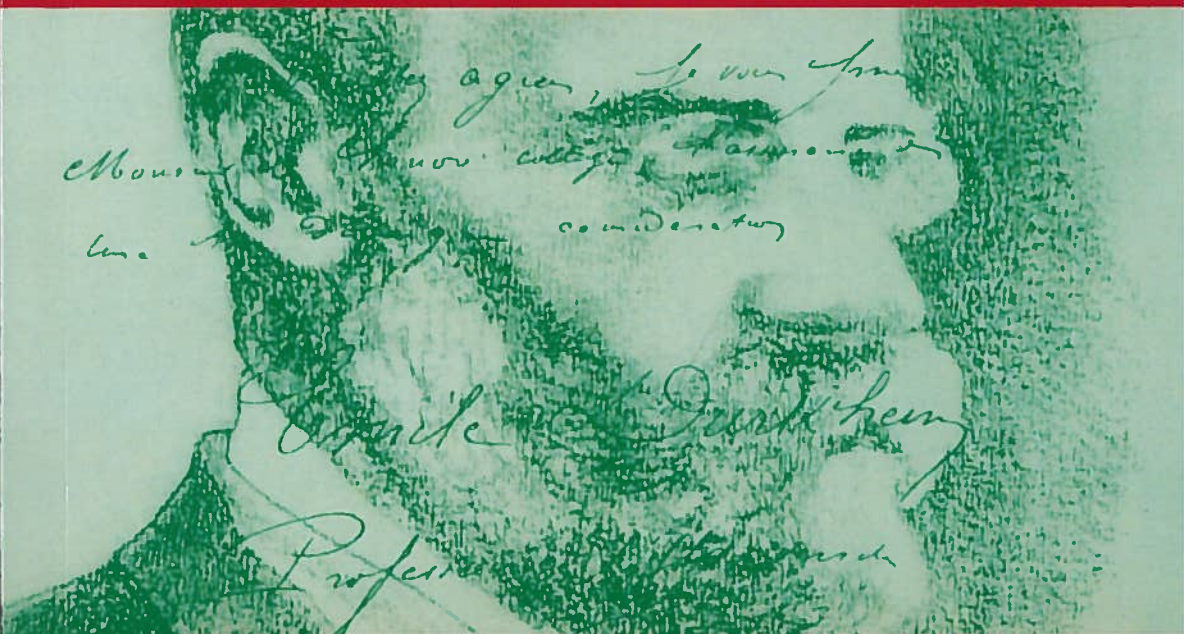


Werner Gephart/Daniel Witte (Eds.)



The Sacred and the Law: The Durkheimian Legacy

recht als kultur

käte-hamburger-kolleg
law as culture
center for advanced study

- Ortolan, Joseph-Elzéar : Instituts, Paris 1863.
 Plath, Heinrich : Gesetz und Recht im Alten China, München 1865.
 Post, Albert Hermann : Bausteine für eine allgemeine Rechtswissenschaft, Oldenburg 1880-1881.
 Poumarède, Jacques : Jean Jaurès étudiant en droit à Toulouse, 1891, in : Cahiers trimestriels Jean Jaurès 156, 2000, pp. 93-98.
 Ranouil, Véronique : L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept, Paris 1980.
 Rein, Wilhelm : Das Criminalrecht der Römer, Eisenach 1844.
 Saleilles, Raymond : De la déclaration de volonté, Paris 1901.
 Schmoller, Gustav : La division du travail, in : Revue d'économie politique, 1890.
 Sohm, Rudolf : Die Entstehung der Deutschen Städtewesens, Leipzig 1890.
 Tarde, Gabriel : La criminalité comparée, Paris 1886.
 Tarde, Gabriel : Les lois de l'imitation, 1890.
 Thonissen, Jean-Joseph : Le droit pénal de la République athénienne, Paris 1875.
 Toullier, Charles-Bonaventure-Marie : Le droit civil français suivant l'ordre du Code, Paris 1821, vol. 6.
 Valleroux, Hubert : Les associations coopératives en France, Paris 1884.
 Viollet, Paul : Précis de l'histoire du droit français, Paris 1884.
 Voigt, Moritz : Die Zwölf Tafeln, Aalen 1883.
 Waitz, Georg : Das alte Recht der salischen Franken, Kiel 1846.
 Walter, Ferdinand : Geschichte des römischen Rechts, Bonn 1860-1861.
 Whitman, James : Jhering parmi les Français 1870-1918, in : Olivier Beaud / Patrick Wachsmann (eds.) : La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918, Strasbourg 1997.
 Zöpfl, Heinrich : Deutsche Rechtsgeschichte, Braunschweig 1858.

Raja Sakrani

Cultures de droit judaïque et islamique : Un regard durkheimien

Introduction

Comment peut-on pénétrer au fond des cultures du droit judaïque et islamique, les étudier non seulement comme systèmes juridiques, mais aussi comme les « productrices » de la morphologie d'une société et l'expression d'une culture, d'une conscience collective ? Comment problématiser en même temps les outils de la pensée juridique dans l'une et l'autre des cultures nées dans le même espace géo-culturel des religions monothéistes ?

C'est dans la foulée de ces questions théoriques et méthodologiques que le recours à la théorie durkheimienne se trouve si non, nécessaire, du moins justifié. Le droit islamique, par exemple, n'est pas conçu comme un simple objet de recherche. Il est d'emblée l'indicateur méthodologique indispensable permettant l'accès aux cultures d'islam.¹ Or, si l'ancrage de ce système juridique dans la religion nécessite une nouvelle compréhension profondément liée à la sociologie des religions, développée par Max Weber, en particulier, il convient de compléter et d'enrichir l'approche webérienne – très pertinente sur le plan normatif – par la perspective durkheimienne en ce qui concerne la différenciation fondamentale du sacré et du profane, le symbolisme constitutif, les représentations collectives, les rituels, etc.

Une des clés durkheimiennes possibles serait, sans doute, le principe de la différenciation segmentaire et fonctionnelle, dans la mesure où on pourrait expliquer le manque de différenciation normative en droit islamique – entre norme juridique, religion et mœurs² – par le manque du principe de différenciation fonctionnelle. Durkheim était clair en écrivant, sur ce point, dans *Les Leçons de sociologie physique des mœurs et du droit* que : « la différenciation fonctionnelle correspond à une sorte de polymorphisme moral »³.

¹ Ceci fait partie de la fonction indicative que Durkheim attribue au rôle méthodologique du droit développé depuis sa leçon d'ouverture à Bordeaux : Durkheim : Cours de science sociale. Leçon d'ouverture.

² Voir à cet égard l'interprétation de Weber développée dans Sakrani : Religion und Recht im Islam.

³ Durkheim : Les Leçons de sociologie physique, p. 47.

Dès lors, si nous admettons que le problème majeur qui se pose pour les régimes juridiques « de type religieux » selon la formule wébérienne, est celui de l'indifférenciation à l'intérieur de ce système, nous pouvons, alors, formuler une question fondamentale sur les sociétés juives et islamiques : correspondent-elles au type de différenciation segmentaire⁴ intégrée par une solidarité mécanique et protégée par des normes de type répressif ? Que dit Durkheim ?

I. Émile Durkheim et le judaïsme, Freud et l'islam

Que dit Durkheim ? Rien, ou presque. Il dit tout de même une phrase qui mérite d'être citée. Dans une lettre adressée à Gaston Richard en date du 11 mai 1899, il écrit ceci : « Sur le mahométisme, je ne me prononce pas, vu le peu de données que j'ai »⁵. Émile Durkheim lui-même ne se réfère pas à l'islam dans son œuvre, et lorsqu'il se prononce, il dit tout simplement qu'il ne va rien dire !

Quelles traces devrait-on suivre alors ? Aurait-il dit davantage sur le droit ju daïque ? Certes un peu plus, mais ce n'était pas son centre d'intérêt non plus. Sans vouloir commettre le « péché » du réductionnisme biographique, je propose de suivre la piste de « l'histoire individuelle » et de se rendre compte de la complexité de la relation de Durkheim avec le judaïsme.



Recueil écrit par des rabbins, kabbalistes et talmudistes au XVI^e siècle, appartenant au rabbin Durkheim d'Épinal. Bibliothèque de l'Alliance israélite universelle à Paris, MS AIU 482 H

⁴ Voir : Durkheim : De la division du travail social.
⁵ Durkheim : Textes. 2, p. 10.

David Émile Durkheim « est destiné dans l'esprit du père, Moïse Durkheim, rabbin communal des Vosges et de la Haute-Marne, à continuer la tradition familiale du rabbinat, qui se poursuit depuis huit générations. Après avoir reçu l'enseignement de son père, il étudie un an dans une école rabbinique. Dès l'âge de treize ans, il connaît l'hébreu et est familier de la Torah et du Talmud »⁶. Pourtant, Émile se détache peu à peu de la religion juive, dans une période que ses biographes⁷ situent « entre le baccalauréat et les premières années d'École normale supérieure »⁸.

Finalement, il ne sera pas rabbin, mais professeur. Est-ce réellement une rupture avec son judaïsme ? Ne serait-il pas plus judicieux de parler d'une évolution étant données les possibilités offertes par les institutions de la III^e République au jeune Émile doué et intelligent ? Où serait-il plus correct d'en voir le passage du particulier à l'universel ? N'oublions pas que ce sera une caractéristique des intellectuels juifs de son époque, tels que Henri Bergson en France, Sigmund Freud en Autriche, et même un David Santillana, juriste rêvant d'un droit civil universel pour les musulmans et les juifs, et oscillant entre ses identités juive séfarade de la Tunisie et européenne de l'Italie⁹. Or, dans le détachement et la rupture, il y a toujours l'entre-deux : la tendance de cacher, de simuler quelque chose de ce que nous sommes, de notre histoire... Durkheim n'observe plus les rites de la synagogue, mais il tiendra à respecter les jours de deuil lors de la disparition de sa mère.

« Il épouse une femme israélite, et même s'il ne donne pas d'éducation religieuse à ses enfants, sa fille épousera un juif. En revanche, il exigera qu'elle se contente d'un mariage civil. Et comment ne pas penser à Sigmund Freud, son contemporain, qui dès la première semaine de son mariage interdit à son épouse d'allumer les chandeliers du vendredi soir, mais qui était hanté par le personnage de Moïse... »¹⁰

Durkheim n'était pas le seul intellectuel hanté par la figure de Moïse. La figure la plus emblématique encore est sans doute celle du père de la psychanalyse : Sigmund Freud. Dans *L'Homme Moïse et la religion monothéiste*¹¹, Freud aborde le

⁶ Weill : Émile Durkheim et la sociologie.

⁷ À côté de Steven Lukes et de son œuvre magistrale *Émile Durkheim. His Life and Work*, il convient de mentionner Jean-Claude Filloux (1977), Bernard Lacroix et l'accent psychanalytique de son étude (1981), Pickering et Mestrovic (1988), sans oublier le travail minutieux de Béra : David, Émile. Les ambivalences de l'identité juive de Durkheim. Je ne manquerai pas ici de remercier très chaleureusement Steven Lukes qui de par sa générosité intellectuelle a eu la grande amabilité de m'indiquer ce dernier article !

⁸ Weill : Émile Durkheim et la sociologie.

⁹ La tendance universaliste de ce dernier est analysée dans Sakrani : Au croisement des cultures de droit occidentale et musulmane. Ce code ne couvre que les matières des obligations en général (déclaration unilatérale de volonté, contrats, responsabilité civile, etc.) et les contrats spéciaux. Les droits de la famille et pénal ne faisaient pas partie de cette œuvre remarquable.

¹⁰ Weill : Émile Durkheim et la sociologie.

¹¹ Freud : *L'Homme Moïse et la religion monothéiste*.

cas de l'islam en « s'excusant de ses connaissances limitées »¹², après quoi, il l'écarte « aussitôt de son étude »¹³. Simplement et étrangement tout comme Durkheim. Or, dans le cas de Freud, un autre psychanalyste, Fethi Benslama, commente cette attitude freudienne ainsi : « Il faut remarquer d'emblée que son propos s'appuie sur une information précise, recueillie à des sources non citées, sans doute puisée dans le domaine très riche de l'orientalisme allemand. Voici le passage concerné de Freud :

« L'auteur doit avouer avec regret qu'il ne peut donner plus que ce seul exemple (le judaïsme), que ses connaissances en la matière ne sont pas suffisantes pour compléter l'investigation. Ses connaissances limitées lui permettent seulement d'ajouter que le cas de la fondation de la religion mahométane lui apparaît comme une répétition abrégée de la fondation de la religion juive, dont elle se manifesta comme une imitation (Nachahmung). Il semble en effet que le prophète avait originellement l'intention d'adapter intégralement le judaïsme pour lui et pour son peuple. [...] Allah se montra plus reconnaissant à l'égard de son peuple élu que jadis Yahvé à l'égard du sien. Mais le développement interne de la nouvelle religion s'immobilisa bientôt, peut-être parce qu'il manquait l'approfondissement qui produisit, dans le cas juif, le meurtre perpétré sur le fondateur de la religion. »¹⁴

Il est vrai que les propos analytiques de Freud sont brefs, ils demeurent précieux, pour autant, non seulement du point de vue purement psychanalytique, mais aussi parce qu'ils ouvrent une brèche fondamentale dans l'étude de l'islam comme religion et comme culture. Ceci s'explique comme le précise Benslama par le fait qu'il « l'insère dans le cadre général de sa théorie sur la religion [et partant sur la Loi] au regard de la question centrale du père »¹⁵. La formation de l'islam serait incompréhensible sans la figure du Père originaire. Et le « Père-de-la-genèse »¹⁶ n'est autre qu'Abraham. Ses deux fils seront les ancêtres : Isaac pour les juifs et Ismaël, pour les arabes. Rappelons que « l'islam est la seule des trois religions monothéistes à faire de la commémoration du sacrifice d'Abraham une obligation rituelle annuelle »¹⁷ au jour d'aujourd'hui. Mais ni Freud ni Durkheim ne s'intéressent à l'étudier. D'ailleurs, les recherches interdisciplinaires dans ce domaine restent embryonnaires malgré quelques études anthropologiques, sociojuridiques ou psychanalytiques qui ont le mérite d'amorcer l'analyse et la réflexion avant¹⁸ et après les révolutions arabes¹⁹.

¹² Benslama : La psychanalyse à l'épreuve de l'islam, p. 115.

¹³ Ibid.

¹⁴ Cité dans Benslama, *ibid.*, pp. 115 et seq.

¹⁵ Ibid., p. 116.

¹⁶ Ibid., p. 120.

¹⁷ Ibid., p. 121.

¹⁸ Voir dans ce sens l'étude anthropologique de 1998 coordonnée par Brisebarre : La fête du mou-

ton.

¹⁹ Voir à titre d'exemple seulement: Sakrani : From the Revolutionary Sacred to Transitional Justice.

Toutefois, si les grands livres de Durkheim nous laissent sur notre faim, et bien que le facteur préventif du judaïsme contre des tendances suicidaires d'une société à cause de sa force intégrative et communautaire laisse la porte grande ouverte au soubassement religieux d'une telle analyse durkheimienne²⁰; les multiples comptes rendus nous cachent quelques petites surprises concernant le droit.

II. Durkheim et ses lectures des droits judaïque et islamique dans L'Année sociologique

Depuis la fondation en 1896 de *L'Année sociologique*, l'équipe de collaborateurs et de disciples, n'a cessé d'enrichir avec le maître le savoir sociologique en accumulant dans la nouvelle revue des centaines de recensions, sans compter les études et les mémoires originaux.²¹ Notre intérêt s'est focalisé uniquement sur des comptes rendus d'ouvrages signés par Émile Durkheim lui-même. Il est vrai que l'intérêt de Durkheim pour les livres – en langue allemande et anglaise notamment – traitant le droit talmudique en matière de mariage et de divorce, ou les relations sociales des israélites, n'égale pas son intérêt pour le droit et les sociétés islamiques. Il est manifestement plus important s'agissant de la culture juridique judaïque. Il est vrai aussi que les recensions sont extrêmement variées, du point de vue de la longueur, du type de réflexion et de la démarche analytique et critique. On ne retiendra pour les sociétés islamiques que trois exemples. Le premier exemple est relatif au droit contractuel.

1. Lire le droit de change chez les Arabes

Dans l'Année 4, sous la rubrique « Le droit contractuel », Durkheim et Lévy signent une série de recensions, avec pour commencer, celle du livre intitulé *Das Wechselrecht der Araber. Eine rechtsvergleichende Studie über die Herkunft des*

²⁰ Rappelons ici que le référent religieux est clairement évoqué dans le suicide par la plume de Durkheim même s'il parle d'une « solidarité de sentiments » et non pas de religion juive : « [...] En effet, la réprobation dont le christianisme les a pendant longtemps poursuivis, a créé entre les juifs des sentiments de solidarité d'une particulière énergie. La nécessité de lutter contre une animosité générale, l'impossibilité même de communiquer librement avec le reste de la population les ont obligés à se tenir étroitement serrés les uns contre les autres. [...] C'est parce que la société religieuse à laquelle ils appartiennent est solidement cimentée qu'ils sont à ce point préservés. » Durkheim : Le Suicide, pp. 25 et seq.

²¹ *L'Année sociologique* se présente à nos yeux comme une œuvre à part, dont Claude Lévi-Strauss rendait hommage, en adressant la dédicace de son œuvre majeure, *Les structures élémentaires de la parenté* à *L'Année sociologique*.

Wechsels de Richard Grasshoff paru en 1899²². La recension commence ainsi : « L'auteur cherche chez les juristes arabes l'origine du contrat et de la lettre de change »²³. S'ensuit une explication brève étymologique et juridique de la « *suf-taya* » lettre de transport, devenue ensuite « *hawala* », c'est-à-dire lettre de change, avant de clore la recension par une question restée taboue pour l'histoire du droit européen aujourd'hui : celle des rencontres et très probablement de l'influence du droit islamique sur l'émergence du droit moderne en Europe. « Quelle fut maintenant l'influence de cette institution complexe sur notre opération de change ? »²⁴ La réponse ne dépasse pas quelques lignes :

« On peut remarquer ceci : 1° la lettre de change apparaît en Italie et en Espagne ; là, après que les républiques italiennes sont entrées en rapports d'affaires avec les Arabes, ici après la domination arabe en Espagne 2° un des termes les plus importants du droit du change (aval) est d'origine arabe ; ... »²⁵.

Au grand regret du lecteur, le compte rendu se contente d'affirmer « un fait » historique et sociologique qui suscite la polémique sans aucune réflexion. Remarquons au passage que seul le terme « arabe » est employé, jamais islamique, ni musulman, ni même droit.

2. Sur quelques éléments du droit public en droit musulman (Mawerdi)

En revanche, dans une autre recension plus courte signée par la plume de Durkheim dans l'Année 5,²⁶ la réflexion du sociologue semble plus accentuée, elle est pour autant très réductrice et critiquable. Durkheim s'intéresse à une traduction française par le comte Léon Ostrorog d'un livre fondamental rédigé par Abu-al-Hassan El-Mawerdi, un juriste musulman du X^e siècle intitulé : *al-ahkâm assultaniya*, traduit littéralement par : *Les statuts gouvernementaux*.

Le titre français : *Traité de droit public musulman*²⁷ est problématique en soi. D'emblée, il nous confronte avec la question épineuse des traductions françaises élaborées pendant la période coloniale en matière juridique islamique. Il s'agit plus concrètement de certains classiques ou manuels du *fiqh*. La question est d'autant plus complexe, puisque l'application – lors des traductions – des logiques et

²² Traduit par : *Le droit contractuel des Arabes* Durkheim/Lévy : Recension, in : L'Année sociologique 4, p. 375.

²³ Ibid., pp. 375 et seq.

²⁴ Ibid., p. 376.

²⁵ Ibid.

²⁶ Durkheim : Recension, in : L'Année sociologique 5, pp. 362 et seq.

²⁷ Durkheim : Recension, in : Ibid., p. 362.

culture juridique européenne sur une culture juridique islamique, viscéralement différente et disposant d'une logique interne propre – a bien mené à des confusions, malentendus ou tout simplement à des textes déformés. Bien évidemment, nul ne peut reprocher à Durkheim de ne pas en rendre compte à l'époque. Néanmoins, non seulement sa propre recension est hâtive, elle comprend, de surcroît, des affirmations erronées. Formellement, il ne précise pas par exemple qu'il ne s'agit que du tome premier de la traduction. Le deuxième est paru en effet en 1906²⁸. Précision, que Durkheim avait l'habitude de faire dans d'autres recensions. La conséquence sur le fond est de taille étant donné que la traduction d'Ostrorog est plus que discutable. Son approche eurocentrique est flagrante, elle se manifeste dans la démarche du traducteur, les préjugés, les déformations conceptuelles ou historiques, traductions imprécises, voire mauvaises ou fausses...²⁹ Par conséquent, le lecteur gagne l'impression que tout le livre de Mawerdi ne fait qu'exposer la conception islamique de souveraineté, c'est-à-dire l'élection du calife. Or, les trois titres qui composent ce fascicule ne constituent en réalité qu'une petite partie du livre de Mawerdi, dans la mesure où ils³⁰ ne concernent que l'organisation politique. Toute la partie – plus intéressante pour Durkheim d'ailleurs – relative à la judicature, au rôle et aux attributs du juge musulman, aux rituels pendant l'exercice de la justice, à l'application des peines pénales, à la vivification des terres (l'une des fonctions sociales majeures du droit de la propriété en islam), ou encore au maintien du bon ordre public (dans les rues par exemple) grâce à la fameuse institution de *Hisba*, etc. ; tout cela est totalement absent. Certes, la théorie islamique sur « l'imamat » – un terme plus correct et plus fidèle au sens islamique juridico-religieux que la formule « l'élection du calife » – est très critiquable et problématique. Durkheim a raison lorsqu'il affirme que : « ... on comprend aisément combien un droit aussi flottant laisse la place libre aux factions »³¹. Mais de là à réduire toute la pensée juridique islamique à un système de pensée chaotique où règnent : « les germes d'anarchie qui sont à la base de ce droit »³² ; la pensée du sociologue ne peut que donner lieu à des réserves. D'ailleurs, devrait-on rappeler, ici même et en guise de parallélisme sociologique, l'impression que Weber avait laissée à travers sa théorie de la « *Kadi-Justiz* » comme si elle aurait été entièrement imprévisible³³, ce qui lui avait valu les critiques virulentes des islamologues ?

²⁸ Ostrorog/El-Mawerdi : *El-Ahkâm – Traité de droit public musulman*.

²⁹ Voir aussi les critiques de E. Fagnan dans l'introduction de sa traduction de Mawerdi : *Les statuts gouvernementaux*, p. XI.

³⁰ « Le contrat de Califat », « La collation du Vézirat » et « La collation de la commanderie des provinces ».

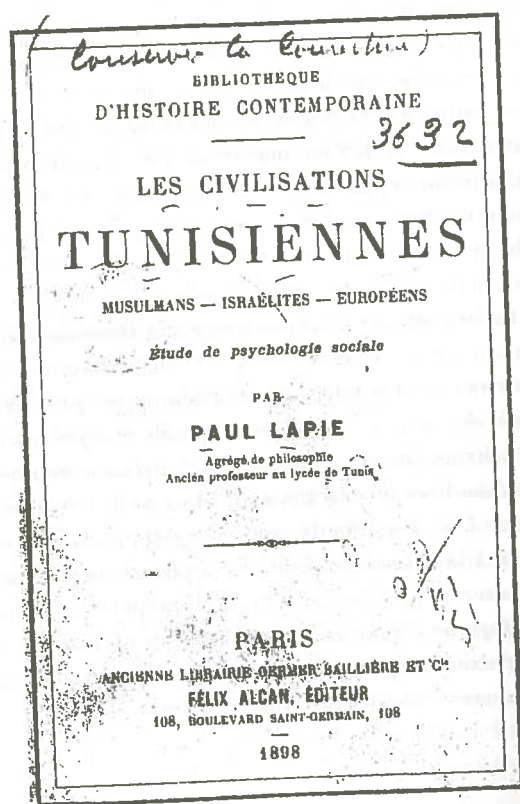
³¹ Durkheim : Recension, in : L'Année sociologique 5, p. 363.

³² Ibid., p. 362.

³³ Voir Weber : *Recht* (MWG I/22-3), p. 535.

3. *Durkheim critique les analyses de Paul Lapie sur les civilisations tunisiennes*

La dernière recension signée par la plume de Durkheim dans l'Année 2, est d'une importance capitale pour, au moins, deux raisons. La première est qu'elle traite simultanément les communautés musulmane et israélite en Tunisie. Deuxièmement, parce que l'auteur du livre recensé n'est autre que Paul Lapie, un des collaborateurs de *L'Année sociologique*³⁴, qui s'est voué à la psychologie sociale au lieu de se limiter à la sociologie pure ! Il s'agit, en effet, de son livre : *Les civilisations tunisiennes : musulmans — israélites — européens. Étude de psychologie sociale*³⁵.



Page de titre du livre de Paul Lapie

³⁴ Concernant le rôle de Paul Lapie pour *L'Année sociologique*, voir les remarques de Voigt : Un durkheimien ambivalent.

³⁵ Lapie : *Les civilisations tunisiennes*.

Si les critiques d'Émile Durkheim adressées à ce livre — à certains chapitres précisément — sont compréhensibles à la lumière de la théorie durkheimienne ouvertement distante de « la psychologisation » de la société, son silence concernant les longs passages écrits par Lapie sur le rôle du Talmud et du Coran dans les conceptions juridiques et sociétales des juifs et des musulmans tunisiens, suscite, en revanche, des interrogations :

« L'étude quoique riche en observation, se présente sous une forme déductive. L'auteur commence par poser un principe [...] Il montre que la race ne saurait rendre compte des particularités de ces deux peuples [...] La religion ne peut pas davantage être considérée comme le principe de ces deux sociétés. Elle sort de l'âme du peuple, du tempérament naturel [...]. Voilà pourquoi cet ouvrage est bien réellement une étude d'ethnologie sociale. »³⁶

Un peu plus loin, un autre passage clé exprime plus clairement la position critique de Durkheim, et suscite par la même d'autres interrogations fondamentales :

« C'est surtout dans le chapitre de la religion que se trouvent le plus de faits contestables. Par exemple, l'auteur croit spéciales aux Juifs de Tunisie des mœurs et des pratiques que leurs coreligionnaires d'Europe présentent également. [...] Depuis l'établissement du protectorat français, Juifs et Musulmans s'efforcent d'imiter les mœurs européennes ; mais l'assimilation, même chez les juifs, reste superficielle. »³⁷

Pour quelles raisons Durkheim soutient-il l'idée que juifs et musulmans s'efforcent d'imiter les mœurs du colonisateur ? S'il est vrai, en effet, que la vague d'eupéanisation des juifs va s'accélérer sous la colonisation française en Afrique du Nord — d'une manière dramatique et destructive de l'identité juive dans le cas algérien³⁸ —, il n'y a pas eu une imitation massive et volontaire de la part des juifs tunisiens et encore moins de la part des musulmans. D'où la question gênante qui s'impose : quelle était la position de Durkheim en tant que sociologue, laïc et cosmopolite à l'égard de la colonisation française en Afrique du Nord et des juifs séfarades en général ? Une interrogation redoutable qui ouvre un champ immense dans les recherches durkheimiennes : un champ délicat, presque tabou, très rarement ou pas du tout exploré...

Or, à ce niveau, et vu le cadre très modeste et restreint de la présente étude, on ne peut que reprendre le contre-pied de la fameuse formule de Durkheim : vu le peu de données que nous avons sur le père de la sociologie française, nous ne pouvons nous prononcer !

³⁶ Durkheim : Recension, in : *L'Année sociologique* 2, p. 557.

³⁷ Ibid., pp. 558 et seq.

³⁸ Sakrani : Des ordres normatifs fragmentés à l'hybridité juridique.

4. Un regard durkheimien sur le mariage et le divorce en droit juif

La partie réservée aux recensions d'ouvrages relatives au droit juif en matière de mariage et de divorce, en particulier, démontre un Durkheim plus précis avec des connaissances manifestement détaillées concernant la jurisprudence talmudique. Malgré le débat toujours actuel sur la véritable formation religieuse d'Émile³⁹ ainsi que son rapport avec le judaïsme, ses comptes rendus sur des livres tels que : *The Jewish Law of Divorce according to Bible and Talmud*⁴⁰, *La famille dans l'antiquité israélite*⁴¹ ; ou *Ehe und Familienrecht der Hebräer*⁴² ; ou encore l'essai : *Die sozialen Verhältnisse der Israeliten*⁴³, *The Jewish Law of Marriage and Divorce in ancient and modern Times*⁴⁴ ; révèlent un Durkheim très bon connaisseur du droit talmudique, mettant souvent le doigt sur des caractéristiques communes entre les cultures de droit talmudique et islamique sans, pour autant, le dire explicitement. D'où la question qui demeure : en était-il lui-même conscient de ses ressemblances ? Difficile de l'affirmer. Cependant, les caractéristiques communes ou les ressemblances implicites sont lisibles dans le texte. En témoigne ce passage de sa recension du livre écrit par David Werner Amram : *The Jewish Law of Divorce According to Bible and Talmud* :

« En dehors de ses résultats immédiats, ce livre sert à prouver que le droit juif, quoiqu'immobilisé en apparence par la lettre de la loi sacrée, a pourtant évolué, jusqu'à se transformer complètement, grâce à la souple jurisprudence des rabbins. »⁴⁵

Retenons cette citation, nous y reviendrons.

³⁹ Voir aussi Goldberg : Introduction to Emile Durkheim's « Anti-Semitism and Social Crisis ».

⁴⁰ Amram : *The Jewish Law of Divorce*. Durkheim : Recension, in : *L'Année sociologique* 2, pp. 336 et seqq.

⁴¹ Lévy : *La famille dans l'antiquité israélite*. Durkheim : Recension, in : *L'Année sociologique* 8, pp. 372 et seqq.

⁴² Ergert : *Ehe und Familienrecht der Hebräer*. Durkheim : Recension, in : *L'Année sociologique* 10, pp. 427 et seqq.

⁴³ Buhl : *Die sozialen Verhältnisse der Israeliten* (Les relations sociales des israélites). Durkheim : Recension, in : *L'Année sociologique* 3, pp. 346 et seqq.

⁴⁴ Mielziner : *The Jewish Law of Marriage and Divorce*. Durkheim : Recension, in : *L'Année sociologique* 8, pp. 419 et seqq.

⁴⁵ Durkheim : Recension, in : *L'Année sociologique* 2, p. 338.

III. Un regard comparatiste dans l'esprit de Durkheim

Si j'essaye de résumer et de simplifier l'approche durkheimienne sur le droit, quitte à risquer d'être simpliste, on peut dire que :

*Les faits de droit doivent être découpés de manière analytique pour parvenir à une dimension symbolique, normative, rituelle et organisationnelle.*⁴⁶

Nous avons essayé, à travers nos travaux réalisés au cours des cinq dernières années dans l'enceinte du centre d'études avancées « Recht als Kultur » d'élaborer une prise de conscience nouvelle et fructueuse pour la recherche de la *notion du droit pluridimensionnelle*⁴⁷. Elle permet de sortir des limites étreintes d'une description purement juridique et purement eurocentrique. Outre la logique normative, nous essayons de saisir la ou les dimensions symboliques de la représentation et de la référence aux droits, d'accorder une place à la maîtrise des forces effervescentes produites par la colère et la vengeance en ritualisant les procédures, et de comprendre les forces déontiques, fédérées par et au sein de l'organisation judiciaire et des communautés de droit. En d'autres termes : nous ajoutons au noyau normatif et organisationnel du droit, les expériences sociologiques qu'Émile Durkheim savait tirer de l'analyse des religions.

Pour appliquer ce concept de droit, qui se nourrit largement de la théorie durkheimienne dans *Les formes élémentaires de la vie religieuse*⁴⁸, sur les cultures de droit judaïque et islamique, je retiendrai notamment la « force symbolique et la dynamique rituelle ».

1. Deux symbolismes ?

Pour ce qui est de la première, Durkheim estime que la société – ceci est vrai pour le droit aussi – serait impensable sans un symbolisme élémentaire. Pour ce qui est de la seconde, elle fascine le sociologue dans sa recherche du « vivant » égaré dans la « vie » sociale : un vitalisme naïf, devenu impossible dans l'histoire des sciences, mais dont la dynamique sociale, « l'état d'effervescence », comme disait Durkheim, ne peut se passer⁴⁹.

⁴⁶ Depuis le travail de Werner Gephart : *Strafe und Verbrechen*, le concept multidimensionnel de « la vie sociale » est mis au centre de l'interprétation, touchant en même temps la conception sociologique du droit.

⁴⁷ Voir dernièrement : Gephart : Conclusion.

⁴⁸ Sur l'analyse du symbolisme sociologique : Durkheim : *Les formes élémentaires de la vie religieuse*, Ch. V, pp. 329 et seqq. Voir notamment p. 331 : « Ainsi, la vie sociale, sous tous ses aspects et à tous les moments de son histoire, n'est possible que grâce à un vaste symbolisme ». Quant au rituel communautaire, voir : pp. 556–592.

⁴⁹ Ibid., pp. 545–548.



Talmud de Vilna, Traité Berakhot 2a. Le corps du texte se trouve au centre de la page, encadré par le commentaire de Rachi (à droite) et les Tossefot (à gauche). D'autres commentaires sont situés dans la marge. (Source : www.talmud.de)

Partant de cette base théorique, une comparaison élémentaire semble révéler une parenté surprenante : Les deux cultures de droit judaïque et islamique se réfèrent symboliquement à des « livres » sacrés : Le *Coran* (*Umm Al-Kitab*, littéralement : la mère du Livre), et la *Torah*.



La bible traduite en arabe par Saadia Gaon au Xe siècle. Paris, BNF: ms. or., arabe 1, folios 232 verso et 233.

Les deux disposent en même temps d'une source narrative : Pour les uns, la *Mishna*, la *Torah* de la tradition orale de Moïse, mais fixée dans des textes⁵⁰. Pour les autres, les *hadiths*, c'est-à-dire les récits relatifs aux actes et aux paroles de Muhammad, le prophète de l'islam.

2. Deux normativités ?

Le contenu de la normativité de la *Mishna* ne comprend pas seulement des commandements strictement religieux, ou des règlements de droit pénal, civil, etc. ; mais aussi des questions d'hygiène, de mœurs, de rituels minutieusement établis, une normativité qui « régleme » et embrasse l'ensemble de la vie de chaque membre du groupe. Au niveau de la « diaspora », la *Halacha* devient la liturgie en temps profane pour établir et garantir l'identité collective du groupe.⁵¹ En islam,

⁵⁰ Sur le sens de Torah voir Glenn : *Legal Traditions of the World*, pp. 110 seq.

⁵¹ Voir à ce sujet Kepnes : *Jüdisches Recht als Liturgie*.



Traité hanafite de droit avec annotations et commentaires dans les marges, (Al-Halabi, Multaqā l-abḥur, Papierhandschrift. Universitäts- und Forschungs-bibliothek Erfurt/Gotha: Ms. Orient. A 1032, fol. 47b/48a).

le corpus narratif des *hadiths* constitue la deuxième source de droit. Partant de ces deux sources, et grâce ou à cause des écoles juridiques (*madhāhib* ou *madāris*), le droit islamique s'est constitué tout au long des premiers siècles suivant la révélation. Il comprend un « mélange » de plusieurs ordres normatifs : obligations

et rituels religieux ou sociaux, hygiène médicale, étiquettes sociales, etc. Tous les manuels du *fiqh* mélangent ces différentes dimensions normatives allant d'une réglementation, obsessionnellement détaillée, de la prière et du jeûne au pèlerinage, et de la vie sexuelle aux étiquettes de la table. Ce droit est, dès lors, l'indicateur méthodologique indispensable permettant l'accès à la culture arabo-islamique et à ses structures sociales. L'économie, la société, les rituels, le rapport homme-femme, le rapport musulman non-musulman, etc., ont été façonnés en canalisant les idéaux, les *habitus* et les fantasmes de la société arabe dans un langage juridico-religieux élaborés par les juristes-religieux.

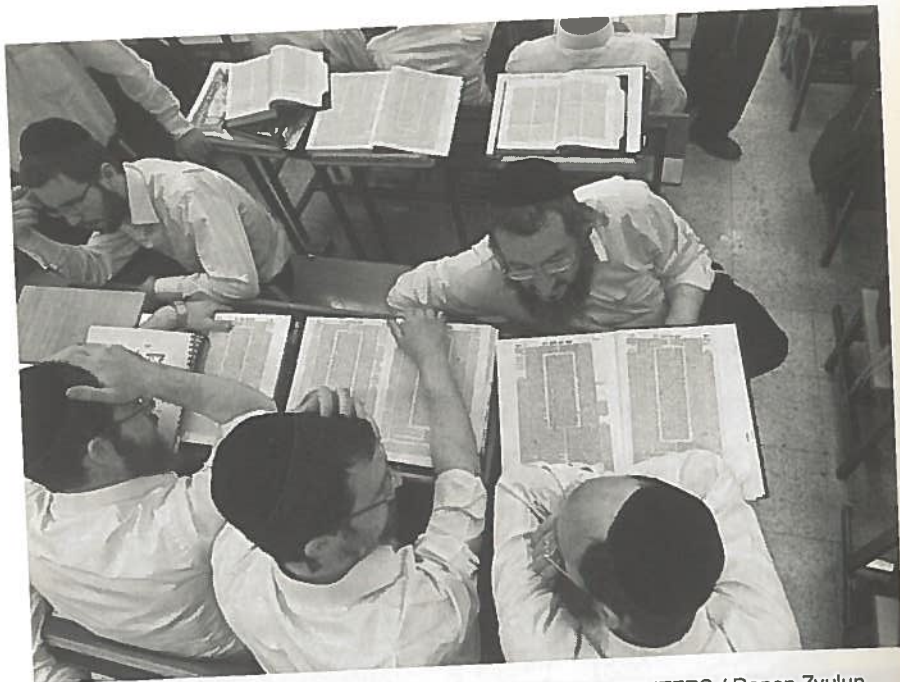
3. Deux porteurs du savoir juridique ?

Par ailleurs, les producteurs du savoir juridique se ressemblent : les *rabbins*, d'une part, les *ulamas* ou *fuqahas*, d'autre part, tous les deux détiennent une double fonction : juridico-religieuse.

D'où, la fonction identitaire des deux cultures de droit. Les techniques juridiques déployées, la fameuse dialectique talmudique, un raisonnement plutôt in-



Maître (faqih) et disciples, à Basra en Iraq. Miniature tirée des Maqamat d'Abu Mohammed al-Kasim ibn Ali Hariri (1054-1122), enluminé par Yahya Mahmud al-Wasiti, 1237. Paris, BNF : manuscrit arabe 5847, folio 5V.



Des étudiants dans une école talmudique à Jérusalem: REUTERS / Ronen Zvulun

ductif que déductif à l'instar du droit moderne et des codes, le discours oscillant entre la polémique et le consensus à la fois des porteurs du droit dans le judaïsme et en islam, tout cela dessine des traits de parallélisme et de spécificités juridiques et identitaires des deux religions et deux cultures.

4. *Limites comparables d'un droit religieux pour la « rationalisation » ?*

Les limites internes du droit islamique sont énoncées par Max Weber comme suit :
« Der Islam kennt der Theorie nach so gut wie kein Gebiet des Rechtslebens, auf welchem nicht Ansprüche heiliger Normen der Entwicklung profanen Rechts den Weg versperrten. »⁵²

Dans un tel dilemme, Weber identifie le « destin » de ce droit : c'est celui de rester soit non pratique, soit limité par la religion : « Das heilige Recht konnte weder beseitigt noch, trotz aller Adaptierungen, wirklich in der Praxis durchgeführt ».

⁵² Weber : *Recht* (MWG I/22-3), p. 526.

werden »⁵³. N'est-ce pas que les propos de Durkheim dans la recension mentionnée ne sont qu'une belle affirmation de cette pensée webérienne ?

« En dehors de ses résultats immédiats, ce livre sert à prouver que le droit juif, quoiqu'immobilisé en apparence par la lettre de la loi sacrée, a pourtant évolué, jusqu'à se transformer complètement, grâce à la souple jurisprudence des rabbins. »⁵⁴

Ces propos s'appliquent merveilleusement, d'ailleurs, sur le droit islamique. La plume de Durkheim n'est pas unique en cela, elle rappelle étrangement celle d'un autre juriste charismatique, séculaire, profondément imprégné par son judaïsme humaniste et universel. Cet homme n'est autre que David Santillana, juif tunisien naturalisé italien, dont la famille a trouvé refuge en Tunisie au XV^e siècle suite à la Reconquista, la persécution et expulsion des juifs, musulmans et des *moriscos* de l'Espagne médiévale. Ce père de la codification civile tunisienne et marocaine sous protectorat français à la fin du XIX^e siècle réfute dans l'avant-propos de son projet de code « l'immobilité » du droit religieux – islamique précisément – sans établir le parallélisme explicite avec le droit juif. Il renvoie, en revanche, à la « Loi religieuse » à « tout grand système religieux », mais aussi explicitement au Christianisme pour fonder dans les pages suivantes son projet de code civil séculaire et moderne, destiné à s'appliquer à toute la population tunisienne musulmane et juive :

« La partie de ce travail qui a pour objet le droit musulman présentait des difficultés spéciales. D'après une opinion fort répandue, il serait chimérique d'essayer une conciliation entre notre droit et les doctrines de l'Islam. En serré dans le cadre rigide du dogme, le système musulman serait, dit-on, irréductible à nos formules, hostile à nos idées, absolument incapable de transformation et de progrès par sa nature propre, qui est d'être une Loi religieuse. On fait ordinairement, en ces matières, une confusion entre deux ordres d'idées très différents. Comme le Christianisme, comme toute religion, l'Islam a des dogmes qu'il n'est permis ni de discuter ni de changer. Mais il serait tout aussi injuste de l'accuser d'immobilité... »⁵⁵

La tonalité des propos devient plus étonnante encore lorsque Santillana emploie littéralement « la division du travail social » :

« [...] ainsi la Société se constitue et se maintient par l'instinct naturel de l'homme et par la division du travail social. La propriété se constitue par l'occupation ; de l'occupation et de la division du travail viennent les échanges, et des échanges des rapports de plus en plus fréquents entre les hommes qui resserrent le lien social et forment la matière du droit. »⁵⁶

⁵³ Ibid., p. 531.

⁵⁴ Durkheim : Recension, in : *L'Année sociologique* 2, p. 338.

⁵⁵ Santillana : *Travaux de la Commission de Codification des Lois Tunisiennes*, p. II.

⁵⁶ Et Santillana d'ajouter : « Une société véritable, un peuple, ce n'est donc pas un ramassis d'individus, c'est une multitude réunie en vue d'une fin commune, une association dont les membres s'entraident et se soutiennent dans l'intérêt de tous ». Ibid., p. II.

David Santillana était-il familier avec la pensée de Durkheim ? Était-il en contact avec Paul Lapie lors de son travail et enseignement à Tunis ? Comment expliquer sinon l'analyse très sociologique de son œuvre codificatrice tout au long de son avant-propos ? Une analyse qui, du reste, s'apparente plus à la psychologie sociale de Paul Lapie qu'à celle de Durkheim. Tant de questions fascinantes qui méritent, certes, d'être développées ailleurs, puisqu'elles n'ont pas leur place dans le cadre restreint de ce modeste essai.

En fin de compte, nous sommes persuadés qu'avec les instruments analytiques de Durkheim – l'accent sur le sacré et le profane, les représentations collectives, le symbolisme et les rituels non seulement des sociétés archaïques, mais aussi de nos sociétés contemporaines ; se dégage une analyse de droit qui sort d'un normativisme aveugle et qui nous aide à mieux ouvrir les yeux sur les fonctions identitaires du droit – et à un métaniveau – sur la complexité de l'imbriquement⁵⁷ des normes étatiques, d'une part, et de celles des consciences collectives des communautés particulières, d'autre part. En ce sens, le droit islamique reste emblématique. Sa « souple jurisprudence », pour emprunter l'expression que Durkheim utilisait ailleurs, n'a pas su préserver sa flexibilité qui aurait assuré l'ouverture et le renouvellement continu dans le rapport à soi et à l'autre, au sacré et au profane, à son identité et à son avenir. C'est ce qui a permis à ces deux peuples de se côtoyer pendant des siècles dans la péninsule arabe, au Maghreb, en Espagne médiévale – au temps de la *Convivencia* à Al-Andalus –, et ailleurs ; dans la tolérance, mais aussi l'intolérance.

Même si Durkheim ne s'est prononcé qu'avec la plus grande prudence sur « le mahométisme », nous avons pu découvrir que son approche sociologique permet d'ouvrir et de rouvrir, une telle analyse d'une culture de droit qui partage avec d'autres « cultures de validité religieuse » sa légitimation dans la sphère du sacré ; et qui mérite, malgré une littérature abondante, ce regard spécifique et renouvelé du chercheur sensible au défi de la religion, et de son sens intra- et extra-mondain.

⁵⁷ « Ce particularisme moral, si l'on peut ainsi parler, qui est nul dans la morale individuelle, apparaît dans la morale domestique, pour atteindre son apogée dans la morale professionnelle, décliner avec la morale civique et disparaître à nouveau avec la morale qui règle les rapports des hommes entre eux ». Voir Durkheim : *Leçons de sociologie physique*, p. 10.

Bibliographie

Les comptes rendus de Durkheim auxquels je me réfère dans le présent article sont tous tirés de l'Année sociologique, Paris (première série) : volume 2 (1897), volume 3 (1898), volume 4 (1899), volume 5 (1900) et volume 8 (1903).

- Amram, David : *The Jewish Law of Divorce according to Bible and Talmud*, London 1897.
- Benslama, Fethi : *La psychanalyse à l'épreuve de l'islam*, Paris 2004.
- Béra, Matthieu Dimitri : David, Émile. Les ambivalences de l'identité juive de Durkheim, in : *Durkheimian Studies*, 2011, pp. 121–150.
- Brisebarre, Anne-Marie : *La fête du mouton. Un sacrifice musulman dans l'espace urbain*, Paris 1998.
- Buhl, Frants : *Die sozialen Verhältnisse der Israeliten*, Berlin 1899.
- Durkheim, Émile : *De la division du travail social*, Paris 1893.
- Durkheim, Émile : *Les formes élémentaires de la vie religieuse*, Paris 1968.
- Durkheim, Émile : *Leçons de sociologie. Physique des mœurs et du droit*, introduction de G. Davy, Paris 1969.
- Durkheim, Émile : *Cours de science sociale. Leçon d'ouverture*, in : Émile Durkheim : *La science sociale et l'action*. Édition et introduction de Jean-Claude Filloux, Paris 1970, pp. 77–110.
- Durkheim, Émile : *Le Suicide. Étude sociologique*, Paris 1973.
- Durkheim, Émile : *Textes. 2. Religion, morale, anomie*, Paris 1975.
- Durkheim, Émile : *Les Leçons de sociologie physique des mœurs et du droit*, 4^e éd., Paris 2003.
- Ergert, Thad : *Ehe und Familienrecht der Hebräer*, München 1905.
- Freud, Sigmund : *L'Homme Moïse et la religion monothéiste*, traduction Anne Barman, Paris 1948.
- Gephart, Werner : Conclusion : « Rezeptionanalyse als Rechtskulturforchung », in : Martin Josef Schermaier / Werner Gephart (eds.) : *Rezeption und Rechtskulturwandel. Europäische Rechtstraditionen in Ostasien und Russland*, Frankfurt am Main 2016, pp. 257–267.
- Gephart, Werner : *Strafe und Verbrechen. Die Theorie Emile Durkheims*, Opladen 1990.
- Glenn, H. Patrick : *Legal Traditions of the World*, Oxford 2010.
- Goldberg, Chad Alan : Introduction to Emile Durkheim's « Anti-Semitism and Social Crisis », in : *Sociological Theory* 26 (4), 2008, pp. 299–323.
- Kepnes, Sven : *Jüdisches Recht als Liturgie*, in : Karl-Heinz Ladeur / Ino Augsberg (eds.) : *Talmudische Tradition und moderne Rechtstheorie*, Tübingen 2013, pp. 129–138.

- Lapie, Paul : Les civilisations tunisiennes: musulmans – israélites – européens, Paris 1898.
- Lévy, Louis-Germain : La famille dans l'antiquité israélite, Paris 1905.
- Lévy-Strauss, Claude : Les structures élémentaires de la parenté, Paris 1949.
- Lukes, Steven : Emile Durkheim. His Life and Work, New York et al. 1972.
- Mawerdi, Aboul-Hasan Ali : Les statuts gouvernementaux, traduit par E. Fagnan, Paris 1982.
- Mielziner, Moses : The Jewish Law of Marriage and Divorce in Ancient and Modern Times, New York 1901.
- Ostrorog, Léon / El-Mawerdi : El-Ahkâm Es-Soultâniya – Traité de droit public musulman, Tome II, Paris 1906.
- Sakrani, Raja : Au croisement des cultures de droit occidentale et musulmane. Le pluralisme juridique dans le code tunisien des obligations et des contrats, Hamburg 2009.
- Sakrani, Raja : Religion und Recht im Islam. Historisch-komparative Zugänge im Lichte der Weberschen Rechtssoziologie, in : Irene Dingel / Christiane Tietz (eds.) : Die politische Aufgabe von Religion. Perspektiven der drei monotheistischen Religionen, Göttingen 2011, pp. 91–101.
- Sakrani, Raja : Des ordres normatifs fragmentés à l'hybridité juridique : le cas du Maghreb colonial, in : Werner Gephart (ed.) : Rechtsanalyse als Kulturforschung, Frankfurt am Main 2012, pp. 231–265.
- Sakrani, Raja : From the Revolutionary *Sacred* to Transitional Justice: How is Sharia Referenced?, in : Werner Gephart / Raja Sakrani / Jenny Hellmann (eds.) : Legal Cultures in Transition. Von Südafrika bis Spanien, von Nachkriegsdeutschland bis zum Aufbruch der arabischen Welt, Frankfurt am Main 2015, pp. 185–199.
- Santillana, David : Travaux de la Commission de codification des lois tunisiennes. Fasc. I Code Civil et Commercial Tunisien. Avant-Projet discuté et adopté au rapport de M. D. Santillana, Tunis 1899.
- Voigt, W. Paul : Un durkheimien ambivalent, Célestin Bouglé, 1870–1940, in : Revue française de sociologie 20, 1979, pp. 123–139.
- Weber, Max : Wirtschaft und Gesellschaft. Recht (= MWG I/22-3), ed. by Werner Gephart & Siegfried Hermes, Tübingen 2010.
- Weill, Barbara : Émile Durkheim et la sociologie, 1858–1917; <http://judaisme.sdv.fr/perso/durkheim/index.htm>.

III.

The Sacred Ground of Private Law