultanément le long processus de sécularisation des concepts théologiques et de récupération du droit romain par les publicistes.

Le droit constitutionnel est directement issu du droit canonique parce qu'il a pris naissance dans une conception théologique et ecclésiale de l'Etat mais, de plus, cette influence continue de s'exercer parce que l'homologie de filiation s'accompagne d'une homologie structurale. Cependant, une interrogation surgit tout de suite quant à la continuité de cette influence dans le constitutionnalisme moderne : le substrat religieux du droit constitutionnel peut-il avoir survécu aux Lumières et à l'impératif kantien de faire un usage public de la raison dans tous les domaines ce qui signifie se servir de son entendement sans la tutelle d'un autre⁵⁹ alors que cette tutelle peut aussi s'entendre comme concernant l'instance de la religion ? Le droit constitutionnel peut-il encore porter l'empreinte de ses origines religieuses alors qu'il s'est construit dans un climat de sécularisation ? Quand bien même cette empreinte aurait survécu à la tumultueuse naissance du droit constitutionnel, aurait-elle résisté à la déchristianisation des sociétés de l'Europe occidentale ?

En dépit des apparences, la réponse peut parfaitement se révéler positive. Les études wébériennes, pour ne citer qu'elles, révèlent que les influences religieuses peuvent s'exercer jusques et y compris dans les processus qui paraissent les nier le plus évidemment tandis que les travaux de Pierre Legendre passent au crible les significations religieuses des institutions contemporaines.

Cette réponse positive recouvre deux possibilités : soit celle de la récusation du caractère religieux du droit constitutionnel, soit celle de son oubli. La première possibilité correspond à un simple retournement de la religiosité dans la mesure où la négation de la dimension religieuse du droit constitutionnel est encore porteuse d'un sens religieux. L'autre possibilité, celle d'un oubli de la dimension religieuse, d'un retrait du sacré ou ; si l'on préfère, d'un processus de désenchantement du monde est plus délicate parce que non mesurable, mais nombre d'indices laissent penser que si oubli il y a, il ne signifie pas disparition pure et simple de la religiosité. Ce constat vaut également pour le droit constitutionnel.

Ainsi, dans une perspective théologico-politique, la naissance du constitutionnalisme français durant la Révolution de 1789 marque-t-il le passage de la souveraineté divine déléguée en souveraineté royale à une souveraineté de la nation ou du peuple, autrement dit le passage de la transcendance à l'immanence. Emile Boutmy estime que ce processus se trouve en gestation chez Rousseau qui applique au Souverain l'idée que les philosophes se font de Dieu : « il peut tout ce qu'il veut; mais il ne peut vouloir le mal, parce que le mal est contraire à sa nature. Ainsi en est-il de l'État : il peut, lui aussi, mais il ne peut vouloir conserver tous les droits qu'il a reçus par une aliénation volontaire; il est impropre par nature à les exercer »⁶⁰. En 1893, Duguit ironise à propos de l'introduction par Sieyès dans la science politique du principe de la séparation des pouvoirs comparable au mystère de la Sainte Trinité : « de même que la théologie catholique conçoit un Dieu en trois personnes, de même les adeptes de la séparation des pouvoirs doivent imaginer un souverain unique en trois

⁵⁹ E. Kant, « Was ist Aufklärung ? », *Berlinische Monatsschrift*, 1794, tr. fr. *Qu'est-ce que les Lumières ?*, textes présentés par Jean Mondot, PU Saint-Etienne, 1991, pp. 71-85.

⁶⁰ E. Boutmy, *Etudes politiques : la souveraineté du peuple*, Paris, A. Colin, 1907, p. 127. Cité également in R. Derathé, *Jean-Jacques Rousseau et la science politique de son temps*, Paris, Puf, 1950, reprint. Vrin, 1988, p. 348.

pouvoirs »⁶¹. Pour ironique qu'elle soit, l'analogie n'en est pas moins significative de la porosité entre les deux champs et la preuve en est qu'il la reprend dans le *Traité de droit constitutionnel* et l'approfondit sans une once d'ironie cette fois-ci : « L'esprit rapproche spontanément cette théorie de la Trinité politique de la théorie théologique de la trinité divine, écrit-il. La même conception et la même manière de raisonner sont à la base de l'une et de l'autre. La divinité est une et indivisible. Ses attributs forment autant de personnes distinctes, également divines. Mais la divinité reste une et indivisible dans sa substance, malgré l'existence de trois personnes divines. De même la souveraineté est une et indivisible ; ses attributs forment trois personnes distinctes également souveraines »⁶². Dans un registre différent mais dans une perspective semblable, on connaît la thèse schmittienne selon laquelle « la situation exceptionnelle a pour la jurisprudence la même signification que le miracle pour la théologie »⁶³. Une thèse formulée quelques années avant la parution du *Traité de Duguit* mais qui peut avoir été inspirée, partiellement du moins, par son article de 1893, même si sa source se trouve plutôt dans l'*Essai sur le catholicisme* de Donoso Cortes. Ni son utilisation violemment polémique par son auteur une quinzaine d'années plus tard, ni sa réfutation entreprise par François Saint-Bonnet depuis la fin des années 1990⁶⁴ ne doivent faire oublier l'idée qui la sous-tend et qui est que la « structure systématique » du droit reflète la structure de la métaphysique et de la théologie de l'époque »⁶⁵.

Enfin, des travaux plus récents sont venus renouveler la réflexion sur la question des rapports entre théologie et droit constitutionnel.

Paru voilà quelques années l'essai d'Olivier Camy, intitulé *Droit constitutionnel critique*, reflète la volonté de dépasser l'approche positiviste ou technicienne du droit constitutionnel au profit d'une approche qu'il qualifie d'onto-théologique et a d'ailleurs pour sous-titre *Essai de théologie juridique*. L'auteur entend proposer une autre compréhension du statut et de la fonction de catégories de Constitution, de souveraineté, de hiérarchie des normes, d'ordre juridique en les envisageant « non comme des notions ou des concepts relevant d'une science juridique mais comme des thèmes théologiques révélateurs d'une transcendance »⁶⁶. Certes, celle-ci n'a « rien à voir avec les dogmes des religions officielles et ne remet pas en cause la nécessaire séparation fonctionnelle du spirituel et du temporel », elle refuse « toute interprétation dogmatique du théologique »⁶⁷ et la théologie juridique vise à mettre à jour les usages dogmatiques de la « structure onto-théologique »⁶⁸ du droit constitutionnel en quoi elle est un instrument de déconstruction du droit constitutionnel. La théologie est envisagée « comme une théo-logie philosophique et non comme une théo-logie en tant que discours sur la foi, la révélation », pour reprendre une distinction heideggérienne, une onto-théologie⁶⁹. Par-delà les ambitions propres à ce projet, cet essai a le mérite de

⁶¹ L. Duguit, « La séparation des pouvoirs et l'Assemblée nationale de 1789 », *Revue d'Economie politique*, Paris, 1893, pp. 99 et ss. cité in M. Troper, « L'évolution de la notion de séparation des pouvoirs », *L'héritage politique de la Révolution française*, dir. F. Hamon, J. Lelièvre, Presses universitaires de Lille, 1993, pp. 95-110, p. 97.

⁶² L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, E. de Boccard, 1927, v. 2, p. 669.

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ F. Saint-Bonnet, *Histoire et théorie. Les justifications de l'adaptation du droit public en temps de crise*, thèse Paris II Panthéon-Assas, 1996, publiée sous le titre *L'Etat d'exception*, Paris, Puf, 2001.

⁶⁵ J.-Cl. Monod, *op. cit.*, p. 121.

⁶⁶ O. Camy, *Droit constitutionnel critique. Essai de théologie juridique*, L'Harmattan, février 2007, p. 20.

⁶⁷ *Op. cit.*, p. 22.

⁶⁸ *Op. cit.*, p. 23.

⁶⁹ Olivier Camy entend reprendre ici un distinguo heideggérien : l'onto-théologie rassemble la question ontologique (« Qu'est-ce que l'étant en tant qu'étant ? ») et théologique (« Quel est l'étant suprême et comment est-il ? »), *op. cit.*, pp. 10 et ss.

s'attacher à révéler la nature théologique des concepts directeurs du droit constitutionnel occidental⁷⁰ à travers trois grandes apories du droit constitutionnel occidental démocratique, celles de la fondation ultime, celle de la nature du souverain et celle des lacunes de la Constitution. Déjà, en 2001, dans un article consacré aux aspects théologiques de la controverse relative à l'article 68 de la Constitution, le même auteur écrivait que cette controverse révèle « qu'une théologie juridique est indispensable pour fonder la méthodologie du droit et comprendre ses concepts » ajoutant aussitôt non sans un brin de provocation qu'à une époque positiviste ou post-positiviste, cette conclusion pourrait sembler « anachronique, voire très peu scientifique » mais qu'il n'était pas sûr que les « paradigmes positiviste et postpositiviste » n'eussent pas de liens avec la théologie⁷¹.

En 2009 enfin, le colloque portant sur les origines canoniques du droit constitutionnel⁷² a permis de mettre en lumière l'influence du droit canonique, et donc aussi de la théologie, sur de nombreux aspects du droit constitutionnel et spécialement les concepts qui découlent directement de la réflexion des théologiens et des canonistes, tels que l'Etat, la souveraineté, l'indivisibilité, les droits naturels de l'homme, le statut des magistrats et, bien sûr, la laïcité. On pourrait aisément compléter cette liste en y ajoutant par exemple le fédéralisme ou la subsidiarité⁷³. Nombreux sont ainsi les concepts et les notions susceptibles d'emprunter à la théologie ou au droit canonique.

B – Le recours aux disciplines ayant un objet religieux

Nombreuses sont les disciplines académiques qui forment la catégorie des sciences religieuses en prenant la religion pour objet d'étude : la sociologie, l'anthropologie, la psychologie ou l'histoire en font assurément partie sans que cette énumération puisse être limitative. Or, certaines d'entre elles peuvent se révéler d'une grande fécondité pour la recherche en droit constitutionnel. C'est le cas de l'anthropologie religieuse en tant qu'elle permet de mettre en évidence la transposition du corpus théologique dans le champ du politique et des représentations qui le structurent ; c'est le cas de l'histoire qui permet d'observer des occurrences de cette transposition en longue période ; c'est le cas, on l'a vu, de la sociologie historique dès ses premières utilisations par Max Weber. Ce peut même être le cas de la psychanalyse sous deux réserves tenant respectivement à son statut – son mode de transmission la marginalisant par rapport aux disciplines universitaires – et la diversité des courants. La première réserve se laisse aisément lever dans la mesure où l'approche psychanalytique a obtenu depuis longtemps ses lettres de noblesse dans la communauté académique. La seconde réserve appelle une réponse un peu plus nuancée car si le courant freudien est assez peu concerné par le programme visant à examiner le droit en général, et le droit constitutionnel en particulier, dans sa dimension religieuse, il n'en va pas de même des courants lacanien ou jungien beaucoup plus propices à ce type de rencontres ainsi qu'en témoigne la grande attention que Jung portait à la théologie⁷⁴ en même temps que les apports de sa pensée à la réflexion sur le droit. En envisageant le groupe à l'instar d'une instance psychique, le Zurichois a développé l'idée de psychologie collective et « pour qui se penche

⁷⁰ *Op. cit.*, pp. 27 et ss.

⁷¹ O. Camy, « La controverse de l'article 68. Aspects théologiques », *Revue du droit public*, 200, n° 3, pp. 815 et ss., p. 829.

⁷² D. Chagnollaude (dir.), *op. cit.*.

⁷³ C. Delsol, *L'Etat subsidiaire. Ingérence et non-ingérence de l'Etat : le principe de subsidiarité aux fondements de l'histoire européenne*, L'Harmattan, 2010.

⁷⁴ H. Kiener, « C. G. Jung et les théologiens », *Revue d'Histoire et de Philosophie Religieuses*, Strasbourg, 1980, vol. 60, n°3, pp. 293-311.

sur les aspects psychologiques du phénomène juridique, la contribution de Jung apparaît considérable »⁷⁵.

Une dernière discipline relevant des sciences religieuses peut apporter une contribution non négligeable au droit constitutionnel : il s'agit de l'herméneutique. Ayant pour objet d'élucider le sens, la signification et éventuellement la portée des textes, elle est une sorte de discours de la méthode, ou plutôt sur la méthode, de l'exégèse c'est-à-dire sur l'interprétation philologique et doctrinale de ces mêmes textes. En droit constitutionnel, la question herméneutique ne concerne pas simplement la lecture du texte mais aussi son écriture et sa réécriture : en effet, l'écriture concerne d'une part toutes les opérations conduisant à la création du texte initial et à sa modification formelle - l'acte d'écrire et de réécrire -, et d'autre part toutes les opérations d'interprétation, et donc de lecture, du texte, car lire c'est réécrire⁷⁶. Se plaçant du point de vue de la théorie des actes de langage, c'est ce que corrobore Pierre Avril en affirmant que « Le document appelé « Constitution » est un texte, c'est-à-dire un ensemble de mots dont la signification n'existe pas indépendamment de la lecture qui en est faite »⁷⁷. Or, c'est en matière religieuse que l'herméneutique a connu quelques-unes des principales avancées. A titre d'exemple, lorsque Saint Thomas d'Aquin choisit de reprendre et d'approfondir la distinction d'Aristote entre la lettre et l'esprit, il ne se contente plus d'envisager le sens littéral comme issu de la compréhension linguistique de l'énoncé mais comme ce que l'auteur entend signifier⁷⁸ et que l'on tente de découvrir par l'exégèse. A l'intérieur de ce sens historique ou littéral, il distingue entre autres un sens étimologique (lorsqu'un énoncé est fonction de conditions particulières d'énonciation) et un sens analogique (recherche du sens par comparaison de divers passages du même texte) qui ne peuvent laisser indifférent le spécialiste de droit constitutionnel.

On pourrait rétorquer avec quelque raison que si l'herméneutique religieuse, sous la forme de l'exégèse biblique, s'est élaborée pour la plus grande partie au sein de l'Eglise, elle s'est aussi enrichie pour une autre partie au contact de méthodes telles que l'exégèse critique (inaugurée par des auteurs tels que Guillaume Budé ou Lorenzo Valla) qui ont suscité une certaine méfiance quant à leur pureté doctrinale. Durant des siècles, bien qu'elle continue de s'intéresser de près à l'exégèse critique, l'Eglise s'en tient officiellement à distance, préférant afficher ses méthodes exégétiques traditionnelles déjà fructueuses. Il faut attendre 1943 pour que, prenant acte de leur apport, l'encyclique *Divino Afflante Spiritu* encourage très officiellement et très explicitement les méthodes critiques et le recours aux sciences profanes utiles à l'interprétation de l'Écriture. Le religieux et le séculier, le sacré et le profane se mêlent alors indissociablement pour enrichir considérablement l'herméneutique religieuse et l'exégèse biblique (les quatre sens de l'écriture, la proposition de redéfinition du sens littéral etc.). Aujourd'hui, le droit constitutionnel gagnerait à puiser dans ce savoir non seulement pour l'interprétation doctrinale des constitutions, mais aussi pour leur écriture et cela permettrait peut-être de tempérer l'inflation des révisions constitutionnelles.

⁷⁵ Chr. Pollmann, H. Rabault, « La fonction psychique du droit : l'imaginaire juridique entre individu et collectif », *Droit et Société*, n°50, 2002, pp. 121-150.

⁷⁶ S. Caporal, « L'écriture de la constitution comme enjeu permanent : l'exemple de la Ve République », *Ecrire la Constitution*, actes de la IVe table ronde du Réseau européen de laboratoires d'histoire des idées et des institutions politiques, Bastia, 4-5 juin 2010, à paraître Puam, 2011.

⁷⁷ P. Avril, *Les conventions de la Constitution*, Paris, Puf, 1997, p. 78.

⁷⁸ S. Thomæ Aquinatis *Summa totius theologiæ*, Augustin Hunnaeus, Anvers, Christopher Plantin, 1569, trad. fr. par A. M. Roguet, *Somme théologique*, Cerf, 4 t., 1984-1986, Ia, q. 1, a. 10, resp.