

# LA NOTION DE *IUS* EN DROIT SACRAMENTAIRE CHEZ GRATIEN ET LES DÉCRÉTISTES

THIERRY SOL

ABSTRACT: A partir de la controverse entre Villey et Tierney à propos de la naissance de la conception subjective du droit, cet article propose d'explorer la notion de droit qui sous-tend l'argumentation de Gratien et des décrétistes en droit sacramentaire. La nécessité d'apporter une réponse pratique et nuancée au problème des clercs simoniaques, hérétiques ou schismatiques conduisit les auteurs à mettre en place des distinctions qui se situent davantage dans le cadre d'une vision objective du droit.

MOTS-CLEFS: Droit subjectif, Gratien, décrétistes, *executio potestatis*.

ABSTRACT: Villey and Tierney discussed about the birth of subjective right. This article wants to explore the notion of right which stands behind the argumentation of Gratian and the decretists in sacramental law. The need for a practical and nuanced response to the problem of simoniacal, heretical or schismatic clerics led these authors to develop distinctions, in the context of an objective conception of right.

KEY WORDS: Subjective right, Gratian, decretists, *executio potestatis*

SOMMARIO: I. La notion de conception subjective du droit dans le débat Villey-Tierney. – II. La notion de droit chez Gratien, à partir de la distinction entre *potestas* et *executio potestatis*. – III. L'approfondissement d'une réflexion basée sur une conception objective du droit chez les décrétistes. – IV. Pourquoi l'analyse se fit-elle dans le domaine de la célébration des sacrements à partir d'une notion objective de droit?

## I. LA NOTION DE CONCEPTION SUBJECTIVE DU DROIT DANS LE DÉBAT VILLEY-TIERNEY

### *Hypothèses généalogiques*

MICHEL VILLEY intégra sa thèse sur la naissance du droit subjectif à une vaste reconstruction de la pensée juridique depuis l'Antiquité, articulée autour de l'identification – ou de la dissociation – des notions de *ius* et de *potestas*. Il affirma que le passage d'une conception réaliste du droit (celle d'Aristote, du droit romain et de saint Thomas d'Aquin) à une conception subjectiviste (le droit conçu comme pouvoir de l'individu) se fit au XIV<sup>e</sup> siècle.

cle, à la faveur de la controverse sur la pauvreté franciscaine et du développement de la philosophie volontariste d'Ockham.<sup>1</sup>

Brian Tierney remet en cause cette thèse, quant à sa pertinence en termes de clef d'interprétation de l'histoire du droit, et il recherche les prodromes de la notion de droits naturels (*rights*) – par opposition au droit objectif et positif (*laws*) –, non dans le cadre de la naissance des démocraties modernes, mais dans des sociétés a priori structurées sur la communauté plus que sur l'individu.<sup>2</sup> Il affirma qu'il était possible d'en trouver les germes déjà dans le droit romain, mais surtout dans le droit canonique du XII<sup>e</sup> siècle. Ockham aurait donc repris et systématisé une conception déjà existante en vue de sa propre argumentation. Cette interprétation a été largement suivie par Reid.<sup>3</sup>

Tierney part d'une réflexion sur le droit naturel, mais rien n'interdit d'appliquer sa problématique au droit en général: Quand l'expression *ius naturale*, qui faisait traditionnellement référence à une harmonie cosmique, à la justice objective ou bien à la loi morale naturelle, commença-t-elle à revêtir le sens d'un droit naturel subjectif? Quel contexte culturel, quelles circonstances historiques rendirent ce changement de paradigme acceptable?<sup>4</sup> La seconde question permet de répondre à la première. Tierney est convaincu que l'on pourrait trouver dans le droit canonique du XII<sup>e</sup> siècle les caractéristiques propices à l'émergence d'une réflexion renouvelée sur la nature du droit.<sup>5</sup> C'est là que l'ancien terme de *ius naturale* aurait été conçu comme une sorte de pouvoir subjectif ou de faculté de l'individu, comme «zone de libre choix et d'autonomie», en particulier repérable dans la no-

<sup>1</sup> C'est la thèse qui parcourt l'ensemble des cours dispensés de 1961 à 1965, réédités in M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, PUF, 2003. Cette thèse fut aussi développée dans de nombreux articles, qui comportent parfois certaines inflexions: *Le "ius in re" du droit romain classique au droit romain moderne*, in *Conférences faites à l'Institut de droit romain en 1947*, Paris, Sirey, 1950, p. 187-225; *Les origines de la notion de droit subjectif*, in *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1962, p. 221-250; *Les Institutes de Gaius et l'idée du droit subjectif*, in *Leçons d'histoire* p. 167-188; *La genèse du droit subjectif chez Guillaume d'Occam*, «Archives de philosophie du droit», 1964, vol. 9, p. 97-127.

<sup>2</sup> Les principaux articles ont été réédités in: B. TIERNEY, *The Idea of Natural Rights: Studies on Natural Rights, Natural Law and Church Law 1150-1625*, Atlanta, Scholars Press, 1997; Mentionnons aussi les articles suivants: *Natural Law and Natural Rights: Old Problems and Recent Approaches*, «The Review of Politics», 2002, vol. 64, p. 389-406; *The Idea of Natural Rights-Origins and Persistence*, «Northwestern Journal of International Human Rights», 2004, vol. 2.

<sup>3</sup> C.J. REID, *The Canonistic Contribution to the Western Right Tradition: An Historical Inquiry*, «Boston College Law Review», 1991, vol. 33, p. 37-92.

<sup>4</sup> B. TIERNEY, *Origins of Natural Rights Language: Texts and Contexts 1150-1625*, in *The Idea of Natural Rights: Studies on Natural Rights, Natural Law and Church Law, 1150-1625*, Atlanta, Scholars Press, 1997, p. 43-77, p. 46-47.

<sup>5</sup> B. TIERNEY, *The Idea of Natural Rights-Origins and Persistence*, cit., parag. 5.

tion de «loi naturelle permissive». <sup>6</sup> En s'intéressant aux interactions entre le contexte historique et le discours des canonistes du XII<sup>e</sup> siècle, <sup>7</sup> Tierney veut comprendre comment des textes canoniques hérités des sources chrétiennes classiques furent lus dans le contexte nouveau du XII<sup>e</sup> siècle, qui offrait précisément à ces réinterprétations un vaste horizon de possibilités. <sup>8</sup>

Or Villey signalait lui aussi l'importance du XII<sup>e</sup> siècle, mais pour des raisons inverses, y voyant au contraire la renaissance de la notion réaliste de droit, à la faveur de la redécouverte du droit romain et du développement de la jurisprudence. <sup>9</sup> Depuis lors, le débat entre les deux thèses n'a cessé, car il porte sur une des questions permanentes – et irrésolues – de la science juridique. <sup>10</sup>

*Les ambiguïtés de la controverse: à la recherche de quel droit subjectif?*

A priori, Villey et Tierney traitent la même problématique: l'existence d'une conception subjective du droit au XII<sup>e</sup> siècle, c'est-à-dire un droit surgissant de la possession d'un pouvoir intimement lié à la personne. Tierney définit le droit subjectif comme un pouvoir ou une force inhérent à l'individu, tan-

<sup>6</sup> *Ibid.*, paragr. 8

<sup>7</sup> Tierney se réfère aux analyses de J.G.A. POCKOCK, *The Concept of Language and the Métier d'Historien: Some Considerations on Practice*, in A. PAGDEN (dir.), *The Language of Political Theory in Early Modern Europe*, New York, Cambridge University Press, 1987. On pourrait aussi ajouter les réflexions de Q. SKINNER, *Visions of Politics: Volume 1: Regarding Method*, Cambridge, 2002, chap. 9 et 10.

<sup>8</sup> Cf. B. TIERNEY, *Origins of Natural Rights Language: Texts and Contexts 1150-1625*, cit., p. 48.

<sup>9</sup> M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, cit., p. 140-141.

<sup>10</sup> Pour une vision récente du débat, et une discussion favorable aux thèses de Villey, voir A. PADOVANI, *Birth of a Legal Category: Subjective Rights*, «Divus Thomas», 2013, vol. 116, p. 37-55. Concernant la bibliographie récente sur la question, on pourrait sommairement regrouper les auteurs de la façon suivante: en faveur de la thèse de Villey: E. CORTESE, *I diritti fondamentali della persona negli ordinamenti medievali fino alle esperienze precodificatorie*, in *I diritti fondamentali della persona umana e la libertà religiosa*, Città del Vaticano, 1985, p. 69-84, p. 69-84; J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2001; J.M. KELLY, *A Short History of Western Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1992; P. GROSSI, *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, Milano, Giuffrè, 1992; L. PARISOLI, *Volontarismo e diritto soggettivo. La nascita medievale di una teoria dei diritti nella Scolastica francescana*, Roma, Istituto Storico dei Cappuccini, 1999. Ces auteurs sont au moins d'accord sur la chronologie proposée par Villey, mais pour des motifs parfois différents. En faveur des thèses de Tierney, on pourrait au contraire citer: K.W. NOERR, *Zur Frage des subjektiven Rechts in der mittelalterlichen Rechtswissenschaft*, in D. MEDICUS, K.W. NOERR, W. ZOELLNER H.-J. MERTENS (dir.), *Festschrift fuer Hermann Lange zum 70. Geburtstag am 24. Januar 1992*, Stuttgart, 1992, p. 193-204; K. PENNINGTON, *The Prince and the Law, 1200-1600: Sovereignty and Rights in the Western Legal Tradition*, Berkeley (CA); Los Angeles (CA); Oxford (UK), University of California Press, 1993, ainsi que dans un article de 1998, faisant suite à la publication du livre de Tierney: K. PENNINGTON, *The History of Rights in Western Thought*, «Emory Law Journal», 1998, vol. 47, p. 237-252.

dis que le droit objectif serait le droit garanti à la personne par une loi. Mais sur ce dernier point, une ambiguïté demeure : quand il parle de droit objectif, Tierney emploie le terme «*laws*», norme «objective», et transforme alors le «droit objectif» de Villey en un droit positif de type anglo-saxon. Sans doute convient-il, dans les lignes qui vont suivre, et pour éviter tout malentendu de conserver malgré tout au «droit objectif» le sens réaliste que Villey lui attribue, et de corriger au passage la définition de Tierney, trop liée à une conception positiviste du droit. La notion de droit objectif devait être précisément détachée du droit positif, afin de désigner, comme le proposait Villey, le caractère juste de l'objet, éventuellement reconnu et défendu comme tel par une loi.

Préciser Tierney par Villey, n'est-ce pas là contradictoire ? Cette précision apportée à la définition de Tierney, ne remet pourtant pas en cause le fond de l'argumentation de ce dernier, dans la mesure où elle semble au contraire faciliter son projet, de rendre l'analyse moins dépendante d'un cadre politique prédéfini et de l'existence d'un corpus de lois solidement établi. Ainsi, non seulement le droit subjectif, mais aussi le droit objectif peuvent se rencontrer à n'importe quelle période de l'histoire : l'un désigne une réflexion juridique qui part du sujet, l'autre la définition du caractère juste d'une relation autour d'un objet dû.

Ce problème n'est pas le seul : Tierney focalise sa démonstration sur quelques expressions selon lui révélatrices d'une conception subjective du droit, telles *potestas*, *facultas dandi*. Mais derrière ces dernières expressions, faut-il vraiment entrevoir une telle conception ? En outre, de telles catégories sont-elles adaptées à la période ? Elles ne le sont sans doute pas si l'on entend par droit objectif ou subjectif ce que comprend aujourd'hui la science juridique lorsqu'elle emploie ces termes. La société du XII<sup>e</sup> siècle ne pouvait en effet concevoir des droits subjectifs sur le modèle des droits individuels que connut la société moderne après la Révolution française.<sup>11</sup>

Pour dissiper les risques d'un tel anachronisme, Tierney précisa que la conception subjective du droit au XII<sup>e</sup> siècle n'était en rien l'expression d'une forme d'individualisme, mais répondait plutôt à une vision de la personne humaine comme individu libre et rationnel, capable de discernement moral et lié à ses semblables par des devoirs de justice et de charité. En outre, les conceptions réaliste et subjective du droit cohabitaient alors en harmonie car, selon Tierney – et son objection historique à Villey se double ici d'une objection philosophique – elles ne sont pas contradictoires mais complémentaires.<sup>12</sup>

<sup>11</sup> Voir sur ce point les articles de H. COING, *Signification de la notion de droit subjectif*; J. DABIN, *Droit subjectif et subjectivisme juridique*, et G. KALINOWSKI, *Logique et philosophie du droit subjectif*, «Archives de philosophie du droit», 1964, vol. 9, p. 1-43.

<sup>12</sup> Cf. B. TIERNEY, *The Idea of Natural Rights-Origins and Persistence*, cit., paragr. 14. Tierney

La reprise du débat entre Villey et Tierney exige donc une délimitation préalable de son objet, car l'utilisation des mots *potestas*, *auctoritas* ou encore *facultas* ne sont pas suffisants pour déduire l'existence d'un droit subjectif, et l'on ne peut faire confesser aux mots des sens qu'ils ignorent ou comprennent d'une façon différente. Tierney a malgré tout choisi de partir des acceptions modernes,<sup>13</sup> mais il entend aussi élargir le concept recherché: Il s'agit de trouver des modèles de langage dans lesquels *ius naturale* signifie aussi pouvoir de personnes individuelles, qui, en accord avec la droite raison et le discernement moral définissent un espace de liberté, dans lequel l'individu peut revendiquer des pouvoirs dont il dispose par le simple fait d'être un homme.<sup>14</sup>

Or, selon Tierney, un tel «réseau linguistique» est précisément né dans les ouvrages des décrétistes médiévaux.<sup>15</sup> Bien que l'on ne puisse trouver chez eux des traités explicites sur les droits individuels, et qu'il faille reconstruire leur pensée à partir de gloses, parfois laconiques, sur des sujets variés, l'association entre *ius* et *potestas* n'en resterait pas moins chez eux un lieu commun.<sup>16</sup> Tierney est néanmoins conscient que mentionner les occurrences de termes ne suffit pas, et que ceux-ci doivent être compris dans leur contexte.<sup>17</sup>

L'adaptation de l'objet de la recherche à la période étudiée est plus que jamais délicat. En fait l'aspect décisif de la recherche n'est pas l'existence de

renvoie ici à J. MARITAIN, *The Person and the Common Good*, 1966, p. 67. Tierney développe aussi ces idées dans *Foundations of the Conciliar Theory: the Contribution of the Medieval Canonists from Gratian to the Great Schism*, Cambridge, 1955, p. 100-108.

<sup>13</sup> Tierney s'appuie en particulier sur la taxinomie établie par W. HOHFELD, *Fundamental Legal Conceptions*, New Haven, Yale University Press, 1919.

<sup>14</sup> B. TIERNEY, *Origins of Natural Rights Language: Texts and Contexts 1150-1625*, cit., p. 54.

<sup>15</sup> *Ibid.*: "I want finally to argue that this whole complex of associated ideas, this lattice work of language, first grew into existence in the works of the medieval Decretists."

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 57. "And the association of right and power, *ius* and *potestas* (Ockham's "semantic revolution" according to Villey), was commonplace in twelfth-century canonistic discourse." Tierney donne quelques exemples: "The papal election decree incorporated into the *Decretum* at D.23 c.1 referred to "the right of the power to elect" (*ius potestatis eligere*). In discussing the status of bishops-elect, Huguccio wrote simply, "They have the power of administering that is the right of administering" [*Summa* in D.23 c.1]. Gratian attributed to the pope a right (*ius*) of establishing laws (surely an active right) [C.25 q.1 d.p.c.16], and Huguccio observed that since the pope had been given the right, therefore he had full power in this matter [*Summa*, in D.4 d.p.c.3]. Tierney renvoie aux exemples cités par C.J. REID, *The Canonistic Contribution to the Western Right Tradition: An Historical Inquiry*, cit.

<sup>17</sup> B. TIERNEY, *Origins of Natural Rights Language: Texts and Contexts 1150-1625*, cit., p. 69-70. "So far we have considered only isolated definitions of *ius naturale*, only *paroles* one might say To answer our question we should need to consider the whole *langue*, the whole context of discourse in which the words were embedded, and the ways in which it was transmitted to later thinkers."

*facultates* ou de *potestates*, mais le fait de reconnaître dans ces pouvoirs de vrais droits, ou de penser que le droit naît – ou, plus précisément, naît seulement – de la possession personnelle d'un tel pouvoir.<sup>18</sup> Car s'il est vrai que le droit subjectif soit présent dans tout rapport juridique comme contre-partie nécessaire de l'existence d'un droit objectif,<sup>19</sup> il n'est pas en revanche si nécessaire de le concevoir comme la source de tout droit: on peut donc associer *ius* et *potestas* sans faire découler le premier du second. Voilà le point à examiner chez les décrétistes. Par conséquent, il ne s'agit pas de se demander si le concept de droit subjectif existait déjà au XII<sup>e</sup> siècle, mais plutôt de dire si, dès ce moment, cette conception subjective occupait tout le champ conceptuel juridique, au point de comprendre le droit fondamentalement, voire exclusivement, comme *potestas*.

### *Le droit sacramentaire comme champ d'analyse*

Apporter une réponse générale au débat entre Villey et Tierney impliquerait une analyse de l'ensemble des thématiques traitées par Gratien et les décrétistes. L'entreprise est si vaste qu'elle justifie de se limiter les recherches et donc les conclusions à un seul aspect, celui du droit sacramentaire. D'autres domaines, telle l'élection épiscopale, ou bien encore les notions de *ius ad rem* / *ius in re*, déjà visitées par Dondorp<sup>20</sup> et Landau<sup>21</sup>, ouvrent des pistes sans doute plus directement prometteuses. Ceci dit, le droit sacramentaire se trouve au cœur du droit canonique, et Gratien ouvre précisément la deuxième partie de sa *Concordance* par le thème de la simonie.

En outre, le droit sacramentaire se trouve au carrefour de multiples problématiques, qui peuvent perturber l'analyse de la demande initiale, mais qui peuvent aussi en montrer le caractère «crucial». Il serait par ailleurs illusoire de penser que les conceptions subjectives ou objectives du droit se présentent sous une forme pure. Ainsi, la question de la délimitation entre pouvoir d'ordre et pouvoir de juridiction, et donc toute la controverse engagée par Rudolf Sohm sur la place du droit dans l'Église présente le risque de parasiter la problématique, mais elle montre en même temps l'importance du droit sacramentaire dans la réflexion sur la notion de droit.

<sup>18</sup> Cf. A. GUZMAN, *Historia de la denominacion del derecho-facultad como subjetivo*, in O. CONDORELLI (dir.), *Panta rei. Studi dedicati a Manlio Bellomo*, Roma, Il Cigno, 2004, p. II 525-558.

<sup>19</sup> Cf. E. BAURA, *Parte generale del diritto canonico: diritto e sistema normativo*, Roma, EDUSC, 2013, p. 49-53.

<sup>20</sup> H. DONDORP, *Ius ad rem als Recht, Einsetzung in ein Amt zu verlangen*, «Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis», 1991, vol. 59, p. 285-318; *Zum Begriff Ius ad rem bei Innocenz IV.*, Città del Vaticano, Biblioteca Apostolica Vaticana, 1997.

<sup>21</sup> P. LANDAU, *Zum Ursprung des ius ad rem in der Kanonistik*, vol. 4, Città del Vaticano, Biblioteca Apostolica Vaticana, 1971.



À la complexité de la problématique du point de vue de la théorie fondamentale du droit dans l'Église, s'ajoute aussi le fait que le thème de la validité des sacrements n'offrait pas encore de certitude théologique au moment où Gratien rédige la *Concordantia*. Mais ces incertitudes donnent en même temps à la réflexion de Gratien et des décrétistes une certaine liberté d'interprétation et de conclusion qui ne font qu'augmenter l'intérêt de la question.

En s'interrogeant sur la validité et la licéité des sacrements célébrés par les clercs hérétiques, schismatiques ou simoniaques, le droit sacramentaire mit en effet l'accent sur des situations où se trouvait problématisé le rapport entre la situation personnelle du ministre (à la fois morale et juridique) et sa fonction au service de l'Église, c'est-à-dire entre une situation subjective de possession personnelle du sacrement de l'ordre (*potestas ordinis*) et une situation de distribution des sacrements proprement ecclésiale.

Tierney n'a pas signalé de façon particulière le domaine des sacrements comme le lieu où se serait manifestée une vision subjective du droit au XII<sup>e</sup> siècle. Il parlait, comme on l'a dit, de considérations beaucoup plus générales, liées au thème du droit naturel, et c'est d'ailleurs par cet angle qu'il abordait son analyse du droit chez Rufin.<sup>22</sup> On pourrait alors reprocher à notre étude d'avoir choisi un domaine d'analyse qui excluait a priori la notion de droit subjectif, bref, d'avoir cherché une notion là où nous étions certains de ne jamais la trouver. À cette objection, deux types de réponse peuvent être fournis.

D'abord, si Tierney n'a pas parlé du droit des sacrements, ou du pouvoir de lier ou de délier, il ne les a non plus jamais exclus. Du reste, il dit à propos de Rufin, que la notion de droit subjectif, selon lui particulièrement claire dans le domaine du droit naturel, constitue le fondement de sa conception du droit, applicable à tout le reste de son système juridique. Si cela est vrai, cette conception devrait aussi se retrouver dans les passages où Rufin traite des sacrements chez les hérétiques, ainsi que de leur pouvoir de lier et de délier, thèmes essentiels pour un canoniste. Notre domaine de recherche se trouve donc ainsi implicitement justifié. Mais il y a plus que cet argument *ex silentio*.

Le thème des sacrements offre en effet un lieu juridique privilégié pour trouver des traces de droit subjectif: quoi de plus solidement établi et de plus fermement attaché à l'individu que la *potestas ordinis*? S'il est un droit que l'on pourrait considérer a priori comme subjectif, ne serait-ce pas justement celui de célébrer les sacrements? Ce droit, né d'une *potestas* inamissible, se

<sup>22</sup> B. TIERNEY, *Ius and Metonymy in Rufinus*, in R. CASTILLO LARA (dir.), *Studia in honorem eminentissimi Cardinalis Alphonsi M. Stickler*, Roma, Libreria Ateneo Salesiano, 1992, p. 549-558.

prête tout à fait à une conception subjective: les notions de *ius faciendi* ou de *ius exequendi potestatem* semblent même bâties à la mesure du droit subjectif. Une voie, de surcroît sans doute plus simple, s'offrait donc en ce domaine aux décrétistes pour penser le droit des sacrements et le pouvoir de lier et de délier de façon subjective.

Mais d'où provient en fait le *ius celebrandi sacramenta*? D'une considération essentiellement subjective du pouvoir sacramental du ministre ou bien d'une réflexion sur l'ensemble des facteurs relatifs à la finalité du sacrement, à sa nécessité, à son opportunité pour le bien de l'Église ou des fidèles, facteurs dans lesquels pourrait au contraire s'exprimer une vision fondamentalement objective du droit? Quel est donc le poids relatif, dans l'argumentation, de la situation personnelle du ministre, de la finalité du sacrement, de la situation du fidèle qui le reçoit, de la décision de l'autorité ecclésiastique dans la réponse juridique apportée par Gratien et par les décrétistes? La réponse se trouve assurément davantage dans l'argumentation employée que dans l'utilisation de certains termes dont la signification est trop fluctuante pour pouvoir valablement refléter une conception particulière.

## II. LA NOTION DE DROIT CHEZ GRATIEN, À PARTIR DE LA DISTINCTION ENTRE *POTESTAS* ET *EXECUTIO POTESTATIS*

Le *Décret* de Gratien se présente comme une œuvre charnière entre plusieurs interprétations de la valeur des sacrements chez les hérétiques. Gratien recueille cet héritage théologique, pastoral et canonique de façon médiate. Il expliqua les solutions proposées à chaque époque, en limita la portée à un moment, à un lieu déterminé, à un aspect du problème, à une situation de nécessité ou de grande utilité. Ce faisant, Gratien, *volens nolens*, dégage des principes juridiques et propose une méthode qui guidera la réflexion des juristes ultérieurs. Et cette science juridique qui procède par distinctions afin de répondre à la multiplicité des situations, génère ou tout au moins s'oriente, sans doute inconsciemment, mais de façon quasiment nécessaire, vers une conception objective du droit.

Pour apprécier la conception du droit qui sous-tend l'analyse de Gratien, sans doute convient-il de poser une question préalable: en tenant compte de ses sources, quelle conception du droit était-on en mesure d'attendre de sa part? Si l'on s'en tient à la problématique de la validité des sacrements chez les simoniaques, hérétiques et schismatiques, on peut dire que ses sources lui offraient une réflexion centrée sur la *potestas* des clercs et leur possession d'un *ius dandi sacramenta*. C'était en effet majoritairement vers la question de la titularité de la *potestas ordinis* que s'étaient orientées les recherches précédentes. Pour savoir si un hérétique pouvait célébrer un sacrement ou prononcer une sentence, il s'agissait essentiellement de savoir si ce clerc en



avait la faculté, car de cette faculté naissait un droit. On rejoindrait donc en partie ici une des intuitions de Villey, lorsqu'il signalait que la théologie de saint Augustin avait favorisé une certaine vision subjective du droit.<sup>23</sup>

Le legs de saint Augustin concernant cette problématique apparaît double et durablement influent. Pour assurer la validité des sacrements, la solution augustinienne conduisait à valoriser la *potestas ordinis*. Ce schéma favorisa sans doute une conception subjective du droit, qui garantissait de la meilleure façon la validité des sacrements et de l'action divine, quels que fussent par ailleurs les égarements du clerc, car ceux-ci devenaient alors secondaires par rapport à la question de la titularité du pouvoir. La subjectivisation du droit semblait être le prix juridique à payer pour affirmer simplement l'efficacité des sacrements dans le cas des hérétiques.

Mais Gratien retint surtout un autre aspect de l'héritage augustinien: l'image du ministre comme canal de la grâce.<sup>24</sup> Grâce à cette métaphore, la validité du sacrement s'inscrivait dans un contexte plus vaste que celui de la seule possession de la *potestas* par le ministre, qui intégrait à la fois Dieu et le fidèle et replaçait le ministre dans la juste lumière de sa médiation, comme instrument de transmission. Ceci déterminait une approche différente du même problème, cette fois sur le terrain du droit objectif, car on ne pouvait seulement considérer que le ministre fit un exercice absolu d'une faculté qu'il détenait du fait même de son ordination. Il apparaissait clairement aussi que la possession du pouvoir d'ordre ne pouvait générer à elle seule la justice de son exercice.

L'étude des *dicta* de Gratien ainsi que la façon dont il agença son analyse semblent indiquer qu'il privilégia cette seconde voie, qui paraît plus judicieuse pour débrouiller la problématique. La distinction entre *potestas ordinis* et *executio potestatis*<sup>25</sup> fut le moyen par lequel Gratien «désobjectivisa» en quelque sorte la problématique: elle permettait de soustraire le pouvoir d'administrer les sacrements à une dépendance exclusive du pouvoir d'ordre, et réintroduisait au cœur de la réflexion tous les éléments que la seule équation «*potestas ordinis* générant un *ius dandi sacramentum*» avait tenus à l'écart: la nature et la finalité du sacrement, le pouvoir originaire de Dieu, le pouvoir dérivé et ministériel du clerc, les dispositions du fidèle, les situations d'urgence ou d'utilité, l'organisation ecclésiale. C'était l'analyse conjointe de tous ces facteurs – et non de la seule *potestas ordinis* – qui permettait de conclure à la justice de l'action sacramentelle.

Loin de nous l'idée de prétendre que ce chemin fût délibérément voire consciemment suivi par Gratien. Il semble que cette option fût plutôt guidée par des exigences pratiques: Gratien devait préserver le principe de la

<sup>23</sup> Cf. M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, cit., p. 135-137.

<sup>24</sup> C.1 q.1 c.30.

<sup>25</sup> C.1 q.1 d.p.c.97.

validité du sacrement (hérité de l'impératif augustinien de ne pas poser de limites au pouvoir de Dieu), mais aussi répondre à une situation d'abus de la *potestas* de la part des ministres. Or, la simonie ne pouvait être efficacement combattue si l'on en restait au seul argument de la pérennité d'un *ius dandi sacramentum* nécessairement généré par la possession inamissible de la *potestas ordinis*.

Dans une situation où la multiplication des réordinations mettait en danger la lisibilité du sacrement de l'ordre comme action de Dieu, certains avaient, dans le cadre de la réforme grégorienne, proposé d'autres remèdes. Hugues d'Amiens<sup>26</sup> ou Gerhoch von Reichersberg<sup>27</sup> avaient par exemple suggéré une séparation radicale entre d'un côté la *potestas ordinis*, qui relevait de Dieu et ne pouvait être perdue, et de l'autre la validité des sacrements, qui dépendait quant à elle uniquement d'une habilitation ultérieure de l'autorité ecclésiale. La proposition apportait des solutions immédiates, mais sans doute trop radicales pour que Gratien ne les suivît.

Ce que la complexité de la situation, mais aussi la réflexion théologique inspirèrent à Gratien fut une voie plus subtile. Sans vouloir attribuer à Gratien la paternité de la notion d'*executio potestatis*, elle apparaît cependant à maints endroits de son analyse en raison de ses vertus heuristiques. La distinction entre *potestas* et *executio potestatis* s'adaptait en effet très bien aux exigences liées à la nature des différents sacrements (nécessité ou dignité): elle permettait de rendre raison de la permanence de la validité des sacrements chez les hérétiques, tout en pointant leur «illicéité». Elle apportait également une solution aux problèmes de l'ordination des moines (C.16 q.1), de l'ordination absolue (D.70 et 71), de l'ordination par un autre évêque (C.9 q.2), ou bien par un évêque excommunié (C.9 q.1), du *ius ligandi vel solvendi* des hérétiques (C.24 q.1 d.p.c.37).

Or, l'*executio potestatis* se place dans ces cas sur le terrain du droit objectif: elle est l'instrument juridique qui permet d'apprécier le caractère juste de la célébration valide d'un sacrement en raison de sa nécessité, de la situation juridique du ministre, des dispositions du fidèle et des besoins de la communauté ecclésiale. Encore une fois, la mise en place de ce concept n'est sans doute pas le résultat d'une option doctrinale juridique prédéterminée: elle est une solution adaptée aux problématiques du moment. L'objectivisation de la conception du droit qu'elle suscita fut la conséquence naturelle d'une réflexion à la recherche de critères susceptibles d'apporter une réponse juste aux différentes situations, qui respectassent à la fois le pouvoir originaire de

<sup>26</sup> Cf. HUGUES D'AMIENS, *Dialogorum seu quaestionum theologiarum libri VII*, in PL 192, p. 1141-1248, liv. v, chap. xi, col. 1204 c.

<sup>27</sup> Cf. GERHOCH VON REICHERSBERG, *Liber contra duas haereses*, in E. SACKUR (dir.), *MGH Libelli de lite*, 3, Hannover, 1897, p. 284-288, p. 287, l. 26-28.

Dieu, les exigences du salut et la structure ecclésiale. En somme, Gratien ne fit que reproduire naturellement un mouvement d'objectivisation du droit, rendu nécessaire par la façon même dont se trouvaient formulées les problématiques juridiques.

### III. L'APPROFONDISSEMENT D'UNE RÉFLEXION BASÉE SUR UNE CONCEPTION OBJECTIVE DU DROIT CHEZ LES DÉCRÉTISTES

#### *Valorisation des circonstances et des dispositions du ministre et des fidèles: le sacrement comme objet d'une relation juridique*

Roland introduisit ou souligna des paramètres décisifs pour valoriser les situations: la charge d'un groupe de fidèles, l'existence d'une situation de nécessité sont chez lui les critères qui déterminent l'*executio potestatis*, et le droit à célébrer publiquement les sacrements des moines ordonnés prêtres.<sup>28</sup> La bonne foi du clerc ordonné par un hérétique est décisive pour apprécier les conditions de son retour au sein de l'Église.<sup>29</sup> Certes, la possession de la *potestas* reste une condition nécessaire de validité, mais elle est toujours insuffisante pour déterminer le caractère juste de son application.

Dans le cas de Rufin, Tierney avait affirmé que le sens premier de *ius* reposait chez lui sur une conception subjective du droit. Pourtant, notre auteur se montre en revanche attentif à la finalité de chaque sacrement, à partir de laquelle il détermine des critères spécifiques de sa juste célébration. Rufin part de l'étude des sacrements, dont il définit l'objet, puis, en fonction de cet objet, le rôle et les qualités du ministre.<sup>30</sup> Les dispositions du fidèle qui reçoit le sacrement sont à leur tour soigneusement étudiées.<sup>31</sup> Son commentaire à la question de la validité des sacrements célébrés par les hérétiques serait-il alors une notable exception à une vision fondamentalement subjective du droit? Ne faudrait-il pas plutôt penser que sa vision du droit n'est peut-être pas aussi subjective que Tierney l'affirmait? Les critères centraux de l'analyse rufinienne ne relèvent pas de la possession d'une *potestas*, que le ministre ou le fidèle pourraient revendiquer comme autant de droits. La démarche juridique est ici fondamentalement différente: elle part du sacrement, de ses conditions de réalisation, de leur adéquation avec la nature et la finalité du sacrement. En somme, l'analyse de Rufin ne laisse que peu de place à une conception exclusivement subjective du droit.

Étienne de Tournai part lui aussi d'une réflexion sur la nature de chaque sacrement (nécessité, dignité) qui en détermine les conditions d'une célé-

<sup>28</sup> Cf. ROLAND, *Summa*, ed. F. Thaner, Innsbruck (Repr. Aalen, Scientia Verlag 1973), Wagner, 1874, p. 37, in C.16 q.1.

<sup>29</sup> *Ibid.*, p. 15, in C.1 q.7.

<sup>30</sup> Cf. RUFIN, *Summa Decretorum*. Ed. H. Singer, Paderborn, Ferdinand Schoningh, 1902, p. 209, in C.1 q.1 c.30.

<sup>31</sup> Cf. *ibid.*, p. 203, in C.1 q.1 c.1.

bration et d'une réception justes.<sup>32</sup> Le canoniste doit alors analyser aussi bien les circonstances «subjectives» de réception (bonne foi, motivations, dispositions spirituelles) que les circonstances «objectives» de la célébration (situation ecclésiale du ministre, célébration publique ou privée de la messe).<sup>33</sup> Bien sûr, la forme du sacrement doit être respectée et le ministre doit posséder la *potestas*, car ce sont des critères nécessaires pour l'existence du sacrement, mais qui n'en déterminent pas à eux seuls le caractère juste. Or c'est là précisément ce qui intéresse notre auteur. C'est par ailleurs la raison pour laquelle la théologie et la morale sont si présents dans son analyse, parce qu'elles permettent d'apprécier les situations (urgence, nécessité), les dispositions des personnes, l'utilité du sacrement pour la communauté.

*Approfondissement de la distinction entre potestas et executio potestatis*

L'auteur de la *Summa parisiensis* présente la *potestas* comme un pouvoir donnant la possibilité d'agir et l'*executio potestatis* comme un *ius faciendi*, correspondant à l'utilisation juste de ce pouvoir.<sup>34</sup> Le droit se trouve ainsi dissocié de la possession de la *potestas*, qui, à proprement parler, ne confère pas un droit, ne rend pas juste en soi la célébration du sacrement, mais la rend seulement possible. Le droit se manifeste alors dans l'*executio*, qui est l'exercice *juste* de la *potestas*. Le problème juridique se trouve ainsi placé du côté de l'exercice d'une faculté, plus que du côté de sa possession. Ceci permet de mieux comprendre que ce qui est juste ou injuste dans la célébration des sacrements, réside dans l'application d'un pouvoir, mais n'est pas ce pouvoir lui-même. Autrement dit, la seule possession de la *potestas* rend possible l'existence du sacrement mais ne rend pas juste son utilisation.<sup>35</sup>

Selon l'analyse de la *Summa parisiensis*, le droit de célébrer les sacrements découle donc de l'*executio potestatis*, fonction accordée par l'autorité ecclésiastique, en raison de l'existence d'une situation de droit, respectant des conditions objectives de célébration et de réception, en adéquation avec la nature du sacrement. Un clerc peut en effet posséder la *potestas* mais méconnaître la nature sacramentelle de son action, lorsqu'il tente par exemple de vendre la grâce, dans le cas de la simonie, c'est-à-dire lorsqu'il se rend indûment propriétaire d'un bien (le sacrement, la grâce sacramentelle) qui ne lui appartient pas. Ce faisant, il conserve sans doute la *potestas*, mais il est alors dépourvu de l'*executio potestatis*, car son action est fondamentalement injuste. Un raisonnement similaire peut être appliqué au cas de l'hérésie, lorsque des ministres séparés, qui n'ont pas perdu pour autant leur *potestas*, préten-

<sup>32</sup> Cf. ETIENNE DE TOURNAI, *Summa*. Ed. J-F. von Schulte, Giessen, 1891, p. 131, in C.1 q.1 c.39.

<sup>33</sup> Cf. *ibid.*, p. 122-123, in C.1 q.1 c.1.

<sup>34</sup> Cf. *Summa parisiensis*, ed. T. P. McLaughlin, Toronto, Pontifical Institute of Medieval Studies, 1952, p. 81, in C.1 q.1 c.17.

<sup>35</sup> Cf. *ibid.*, p. 89, in C.1 q.1 d.p.c.97.

dent administrer un bien qui ne leur appartient plus. La *potestas* détermine la possibilité de l'action, mais l'*executio potestatis* en détermine la justice.

Ces situations, qui sont autant de «situations limites», soulignent le fait que le raisonnement juridique de l'auteur de la *Summa parisiensis* manifeste, dans les cas considérés, une conception objective du droit, seule susceptible de proposer de telles distinctions et de mettre en lumière les véritables problèmes posés par la simonie ou l'hérésie, problèmes qui ne peuvent être résolus si l'analyse demeure attachée à la possession de la seule *potestas*. L'*executio potestatis* permet en revanche de déduire le caractère juste ou injuste d'une action en prenant en compte la nature et la finalité de cette action, la situation du ministre (en plus de la possession de la *potestas ordinis*) ainsi que les besoins ou la situation des fidèles. Le caractère juste de l'action sacramentaire se trouve ainsi configuré de façon objective, au centre d'un rapport interpersonnel qui établit les droits et les devoirs relatifs de chacun des protagonistes.

La *Summa coloniensis* vient quant à elle rappeler que le vrai possesseur de la *potestas* est Dieu et non le ministre.<sup>36</sup> Ainsi, des aspects déjà mis en lumière par saint Augustin sont retravaillés et reproposés, mais échappent alors à une conception seulement subjective du droit. En effet, rappeler que la *potestas* se trouve originellement dans les mains de Dieu, interdit de faire dériver du ministre un quelconque droit de célébrer à partir d'une *potestas* dont il n'est que le dépositaire. L'argument de la provenance divine des sacrements permet de dépasser la problématique du rôle des mérites personnels du ministre dans la confection des sacrements. Comme dans les autres *sommes*, l'auteur de la *Summa coloniensis* distingue les sacrements en fonction de leur objet. C'est là le vrai point de départ du raisonnement juridique, qui permet de déduire les critères de justice d'une action à partir de sa finalité.<sup>37</sup>

La *Summa lipsiensis* souligne l'importance de l'appréciation de la situation des personnes dans l'octroi de dispenses en cas d'*ordinatio irrita*, ainsi que la nécessité de connaître les intentions de ceux qui reçoivent les sacrements.<sup>38</sup> Il s'agit là de facteurs extérieurs à la *potestas* du ministre, mais ce sont pourtant eux qui se révèlent être les véritables critères du raisonnement juridique. Enfin, lorsqu'il s'agit du pouvoir de lier ou de délier des hérétiques, la *Summa lipsiensis* le distingue clairement de la *potestas ordinis* à partir d'un raisonnement centré sur les finalités de chacun des pouvoirs: le pouvoir des clefs n'est pas de la même nature que le pouvoir de célébrer un sacrement;

<sup>36</sup> Cf. *Summa «Elegantius in iure divino» seu coloniensis*, ed. G. Fransen et S. Kuttner, Città del Vaticano, Biblioteca Apostolica Vaticana, 1969, vol. 2, p. 34, pars IV, chap. 73.

<sup>37</sup> Cf. *ibid.*, vol. 2, p. 24, pars IV, chap. 55.

<sup>38</sup> Cf. PETER LANDAU, RUDOLF WEIGAND, WALTRAUD KOZUR, STEPHAN HAERING, KARIN MIETHANER-VENT, MARTIN PETZOLT (dir.), *Summa «Omnis qui iuste iudicat» sive Lipsiensis*, Città del Vaticano, Biblioteca apostolica vaticana, 2007, p. 245, in D.52 pr.

il exige une union spécifique à l'Église, qui en conditionne la validité.<sup>39</sup> Le pouvoir d'ordre est en revanche d'une autre nature car il est avant tout un pouvoir de Dieu. L'analyse juridique ne peut donc se limiter à déduire un droit à partir d'une *potestas*: elle doit en apprécier la nature, en déterminer la finalité, puis, et c'est en cela que résidera l'aspect spécifiquement juridique, juger des conditions d'une juste réalisation.

*Executio quoad ius et executio quoad actum exteriorem chez Huguccio*

Huguccio a intégré et, dans un certain sens, dépassé tous ces développements. Il applique au cas de l'ordination des moines et à celui de la célébration des sacrements par les hérétiques une distinction utilisée dans d'autres contextes. Huguccio crée une catégorie intermédiaire entre la *potestas* et l'*executio potestatis* et distingue entre l'*executio quoad ius* et l'*executio quoad actum exteriorem*,<sup>40</sup> ce qui lui permet de caractériser de façon plus pertinente la situation du ministre ordonné, et d'adapter la réflexion juridique à davantage de situations.

Ainsi, Huguccio peut rattacher la *potestas* au sacrement de l'ordre, comme une faculté inamissible, reçue de Dieu par l'ordination, et qui reste une *potestas* divine dont le ministre n'est pas propriétaire. De cette *potestas* découle une *executio quoad ius*, fruit du sacrement, un droit bel et bien subjectif qui ne peut être perdu. Cette notion d'*executio quoad ius* correspond en fait à une remarque de bon sens: la *potestas ordinis* a vocation à être utilisée, car quelle serait la finalité du sacrement de l'ordre s'il se trouvait dépourvu d'un droit aussi légitime à être mis en pratique? Pourtant, la réalisation de ce *ius exequendi* n'est pas absolue, et c'est pour assurer à l'*executio potestatis* cette double modalité d'inamissibilité sacramentelle et d'une potentielle inapplicabilité, qu'Huguccio effectue la distinction entre l'*executio quoad ius* et l'*executio quoad actum exteriorem*. Il n'est pas impossible de penser qu'elle n'a d'autre objet que de garantir la fonction juridico-technique du concept d'*executio*.

C'est sans doute l'endroit où l'on pourrait parler de l'existence manifeste d'un droit subjectif, droit du sujet à utiliser un pouvoir dont il est le dépositaire, et dont l'*executio* semble une conséquence logique. Ceci-dit, la réalisation de l'*executio quoad ius* n'est pas en soi nécessaire: son existence n'est pas niabile, mais son exercice extérieur peut être refusé. Sans doute Lenherr a-t-il très justement analysé ces deux niveaux juridiques en disant que le premier niveau (*executio quoad ius*) répondrait au concept *avoir le droit / ne pas avoir le*

<sup>39</sup> *Summa lipsiensis*, in C.24 q.1 c.4 in T. LENHERR, *Die Exkommunikations- und Depositionsgewalt der Haeretiker bei Gratian und den Dekretisten bis zum Glossa Ordinaria des Johannes Teutonicus*, München, Münchener Theologische Studien III-42, 1987, p. 307-308.

<sup>40</sup> HUGUCCIO, *Summa decretorum* in C.16 q.1 d.p.c.19 in T. LENHERR, «Der Begriff "executio" in der Summa decretorum des Huguccio», *AKKR*, 1981, vol. 150, p. 5-44 et 361-420, p. 418.



droit, et le second (*executio quoad actum*) à pouvoir / ne pas pouvoir.<sup>41</sup> On pourrait aussi dire que le premier niveau serait celui du droit subjectif et le second le lieu du droit objectif. La perte du droit objectif ne remet pas en cause l'existence du droit subjectif, mais ce dernier ne peut se réaliser en dehors du cadre déterminé par l'*executio quoad actum*. Un droit subjectif dépourvu de point d'application est un droit «sec». Dès lors, quelle est la conception du droit d'Huguccio concernant tout au moins ces problématiques?

Pour répondre à cette question, il faut en poser une autre, relative à l'activité du juriste. Au fond, quel est le rôle du canoniste? Établir l'existence de l'*executio quoad ius*, ou vérifier les conditions de réalisation de l'*executio quoad actum exteriorem*? La doctrine d'Huguccio apporte une réponse claire sur ce point: Le *ius exequendi* est une conséquence de la *potestas* du ministre. Cette *potestas* existe dès lors que le ministre a reçu valablement le sacrement dans la forme prévue par l'Église. Par conséquent, le *ius exequendi* se déduit de la vérification de deux critères formels. La simplicité de la procédure répond au souci de sécurité canonique concernant la validité des sacrements. En somme, le rôle du juriste est assez limité dans cette affaire, puisqu'il ne lui est pas demandé de remettre en question l'efficacité d'une action divine. Que le *ius exequendi* existe dès lors que le sacrement est valide, cela se passe de raisonnement juridique, mais il n'en va pas de même de son application.

Le *ius exequendi* ne peut s'actualiser que dans une situation concrète, une fois qu'un point d'application ou un lieu d'exercice ont été déterminés et confiés à celui qui en dispose. C'est à ce moment qu'intervient le canoniste, dont la tâche consiste précisément à déterminer et à vérifier l'existence de ce point d'application. En cela, la principale conception qui préside à son activité est une conception objective du droit, même si l'existence d'un droit subjectif n'est par ailleurs pas niée. À ce point, l'analyse d'Huguccio rejoint les analyses précédentes et notre auteur reprend l'étude des spécificités de chaque sacrement, des circonstances du ministre, de la disposition des fidèles, en somme, tous les aspects qui caractérisent une conception objective du droit. Le cas des possibilités de dispense en constitue un excellent exemple.

#### IV. POURQUOI L'ANALYSE SE FIT-ELLE DANS LE DOMAINE DE LA CÉLÉBRATION DES SACREMENTS À PARTIR D'UNE NOTION OBJECTIVE DE DROIT?

Cette orientation de l'argumentation fut-elle une fatalité, une nécessité? Ou bien fut-elle purement contingente? L'analyse a montré que la structuration de l'argumentation chez Gratien et les décrétistes répond aux problé-

<sup>41</sup> Cf. *ibid.*, p. 368.

matiques qu'ils doivent affronter. Ce processus va de pair avec une certaine conception du droit, qui peut aussi en être considérée comme l'effet. La problématique de la *potestas ordinis* et de la *potestas ligandi vel solvendi* chez les clercs simoniaques, hérétiques ou schismatiques, de nouveau manifestée au tournant du millénaire dans des proportions inédites, restée en grande partie irrésolue nonobstant les efforts de la réforme grégorienne, appelait des solutions juridiques qui respectassent l'action divine à travers les sacrements, tout en énonçant des règles claires concernant leur validité et leur licéité.

*Les limites heuristiques de la conception subjective du droit*

Or, les solutions à ces questions juridiques ne pouvaient être aisément trouvées dans les limites d'une conception exclusivement subjective du droit, précisément parce que le lien direct et univoque entre pouvoir et droit n'est que très peu flexible. Par conséquent, une analyse qui part d'une conception uniquement subjective du droit ne dispose que d'une très faible marge de manœuvre analytique, car elle ne peut sortir des limites étroites de la question de la titularité du pouvoir sacramentel. C'est un aspect important et nécessaire, mais qui ne peut fournir qu'un éventail de réponses très limité: ou bien le clerc possède cette *potestas* ou bien il n'est pas prêtre, car posséder cette *potestas* seulement «dans une certaine proportion» n'aurait pas de sens. La posséder de façon imparfaite ne serait pas non plus une réponse satisfaisante.

La plupart des auteurs analysés reviennent sur l'expression «*Qui perfectionem Spiritus non habent*» et se demandent quel est sens de cette «perfection» dans le sacrement de l'ordre, et quelles en sont les implications juridiques. Dans le cadre d'une conception subjective, logiquement, ils se seraient demandé comment mesurer le degré de perfection, afin d'en déduire de quelle part de pouvoir ils auraient pu disposer, et donc, finalement, à quel degré ils pouvaient revendiquer un droit de célébrer. Mais aucun de nos auteurs ne s'oriente vers une telle solution.

En revanche, l'interprétation qu'ils proposent renvoie à une conception objective du droit et en suscite le développement. Ils ne cherchent pas seulement la réponse du côté de la quantité de pouvoir reçue, mais du côté de son exercice: «ceux qui n'ont pas la perfection de l'Esprit» sont ceux qui ont été validement ordonnés et ont reçu la *potestas ordinis* (sans qu'il soit besoin de savoir à quel degré, car, provenant d'un sacrement, elle n'est pas divisible), mais à la différence de ceux qui ont reçu le sacrement dans sa perfection, ils ne peuvent pas l'exercer. «*Qui perfectionem Spiritus non habent*» ne se traduit donc pas juridiquement comment un amoindrissement de leur droit né d'une *potestas* diminuée, mais comme l'exercice réduit ou interdit d'une *potestas* entière, parce que les circonstances en rendent l'application injuste.

La solution juridique n'est donc pas cherchée dans le rapport intra-subjectif entre le pouvoir et le droit, mais dans la confrontation d'une faculté née du sacrement avec les paramètres de l'exercice de cette faculté. Dès lors s'ouvre au juriste un horizon insoupçonné de distinctions possibles: les sacrements ne génèrent pas tous les mêmes impératifs juridiques: certains sont nécessaires au salut personnel, d'autres n'ont de signification que pour la communauté ecclésiale. Les fautes commises par les ministres, si elles ne remettent pas en cause leur *potestas*, ont une influence sur le caractère juste de la célébration: comment un hérétique pourrait-il confectionner le sacrement qui signifie l'unité de l'Église, comment pourrait-il prononcer une sanction de séparation de l'Église? En outre, toutes les questions relatives à la réception digne du sacrement ont ici leur place, car elles influencent aussi la justice de la célébration du sacrement: tout le thème de la simonie trouvait alors la possibilité de solutions juridiques. Finalement, le fait de constituer l'exercice de la *potestas* en terrain de recherche juridique libérait la *potestas* elle-même des risques de limitation que saint Augustin avait soulevés.

#### *Les potentialités de la conception objective*

Or, cette époque a précisément besoin de toujours plus de distinctions juridiques. Cela correspond au développement naturel du droit: la pensée juridique, comme la pensée théologique, se développa par distinctions. En multipliant les perspectives, le juriste peut enrichir les solutions: la célébration des sacrements, dans une conception objective, est une action juridique dans laquelle le sacrement occupe la place de l'objet, dont il faut s'assurer du caractère juste. Les relations alors mises en place sont multiples: le ministre est titulaire d'un pouvoir qui lui vient de Dieu pour distribuer un bien qui reste de nature divine. La finalité du sacrement détermine des impératifs de justice. Les dispositions du fidèle conditionnent la réception fructueuse du sacrement, dans la mesure où, très souvent, elles en conditionnent aussi la justice.

De Gratien à Huguccio, les distinctions se multiplient donc à bien des niveaux: sacrement de nécessité, de dignité, ou de volonté: c'est en général le premier paramètre de la réflexion, car il est logique de commencer par la définition de l'objet juridique et de la finalité de l'action. On passe aussi progressivement de la distinction simple entre *potestas* et *executio potestatis* à la distinction plus articulée d'Huguccio: *potestas*, *executio quoad ius*, *executio quoad actum exteriorem*. Les sacrements sont distingués du pouvoir de lier et de délier, en raison de la finalité de l'action et de sa signification. Les effets du sacrement sont différenciés: l'*ordinatio* peut être *irrita quoad sacramenti veritatem*, *quantum ad officii executionem*, *quantum ad beneficii perceptionem*. Le sacrement, le ministre, le fidèle sont autant de point de départ pour l'analyse

des facteurs qui concourent à établir la justice de la célébration d'un sacrement ou à la justice d'une sentence.

Il ne faut pas en effet se méprendre sur le sens des mots utilisés. Nos auteurs parlent de *potestas*, mais dans quel sens? La *potestas* elle-même se décline ainsi chez Rufin: *potestas dandi*, *potestas utendi illo sacramento*, *potestas aptitudinis*, *potestas habilitatis* et *potestas regularitatis* dans le cas du sacrement de l'ordre. Mais la *potestas dandi* ne génère pas un droit à célébrer le sacrement; elle est une puissance qui porte sur la capacité de transmettre et non sur ce qui est transmis. Elle est puissance d'une faculté et non puissance d'une chose. Cette précision sur le point d'application de la *potentia* exclut par conséquent l'objet transmis et ses corollaires (le sacrement, la grâce, l'effet) de la sphère subjective du ministre. Or la capacité du ministre se trouve objectivement déterminée.

Sans doute les raisonnements théologiques concernant la distinction entre la puissance et l'acte ont-ils pu trouver une traduction dans le raisonnement juridique. Nos auteurs ne l'affirment pas, mais il n'est pas non plus exclu qu'au fond de leurs réflexions, germât l'idée que la *potestas* du ministre, reçue par le sacrement de l'ordre, devait être traitée comme une *potentia*, et que le passage de la puissance à l'acte lui-même (la célébration du sacrement) n'était pas automatique: il répondait à des critères qui concernaient bien sur le ministre, mais pas seulement lui! Le passage automatique correspondrait en fait à une conception subjective du droit. Or, c'est précisément parce que tous nos auteurs estiment que le passage n'est pas systématique, qu'ils développent leurs recherches et veulent trouver les distinctions qui rendent compte du fait que, dans certains cas, cette *potentia* s'actualisera parfaitement, pleinement, alors que dans d'autres cas, elle ne sera que partiellement réalisée.

C'est dans ce moment réflexif, éminemment juridique, qu'ils placent les critères objectifs du raisonnement. Le passage de la puissance à l'acte ne se réalisait de façon juste que dans certaines conditions et répondait en somme à une question: ce ministre dispose certes de la *potestas ordinis*, mais est-il juste qu'il l'utilise? Comment la grâce aurait-elle pu en effet être transmise dans une situation d'injustice? Et, dans cet entre-deux, dont dépend l'actualisation juste de la *potestas*, se trouvent tous les facteurs énoncés: Ce qui serait en soi injuste (le sacrement célébré par un hérétique) peut se trouver justifié dans certaines situations, en cas de nécessité, d'urgence ou d'utilité à l'individu ou à la communauté.

*Les questions sur la potestas du ministre reconduisent également  
à une conception objective*

Une part importante des controverses portaient sur la validité de l'ordination du clerc, effectuée par un évêque ayant lui-même reçu l'ordination épis-

copale dans l'hérésie. À cette problématique, il faudrait ajouter celle des effets de la suspension, déposition ou dégradation d'un clerc sur la validité des sacrements qu'il célèbre. Là encore, il ne faut pas se méprendre sur la signification d'un tel débat. Certes, les auteurs doivent se prononcer sur l'existence réelle ou la perte de la *potestas* du ministre, et ils le firent en suivant des opinions parfois radicalement opposées, en un moment où la doctrine ne s'était pas encore prononcée. Ces controverses se situent-elles pour autant dans le cadre d'une conception subjective du droit?

Il faut être attentif à la façon dont le débat est alors mené et à ce qui est en jeu. La préoccupation des décrétistes n'est pas la *potestas* du ministre en tant que telle, dont pourrait être déduit un «droit à célébrer». Le souci majeur n'est pas en fait la situation du ministre, mais le sacrement lui-même: le sacrement a-t-il existé? Le bien ici scruté n'est pas le droit du prêtre, mais le salut des fidèles. La *potestas* n'est pas interrogée pour en déduire un droit, mais pour établir l'existence d'un sacrement. Une preuve en est que les auteurs, pour apprécier l'existence de la *potestas* et donc du sacrement, reprennent un raisonnement qui fait de nouveau intervenir: la nature du sacrement, sa signification, le bien de l'Église, les risques de scandale. Huguccio réintégra finalement sans problème toute cette controverse dans les limites de l'*executio potestatis* et non plus de la *potestas*. Il le fit sans grandes difficultés, parce qu'il ne devait pas alors changer fondamentalement la perspective de la discussion, mais ses conclusions: on se trouvait en fait toujours au sein d'une même conception objective du droit.

La conception objective du droit que nous semblent manifester ces auteurs, tout au moins dans les limites de notre problématique, n'est pas une option intemporelle ou inconditionnelle: elle ne naît pas d'une théorie ou d'une réflexion dans l'absolu sur la nature du droit, qu'il conviendrait par la suite d'appliquer dans telle ou telle circonstance. Cette conception objective en fait n'est pas dite, n'est sans doute pas vécue consciemment comme conception objective, elle n'est pas revendiquée comme telle, elle s'accommode sans difficulté d'un vocabulaire subjectivement façonné: *potestas*, *potentia*, *facultas*, *ius dandi*, *potentia dandi*, *ius exequendi*. Pourtant elle conditionne le processus du raisonnement. Elle est produite par des questions pratiques, elle naît même naturellement en réponse aux questions pratiques pour fournir des distinctions opérantes que le droit subjectif ne pouvait engendrer. Elle comprend que l'effet des sacrements ne se produit que dans les situations dans lesquelles la célébration du sacrement devient l'objet juste de l'agir ministériel, tant la transmission de la grâce en l'absence de justice, et nonobstant la possession de la *potestas ordinis*, semble inconcevable.

Stéphane Rials souligne dans son livre *Villey et les idoles*,<sup>42</sup> une réflexion

<sup>42</sup> STÉPHANE RIALS, *Villey et les idoles: petite introduction à la philosophie du droit de Michel Villey*, Paris, PUF, 2000, p. 78-79.

assez réaliste de Villey sur le travail de l'historien: «[...] l'historien authentique est celui qui sait qu'il ne sait rien – ses résultats ne sont que négatifs»,<sup>43</sup> et, dans un autre passage: «Je n'ai que des critères négatifs, ceux dont se sert la dialectique pour repousser l'irrelevant».<sup>44</sup> Sans doute Villey avait-il hérité de la lecture de son père, spécialiste de Montaigne, une vision exagérément sceptique du travail de l'historien, sans doute aussi a-t-il raison sur le fond, pour l'analyse qui nous occupe: ni Gratien ni les décrétistes ne parlent vraiment de droit subjectif ou de droit objectif; ils ne définissent pas ces concepts et n'éprouvent pas même le besoin de le faire. Ils parlent de *ius*, de *facultas*, de *potestas*, mais ils ne permettent pas de subsumer ces termes dans une catégorie juridique ni de les intégrer à une conception certaine de ce que le droit fut pour eux. Néanmoins, l'analyse de leur raisonnement permet de sortir de l'aporie, même si les conclusions ici succinctement présentées ne peuvent pas être a priori étendues à d'autres domaines juridiques que celui du droit sacramentaire.

Le XII<sup>e</sup> siècle serait plutôt une époque de réorientation objective de la problématique juridique, un moment de «désobjectivisation» du droit. C'est en tout cas ce que l'on peut affirmer, si l'on considère que saint Augustin avait imprimé un mouvement favorable à une analyse centrée sur le pouvoir personnel du ministre, et suscité une analyse de type plutôt subjectif. Villey, dans un autre contexte, avait en effet suggéré que la conception subjective du droit avait aussi pu se développer à la faveur d'une théologisation du droit au cours des premiers siècles du christianisme, et n'avait pas exonéré saint Augustin d'une certaine responsabilité dans le développement de conceptions subjectives.<sup>45</sup> Ce serait donc face aux difficultés, voire aux impasses rencontrées par une telle orientation subjective de la problématique juridique, que les juristes du XII<sup>e</sup> siècle auraient élargi la discussion à d'autres facteurs que la *potestas* du ministre, et auraient ainsi, sans doute inconsciemment, réorienté le droit vers une conception objective.

<sup>43</sup> M. VILLEY, *Réflexions sur la philosophie et le droit. Les carnets*, Paris, PUF, 1995, liv. VII, 45.

<sup>44</sup> *Ibid.*, liv. X, 136.

<sup>45</sup> Cf. M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, cit., p. 378.