REDC 47 (1990) 9-21

HEURS ET MALHEURS DU DROIT CANONIQUE

Comment peut-on être Persan? Comment peut-on être canoniste? Telle est la question que je me posai lorsque mon évêque, qui m'avait laissé étudier la théologie pendant un an à la Faculté de Louvain, me signifia, par personne interposée comme c'était alors la coutume, qu'il me priait de m'inscrire à la Faculté de droit canonique. L'accueil de Van Hove, pour cordial qu'il fût, n'en restait pas moins énigmatique. Me regardant par-dessus ses lunettes il me demanda: 'Aimez-vous le droit canon?' et, après avoir obtenu une réponse polie, mais évasive; il conclut: 'Je suis passé par là. Travaillez bien, vous finirez par l'aimer; n'oubliez pas de vous occuper des étudiants: cela fait partie de votre formation de canoniste'. N'empêche que le changement de faculté m'écartait du coeur du débat religieux, des questions essentielles pour lesquelles un jeune homme, un jeune prêtre s'engage, et m'aiguillait 'sur une voie de garage', à jouer les utilités, sans risques peut-être mais exilé très loin des vraies valeurs, celles du Royaume.

Non, décidément le droit canon n'avait pas bonne presse —cela n'a guère changé— et les sourires discrets et pleins de commisération qui m'accueillaient (et qui, après 50 ans, m'accueillent encore) en disaient long. Que lui reprochait-on donc à ce pelé, à ce galeux? Tout d'abord son caractère purement positif et volontariste: recueil d'ukases, il n'avait que faire de l'intelligence, celle-ci devant seulement déterminer ce que le supérieur avait concrètement formulé dans le texte de sa loi et le sens obvie ou plutôt juridique (ou canonique si l'on préfère) de texte. Les moralistes nous faisaient interdiction de considérer les institutions ecclésiastiques ou encore les actions à régler et leur aspect ou leur fonction religieuse; surtout pas les personnes dont les actions étaient assujetties à nos 'canons'. Seul l'aspect formel et réglementaire était notre domaine; quant au reste: 'sutor ne ultra crepidam.' Le règlement pour le règlement et en tant que règlement, tel était notre domaine... Mais aussi toutes ses failles et tous les moyens —honnêtes ou non, peu importait au fond pourvu qu'on se maintînt dans la légalité— de l'esquiver, soit en se soustrayant à son rayon d'application, soit en bénéficiant d'un motif d'excuse, soit enfin en découvrant une raison instante ou simplement suffisante de demander une dispense et de l'obtenir, bref, du même point de vue formel, toute la gamme des 'combinazioni' qui avait rendu célèbre le droit canon. Tout cela d'ailleurs, basé sur un formalisme textuel incontournable. Le Code n'était pas assez vieux pour avoir dépassé le stade des glossateurs et la Congrégation des Séminaires et Universités exigeait que l'on suivît, dans l'exposé des matières, l'ordre même du Code, canon par canon,

Universidad Pontificia de Salamanca

'Debuit, decuit, potuit, non fecit, ipse sibi imputet' disaient nos maîtres du législateur imprudent ou maladroit, comme ils allaient nous répétant 'il ne s'agit pas de bon sens, il s'agit de droit canon.' Mécanique desséchante, jeux de mots et de concepts, avec comme fin ultime (mais tellement ultime qu'on ne la voyait plus) la 'salus animarum', tel apparaissait alors le droit canon, étranger à la pastorale, empesé et digne comme un espagnol du XVIe siècle, à éviter le plus possible, sinon à enjamber adroitement et sans laisser trop de traces, faisant jouer les influences qu'il faut et, de toute manière, la conscience en pleine paix. C'est un confrère, moraliste il est vrai, qui déclarait dans son flamand natal 'imbécile de droit canon!'.

Tout cela n'était guère fait pour encourager les néophytes que nous étions. Mais le nombre et le volume des matières à parcourir, et surtout l'excellence de certains de nos professeurs, tels Fernand De Visscher qui nous initia au droit romain ou Albert de Meyer à la critique historique et à l'histoire ecclésiastique, ne nous lassaient que bien peu de temps pour 'écouter d'où vient le vent.' Et puis c'était la guerre et d'autres soucis nous pressaient. Cependant l'exemple de Van Hove et de Monin nous montrait, sans démonstration abstraite mais par le concret du commentaire et de ses applications pratiques, justifiées théoriquement, que le droit ne s'expliquait, ne s'appliquait et ne se comprenait que dans la vie et le développement des institutions, de celles qu'il organise comme de celles qu'il crée, et aussi dans le cadre de l'histoire de l'Église, c'est à dire de la vie religieuse des fidèles, de ses besoins et du zèle des pasteurs, souvent suscité et soutenu par l'Esprit-Saint. Le droit canon, d'étude de la signalisation pour elle-même, devenait étude du trafic; de règlement abstrait, guide de la vie et en même temps garde-fou et indication des impasses; de caparaçon jeté de force sur un quelconque coursier, souple guidance évitant les déviations et aidant les efforts à être pleinement efficaces. Sagesse et non carcan. C'est ce que, entre nous, nous intitulions du droit canon 'juteux', dépassant la règle et son exégèse, que nous ne négligions pas, pour atteindre le réglé et ses caractéristiques vitales, sa place et son rôle dans l'Église.

Néanmoins, la connaissance de la règle et de son interprétation restait notre premier souci, pour moi du moins, jusqu'au jour où, mes études terminées, Van Hove insista pour m'envoyer à Rome et m'avertit que j'aurais beaucoup à y apprendre. Si Louvain m'avait appris à débrouiller le sens de la règle, Rome m'apprendrait à l'appliquer. C'était chez Van Hove une véritable exigence. Combien de fois ne s'est-il pas plaint devant nous de l'inertie des instances législatives inférieures. Le Code, disait-il, est fait pour être adapté par les Conciles provinciaux et les Statuts diocésains. Si l'on y regarde de près, très peu de choses ont été faites en vingt-cinq ans: on dirait que, pour beaucoup d'évêques, l'idéal soit d'appliquer purement et simplement le Code, alors que le Code demande à être confronté (dans l'ordre, et c'est le rôle du canoniste d'y veiller) aux circonstances de lieu et aux nécessités des chrétientés locales. On parle souvent de l'influence trop grande du pouvoir central. Elle se construit sur la faiblesse de la périphérie.

Si ces deux points nous paraissaient acquis: nécessité pour le droit canon de

Universidad Pontificia de Salamanca

dépasser la règle pour atteindre le réglé; nécessité d'adapter et non de faire appliquer brutalement une règle que le législateur a voulu souple, restaient deux ou trois autres points qui rendaient le droit canon cuvée 1917 difficilement assimilable.

Il y avait d'abord la notion de droit. Nos maîtres partaient d'une notion de droit privé, de justice commutative, de droit subjectif. Or le droit canon, surtout depuis la disparition des bénéfices et du droit de patronage, ne contient que très peu de droit qui soit assimilable au droit civil, particulièrement au droit privé. Personne ne nous a parlé, avant Mörsdorf, du droit de l'Église comme droit administratif. Les entorses (ou plutôt ce qui nous paraissait des entorses par rapport à un 'modèle' de droit civil) étaient expliquées par des faux-fuyants; il eut été beaucoup plus sain de réfléchir sur l'aspect administratif du droit canon. On le fit bien tard.

Ensuite, reliquat du moyen âge (je ne le crois pas) ou plutôt de la prétention du droit canon, droit d'une société parfaite, d'être sur le même pied que le droit de l'État (ce qu'il faut bien comprendre), nos traités comportaient très souvent un volet de 'droit comparé'. Si cela pouvait se concevoir au niveau de la procédure (quoique j'ai toujours pensé que le procès romano-canonique était plus canonique que romaniste) cela devient proprement équivoque lorsqu'on l'applique au droit pénal. Quelles bêtises n'a-t-on pas écrites sur l'excommunication et combien peu de canonistes ont-ils bien expliqué son caractère 'médicinal'! Le projet du nouveau Code parlait de 'sanctions' encourues pour la violation de la loi! Il s'agit beaucoup plus, du moins lorsqu'on envisage les peines médicinales, d'indignité de recevoir ou de conférer les sacrements, ou bien de moyens de pression (lorsque les autres ont échoué). Heureusement, la nouvelle notion de l'excommunication proposée par le schéma du nouveau Code n'a pas été admise, non plus que le titre du livre dans un secteur qui se clarifiait.

D'autres considérations se firent jour peu à peu. Tout d'abord, nous découvrîmes que la forme de Code, cette forme abstraite que prit en 1917 le droit canonique, n'était pas traditionnelle. Jusqu'alors, c'est la doctrine qui était abstraite, les 'constitutions' étant concrètes et souvent très bien motivées. Tout cela avait disparu dans la rédaction du Code. D'où, du moins chez ceux qui n'avaient pas connu le droit avant 1917, un formalisme dont ils n'étaient pas vraiment responsables.

Une réflexion sur les circonstances de rédaction et d'application du Code était, elle aussi, instructive. La guerre avait supprimé le régime bénéficial dans bon nombre de pays; par ailleurs, de nombreuses nations qui, au moment de la rédaction du Code, étaient encore sous la souple férule de la très attentive *Congregatio de Propaganda Fide* avaient 'accédé' au statut de droit commun. Or ces nations n'avaient pas, comme celles pour lesquelles le Code avait été 'pensé', une tradition juridique basée principalement sur le droit romain. D'où deux obstacles: celui de l'adaptation (qui désormais n'est plus assurée par la Propagande) et celui de la référence au droit romain.

Il faut ajouter que la tradition canonique 'codifiée' en 1917 n'avait pas

Universidad Pontificia de Salamanca

encore eu le temps de profiter des distinctions 'modernes' introduites par Pie X dans la réforme de la Curie (Sapienti Consilio). Le rôle des Congrégations – il suffit de voir le nombre de volumes qui leur est consacré dans les *Fontes Codicis* – avait été et restait exorbitant, à tel point que de bons canonistes (je pense ici à J. J. Loiseau, plus tard le P. Piat de Mons O.F.M.Cap.), mis en face d'un problème, n'osaient pas le résoudre selon les principes qu'ils possédaient parfaitement, mais concluaient 'il faut écrire à la Congrégation pour en obtenir une réponse.'

Le mal était donc plus ancien. Mais qui donc avait réduit les canonistes à être de simples instruments d'enregistrement? des témoins et non des comentateurs? Il fallait, pour répondre à cette question, se souvenir de l'état de l'Église au sortir du Concile de Trente[1].

La situation au moment de la Réforme était catastrophique et il fallait, de toute nécessité, reprendre solidement en main une vie chrétienne largement à la dérive dans un reste d'Église à nette prépondérance latine. Pour ce faire, il importait de rétablir – ou d'établir – des conditions de sécurité et de faire régner la confiance.

On s'efforça tout d'abord de mettre en circulation des textes sûrs, auxquels on puisse se référer sans risquer d'être trompé par les hétérodoxes: la vulgate Sixto-Clémentine pour l'Écriture, le Missel et le Bréviaire de S. Pie V pour la liturgie, l'édition romaine des conciles généraux et le *Corpus Iuris canonici* glosé des *Correctores Romani* pour les canonistes. On avait déjà la Profession de foi tridentine, le catéchisme du Concile de Trente et, bientôt, comme guide, l'Index des livres prohibés.

Les textes officiels sont fixés (faut-il dire figés?) et déclarés 'authentiques'. Cette authenticité est avant tout juridique: seuls ces textes approuvés sont 'officiels', seuls ils seront et resteront en usage dans l'Église. Sans doute ne peuvent-ils pas conduire à l'erreur, et tel est le sens de leur 'authenticité', mais comment empêcher que des esprits simplistes, et même de bons esprits, ne confondent authenticité juridique avec vérité historique? Ici déjà le formel prend le pas sur le fond, du moins pour ceux qui ne sont pas très attentifs.

L'application, vitale pour l'Église, des Décrets du Concile, qu'il était interdit, sous peine de sanctions canoniques, 'd'interpréter, de commenter, de gloser, de munir de scolies ou d'annotations', fut confiée par Pie IV (août 1564) à la Congrégation du Concile, avec interdiction expresse d'interpréter les décrets disciplinaires (les décrets dogmatiques étant en-dehors de sa compétence): elle pouvait uniquement donner des réponses dans des cas particuliers. Quelques années plus tard ce réflexe (commun à tout législateur) s'estompa et les cardinaux purent 'déclarer' dans les cas douteux le sens vrai des décrets de réforme. Eux et eux seuls sont compétents; et, qui plus est, non seulement leurs décisions sont secrètes (ce qui ne permet pas aux canonistes de les discuter ni de les exposer: Agostino Barbosa qui en publie quelques-unes se verra mettre à

1 Cf. Gérard Fransen, 'L'application des Décrets du Concile de Trente. Les débuts d'un nominalisme canonique', *L'Année canonique* 27 (1983) 5-16.

Universidad Pontificia de Salamanca

l'index) mais, sans avoir besoin de promulgation, elles lient d'emblée au for interne et au for externe.

Des situations tout à fait pénibles résultèrent de ce monopole et de l'interdiction de discuter faite aux canonistes. Comme le Concile de Trente avait été publié (et donc était en vigueur) dans certaines régions des Pays-Bas où les calvinistes, par après, étaient revenus en force, il était impossible aux catholiques de ces régions de se marier devant leur propre curé. Ou bien celui-ci avait fui, ou bien il avait abjuré la foi catholique. Les théologiens de Douai admettaient, dans ce cas, que le mariage devant d'autres curés (et des témoins) était valable, car ils estimaient que la *ratio legis,* c'est à dire la publicité du mariage, était sauve. La Congrégation ne fut pas de cet avis et déclara ces mariages invalides; en 1585, Sixte-Quint, manifestement du même avis, concéda des *sanationes in radice*; il fallut attendre 1602 et les instances de l'évêque d'Anvers, du nonce Frangipani et l'intervention de Bellarmin pour que soit reconnu, dans ce cas, le mariage devant les seuls témoins. On avait cependant fait remarquer que parfois on ne savait même pas si oui ou non le Concile avait été publié à tel ou tel endroit[2].

Sans doute était-il nécessaire, pour que les réformes projetées par le Concile puissent être menées à terme, que l'uniformité de la discipline mise en place ne soit pas énervée par des exceptions ou des tolérances et il était urgent qu'une autorité ferme prît en mains l'application et l'interprétation des règles établies par le Concile. Mais cette mainmise de l'autorité sur l'interprétation des décrets du Concile aura des effets redoutables et durables sur la doctrine canonique et sur la conception même du droit canonique comme science et comme réalité ecclésiale.

Je laisse de côte la théorie de l'Église 'société parfaite' et ses conséquences. Les publicistes qui, dans L'Église, sont le plus souvent des controversistes dont la connaissance du droit canonique n'est pas toujours exemplaire, veulent à tout prix prouver que l'Église est bien une société qui n'a rien à envier à l'État (qui, implicitement, fait office de modèle). Dès lors, en vertu du principe 'ubi societas ibi ius' ils appliquent au droit canon ce qui n'est vrai que du droit des États.

On pourrait aussi mentionner un processus semblable à propos de la loi. J'ai toujours pensé que c'était une erreur que de vouloir appliquer le traité moral de la Somme Théologique à la matière canonique. Nombreux sont aussi les théologiens (et les canonistes) qui, à l'encontre de Suárez, oublient d'appliquer l'*analogie* à la notion de loi et mettent la loi canonique sur le même pied que la loi civile. Mais ceci demanderait de plus amples développements. Cependant, c'est assez grave car, depuis le Concile de Trente, et a fortiori depuis 1917, la loi apparaît, en droit canonique, comme la seule source du droit. On a même ramené, assez maladroitement et sous la pression des circonstances (pour justifier l'existence de certains préceptes devant les protestants), à la loi positive des dispositions qui relevaient de la loi, certes, mais de la loi pénale!

C'est le cas de bon nombre de dispositions en matière morale ou

2 M. Fahy, 'The origin of the extraordinary canonical form of marriage', ETHL 41 (1965) 79-95.

Universidad Pontificia de Salamanca

sacramentelle. Celles-ci n'étaient pas formulées positivement: 'Il faut agir de telle manière' mais négativement: 'Au cas où quelqu'un ne ferait pas ceci, l'Église pourrait, si elle le juge nécessaire, le punir...' La transposition aboutit parfois à des distorsions. Ainsi l'obligation de la confession et de la communion pascale serait de droit positif et remonte au IVe concile du Latran (1215). Ainsi raisonne Suárez, mais, malgré ses efforts, il n'est pas parvenu à me persuader en bonne logique juridique qu'une communion sacrilège ne satisfait pas au précepte (ce que j'admets volontiers). En effet qui, sauf l'intéressé, peut savoir si la communion a été sacrilège ou non? L'obligation à la communion pascale découle de l'ordre surnaturel: elle fait partie des exigences d'une vie chrétienne normale. Le 'droit canon' avertit ceux qui ne communieraient pas à Pâques qu'ils négligent leurs devoirs de chrétiens et que, s'ils font scandale, ils pourront être punis. C'est tout autre chose qu'une obligation à la communion pascale découlant d'une loi positive. On peut en dire autant de l'obligation d'entendre la messe dominicale dont on faisait, jusqu'il y a peu, un 'commandement de l'Église'. En réalité, l'Église ne fait que rappeler une exigence de la vie chrétienne.

Dans les deux cas que nous venons d'examiner, c'est le caractère de 'obligation découlant d'une loi canonique positive' qui peut et doit être mis en question. C'est la polémique anti protestante qui, ne trouvant ni dans le Nouveau Testament, ni dans la Tradition postérieure l'obligation à la messe dominicale a déduit qu'elle était coutumière, sans voir qu'elle avait des caractéristiques qui la distinguaient des autres obligations issues de la coutume.

Venons-en aux manipulations de concepts. J'en retiens deux exemples: la juridiction et l'état religieux.

La juridiction est, fondamentalement, le pouvoir de juger et, également, celui d'accorder une sanction publique à des actes (juridiction gracieuse). Dans son acception la plus élevée, comme le remarque Bartole de Saxoferrato après Cynus de Pistoie et comme le professent les théologiens mendiants (ainsi Hervé Natalis) s'inspirant d'Aristote (faut-il souligner que, dans les deux cas, nous sommes en face d'influences extra-ecclésiales pour ne pas dire païennes), la plus haute justice (l'*imperium summum*) — qui est en rapport avec la juridiction — *va de pair* avec le pouvoir de faire des lois. Suárez, bien qu'il dise que faire des lois *appartient* à la juridiction, n'admet cette inclusion qu'au niveau le plus élevé. Mais bientôt cette restriction sera oubliée et toute 'juridiction' (en droit canonique tout au moins) sera censée comporter le pouvoir législatif; si elle ne le comporte pas, on parlera de juridiction 'au for interne' ou encore déléguée. Il faudrait étudier mieux que je n'ai pu le faire les rapports entre '(judex) ordinarius' 'iurisdictio' et 'delegatio', sans oublier cette 'juridiction pour entendre les confessions' qui s'intègre très mal dans un système dorénavant classique et qui a perturbé la distinction for interne — for externe.

L'état religieux. Ici c'est le législateur qui est en cause. Les scolastiques de la Compagnie de Jésus faisaient des voeux simples, c'est à dire le voeu d'entrer en religion si et quand il plairait aux supérieurs de les y admettre. Ces voeux simples n'étaient pas constitutifs de l'état religieux. Cependant, exceptionnelle-

Universidad Pontificia de Salamanca

ment, Grégoire XIII déclare que les voeux simples des scolastiques de la Compagnie les constituent dans l'état religieux et font d'eux des 'regulares', ceci pour éviter qu'ils soient en position inférieure aux franciscains et aux dominicains, qui, eux, font profession solennelle à la fin de leur noviciat alors que les jésuites doivent attendre l'âge de 33 ans! Pour une question d'oportunité, on modifie une notion traditionnelle. Il y aurait bien des recherches à poursuivre dans ce sens. Deux exemples. A l'origine, le voeu 'public' est celui qui a pour objet la profession 'publique' c'est à dire visible par tous et reconnue par l'Église, des conseils évangéliques. Seule subsiste aujourd'hui la reconnaissance par l'Église et on enseigne que la différence entre voeu public et voeu privé est purement juridique. On oublie qu'on a joué sur le sens du mot 'public' qui signifie à la fois 'reconnu par l'autorité publique' et 'manifeste' 'visible'. L'autre exemple est tiré de la distinction entre voeu simple et voeu solennel. On enseigne que le voeu simple met en cause la simple licéité alors que le voeu solennel enlève la capacité. Si cette justification ou plutôt cette caractéristique de la distinction vaut pleinement pour le mariage (nous sommes sur le terrain du droit canon) elle s'applique moins bien à la pauvreté (car elle suppose la reconnaissance du voeu par l'État, l'Église étant sans pouvoir sur la capacité radicale des personnes quant aux biens temporels) et pas du tout à l'obéissance (que signifie une désobéissance rendant la démarche 'invalide'?).

Mais il existe une manipulation conceptuelle plus radicale encore et plus complexe. Il s'agit de la justification de l'obéissance absolue due aux 'interprétations' de la Congrégation du Concile. Elle est particulièrement perturbante parce qu'elle se sert de notions traditionnelles en les majorant et en les fausssant. De quoi s'agit-il?

La Congrégation interprète des points douteux ou tout au moins peu clairs. Les réponses sont écrites, scellées et envoyées aux consultants, mais elles ne sont publiées nulle part et ne doivent pas être promulguées ni reproduites. Et cependant, dit Fagnan, excellent canoniste et Secrétaire de la Congrégation, elles lient toute l'Église, tant au for interne qu'au for externe et ont effet rétroactif.

Pourquoi? C'est qu'elles sont de pures 'interprétations' et que, par conséquent, leur force obligatoire provient de la force obligatoire du Concile lui-même dont elles exposent le *vrai* sens. Par conséquent, quoiqu'il en soit de l'opinion des théologiens qui exigent, en cas de doute de droit, que la loi interprétative soit promulguée, les décisions de la Congrégation ont valeur universelle sans promulgation. En effet, les décrets disciplinaires du Concile, qui lient les fidèles de manière générale, sont gros (*in ventre habent*), même s'ils sont douteux, du sens exact que la Congrégation manifeste par sa déclaration. Toutefois, celui qui a agi de bonne foi à l'encontre d'une déclaration postérieure (!) ne sera pas passible des peines frappant les violateurs des décrets du Concile.

Prosper Fagnan invoque le droit romain exposé par Baldus de Ubaldis. «La sentence du prince qui clarifie un doute de droit, quoique rendue 'inter partes' et dans un cas particulier, fait droit 'quoad omnes' parce qu'elle n'a pas seulement

Universidad Pontificia de Salamanca

force de sentence mais valeur de statut général»[3]. Il faut lui rétorquer que cela vaut uniquement pour les jugements rendus personnellement par le Pape, *causa cognita* et en présence des parties, comme le dit Innocent IV dans son commentaire. Enfin selon Innocent III la règle est loin d'être absolue 'nisi forte cum aliquid causa necessitatis vel utilitatis inspecta, dispensative duxerit statuendum'[4].

Fagnan a tout simplement extrapolé une solution ancienne pour l'appliquer à une situation nouvelle qu'il doit, qu'il veut à tout prix justifier. Puisque la Congrégation du Concile tient son pouvoir du Pape, ses interprétations sont de même valeur que celles de celui-ci. Or, dans certains cas, les interprétations papales dans des cas particuliers ont force d'interprétation générale. Mais Fagnan a sans doute oublié que ces cas sont bien définis: il s'agit de jugements (et non d'interprétations administratives) émis personnellement par le Pape (et non par un de ses quelconques représentants) et *causa cognita et praesentibus partibus* c'est à dire dans un procès judiciaire contradictoire. Fagnan joue donc sur le sens d'*interpretatio*. Dans les textes qu'il invoque, il s'agit d'une interprétation du texte normatif contenue dans un jugement émanant du législateur au terme d'un procès contradictoire; Fagnan (il est difficile de croire que c'est inconsciemment) l'étend aux interprétations administratives émanant de la Congrégation. Que dire lorsque la Congrégation change d'avis? Ce qui arrive au moins deux fois. Il remarque que, cette fois, la décision ultime a été approuvée par le Pape: il ne se pose pas le problème de ces deux 'vérités' successives.

Un tel raisonnement, si toutefois on peut appeler cela un raisonnement, ne tient pas. Il fallait ou bien invoquer l'urgence de la situation, exigeant une discipline parfaitement uniforme, ou bien expliquer qu'il s'agissait de décisions portant sur des cas particuliers mais qui constituaient une jurisprudence interne de la Congrégation, laquelle les apliquerait à tous les cas semblables qui pourraient lui être soumis. Qu'elle considérait en outre comme nulles et non avenues les décisions épiscopales prises dans le passé en sens opposé, décisions qui devaient, en conséquence, être corrigées. Au lieu de cela, allant sans doute au plus pressé et dans l'atmosphère ambiante d'absolutisme, on s'est servi de notions juridiques existantes *que l'on a gauchies* pour justifier, plutôt mal que bien, une pratique juridique qui s'avérait nécessaire. Comme cela ne se produit que trop souvent, on a abstrait une norme de la situation pour laquelle elle avait été formulée et on l'a appliquée, sans respecter l'analogie, à une situation bien différente.

Si l'on ajoute que tout cela se passe dans une perspective de revendication pour l'Église du caractère de société parfaite dont nous avons fait état plus haut, voire même de société visible tout court face aux protestants, on ne s'étonnera

3 Prosper Fagnanus, *Commentaria in Quinque libros Decretalium* (Coloniae Agrippinae 1681) in c. *Quoniam*, de Constitutionibus, nn. 66-67, 14, 44 et in c. *Cum venissent*, de Iudiciis, nn. 18-19, 52-58, cf. la pratique similaire du 'Sacro Regio Consiglio' de Naples et sa justification dans: Giancarlo Vallone, *Le 'decisiones' di Matteo d'Afflitto* (Lecce 1988), p. 41-53.

4 G. Fransen, 'La valeur de la Jurisprudence en droit canonique', IC 15 (1975), 101-102.

Universidad Pontificia de Salamanca

pas que, malgré Suárez qui défend l'analogie de la notion de loi appliquée à la loi canonique, beaucoup de controversistes et même de canonistes oublient en pratique de tenir compte de cette analogie, préoccupés qu'ils sont de justifier le caractère sociétaire de l'Église et la juridicité vraie du droit canonique.

Cet héritage pèse encore sur nous aujourd'hui, bien que nous nous en dégagions peu à peu. Aucun pape, certes, ne pense plus à relever les sujets de la Reine d'Angleterre de leur obligation de fidélité, mais l'influence de concepts juridiques (et non théologiques) non corrigés et non critiqués reste redoutable aujourd'hui comme il le fut déjà au XIIIe siècle finissant et plus encore au XVIe siècle. Le manque de communication entre théologie et droit canon et l''autonomie' des deux disciplines (sans parler du mépris, cordial ou non, des maîtres de l'une pour les docteurs de l'autre) ne facilitent pas les remises en question. Que de méfaits et d'incompréhensions n'a pas engendré et n'engendre pas encore aujourd'hui cette 'orthodoxie juridique' qui, sous prétexte de simplification ou de respect des exigences du droit, produit de véritables blocages, inconscients le plus souvent, que l'historien du droit canonique s'emploie à démasquer.

Quelques exemples? La loi positive canonique peut-elle imposer des actes internes? en d'autres termes peut-on conclure d'une incompétence en matière pénale (au for externe) à une incompétence législative? Le droit 'pénal' de l'Église réprime-t-il la violation d'une loi (dont la peine serait la 'sanction') ou bien la peine ecclésiastique est-elle la sanction d'une conduite scandaleuse qui rend indigne de recevoir ou de conférer les sacrements? Les orientaux le pensent et c'est l'avis des anciens canonistes et des théologiens (intervention *ratione peccati*).

Voici deux autres exemples de ces blocages. Depuis le Code de 1917 on parle de 'forme canonique' du mariage. Le Concile de Trente, exigeant *ad validitatem* que le mariage soit célébré devant le curé propre et des témoins, renforçait l'*impedimentum clandestinitatis*. C'est, en cas de mariage mixte, le conjoint catholique qui est lié par cette exigence. En 1917, par souci d'orthodoxie juridique, on se mit à parler de 'forme canonique' de 'forme substantielle'. J'y vois au moins trois inconvénients:

— s'il s'agit vraiment d'une *forme substantielle,* comment peut-on en dispenser? Si elle n'est pas substantielle, comment maintenir l'invalidité des mariages conclus de bonne foi sans cette 'forme'?

— il y a un risque certain de confusion entre cette 'forme canonique' et la 'forme sacramentelle' du mariage.

— il devient impossible de justifier l'obligation, pour un non catholique épousant un catholique, de recourir à cette 'forme'. Pourquoi, en cas de religions différentes, les conjoints n'auraient-ils pas le choix du rite? S'il s'agit d'empêchement de clandestinité, le problème est résolu, du moins en théorie, puisque c'est le conjoint catholique qui est lié.

Récemment, on a voulu, faisant flèche de tout bois, justifier la présidence de l'assemblée eucharistique par un laïc en faisant appel à la coutume 'contra' ou 'praeter legem', ou encore à un 'usage' qui, plus ou moins toléré, pourrait un jour devenir coutume légitime. C'est oublier qu'il n'y a pas de coutume qui

Universidad Pontificia de Salamanca

tienne, au sens canonique du terme, si elle n'est pas 'raisonnable' et qu'aucune coutume ne peut prévaloir contre ce que l'Église estime 'de droit divin' ou encore qu'elle réprouve (je ne dis pas qu'elle interdit) par avance.

Mais il est temps de conclure. Les exemples pourraient se multiplier. Nous vivions encore, à la veille du nouveau Code, dans le culte du droit écrit, dont nous scrutions les termes pour découvrir la volonté du législateur. Pour les anciens le texte avait, certes, son importance, mais ce qui était décisif c'était, comme le dit excellement Fagnan sans vouloir le mettre en pratique, l''intellectus, mens, sententia, vis, robur, spiritus, medulla, anima, radix' c'est à dire ce qui est la raison d'être de la loi, la *ratio legis* bien comprise et en dehors de laquelle on ne peut pas interpréter la lettre de la loi sans être infidèle à ce qu'elle prescrit. Or, le droit canonique a, trop souvent, appliqué des concepts juridiques à des situations qui dépassaient ces notions que nous avions, trop souvent, 'chosifiées.' Nous avons aussi tendance, malgré certains efforts en sens inverse, à vouloir raccrocher toute obligation à une loi positive, construisant ainsi un système clos, alors que le droit classique, loin de prévoir pour chaque catégorie de fidèles un *statut* bien difficile à définir, se contentait d'intervenir pour prévenir ou réprimer les abus. Nous nous sommes écartés de la théologie en instant sur la positivité de la norme canonique, sur son origine volontariste et sur sa juridicité, qui ne pouvait en rien le céder à celle de la loi des États. Tel est et reste finalement le lourd héritage de la centralisation tridentine, héritage qui, cependant, n'était pas fatal et dont nous commençons, peu à peu, à nous dégager.

Ceci est et sera, affaire de doctrine, mais la voie est indiquée par le nouveau Code. La référence expresse à Vatican II, dont il devrait, selon Jean-Paul II, être la traduction en termes juridiques, est une brêche dans le système clos qui coupait toute perspective non juridique (à tel point que, pour certains, le droit naturel ne valait que s'il était canonisé). A qui lit le Code sans préjugés, à qui surtout peut consulter les travaux préparatoires, il apparaît comme résultant d'une longue marche en avant, de la primauté du droit formel (encore représentée par le livre I) à celle des réalités surnaturelles. Les canons qui devaient trouver place dans la défunte *Lex Ecclesiae fundamentalis* et qui reprennent des énoncés conciliaires font circuler des bouffées d'air frais dans le vieil édifice canonique. On a eu beau remplacer les *debet* par *obligatione* (scil. *canonica*) *tenetur,* cela ne trompe personne. C'est moins de la volonté du législateur que de la nature (ou plutôt de la surnature) des choses que procèdent les normes concernant les sacrements, les droits des fidèles, ceux de la hiérarchie. On se trouve devant un 'mode d'emploi normal, sain et régulier' dont on ne se départira pas sans motif, mais qui, finalement, est très souvent plus proposé qu'imposé, quitte à ce que le canoniste de service fasse les démarches nécessaires pour que tout (y compris les dérogations) se fasse dans l'ordre. Un Code universel peut ainsi être appliqué selon le génie des divers pays, des diverses régions qu'il doit régir et d'après les nécessités concrètes de la vie religieuse du peuple de Dieu.

Universidad Pontificia de Salamanca

C'est le second point qui frappe l'observateur (du moins celui qui n'est pas dyspepsique, car pour certains, le Code ne peut qu'être mauvais): non seulement le droit canon a retrouvé son caractère religieux (perdu depuis le XIIIe siècle, disait Gabriel Le Bras) mais il a pris conscience et tient compte, même si on ne considère que le droit de l'Église latine, ce qui est notre propos, des différences très grandes qui existent entre les Églises locales. Il est organisé de telle manière que ces différences puissent être intégrées, dans l'ordre, sans nuire à l'unité. L'expérience, très importante, est confiée à la sagesse des Pasteurs (Conférences épiscopales et Évêques diocésains, Conférences plus larges comme le CELAM); il ne faudrait pas qu'elle échoue par la maladresse ou la raideur de quelques uns, *laudatores temporis acti,* mais il ne faudrait pas non plus entretenir un conformisme du non conformisme et consacrer la nouveauté parce que 'autre', alors qu'elle est souvent conforme à la nature (ou à la surnature) des choses et à la manière particulière (et privilégiée) dont telle ou telle Église vit l'unique christianisme. Rappelons enfin que le droit canonique 'classique' —celui de 1917 dont j'ai dit tant de mal— avait dans son arsenal de quoi promouvoir et réaliser cette diversité dans l'ordre: dispenses, privilèges, coutumes *contra* et *praeter legem* en faisaient partie, tout comme, pour les cas extrêmes, la *tolerantia* et la *dissimulatio*... mais les canonistes avaient été plus soucieux d'uniformité dans l'application de la loi que des adaptations nécessaires ou souhaitables (et suggérées) et ils ont ainsi causé un tort considérable à ceux qu'ils devaient aider, étouffant une pastorale sous des règles obsolètes ou la laissant foisonner sans autre norme que la fantaisie ou l'arbitraire. C'est à eux en grande partie qu'il faut faire hommage (*sit venia verbo*) de la crise du droit canon: ils n'ont pas su promouvoir (en avertissant les évêques dont ils sont les techniciens) ni protéger (en mettant en oeuvre une technique éprouvée) une pastorale humaine et adéquate.

C'est dans le même rayon que nous rangeons les Synodes d'Évêques pour l'Église Universelle, l'internationalisation de la Curie et le *new look* des Congrégations Romaines. Celles-ci dorénavant paraissent beaucoup plus soucieuses d'informer et de rassembler que de promulguer des normes disciplinaires, de fabriquer des Décrets ou de porter des condamnations. Elles apparaisent désormais comme des instances de concertation et des centrales d'information et de communication, mettant à l'ordre du jour des problèmes concrets, permettant aux différentes expériences de se comparer et de s'évaluer, aux démunis de bénéficier des résultats des essais des anciens, bref de permettre, en connaissance de cause cette fois, aux évêques d'adopter telle ou telle orientation pastorale. Il y a de fausses pistes qu'il faut signaler, des dangers qu'il faut démasquer, des initiatives qui ont fait leurs preuves et qu'il faut répandre. Il y a aussi des problèmes nouveaux qui réclament une étude globale. Enfin, la diversité de la problématique elle-même dans les diverses zones de la chrétienté peut aider à mieux estimer les solutions à préconiser. Les visites *ad limina* et les voyages du Pape s'inscrivent dans la même perspective: recueillir des informations de première main et permettre leur confrontation avec une documentation que l'on s'accorde à estimer digne de confiance. Sans doute tout n'est-il pas parfait dans ce système qui est encore en rodage, mais il diffère du tout au tout d'une Curie

Universidad Pontificia de Salamanca

omnipotente (ou qui avait la prétention ou donnait l'impression de l'être).

Bref, et je renvoie à ce que j'écrivais lors de la présentation du Code [5], nous passons, non sans remous, d'une législation centralisante et volontariste, à une proposition raisonnée et raisonnable de la manière estimée la meilleure et la plus convenable de conduire l'activité ecclésiale. Dans certains cas, et on l'explique, il n'est pas possible de se séparer, même en matière simplement disciplinaire, de l'ensemble de l'Église car il faut, dans la diversité, maintenir la cohésion nécessaire; dans d'autres cas, il appartiendra aux canonistes de veiller a ce que les dérogations aux règles proposées s'effectuent dans l'ordre et non plus, comme lors de la crise du droit canonique, dans l'anarchie la moins responsable.

Cela suppose sans doute toute une éducation, tant de la part des canonistes que de la part des pasteurs; cela rend au droit canon sa mission d'encadrement et de mise en garde, en maintenant deux valeurs fondamentales: la vérité de la démarche et sa cohésion avec l'ensemble de l'Église (nous dirons sa solidarité chrétienne); cela permet une attention à l'Esprit-Saint en même temps qu'une estime de l'expérience chrétienne... Et le droit, me demandra-t-on? Il reste ce qu'il a toujours été: un outil et une sauvegarde de la pastorale... On peut même se demander si, lorsque nous l'avons perçu comme un carcan, ce carcan n'était pas nécessaire, comme le lombostat d'un malade osseux. Mais il es est du 'droit' canon comme du reste de l'institution ecclésiale: restant fondamentalement semblable à lui-même, il doit se mouler et sur les circonstances de temps et sur les nécessités et la psychologie des chrétiens et des non chrétiens qui sont tous à évangéliser. La technicité qui était la sienne lui avait fait perdre une bonne partie de son sens religieux, qu'il retrouvait seulement 'à cause des matières dont il s'occupait': l'attention à la démarche religieuse ne devrait pas lui faire oublier aujourd'hui la nécessité de l'unité dans une diversité qui ne peut être anarchique, ni des acquis techniques qui restent précieux.

Tout ceci rapproche étonnament le droit canon de la théologie. C'est vrai pour l'ecclésiologie et pour l'oecuménisme, vrai aussi pour la sacramentaire où trop souvent les théologiens ignorent (ou interprètent selon leur idéologie) les enseignement de la 'pratique de l'Église', lieu théologique cependant. Puisque c'est une vision de foi qui doit inspirer (et limiter) le droit canon, il importe que canonistes et théologiens travaillent main dans la main et se concertent, donc se comprennent. Malheureusement, nous sommes encore trop loin de cette harmonie... et la pénurie de vocations, en raréfiant les effectifs des Facultés (ou des Sections) de Droit canonique voire en suspendant celle-ci (ce qui vient d'arriver chez nous) ne favorisera ni la réflexion ni la formation de vrais canonistes qui soient en même temps des théologiens à part entière. C'est cependant dans cette direction qu'il faut oeuvrer. Sans doute, une solide formation juridique sera nécessaire pour conduire les procès et la discipline, pour fixer les compétences et organiser un diocèse; mais sans une réflexion théologique et historique poussée, au-delà de celle d'un bon Séminaire, le canoniste risque d'être infidèle au

5 G. Fransen, 'Le nouveau Code de droit canonique. Présentation et réflexions', *Revue Théologique de Louvain* 14 (1983) 275-288.

Universidad Pontificia de Salamanca

nouveau Code et responsable de mesures qu'il n'aura pas su situer à leur juste place dans l'effort d'évangélisation et de christianisation qu'il faut promouvoir et garantir.

Heurs et malheurs du droit canon. Nous avons largement souffert de ses malheurs; puissions-nous voir se dessiner un renouveau que tous appellent de leurs voeux, même si ils entendent parfois le réaliser par des voies différentes.

Gérard Fransen
Université Catholique de Louvain, Louvain-La-Neuve

Universidad Pontificia de Salamanca