

ERNEST CAPARROS

LES RACINES INSTITUTIONNELLES DES DROITS OCCIDENTAUX DANS LE DROIT ECCLÉSIASTIQUE

Introduction. — 1. La genèse du thème. — 2. La compréhension du thème. — 3. Plan. — I. *Les paramètres de l'enracinement.* — A. Les influences de la vie chrétienne sur le droit: *a)* une influence fondamentale; *b)* une influence réelle; *c)* une influence discrète. — B. L'élaboration du *Ius commune*. — C. Les voies de l'intégration du message chrétien dans le droit: *a)* la législation romaine chrétienne; *b)* la christianisation du droit romain; *c)* la consolidation du droit canonique. — II. DES EXEMPLES D'ENRACINEMENT. — A. Des exemples manifestés par la bibliographie. — B. Des exemples d'enracinement d'institutions: *a)* le mariage; *b)* les legs en faveur de son âme et la fiducie; *c)* la dette. — C. Un exemple d'enracinement systémique: le droit de l'Église d'Angleterre: *a)* le droit canonique en vigueur avant la Réforme; *b)* la survivance du droit canonique après la Réforme; *c)* the Canons of 1603. — Conclusion.

Le droit canonique constitue sans doute, autant et plus même que le droit romain, la plus gigantesque tentative d'unification du droit qui ait jamais été tentée, dans les domaines les plus divers. L'étude de cette expérience [...] n'a jamais été faite, semble-t-il, que d'une façon très fragmentaire et insuffisante.

Un champ considérable d'étude est ouvert ici aux comparatistes.

René DAVID, 1947 ⁽¹⁾

INTRODUCTION.

1. *La genèse du thème.*

En réponse à une amicale requête du président de l'Académie, mon ancien maître, maintenant mon collègue et ami, le professeur

⁽¹⁾ R. DAVID, « La place du droit canonique dans les études du droit comparé », article commémoratif du cinquantenaire de la Faculté de droit canonique de

Paul-André Crépeau, j'avais alors suggéré quelques thèmes pour ce congrès. J'étais loin de m'imaginer que l'Académie m'offrirait d'assurer la fonction de rapporteur général pour l'un d'eux. J'ai été grandement honoré par une telle offre et, plein de reconnaissance, j'ai succombé à la tentation et accepté de relever le défi.

Je comprends que c'est la première fois que l'on se penche si ouvertement dans un congrès sur des questions concernant l'enracinement du droit occidental dans le droit canonique. Il s'agissait donc de sortir des sentiers battus tant dans la perspective, que dans la méthodologie. Le secrétariat de l'Académie m'avait communiqué en février 1993 une première liste comportant les noms de sept rapporteurs représentant six pays, et plus tard une autre liste plus complète. Je transmettais aux rapporteurs mes pistes de recherche en juin 1993.

Par la suite, les noms de rapporteurs nationaux ont connu plusieurs fluctuations; la liste, à son sommet, est arrivée jusqu'à un maximum possible de seize rapporteurs représentant quatorze pays. À la fin, seuls les cinq rapporteurs mentionnés au début, originaires de quatre pays, ont produit leur rapport en quatre langues. Rassurons-nous. La perspective dans laquelle nous nous plaçons aurait sans doute bénéficié d'une participation plus diversifiée; cela ne change pas, toutefois, la qualité des textes reçus qui apportent des exemples fort enrichissants.

Il nous semble bien que la question de l'enracinement du droit occidental dans le droit canonique mériterait une place permanente dans nos discussions lors des prochains congrès. Ici nous ne pourrions qu'offrir un avant-goût de la richesse recelée par ces questions, dont un aperçu se trouve dans les indications transmises aux rapporteurs nationaux.

2. *La compréhension du thème.*

Il me semble que la meilleure façon de nous placer tous au même diapason est d'insérer ici les notes que j'avais envoyées aux rap-

Paris, 22-26 avril 1947, reproduit dans *Le Droit comparé. Droits d'hier, Droits de demain*, Paris, Economica, 1982, pp. 174-182, à la p. 175. Presque cinquante ans plus tard, les considérations du professeur David ont pris plus de force, notamment à cause des nouvelles codifications du droit canonique latin en 1983 (cf. U. DE NAVARRE/U. SAINT-PAUL, *Code de droit canonique*, Éd. bilingue et annotée, sous la dir. de E. CAPARROS, M. THÉRIAULT et J. THORN, Montréal, Wilson & Lafleur, 1990) et des canons des Églises orientales en 1990 (cf. *Code of Canons of the Eastern Churches*, Latin-English Edition, Washington, C.L.S.A., 1992).

porteurs en juin 1993. Il ne s'agit pas d'un questionnaire puisque ce qui me paraissait important était la multiplication des exemples d'enracinement explicite ou implicite afin de pouvoir élaborer une sorte de mosaïque illustrant le thème. Comme ces instructions avaient été transmises dans les deux langues officielles de l'Académie, elles sont reproduites aussi dans les deux langues.

I. NOTE SUR LE SENS GÉNÉRAL DE LA QUESTION.

Dans un contexte de regroupement et de rapprochement des États, notamment en Europe, mais aussi à un moindre degré sur le continent américain, se pose la question de l'harmonisation des droits nationaux; on peut aussi s'interroger sur l'utilité de l'unification de certaines branches ou secteurs du droit.

La recherche de solutions aux défis de l'harmonisation, et peut-être de l'unification, pourrait se trouver dans un approfondissement des racines des institutions du droit occidental dans le droit canonique. En effet, les racines communes ont pu aboutir à des solutions juridiques techniquement différentes. La redécouverte de ces racines pourrait permettre l'établissement de nouveaux ponts favorisant l'harmonisation.

L'objet de notre étude n'est pas, en principe, l'évolution du droit canonique dans le concert des ordonnancements juridiques occidentaux, mais plutôt de chercher les institutions du droit occidental qui prennent racine dans le droit canonique, ou si l'on préfère, dans le droit romano-canonique autrement connu aussi comme *Ius commune*.

Lorsqu'on parle des racines institutionnelles dans le droit canonique, il ne s'agit pas seulement de chercher des emprunts directs au droit canonique comme c'est le cas, par exemple, dans la réglementation concernant le mariage, mais de découvrir aussi les racines canoniques du consensualisme, de la bonne foi tant dans le domaine des contrats

I. NOTE ON THE GENERAL MEANING OF THE QUESTION.

In a context of grouping of countries, especially in Europe, as well as, in a smaller scale, in the Americas, the question of harmonisation of National Laws can be raised. It is also possible to wonder whether the uniformisation of some branches or sectors of the Law could be useful.

It is possible that answers to the challenge of harmonisation, and eventually to the one of uniformisation, could be found by discovering the roots of West European legal institutions in Canon Law. Common roots may have led to different legal solutions, and the rediscovering of common roots could lead to the establishment of new bridges favoring harmonisation.

The object of our study is not the evolution of Canon Law as such in its relationships with other juridical systems, but rather looking for institutions of West European Law rooted in Canon Law or in Roman-Canonical Law, also called *Ius commune*.

Institutional roots in Canon Law go beyond the direct transfer of Canon Law into West European Law, as for instance in the laws concerning marriage; they relate also to the canonical roots of contracts by consent, of the good faith (*bona fide*) in Contractual Law as well as in Possessory Actions, of Wills, of Moral

que de la possession, des dispositions testamentaires, des personnes morales, etc. On peut également chercher l'influence des principes chrétiens, sous-jacents dans le droit pénal canonique, dans le droit pénal d'occident et même tenter de découvrir si le droit des réfugiés emprunte des notions au droit d'asile dans les églises et institutions religieuses et si les exemptions d'extraterritorialité touchant les diplomates peuvent être rapprochées du *privilegium fori* que l'Église réclamait pour ses clercs.

II. NOTE SUR LE SENS DE L'EXPRESSION « DROIT ECCLÉSIASTIQUE ».

Il me semble que dans le contexte précis des « Droits occidentaux », on doit comprendre normalement l'Occident chrétien et alors le *droit ecclésiastique* veut dire le *droit canonique*, véhiculant aussi un droit romain « christianisé ».

Certes, dans les pays de common law, dont les Églises s'étaient séparées de Rome, on a pu rejeter, lors de cette séparation, le droit canonique *stricto sensu* de ce moment. Ce rejet n'écarte pas nécessairement les résultats d'un processus historique qui, tout en étant enraciné dans le droit canonique, avaient donné lieu à des institutions juridiques proprement nationales et parfois hybrides comme par exemple la liberté de tester, l'exécuteur testamentaire ou les « trusts ».

III. NOTE SUR LA MÉTHODOLOGIE.

Dans cette perspective, il est très difficile, pour ne pas dire impossible, d'établir un questionnaire qui donnerait lieu à des réponses « nationales », puisque les principes chrétiens que l'on retrouve à la base du droit canonique ont guidé l'évolution de sociétés dans lesquelles le droit occidental a pris forme bien avant l'établissement des nations.

Persons, etc. One could even find the influence of Christian principles surfacing in Canonical Penal Law into Western Criminal Law. More so, it is possible to try to discover to what extent the present Refugee Law has some connexions with the Right of Sanctuary in churches and religious institutions or that Diplomatic extraterritoriality has something to do with the *privilegium fori* that the Church was demanding for her clergy.

II. NOTE ON THE MEANING OF ECCLESIASTICAL LAW.

In the context of West European Law we are normally referring to the christianized Western countries. Hence *Ecclesiastical Law* means *Canon Law* carrying with it the « christianized » Roman Law.

In the Common Law countries, where the churches separated from Rome, Canon Law, *stricto sensu*, could have been excluded at the time of the Reformation. Nevertheless, this exclusion cannot put aside the outcome of the historical process, rooted in Canon Law, bringing about national juridical institutions, sometimes hybrid ones, like the freedom of transferring one's property by will or the Testamentary Executors or the creation of the Trust.

III. NOTE ON METHODOLOGY.

This outlook makes it almost impossible to generate a questionnaire to obtain « national » answers in the context of christian principles of Canon Law that exist long before such « nations » existed.

Nous pourrions nous donner comme paramètres historiques la période du XIII^e au XVI^e siècles, tout en se sentant libre, au besoin, d'aller chercher des enracinements plus anciens ou de prolongements plus récents.

Chaque rapporteur national, à l'intérieur de cette perspective générale et de ces paramètres historiques, pourrait choisir un thème à développer et m'en informer. Je pourrai alors faire la coordination et communiquer les sujets aux rapporteurs; de cette façon les rapporteurs nationaux qui travaillent dans des thèmes connexes pourraient échanger entre eux.

L'idéal serait que nous puissions développer des exemples dans les différents secteurs du droit de façon à viser à l'établissement d'une sorte de mosaïque illustrant notre thème général.

We might take our historical framework as the 12th to the 16th centuries, feeling free to go beyond one or the other in the search for roots or for more recent applications.

With this general perspective and historical framework in mind each National Reporter could choose a theme to study and let me know. I will then be coordinating the themes and informing each one, so that National Reporters working on related themes can exchange among themselves.

The ideal target might be to present examples in the different fields of law so that the end product could look like a mosaic illustrating the general theme.

3. *Plan.*

Voilà le programme, trop ambitieux sans doute, dont nous avons rêvé. Il n'est pas très éloigné de celui que René David dessinait aux comparatistes qui voudraient tirer profit du droit cano-
nique:

Il leur faut étudier l'oeuvre d'unification du droit qui a été tentée par les législateurs de l'Église et les canonistes; il leur faut préciser les domaines dans lesquels cette oeuvre a été entreprise, et les succès qu'elle a obtenus. Il leur faut aussi et surtout, peut-être, établir les limites qui se sont imposées, connaître les réserves qu'a de tout temps comportées et que comporte de nos jours cette oeuvre d'unification, fixer les raisons des échecs qui ont été subis et des reculs que l'on a dû enregistrer (2).

Nous avons à l'esprit l'harmonisation, plutôt que l'unification (3), du droit par une recherche des racines, allant ainsi à l'essen-

(2) R. DAVID, *loc. cit.*, note 1, p. 175.

(3) Cf. Dans un cadre plus général R. SACCO, « La circulation des modèles juridiques », ACADÉMIE INTERNATIONALE DE DROIT COMPARÉ, *Rapports généraux*, XIII^e Congrès international, Montréal, 1990, Y. Blais, 1992, pp. 1-19 et ses réf. Voir aus-

tiel, plutôt qu'à l'agencement des techniques ⁽⁴⁾. Il nous semble qu'un certain nombre de problèmes qui nous accablent viennent de l'éloignement des racines, de l'éloignement de l'essentiel, de l'éloignement de l'être. Ces racines, cet essentiel, cet être ne doivent pas nous conduire à refaire le passé, mais à bâtir un avenir qui définisse les personnes et les institutions par ce qu'elles sont et non pas par ce qu'elles font. C'est-à-dire une transformation comme celle qui s'était produite pendant le premier millénaire de christianisation.

C'est dans cette forge que le droit occidental a pris ses formes les plus marquantes dont quelques-unes subsistent avec force, comme le principe d'égalité, alors que d'autres comme l'institution du mariage ou le consensualisme subissent des attaques qui réduisent leur portée socio-juridique.

Nous tâcherons d'accomplir notre programme en deux temps: d'abord nous tenterons de décélérer les paramètres de l'enracinement du droit occidental dans le droit canonique (I); ensuite nous illustrerons cet enracinement avec des exemples tirés des rapports nationaux reçus (II).

I. LES PARAMÈTRES DE L'ENRACINEMENT.

L'établissement de la bibliographie touchant les questions de l'enracinement du droit occidental dans le droit canonique pourrait faire l'objet d'un thème spécifique ou du moins d'une recherche documentaire multinationale, tellement elle est abondante. Il ne sied pas de s'attarder dans ce cadre à la bibliographie, bien que nous offrirons des références pertinentes sans rechercher pour autant l'exhaustivité.

Tenant compte du fait que la vie précède toujours le droit, il convient d'esquisser, en premier lieu, les influences de la vie chrétienne sur le droit (A); cela nous permettra de rappeler quelques notions concernant l'élaboration du *Ius commune* (B) et d'illustrer, enfin, les voies de l'intégration du message chrétien dans le droit (C).

A. *Les influences de la vie chrétienne sur le droit.*

La découverte récente du texte de René David, cité en exergue, nous a profondément réjoui. Il semble évident que l'impact du christianisme sur les peuples qui accueillaienent le message évangélique se tradui-

si, INSTITUT UNIVERSITAIRE EUROPÉEN, *Nouvelles perspectives d'un droit commun de l'Europe*, sous la dir. de M. CAPPELLETTI, Firenze, Le Mounier, 1978.

⁽⁴⁾ Cf. Ch. DONAHUE, jr., « *Ius Commune, Canon Law, and Common Law in England* », (1992) 66 *Tul. Law Rev.* 1745-1780, à la p. 1746 et *passim*.

sait par des changements fondamentaux dans leur mode de vie ⁽⁵⁾. Ces changements n'étaient pas seulement fondamentaux, ils étaient aussi réels, même si, dans la plupart des cas, il s'agissait de modifications qui, introduites naturellement dans la vie, pouvaient se faire avec discrétion ou même rester inaperçues dans le droit. Attardons-nous brièvement à chacun de ces aspects.

a) *Une influence fondamentale.*

Le doyen Le Bras, dans ses efforts multiples de présentation du Droit canonique, a « toujours adopté une trilogie: organisation interne de l'Église, exigences sociales, relations avec l'au-delà » ⁽⁶⁾. Et c'est précisément ce but supranaturel du droit canon, cette recherche du *salus animarum suprema lex* ⁽⁷⁾, qui lui donne son originalité et qui manifeste la profonde transformation que le christianisme apporte. Car, en fait, c'est le christianisme qui, tant bien que mal, change les coeurs et humanise les peuples. Après ces transformations fondamentales, les normes canoniques apportent le cadre juridique requis à la vie en société et à l'humanisation du droit ⁽⁸⁾.

b) *Une influence réelle.*

Toutefois, il ne s'agit pas de changements imposés. L'Église n'a, au départ, aucune autorité dans la société civile et la notion de liberté mise en avant par le message évangélique ne peut pas aboutir à la contrainte, lorsque le message est bien compris. C'est dans cette perspective que l'influence du christianisme doit être réelle, concrète-

⁽⁵⁾ Un exemple de « révolution domestique » est mis en lumière par R. PÉRONOUD, *La femme au temps des cathédrales*, Paris, Stock, 1980, p. 24, soulignant le comportement des jeunes femmes romaines, qui ayant eu la vie sauve en vue d'un mariage, une fois chrétiennes, annonçaient à leur père qu'elles optaient pour la virginité; voir l'ensemble des développements sur la libération de la femme aux pp. 19-31.

⁽⁶⁾ G. LE BRAS, « L'originalité du droit canon », dans *Études juridiques offertes à L. Julliot de la Morandière*, Paris, Dalloz, 1964, pp. 265-275, à la note 3, p. 266 et *passim*. Voir aussi, parmi beaucoup d'autres textes du même auteur: « Naissance et croissance du droit privé de l'Église », dans *Études d'histoire de droit privé offertes à Pierre Petot*, Paris, L.G.D.J. et al., 1959, pp. 329-345.

⁽⁷⁾ Voir aujourd'hui can. 1752, C.I.C. 1983 et voir E. AGOSTINI, *Droit comparé*, Paris, PUF, 1988, n° 37, p. 76; P. FEDELE, « Nihil aliud est aequitas quam Deus », dans *Études d'histoire du droit canonique dédiées à Gabriel Le Bras*, Paris, Sirey, 1965, pp. 73-87, aux pp. 82-83.

⁽⁸⁾ Voir E. AGOSTINI, *op. cit.*, note 7, n° 36, pp. 75-76; voir aussi J. GAUDEMET, *La formation du droit séculier et du droit de l'Église aux IV^e et V^e siècles*, Paris, Sirey, 1957, n°s 109-110, pp. 160-162, n°s 120-131, pp. 187-189.

te, dans les faits. Les gens doivent accepter les changements profonds que le message apporte; c'est le tissu social qui change ⁽⁹⁾.

Les vertus que le christianisme encourage à vivre apportent dans certains cas une véritable révolution ⁽¹⁰⁾. Le respect pour la personne, puisque par le baptême tous deviennent fils de Dieu, aboutit à la reconnaissance chez tous les fidèles d'une égalité radicale ⁽¹¹⁾, bien avant la modernité, même si la mise en pratique a pu être laborieuse ⁽¹²⁾. La sincérité évangélique se déverse dans les relations contractuelles et conduit, par exemple, au consensualisme ⁽¹³⁾. Le mariage, dans la perspective chrétienne, reconnaît l'égalité entre l'homme et la femme ⁽¹⁴⁾ et exige chez les époux des vertus, dont la fidélité,

⁽⁹⁾ Cf. A. ESMEIN, *Histoire du droit français*, Paris, Sirey, 1912, pp. 162-164, 173; G. LEPOINTE, *Histoire des institutions et des faits sociaux*, Paris, Montchrestien, 1963, pp. 156, 217, 218.

⁽¹⁰⁾ Voir, pour un aspect, H.J. BERMAN, *Law and Revolution*, Harvard University Press, 1983, pp. 51, 62-66, bien que notre notion de « révolution » diffère de la sienne. Pour une critique de certaines de ses « perceptions » théologiques, voir J.L. SORIA, « Religion, History and the Growth of Law: An appraisal of H.J. Berman's *Law and Revolution* », *Studia Canonica* 28 (1994) 487-519.

⁽¹¹⁾ Cf. Gal 3, 26-29; Act 10, 34-35; J. BRISSAUD, *Cours d'Histoire générale du droit français*, T. I, Paris, A. Fontemoing, 1904, n° 20, p. 148; B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, T. II, Milano, Giuffrè, 1952, nos 283-288, pp. 328-341.

⁽¹²⁾ Voir concernant l'esclavage les exhortations répétées, principalement dans les épîtres (Eph 6, 5-9; Col 3, 22-4, 1; Tit 2, 9-10; 1 P 2, 18-19), tant aux esclaves qu'aux maîtres et voir plus spécifiquement Phil, lettre dans laquelle Saint Paul touche à la question de l'esclavage dans une perspective de chrétienté primitive; pour l'esclavage en droit romain voir A. WATSON, *The Law of Persons in the Later Roman Republic*, Oxford, Clarendon Press, 1967, pp. 159-200; pour l'influence du christianisme, voir B. Biondi, *op. cit.*, note 11, nos 300-318, pp. 373-444; ID., T. III, Milano, Giuffrè, 1954, n° 351 pp. 88-90; P. ALLARD, V° « Slavery », dans *The Catholic Encyclopedia*, vol. XIV, New York, Appleton Co., 1912, pp. 36-39; S. ALVAREZ, V° « Esclavitud III », dans *Gran Enciclopedia Rialp*, T. VIII, Madrid, Rialp, 1993, p. 782-784. Pour des ressurgissements ultérieurs voir B.J. NICHOLSON, « Legal Borrowing and the Origins of Slave Law in the British Colonies », (1994) 38 *American Journal of Legal History* 38-54.

⁽¹³⁾ Voir P. OURLIAC, « La *convenientia* », dans *Études d'histoire de droit privé offerts à Pierre Petot*, Paris, L.G.D.J. et al., 1959, pp. 413-422; G. SAUTEL et M. BOULET-SAUTEL, « Verba ligant homines, taurorum cornua funes », dans *id.*, pp. 507-517; E. CAPARROS, « Le consentement est-il considéré comme un mineur? Quelques réflexions sur les origines de la cause dans les obligations », (1965) VI *C. de D.* 38-60.

⁽¹⁴⁾ Cf. G. LE BRAS, « La doctrine du mariage chez les théologiens et les canonistes depuis l'an mille », dans *Dictionnaire de théologie catholique*, vol. 9, Paris, 1926, V° *Mariage*, col. 2123-2317; A. ESMEIN, *Le mariage en droit canonique*, T. I, 2°

qui le rend indissoluble ⁽¹⁵⁾; cette indissolubilité surprend et va même jusqu'à choquer chez certains peuples. La bonne foi ⁽¹⁶⁾ transforme la possession ⁽¹⁷⁾, les dernières volontés, notamment pour des causes pieuses ⁽¹⁸⁾, bouleversent la réglementation des testaments ⁽¹⁹⁾. L'énumération pourrait certes se poursuivre ⁽²⁰⁾. « Les causes de ce développement du droit "privé" de l'Église sont religieuses, sans doute, mais l'occasion en fut la transformation de la société » ⁽²¹⁾.

c) *Une influence discrète.*

Dans les premiers siècles, il est « plus exact de parler d'influence du christianisme que d'influence du droit canonique » ⁽²²⁾. Entendons-nous, l'influence du christianisme se fait ouvertement et les

éd. par R. GÉNÉSTAL, Paris, Sirey, 1929, pp. 67-83, 97-98; F. SALEINO, *La definizione del matrimonio canonico nella dottrina giuridica teologica dei secoli XII-XIII*, Milano, Giuffrè, 1965.

⁽¹⁵⁾ Cf. Mt 19, 3-12; Mc 10, 2-12; A. D'ORS, *Derecho privado romano*, 2^e éd., Pamplona, EUNSA, 1973, pp. 251-251; A. ESMEIN, *op. cit.*, note 14, pp. 67-77; B. BIONDI, *op. cit.*, note 11, T. III, Milano, Giuffrè, 1954, n^{os} 384-396, pp. 151-187.

⁽¹⁶⁾ Cf. L. SCAVO LOMBARDO, *Il concetto di buona fede nel diritto canonico (contributo storico dogmatico)*, Libreria de l'Università di Roma, 1944; P. FEDELE, *loc. cit.*, note 4.

⁽¹⁷⁾ Cf. CH. DONAHUE, jr., *loc. cit.*, note 4, pp. 1758-1760; A. ESMEIN, *op. cit.*, note 9, pp. 721-723.

⁽¹⁸⁾ Cf. A. ESMEIN, *op. cit.*, note 9, pp. 267-268; B. BIONDI, *op. cit.*, note 11, n^{os} 224-226, pp. 204-207.

⁽¹⁹⁾ Cf. A. ESMEIN, *op. cit.*, note 9, 328-329; pour la common law voir R.H. HELMHOLZ, *Roman Canon Law in Reformation England*, Cambridge University Press, 1990, pp. 79-82; ID, « Continental Law and Common Law: Historical Strangers & Companions », [1990] *Duke Law Journal* 1207-1228, aux pp. 1210-1211; ID, « The Origin of Holographic Wills in English Law », (1994) 15 *Journal of Legal History* 97-108; J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Derecho Anglo-americano y Derecho Canónico, Las raíces canónicas de la « common law »*, Madrid, Civitas, 1991, pp. 123-130; D.J. SEIPP, « The Reception of Canon Law and Civil Law in the Common Law Courts before 1600 », (1993) 13 *Oxford Journal of Legal Studies* 388-420, aux pp. 401-402.

⁽²⁰⁾ Cf. R. DAVID, *loc. cit.*, note 1; G. LE BRAS, « Originalité... », *supra*, note 6; J. BRISSAUD, *op. cit.*, note 9, n^{os} 18-23, pp. 147-149; R.H. HELMHOLZ, *op. cit.*, note 19; ID, *Canon Law and the Law of England*, London, The Hambeldon Press, 1987.

⁽²¹⁾ G. LE BRAS, « Naissance... », *supra*, note 6, p. 334.

⁽²²⁾ J. GAUDEMET, *op. cit.*, note 5, n^o 131, p. 188; voir aussi A. ESMEIN, *op. cit.*, note 9, pp. 162-164.

transformations sociales sont aussi notoires. Ce qui peut être moins évident, est la racine chrétienne ou canonique de certaines transformations sociales et du droit qui a servi de cadre à ces modifications.

Cette idée serait peut être mieux comprise en empruntant les mots du professeur Watson:

Canon law was responsible for many very satisfactory innovations, but it was not authoritatively contained in a unitary, systematic, and comprehensive work. To find what the accepted canon law rule was was itself very difficult in many instances. To determine the impact of canon law as part of the *ius commune* was even more perplexing ⁽²³⁾.

On peut se demander si cette influence discrète n'est pas la cause de certains *silences sur le droit canonique*. Il est, en effet, quelque peu surprenant de constater dans des ouvrages de droit romain, d'histoire du droit et même de droit comparé ⁽²⁴⁾ des références fort succinctes, quand ce n'est pas un grand silence, sur le droit canonique et sur l'influence qu'il a joué dans la formation du droit occidental. Ce droit occidental semble devoir comprendre aussi les pays chrétiens de l'Europe du Centre et de l'Est ⁽²⁵⁾.

⁽²³⁾ A. WATSON, *Sources of Law, Legal Change, and Ambiguity*, University of Philadelphia Press, 1984, p. 66. Voir aussi P. VINOGRADOFF, *Roman Law in Medieval Europe*, 3^d Ed. (reprint de 1929), Oxford University Press, 1961, pp. 116-117; R.H. HELMHOLZ, *op. cit.*, note 19, pp. 8-11; CH. DONAHUE, jr., *loc. cit.*, note 4; P. LEGENDRE, « Le droit romain, modèle et langage », dans *Études d'histoire du droit canonique dédiées à Gabriel Le Bras*, T. II, Paris, Sirey, 1965, pp. 913-930. On a aussi mit en évidence l'influence discrète de la Bible en droit anglais, voir D.S. DAVIES, *The Bible in English Law*, London, Jewish Historical Society, 1954.

⁽²⁴⁾ Cf. *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. II, *The Legal Systems of the World their Comparaison and Unification*, R. DAVID chief editor, chap. 1: *The Different Conceptions of Law* et chap. 2: *Structure and the Division of the Law*. Il est vraiment étonnant que le Droit canonique ne mérite que des brèves mentions en passant (chap. I: R. DAVID, « Introduction », n° 10, p. I-9; G. SAWER, « The Western Conception of Law », n° 43, p. I-43); voir aussi A. WATSON, *Legal Transplants*, Edinburg, Scottish Academic Press, 1974, pp. 21-30; *Nouvelles perspectives*, *cit.*, note 3, qui mentionne en passant le droit romano-canonique aux pp. 33 et 197.

⁽²⁵⁾ Cf. A. VETULANI, « Stephanus Polonus, un canoniste polonais du XIII^e siècle », dans *Études historiques à la mémoire de Noël Didier*, Paris, Montchrestien, 1960, pp. 341-350; ID, « L'enseignement universitaire du droit à Cracovie d'après les desseins de Casimir le Grand », dans *Études d'histoire du droit canonique dédiées à Gabriel Le Bras*, T. I, Paris, Sirey, 1965, pp. 373-383.

Il est, en revanche, souvent question du Droit romain et pour cause. On ne distingue pas toujours, cependant, le contenant romain de son contenu canonique. Il sied donc de rappeler quelques notions concernant l'élaboration du *Ius commune*.

B. L'élaboration du *Ius commune*.

Broadly, the *ius commune* is anything that has to do with university teaching of law, be it roman law or canon law, be it public or private law, be it in the Middle Ages or in the early modern period, be it in England or on the Continent.

Ch. DONAHUE, Jr. 1992 ⁽²⁶⁾

Il s'agit donc de ce droit dit « savant », enseigné dans les universités, que les bacheliers, licenciés et docteurs répandent par la suite avec leur travail de juristes à travers l'Europe chrétienne. Ce droit tenait à la doctrine juridique plutôt qu'au droit positif. L'implantation de ce *Ius commune* dans l'occident chrétien tire donc sa force de l'« auctoritas », dans son sens classique, plutôt que de la « potestas ». Nous sommes en effet, en présence d'un *savoir socialement reconnu (auctoritas)* et non point d'un *pouvoir socialement reconnu (potestas)* ⁽²⁷⁾. Il n'est pas oiseux de souligner cette réalité: c'est le savoir, l'intelligence, la raison pratique qui servent de véhicule à ce droit commun. N'oublions pas non plus que la *potestas* n'était alors exercée par aucune juridiction pan-européenne et qu'on ne possédait point des moyens de coordonner la mise en place de ce droit, hormis toutefois une certaine « auctoritas Principis » ⁽²⁸⁾ que les canonistes tâchaient de transférer au Pape de certains textes du droit romain.

L'élaboration du *Ius commune* est un sujet fort bien connu ⁽²⁹⁾. Il convient cependant de rappeler quelques notions.

⁽²⁶⁾ Ch. DONAHUE, jr., *loc. cit.*, note 4, p. 1746.

⁽²⁷⁾ Cf. A. D'ORS, *op. cit.*, note 15, p. 13.

⁽²⁸⁾ Cf. *Id.*, p. 14.

⁽²⁹⁾ Cf. par exemple, H. COING, « European common law: historical foundations », dans *Nouvelles perspectives, cit.*, note 3, pp. 32-34; Fr. CALASSO, *Medio Evo del Diritto*, Milano, Giuffrè, 1954, pp. 215 et ss., 391 et ss.; Ch. DONAHUE, jr., *loc. cit.*, note 4; P. LEGENDRE, *loc. cit.*, note 23; P. OURLIAC, « Les sources du droit canonique au xv^e siècle: le solstice de 1440 », dans *Études d'histoire du droit canonique*

C'est Bologne ⁽³⁰⁾ d'abord qui devient le creuset de la rencontre du *Corpus iuris civilis* avec les éléments en formation du *Corpus iuris canonici*, le premier possédant une nette supériorité technique, le second, se trouvant encore dans la phase de l'encadrement juridique du message chrétien. Les éventuelles faiblesses techniques du droit canonique sont néanmoins compensées par la nette supériorité des principes qui se dégagent du message évangélique et qui aboutiront à des notions juridiques dont le contenu sera finalement plus riche que celles du droit romain.

Il y a donc une concurrence entre le droit romain et le droit canonique ⁽³¹⁾, car les universités offrent un terrain propice permettant l'osmose ou la symbiose entre les deux ordonnancements juridiques. L'un le droit romain en voie de compléter sa christianisation ⁽³²⁾, l'autre le droit canonique en voie de façonner les normes juridiques les plus adéquates aux principes du message évangélique ⁽³³⁾. De cette lutte, de ces rivalités, de ces emprunts, de ces transformations naît finalement ce qu'on a appelé le *Ius commune*. Mais on doit aussi souligner que ces luttes, ces rivalités, ces emprunts ne se font pas dans la plupart des cas entre deux camps ennemis, mais jaillissent plutôt de la réflexion des mêmes maîtres qui enseignent à la fois le Droit romain et le Droit canonique. « A la fin du XIII^e siècle et surtout au XIV^e siècle, [...] la distance entre ces deux droits se réduit et les plans se rapprochent » ⁽³⁴⁾; il devient par ailleurs de plus en plus difficile de distinguer entre romanistes et canonistes ⁽³⁵⁾.

Reprenons, pour conclure cette esquisse, une description classique, même si elle limite ce *Ius commune* au Continent:

que dédiées à Gabriel Le Bras, T. 1, Paris, Sirey, 1965, pp. 293-305; G. LE BRAS, « Naissance... », *cit.*, note 6, Ed. MEYNIAL, « Roman Law », dans *The Legacy of the Middle Ages*, C.G. CRUMP et E.F. JACOB (éd.), Oxford, at the Clarendon Press, 1929, 363-399, aux pp. 366-372; 386-388; H.J. BERMAN, *op. cit.*, note 10, pp. 149-151; 204-205; 288-292 et *passim*; R.H. HELMHOLZ, *op. cit.*, note 19, pp. 144-154.

⁽³⁰⁾ Pour une étude de l'établissement et du fonctionnement des universités voir H.J. BERMAN, *op. cit.*, note 10, pp. 121-164.

⁽³¹⁾ Cf. P. LEGENDRE, *loc. cit.*, note 23, pp. 913-915.

⁽³²⁾ Cf. B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, T. I, Milano, Giuffrè, 1952; T. II, *id.*, 1952; T. III, *id.*, 1954.

⁽³³⁾ Cf. P. LEGENDRE, *loc. cit.*, note 23, pp. 916-920.

⁽³⁴⁾ *Id.*, p. 918.

⁽³⁵⁾ *Id.*, pp. 918-919.

At the end of this evolution Roman-Canon Law had become the *Ius Commune* of the Continent. Differing from the English Common Law ⁽³⁶⁾, this continental *Ius Commune* never superseded the local and national customs and statutes. Its authority was only subsidiary. Its rules were followed only where no local or national rules existed. Still, these different local and national rules were interpreted in the light of the rules of Roman-Canon Law. [...] The *Ius Commune* [...] was a living tradition and whole new provinces of law were incorporated to it. [...] The *Ius Commune* gave to the continental countries a common stock of legal institutions, rules and concepts. It also gave them a kind of *lingua franca* in the field of law ⁽³⁷⁾.

Il serait fort probablement utile de redécouvrir les forces et les faiblesses de ce processus d'élaboration du *Ius Commune* afin de pouvoir s'en inspirer dans l'élaboration de programmes d'enseignement visant l'harmonisation du droit européen. Il est possible que les échanges d'étudiants favorisés par certains programmes actuels, permettent une meilleure compréhension de l'ordonnancement juridique du pays où l'étudiant est en visite, mais on est loin, très loin, de cet enseignement commencé à Bologne et qui s'est par la suite étendu aux autres universités qui se constituaient alors. L'enseignement des deux *Corpus iuris* offrait un cadre de référence, une formation juridique approfondie, une intelligence du système, mais non le droit « national » d'un lieu. « Prior to the rise of the nation state, [...] the entire civilized world was governed by one legal system: the Roman-Canonic *jus commune*. Lawyers throughout the civilized world attended the same universities, studied the same books in the same language (Latin), and taught in the same way, using the same authorities, to their own students. There was a common law of Europe, a

⁽³⁶⁾ Pour un point de vue différent voir Ch. DONAHUE, jr., *loc. cit.*, note 4.

⁽³⁷⁾ H. COING, *loc. cit.*, note 29, pp. 33-34. Il s'agit de ce que Donahue considère une définition étroite du *Ius commune*, limité seulement au Continent. Avec Donahue, nous préférons la notion plus large que nous citons en exergue (note 26); on peut trouver des exemples et des illustrations de la présence du droit romano-canonique dans la common law dans des recherches récentes (voir R.H. HELMHOLZ, *op. cit.*, notes 19 et 20; J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *op. cit.*, note 19; D.J. SEIPP, *loc. cit.*, note 19) et dans d'autres classiques (voir P. VINOGRADOFF, *op. cit.*, note 23, pp. 117-118; F.W. MATTLAND, *Roman Canon Law in the Church of England*, London, Methuen & Co, 1898, pp. V, 1-12, 50, 51-60 et *passim*).

common literature and a language of the law, and an international community of lawyers »⁽³⁸⁾. Peut être devrait-on tenter une telle expérience⁽³⁹⁾, si nous cherchons à établir un nouveau *Ius commune*⁽⁴⁰⁾.

Il ne faut pas oublier que c'est la vie chrétienne qui avait été le moteur des changements sociaux, il convient donc de se pencher brièvement aussi sur les voies de l'intégration du message chrétien dans le droit.

C. *Les voies de l'intégration du message chrétien dans le droit.*

Le Droit romain qu'on enseigne dans les écoles et duquel on se sert dans le barreau est ou canonique ou civil.

PRALARD, XVII^e siècle⁽⁴¹⁾

Voilà une affirmation, reflétant la perception du Droit romain au XVII^e siècle, qui peut sans doute surprendre. Elle semble toutefois mettre en évidence le résultat des influences réciproques entre le message chrétien et le Droit romain, ainsi que l'utilisation du droit par l'Église. Les voies de la christianisation du droit et de la formulation juridique du message chrétien sont multiples. La législation romaine chrétienne constitue un premier pallier; la christianisation du Droit romain, un deuxième, la consolidation du Droit canonique, un troisième.

a) *La législation romaine chrétienne.*

On peut mentionner, dans un premier temps, les multiples interventions législatives des autorités romaines provoquées par la christianisation de la société, dont une étude fort approfondie a été

⁽³⁸⁾ J.H. MERRYMAN, « On the Convergence (and Divergence) of the Civil Law and the Common Law », dans *Nouvelles perspectives*, *cit.*, note 3, p. 197.

⁽³⁹⁾ The Faculty of Law of the University of the West Indies, située à la Barbade, semble avoir développé un programme de ce type. Il serait basé sur les notions fondamentales de la common law, sans toucher, dans les cours généraux et obligatoires, les spécificités des droits nationaux des différents pays des Antilles desservis par l'Université.

⁽⁴⁰⁾ Cf. R.H. HELMHOLZ, *loc. cit.*, note 19, pp. 1226-1228.

⁽⁴¹⁾ Extrait dans le Ms Sainte Geneviève 3091, p. 79, cité par P. LEGENDRE, *loc. cit.*, note 23, p. 915, note 6.

publiées en trois volumes sous le titre *Il diritto romano cristiano* ⁽⁴²⁾. Un bon nombre de ces interventions législatives serait de nos jours regroupées, dans plusieurs pays, sous l'appellation de Droit civil ecclésiastique ou Droit ecclésiastique de l'État (*Diritto ecclesiastico dello Stato*, *Derecho eclesiástico del Estado*, *Staatskirchenrecht*, etc.) ou autres semblables ⁽⁴³⁾. Ces lois touchaient une grande diversité de sujets religieux ou rattachés à la religion. Il y avait des lois aussi bien pour protéger la foi chrétienne ⁽⁴⁴⁾ que pour établir la discipline interne de l'Église ⁽⁴⁵⁾. On peut aussi déceler l'influence du message chrétien dans la législation familiale et sociale, notamment en matière de mariage ⁽⁴⁶⁾, de condamnation de la prostitution ⁽⁴⁷⁾, d'interdiction des jeux des gladiateurs ⁽⁴⁸⁾ et d'adoucissement des normes concernant l'esclavage ⁽⁴⁹⁾.

Dans le sens contraire, il serait aussi possible de faire état des nombreux emprunts que l'Église fait au droit romain que ce soit au niveau de la terminologie, des techniques juridiques et même des institutions ⁽⁵⁰⁾. Mais dans ce domaine on est déjà à la charnière de la christianisation du droit romain.

b) *La christianisation du droit romain.*

Il est évident qu'avec cette expression, nous tâchons de traduire une réalité différente de celle de la législation romaine chrétienne. Certes, cette législation entraîne une modification explicite du droit romain provoquée par le message chrétien, et ce par l'introduction

⁽⁴²⁾ Cf. B. BIONDI, *op. cit.*, note 32 et voir T. I, n^{os} 35-51, pp. 115-167; J. GAUDEMET, *op. cit.*, note 8, n^o 132, pp. 189-192.

⁽⁴³⁾ Cf. E. CAPARROS, « Le droit canonique devant les tribunaux canadiens », dans *Unico Ecclesia servicio* (sous la dir. de M. THÉRIAULT et J. THORN), Ottawa, Université Saint-Paul, 1991, 307-342, aux pp. 312-314 et les références.

⁽⁴⁴⁾ Cf. B. BIONDI, *op. cit.*, note 32, T. I, n^{os} 81-107, pp. 253-357; J. GAUDEMET, *op. cit.*, note 8, n^o 135, pp. 194-195.

⁽⁴⁵⁾ Cf. B. BIONDI, *op. cit.*, note 32, T. I, n^{os} 122-134, pp. 395-434; J. GAUDEMET, *op. cit.*, note 8, n^o 135, pp. 195-196.

⁽⁴⁶⁾ Cf. B. BIONDI, *op. cit.*, note 32, T. III, n^{os} 345-364, pp. 69-101, n^{os} 384-396, pp. 151-187; J. GAUDEMET, *op. cit.*, note 8, n^o 136, pp. 197-198.

⁽⁴⁷⁾ Cf. B. BIONDI, *op. cit.*, note 32, T. II, n^{os} 252-258, pp. 263-279; J. GAUDEMET, *op. cit.*, note 8, n^o 136, p. 197.

⁽⁴⁸⁾ Cf. B. BIONDI, *op. cit.*, note 32, T. II, n^{os} 259-263, pp. 279-284; J. GAUDEMET, *op. cit.*, note 8, n^o 136, p. 197.

⁽⁴⁹⁾ Cf. B. BIONDI, *op. cit.*, note 32, T. II, n^{os} 300-319, pp. 373-447 et voir *supra* note 12.

⁽⁵⁰⁾ J. GAUDEMET, *op. cit.*, note 8, n^o 138-143, pp. 201-212.

d'institutions nouvelles ou par l'interdiction ou la transformation explicite d'institutions anciennes.

Sous l'expression « christianisation du droit romain », nous avons plutôt à l'esprit les emprunts de concepts ou d'institutions au droit romain qui reçoivent un souffle nouveau sous l'inspiration du message chrétien. Ce souffle nouveau se fait grâce aux efforts intellectuels des canonistes, qui, au besoin, adaptent les notions théologiques au droit.

Dans ce contexte, la transformation par exemple de l'*aequitas* ⁽⁵¹⁾ mérite une mention toute spéciale. En effet, elle apparaît comme l'un des prototypes de cette christianisation; il ne s'agit point d'une invention du législateur chrétien ni à proprement parler d'une nouvelle notion, mais d'une transformation de grande envergure, car une énorme différence existe entre l'*aequitas* romaine et la canonique. Bien que la première, déjà avec les interventions de Constantin, ait commencé à être d'application générale ⁽⁵²⁾, elle reste éloignée de l'*aequitas* comme justice chrétienne, « l'*aequitas* cristiana è intessuta di quella carità, che costituisce il *praeceptum maius* della predicatione de Gesù » ⁽⁵³⁾. À partir d'une telle conceptualisation l'on parvient en droit canonique à une tendance générale vers la modération, la *benignitas*, la *humanitas*, la miséricorde et le pardon qui donnent forme et contenu aux lois chrétiennes ⁽⁵⁴⁾. Encore plus, cet *elementum correctivum iuris* doit être considéré comme formant le principe même qui est à la base de l'ordonnancement canonique ⁽⁵⁵⁾. Il s'agit tellement d'une conceptualisation fondamentale que Fedele rattache à cette théorie canonique de l'*aequitas* un nombre considérable de développements postérieurs, dus principalement aux canonistes et aux tribunaux ecclésiastiques, allant du principe *ex nudo pacto actio oritur*, passant par les multiples applications de la *bona fides* et arrivant jusqu'au *nullum crimen sine praevia lege poenali* ⁽⁵⁶⁾.

Il ne sied pas de tirer ici les nombreuses conséquences qui découlent de ces affirmations dont quelques-unes seront illustrées plus

⁽⁵¹⁾ Cf. B. BIONDI, *op. cit.*, note 32, T. II, n^{os} 155-160, pp. 28-43 et T. III, n^o 406, pp. 210-211; P. FEDELE, *loc. cit.*, note 7; H.J. BERMAN, *op. cit.*, note 10, pp. 518-519.

⁽⁵²⁾ Cf. B. BIONDI, *op. cit.*, note 32, T. II, n^{os} 157-158, pp. 31-38.

⁽⁵³⁾ Id, n^o 159, p. 39.

⁽⁵⁴⁾ Cf. *Ibidem*.

⁽⁵⁵⁾ Cf. P. FEDELE, *loc. cit.*, note 7, p. 76.

⁽⁵⁶⁾ Cf. Id, pp. 80-86.

loin à l'aide des rapports nationaux, mais on ne peut pas passer sous silence la féconde influence de l'*aequitas canonica* dans les Îles britanniques, et par la suite, au rythme du flux et reflux de l'Empire britannique, dans les pays dits de common law. Il s'agit, d'ailleurs, d'une des voies les plus importantes de la pénétration et l'implantation du droit canonique en Angleterre ⁽⁵⁷⁾. La *Court of Chancery* a effectivement développé, « for the love of God and in way of Charity », un nombre considérable d'avenues juridiques d'évidente utilité ⁽⁵⁸⁾. Les doctrines ainsi mises en avant par l'*equity* pourraient, dans plus d'un cas, être rapprochées des doctrines élaborées par des canonistes. Cet *aequitas canonica*, qu'on pourrait considérer par analogie comme un catalyseur de nombreuses transformations juridiques, reste toujours bien établie dans les codes de droit canonique ⁽⁵⁹⁾, fruit d'une décantation multiséculaire ⁽⁶⁰⁾.

La vie nouvelle que le message chrétien a insufflée à l'*aequitas*, et les enrichissements nombreux que cela a provoqués, sont à certains égards comparables aux transformations subies par les notions d'*universitas*, *collegium*, *societas*, *corpus*, ... lorsqu'au XIII^e siècle Sinibaldo de Fieschi (avant de devenir Innocent IV) proposa la fameuse explication: « Collegium in causa universitatis fingantur una persona » ⁽⁶¹⁾. Une telle fiction, fondée quand même dans la réalité, apporte en germe les notions de personnalité juridique, de personne morale, de corporation multiple. À la rigueur, lorsqu'il s'agit d'une

⁽⁵⁷⁾ Cf. J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *op. cit.*, note 19, pp. 55-103; Id, « Comments on the Influence of Canon Law on the Common Law Legal Tradition », (1989) 20 R.G.D. 5-30.

⁽⁵⁸⁾ Cf. H.J. BERMAN, *Faith and Order*, Atlanta, Scholar Press, 1993, pp. 55-82.

⁽⁵⁹⁾ Cf. can. 19, 122, 221, 702, 1733 et 1752 CIC.; 24, 929, 998, 1400 et 1501 CCEO.

⁽⁶⁰⁾ Cf. SAINT THOMAS D'AQUIN, *S. Th.*, I, q. 21, a.3, ad 3; I-II, q. 21, a.1, ad 2; q. 95, a.2, ad 2; q. 97, a.4, ad 1; et pour des commentaires dans le contexte contemporain, JEAN-PAUL II, *Discours à la Rote Romaine*, 18 janvier 1990, dans *L'Osservatore Romano* (éd. hebdomadaire en langue française) 13 fév. 1990, p. 14; Id, *Discours à la Rote Romaine*, 29 janv. 1993, dans *L'Osservatore Romano* (Weekly Edition in English) 3 fév. 1993; aussi dans J. THORN, *Le pape s'adresse à la Rote [:] 1939-1994*, Faculté de droit canonique, Université Saint-Paul, Ottawa, 1994, pp. 218-222 et 233-237; E. CAPARROS, « Réflexions sur la charité pastorale et le droit canonique », dans *Ius in Vita et in Missione Ecclesiae*, Libreria Editrice Vaticana, 1994, 157-174.

⁽⁶¹⁾ Cf. S. PANIZO, *Persona jurídica y ficción [:] Estudio de la obra de Sinibaldo Fieschi (Inocencio IV)*, Pamplona, EUNSA, 1975; H.J. BERMAN, *op. cit.*, note 10, pp. 215-221; J. FERRER dans INSTITUTO MARTÍN DE AZPILCUETA, *Manual de Derecho canónico*, Pamplona, EUNSA, 1988, pp. 168-169.

universitas rerum on pourrait trouver, dans la fiction mise en avant par le canoniste Fieschi, l'origine des fiducies et des fondations, et tout spécialement de cette fiducie du nouveau *Code civil du Québec* ⁽⁶²⁾.

Nous sommes ainsi en présence d'un autre exemple de ces racines canoniques du droit occidental, qui sous différents cieux ont produit des arbres divers aux multiples fruits; c'est-à-dire, des réalités juridiques répondant aux besoins des ordonnancements occidentaux.

Les exemples d'institutions romaines christianisées par la voie d'une transformation profonde ne manquent pas ⁽⁶³⁾, mais puisque notre but était simplement d'illustrer ces faits, il ne convient pas d'aller au delà de cette esquisse. Tournons brièvement notre attention vers la consolidation du droit canonique.

c) *La consolidation du droit canonique.*

La vie précède toujours le droit, entend-on souvent dans la bouche des sages, et c'est par la vie, par son impact, que nous avons commencé cette esquisse. La condolidation du droit propre de l'Église, le droit canonique, met en évidence une maturation institutionnelle et intellectuelle à la fois.

Le message chrétien commence à se manifester juridiquement dans la législation des empereurs chrétiens, comme cela a été signalé plus haut, atteignant des niveaux assez importants aussi bien à cause de la richesse du contenu chrétien de la législation, que de ses qualités juridiques ⁽⁶⁴⁾.

Il est, par ailleurs, fort malaisé de compartimenter le flux de la réalité historique, mais il est quand même possible d'envisager comme deuxième étape du parcours vers le droit canonique cette phase, que nous venons d'esquisser, pendant laquelle des institutions du droit romain sont transformées par les principes ou l'agir chrétien. « Pour son usage, l'Église a démantelé, faussé ou idéalisé le droit romain selon les cas » ⁽⁶⁵⁾. S'élabore ainsi une doctrine canonique qui

⁽⁶²⁾ Cf. art. 1260-1273 C.c.Q.

⁽⁶³⁾ Plusieurs exemples ont déjà été mentionnés, voir les références aux notes 13-20; voir aussi A. BETTETINI, *La restitutio in integrum processuale nel Diritto canonico*, Milan, CEDAM, 1994 qui contient une très riche étude historique aux pp. 35-170.

⁽⁶⁴⁾ Cf. B. BIONDI, *op. cit.*, note 32, T. I, n^{os} 38-54, pp. 123-167.

⁽⁶⁵⁾ P. LEGENDRE, *loc. cit.*, note 23, p. 921.

prend ses distances du droit romain, tout en conservant souvent la terminologie de ce droit.

La découverte d'une copie du *Corpus iuris civilis*, compilé par des juristes de Justinien au VI^e siècle, et le début de son enseignement à Bologne par Irnerius se situent chronologiquement vers la fin du XI^e siècle (on avance généralement la date de 1080 pour la découverte et 1087 pour le début de l'enseignement d'Irnerius) ⁽⁶⁶⁾. Environ un demi-siècle plus tard (on retient généralement la date de 1140) ⁽⁶⁷⁾ on retrouve dans la même université le moine Gratien enseignant le droit canonique en se servant de « son propre manuel », pour employer l'expression avant la lettre, la *Concordantia discordantium Canonum*, plus connu sous le nom du *Décret* de Gratien. Selon une conclusion généralisée, il s'agit probablement du premier ouvrage systématique rédigé en droit ⁽⁶⁸⁾. À ce Décret, oeuvre doctrinale et scientifique, contrairement à la compilation de Justinien, s'ajouteront entre 1234 et 1503 des Décrétales des papes, en plusieurs livres, pour constituer le *Corpus iuris canonici* ⁽⁶⁹⁾.

C'est à Bologne, comme nous l'avons déjà signalé, que se situe le point de départ de l'enseignement *des deux droits* et de l'élaboration des traditions juridiques d'Occident.

Mais on ne peut pas oublier que ces *deux droits* ont subi des influences réciproques et qu'en particulier le *Corpus* de Justinien recueille bon nombre des lois impériales chrétiennes. Il est impossible de passer sous silence que la supériorité technique du droit romain, et malgré le demi-siècle d'avance de l'effort intellectuel de ses maîtres de Bologne, n'atteint pas néanmoins à la qualité de la systématisation juridique du Décret de Gratien.

L'influence réciproque, l'inter-fécondation pourrait-on dire, s'est prolongée pendant deux siècles, pour arriver à la consolidation et même à la suprématie du droit canonique au XIII^e siècle. « L'Église du XIII^e siècle ne vit plus sous les lois romaines: elle a vigoureusement exploité la loi romaine pour construire son droit privé » ⁽⁷⁰⁾. Plus que cela, « [i]n the thirteenth century the canons provided all the elements of a perfect system of organization for the Church » ⁽⁷¹⁾. Le droit canonique aban-

⁽⁶⁶⁾ Cf. H.J. BERMAN, *op. cit.*, note 10, p. 123.

⁽⁶⁷⁾ Cf. ID, p. 143; D. LE TOURNEAU, *Le droit canonique*, Que sais-je?, n° 779, Paris, PUF, 1988, p. 25.

⁽⁶⁸⁾ Cf. H.J. BERMAN, *op. cit.*, note 10, p. 143.

⁽⁶⁹⁾ Cf. D. LE TOURNEAU, *op. cit.*, note 67, p. 26.

⁽⁷⁰⁾ G. LE BRAS, *loc. cit.*, note 6, p. 337.

⁽⁷¹⁾ ID, « Canon Law » dans *The Legacy ...*, *cit.*, note 29, 321-361, à la p. 329.

donne sa « dépendance » technique du droit romain pour devenir autonome, mais l'évolution ira plus loin puisque « l'autonomie du droit canonique devient suprématie » (72). Il ne s'agit pas seulement d'une suprématie au niveau de la raison, soit scientifique et intellectuelle, mais aussi dans la vie en société, dans la solution des conflits. En effet, la hiérarchie et les tribunaux ecclésiastiques ont réussi à obtenir juridiction dans un bon nombre de domaines juridiques grâce aux élaborations doctrinales des théologiens et canonistes. Le droit canonique, dont l'*aequitas* contient toujours les éléments nécessaires aux adaptations requises, laisse ainsi sa marque dans les droits occidentaux, qui se trouvent alors en phase d'élaboration.

Il nous reste donc, à présenter à l'aide des rapports nationaux reçus, des exemples précis d'enracinement d'institutions juridiques dans le droit canonique.

II. DES EXEMPLES D'ENRACINEMENT.

Les rapports reçus nous permettent de présenter ces exemples sous trois chefs: Des exemples manifestés par la bibliographie (A), des exemples d'enracinement d'institutions (B) et, enfin, un exemple d'enracinement systémique (C).

A. Des exemples manifestés par la bibliographie.

Le rapport du professeur Antonio Padoa-Schioppa (73) constitue à la fois un tableau général et une bonne synthèse, doublée d'une abondante bibliographie.

Il signale, sans s'y attarder, l'osmose qui s'est produite entre le droit romain et le droit canonique (74), pour signaler par la suite l'influence du droit canonique sur le droit séculier dans plusieurs grands secteurs, en apportant toujours une riche bibliographie.

C'est ainsi qu'il met en évidence le rôle joué par le droit canonique dans le domaine judiciaire par l'institution de l'appel, de la procédure d'enquête, des normes concernant la preuve et de l'*actio spolii* (75).

(72) P. LEGENDRE, *loc. cit.*, note 23, p. 923.

(73) *Note sul ruolo del Diritto canonico e sulla storiografia giuridica*, Milan, dactylographié, 1994, 16 pp. cf. *infra* pp. 455-468.

(74) *Id.*, n° 2, pp. 456-458.

(75) *Id.*, n° 3, pp. 458-460.

La notion d'office développée en droit canonique, conduit à distinguer la personne de la fonction qu'elle occupe; par ailleurs, dans le cadre de l'organisation et du fonctionnement des organismes collégiaux, il signale l'importance de la règle de la majorité dans les élections et de celle de l'unanimité pour prendre certaines décisions. D'une façon plus générale, le rapport souligne le rôle important du serment ⁽⁷⁶⁾.

En droit privé, le professeur Padoa-Schioppa met en évidence l'origine canonique de la notion moderne de personnalité juridique, ainsi que des théories de la bonne foi et de celle de la représentation, sans négliger le rôle du droit canon dans la doctrine sur le mariage et la transformation des *nuda pacta* ⁽⁷⁷⁾:

Il réserve pour la fin deux aspects d'une grande importance pour la formation du droit moderne, où le droit canonique a joué un grand rôle: la différence entre les autorités civiles et religieuses, conduisant à l'élaboration des notions de base de la théorie de la séparation de l'Église et de l'État ⁽⁷⁸⁾, et la notion de personne qui mène à l'établissement d'une égale dignité entre toutes les personnes et qu'on peut considérer comme la racine des chartes des droits modernes ⁽⁷⁹⁾.

Le rapport conclut avec de riches considérations sur la contribution du droit canonique à la formation d'une science du droit. Cette science serait basée, d'un côté sur l'établissement par les canonistes médiévaux, notamment Ives de Chartres et, plus tard, Gratien, d'un ensemble de principes permettant les qualifications des normes; et de l'autre, des techniques d'analyse juridique, peut-être marquées par les méthodes de l'exégèse biblique, développées par l'école de Bologne.

Nous serions donc aussi, scientifiquement, tributaires de cet apport de Bologne.

B. *Des exemples d'enracinement d'institutions.*

Trois autres rapports nous permettront d'apporter ici des illustrations: pour le mariage, celui du professeur Gabriel García Cantero ⁽⁸⁰⁾; pour les legs en faveur de son âme et la fiducie, une autre partie de celui

⁽⁷⁶⁾ *Id.*, n° 4, pp. 460-462.

⁽⁷⁷⁾ *Id.*, n° 5, pp. 462-463.

⁽⁷⁸⁾ *Id.*, n° 6, pp. 463-465.

⁽⁷⁹⁾ *Id.*, n° 7, pp. 465-466.

⁽⁸⁰⁾ *Dos ejemplos de influencia eclesiástica en el Derecho español (Matrimonio religioso y herencia en favor de su alma)*, Zaragoza, dactylographié, 1994, 8 pp. cf. *infra* pp. 469-480.

du professeur García Cantero et le rapport de M^e André A. Morin ⁽⁸¹⁾; pour la dette, le rapport du professeur DeLloyd J. Guth ⁽⁸²⁾.

a) *Le mariage.*

Conscient du fait que l'institution matrimoniale est l'exemple le plus visible et persistant de l'influence religieuse dans des droits séculiers ⁽⁸³⁾, le professeur García Cantero illustre cette influence en se servant du droit espagnol. En effet, il s'agit de l'un des ordonnancements étatiques dans lesquels le modèle canonique conserve, encore de nos jours, une très forte présence ⁽⁸⁴⁾. Il s'attarde donc à mettre en relief les effets civils du mariage canonique et des autres mariages religieux.

Pour le mariage canonique, le législateur espagnol Philippe II introduit par *Real Cédula* de 1564 le Décret du Concile de Trente sur la réforme du mariage. L'Espagne ne connaîtra ainsi qu'un seul mariage canonique et obligatoire régi par le droit canonique «civilisé» et sur lequel les tribunaux ecclésiastiques auront juridiction presque complète ⁽⁸⁵⁾.

Mais en 1870 une Loi sur le mariage civil obligatoire tâche de procéder à la sécularisation du mariage tout en conservant, pour l'essentiel, l'inspiration canonique. La loi fut rejetée par la population et donna même lieu à des mouvements de désobéissance civile ⁽⁸⁶⁾. Cinq ans plus tard, le législateur cette fois par Décret rétablit la législation canonique comme forme générale de célébration, tout en maintenant le mariage civil pour les non catholiques ⁽⁸⁷⁾.

C'est ce régime qui se retrouve dans le Code civil espagnol de 1889 et qui, sous réserve de la parenthèse de la Deuxième République (1932-1939) qui revient au mariage civil obligatoire ⁽⁸⁸⁾, a été en vigueur jusqu'à récemment.

⁽⁸¹⁾ *Des origines de la fiducie, un exemple concret des racines institutionnelles des droits occidentaux dans le droit ecclésiastique*, Ottawa, dactylographié, 1994, 20 pp. cf. *infra*, pp. 481-493.

⁽⁸²⁾ *Centrality of Debt in Western Medieval Sacred and Secular Legal Systems*, Winnipeg, dactylographié, 1994, 20 pp. cf. *infra*, pp. 495-502.

⁽⁸³⁾ *Op. cit.*, note 80, p. 469.

⁽⁸⁴⁾ *Ibidem*.

⁽⁸⁵⁾ *Id.*, p. 471.

⁽⁸⁶⁾ *Ibidem*.

⁽⁸⁷⁾ *Id.*, p. 472.

⁽⁸⁸⁾ *Ibidem*.

En effet, la nouvelle Constitution de 1978, ainsi que les Accords de 1979 entre le Saint-Siège et l'Espagne, en remplacement du Concordat de 1953, maintiennent fondamentalement les effets civils du mariage canonique et ouvrent la porte à d'autres mariages civils et religieux ⁽⁸⁹⁾. Ainsi les modifications au Code civil introduites en 1981 cherchent à l'adapter à ces Accords. Elles règlent les effets civils du mariage canonique, bien que l'introduction du divorce et la modification de la juridiction reconnue par l'État aux tribunaux ecclésiastiques aient diminué notablement ces effets ⁽⁹⁰⁾.

Par ailleurs, ce n'est qu'en 1992 que le droit espagnol reconnaît le mariage religieux des non catholiques, hormis les anciens cas des autochtones des Amériques et des colonies africaines. L'abandon de la confessionnalité de l'État et l'impact des enseignements du Concile Vatican II ont été déterminants pour la reconnaissance de ces mariages. Il s'agit fondamentalement d'un seul mariage civil, mais célébré aussi selon des formes religieuses ⁽⁹¹⁾.

Le professeur García Cantero peut conclure à la fin de cette étude que le modèle matrimonial adopté par le législateur espagnol en 1981 demeure le modèle canonique, malgré son éloignement par rapport à certaines propriétés de l'institution du mariage canonique ⁽⁹²⁾.

b) *Les legs en faveur de son âme et la fiducie.*

Les legs en faveur de son âme ont joué un rôle fort important dans le développement du droit successoral médiéval. Le rapport signale comment ces legs n'ont pas toujours été acceptés dans les codes civils modernes ⁽⁹³⁾. Toutefois, le droit espagnol avait toujours accueilli sans hésitation les dispositions *mortis causa* en faveur de son âme, même lorsque l'âme était nommée seule héritière. Les difficultés pratiques d'application d'une telle clause sont évidentes ⁽⁹⁴⁾. Ainsi déjà le projet de Code civil de 1851 cherchait une solution en présumant que le testateur avait alors disposé en faveur des pauvres. Le Code promulgué en 1889, vise à respecter davantage la volonté du testateur et dispose à son article 747, toujours en vigueur, que la dis-

⁽⁸⁹⁾ *Id.*, pp. 473-474.

⁽⁹⁰⁾ *Id.*, pp. 474-475.

⁽⁹¹⁾ *Id.*, pp. 476-477.

⁽⁹²⁾ *Id.*, p. 477.

⁽⁹³⁾ *Id.*, pp. 477-478.

⁽⁹⁴⁾ *Ibidem.*

position des biens faite afin d'offrir des suffrages et d'accomplir des bonnes oeuvres en faveur de son âme, sans autre spécification, doit conduire les liquidateurs à vendre les biens et à distribuer également le produit de la vente entre l'évêque du lieu et le gouverneur civil. Bien sûr, cette disposition ne s'applique point aux legs particuliers en faveur d'oeuvres spécifiques. Par ailleurs, la division à la Salomon entre l'Église catholique et l'État devrait s'appliquer, dans une société pluraliste, à l'autorité religieuse compétente, soit celle de la confession religieuse du *de cuius* ⁽⁹⁵⁾.

La fiducie du droit québécois, bien que sa portée soit plus large, peut se rapprocher de ces legs en faveur de son âme.

M^e André A. Morin s'applique à nous montrer les différences entre les concepts de fiducie et de fidéicommiss du droit romain et la fiducie du *Code civil du Québec* ⁽⁹⁶⁾. Il rappelle, par la suite, l'essor du droit canonique au coeur du Moyen Âge et la façon dont les fondations de messe, les fondations pieuses, prennent forme juridiquement ⁽⁹⁷⁾. L'étude des origines du *use* et des *trust* entre les mains du *Lord Chancellor*, dans la *Chancery Court*, lui permet d'établir un rapprochement logique entre la doctrine élaborée par le Chancelier et celle des fondations pieuses du droit canonique médiéval. En effet, le Chancelier, confronté avec le besoin de trouver une réponse au *use* que les communautés religieuses exerçaient pour contourner les limitations imposées aux gens de mainmorte, enrichit son système juridique en s'inspirant des concepts juridiques des fondations pieuses. Apparaît ainsi le concept de *trust* et toute la doctrine juridique qui l'accompagne ⁽⁹⁸⁾.

Acceptant l'opinion du professeur Brierley selon laquelle la fiducie du droit québécois tire ses origines de la common law ⁽⁹⁹⁾, M^e Morin, fort de ses développements sur les origines du *trust* en droit anglais, peut conclure à l'enracinement de la fiducie du *Code civil du Québec* de 1994 dans le droit canonique. Il fait, en effet une intéressante comparaison entre les dispositions du Code québécois et les canons du Code de droit canonique latin de 1983 ⁽¹⁰⁰⁾.

⁽⁹⁵⁾ *Id.*, p. 479.

⁽⁹⁶⁾ Cf. *op. cit.*, note 81, pp. 481-483.

⁽⁹⁷⁾ *Id.*, pp. 483-487.

⁽⁹⁸⁾ *Id.*, pp. 487-490.

⁽⁹⁹⁾ *Id.*, pp. 491-492.

⁽¹⁰⁰⁾ *Id.*, pp. 492-493.

c) *La dette.*

De la main de Marco Polo, le professeur DeLloyd J. Guth, nous fait faire un voyage diversifié autour de la notion de la centralité de la dette dans les droits séculiers et sacrés. Le « cercle autour du débiteur » que Marco Polo avait découvert à Ceylan et qui empêchait le débiteur de sortir vivant de ce cercle sans payer sa dette, lui permet d'illustrer comment tant le droit séculier que le sacré (pour conserver sa terminologie) visent à cerner le débiteur soit par l'emprisonnement ou la mise hors la loi; cela en droit canon médiéval aboutit à l'excommunication, avec toute sa valeur médicinale ⁽¹⁰¹⁾.

En Angleterre, au XIII^e siècle coexistent les deux perspectives de la dette: « [t]he secular emphasised a right, the sacred a duty » ⁽¹⁰²⁾. Le professeur Guth met en évidence l'absence de complémentarité, et même la concurrence, entre la perspective factuelle des juridictions séculières et celle de la *fidei laesio* du droit canonique ⁽¹⁰³⁾. Les deux systèmes se déroulaient en parallèle. « People sued and were sued routinely for debt in sacred and secular courts, sometimes simultaneously in both for what amounted to a double jeopardy » ⁽¹⁰⁴⁾.

Le rapport signale que la notion de dette, comme telle, est une notion juridique tellement centrale, tellement fondamentale, qu'elle existe au delà de la technique juridique et des recours possibles pour obtenir le paiement. À cet égard, la notion de dette ne s'enracine ni dans un droit ecclésiastique, ni même séculier ⁽¹⁰⁵⁾.

Afin de prouver cette « centralité » de la dette « central to the rule of law » ⁽¹⁰⁶⁾, le rapport présente des normes règlementant le paiement des dettes et les sanctions possibles prévues dans les très anciens droits qui nous sont parvenus (Égypte, Babylone, Chine, Grèce, Inde). À ces textes juridiques, on ajoute des textes à portée philosophique (Confucius, Boudha) et religieuse (l'Ancien Testament) dans lesquels on ajoute une obligation morale de payer la dette ⁽¹⁰⁷⁾.

⁽¹⁰¹⁾ DELLOYD J. GUTH, *op. cit.*, note 82, pp. 495-498.

⁽¹⁰²⁾ *Id.*, p. 498.

⁽¹⁰³⁾ *Id.*, pp. 498.

⁽¹⁰⁴⁾ *Id.*, pp. 499-500.

⁽¹⁰⁵⁾ *Ibidem.*

⁽¹⁰⁶⁾ *Id.*, p. 500.

⁽¹⁰⁷⁾ *Id.*, pp. 500-502.

L'universalité, géographique et culturelle, de la notion de dette permet aussi de souligner que la notion générale de dette « illustrates this intersecting in law of fact and faith, of property and morality »⁽¹⁰⁸⁾.

C'est le christianisme qui ajoute l'élément foi, précisément la bonne foi, au formalisme du Droit romain⁽¹⁰⁹⁾. Mais le christianisme place aussi la dette au coeur même de son message spirituel déjà dans le Notre Père et d'une façon fondamentale dans la Rédemption, comme les abondants textes du Nouveau Testament cités par le rapporteur le mettent en relief⁽¹¹⁰⁾.

« The clash between Roman formalism and Christian moralism[...] would force debt and sin to grow closer, symbolically and symbiotically »⁽¹¹¹⁾. Le rapport signale l'impact du christianisme dans les lois romaines, à un point tel qu'à l'époque de Justinien la moralité chrétienne l'avait emporté sur le formalisme romain⁽¹¹²⁾.

En revanche, les six siècles des *leges barbarorum* brisent le centralisme législatif romain pour aboutir à une grande diversité de normes juridiques. En Angleterre, le professeur Guth prend l'exemple des lois de Aethelberth dans lesquelles l'on prévoyait le prix du rachat de chaque peine corporelle, ce qui pouvait ainsi transformer la peine en dette. Toutefois, en common law, l'origine de l'action pour dettes demeure toujours pratiquement inconnue⁽¹¹³⁾.

Cette perspective multiple conduit le professeur Guth à conclure que la notion de dette n'est pas enracinée dans le droit ecclésiastique, même si les critères moraux, apports de l'Église, favorisaient le paiement des dettes. Ayant constaté que le droit séculier a penché vers le formalisme contractuel et fait triompher le matériel sur le spirituel, le rapporteur se demande si notre monde contemporain ne pourrait pas se sortir du marasme des immenses dettes publiques et des faillites⁽¹¹⁴⁾ « by re-learning why we ought to pay what we owe »⁽¹¹⁵⁾, comme le christianisme l'avait enseigné et les tribunaux ecclésiastiques avaient mis en pratique.

⁽¹⁰⁸⁾ Id, p. 502.

⁽¹⁰⁹⁾ Id, pp. 502-503.

⁽¹¹⁰⁾ Id, pp. 503-504.

⁽¹¹¹⁾ Id, p. 506.

⁽¹¹²⁾ Id, pp. 506-507.

⁽¹¹³⁾ Id, pp. 508-509.

⁽¹¹⁴⁾ Id, pp. 509-510.

⁽¹¹⁵⁾ Id, p. 510.

C. *Un exemple d'enracinement systémique: le droit de l'Église d'Angleterre.*

Cet exemple nous est offert par le rapport du doyen Peter M. Smith ⁽¹¹⁶⁾ concernant la détermination du droit canonique jadis en vigueur en Angleterre et la façon dont ces normes se sont retrouvées et sont encore en vigueur dans l'Église d'Angleterre.

Le professeur Smith commence son rapport en soulignant la coupure que lors de la Réforme on tâche d'introduire entre l'Église d'Angleterre et Rome. Dans le droit, les lois promulguées par Henri VIII en 1534, affirmant que le pape n'avait jamais eu d'autorité en Angleterre, cherchent à présenter le droit canon comme un « droit coutumier » anglais, transformant ainsi le droit canon de Rome en un droit canon national ⁽¹¹⁷⁾. Entre 1543 et 1571, on tâche toutefois de faire une compilation de ces « anciens canons » qui seraient encore en vigueur en Angleterre, sans succès. Les décès d'Henri VIII, d'Édouard VI et de Marie Tudor laissent en plan plusieurs commissions de travail. Même lorsque l'archevêque Parker rédige, finalement, en 1571 la *Reformatio Legum Ecclesiasticarum*, sous Elisabeth I, elle n'est jamais promulguée ⁽¹¹⁸⁾.

La doctrine et même la jurisprudence retiennent l'opinion que « l'ancien droit canon » n'a jamais été en vigueur, comme tel, mais plutôt à titre d'une espèce de droit coutumier du pays et que, par conséquent, il s'agit vraiment de droit anglais ⁽¹¹⁹⁾.

Dans le but de déterminer si des normes spécifiques de droit canon sont aujourd'hui en vigueur en Angleterre, le professeur Smith nous conduit sur trois pistes: déterminer le droit canonique en vigueur avant la Réforme; vérifier si ce droit avait été considéré comme droit coutumier après la Réforme et constater si ce droit coutumier est toujours en vigueur ⁽¹²⁰⁾.

a) *Le droit canonique en vigueur avant la Réforme.*

Dans le but de déterminer le droit canonique qui aurait été en vigueur lors de la Réforme, le rapport énumère des institutions du droit

⁽¹¹⁶⁾ *A Study of the Extent to Which the Canon Law of the Roman Catholic Church was Received in England Before the Reformation and Continues to Have Authority in the Church of England Today*, Exeter, dactylographié, 27 pp. Maintenant: *The Present Authority of the Ancient Roman Canon Law within the Chorale of England*, *infra*, pp. 511-535.

⁽¹¹⁷⁾ *Id.*, pp. 511-513.

⁽¹¹⁸⁾ *Id.*, pp. 513-514.

⁽¹¹⁹⁾ *Id.*, pp. 514-516.

⁽¹²⁰⁾ *Id.*, p. 516.

canon rejetées par les tribunaux anglais (le privilège du for, le droit de patronage, la légitimation par mariage subséquent), en partie sur la base des droits, de la dignité et des privilèges de la Couronne. À ces rejets d'institutions s'ajoutent les effets de l'utilisation devant les tribunaux ecclésiastiques anglais du Statut de *Praemunire*. Toutefois, le débat sur les normes de droit canon qui étaient alors en vigueur reste toujours vivace ⁽¹²¹⁾.

Par ailleurs, le professeur Smith met en évidence les critères de classification, des textes législatifs et des coutumes, établis par les canonistes médiévaux ⁽¹²²⁾ afin d'étudier l'impact de tels critères sur la formation de coutumes *contra legem*. Le critère de la rationalité de la coutume conduit le rapporteur à considérer le besoin de la réception de la loi par la communauté et l'influence de cette théorie sur la formation des coutumes locales *contra legem* ⁽¹²³⁾.

Néanmoins, signalant les difficultés d'application de la loi dans les sociétés médiévales, et encore davantage dans le cas des lois universelles, comme les Décrétales des papes, le rapporteur souligne le rôle important des Églises locales dans l'application du droit canon. Elles pouvaient, certes, ne pas promulguer une loi et à la rigueur ne pas interdire une coutume contraire, même si les évêques ne pouvaient pas légiférer à l'encontre de dispositions émanant du pape. Également, dans ces mêmes conciles et synodes nationaux ou locaux les textes du droit canon de Rome pouvaient être promulgués et distribués. La conclusion du professeur Smith à cet égard est qu'une référence expresse à une norme précise de l'« ancien droit canon » indique qu'elle aurait été en vigueur, mais que le silence de la législation locale n'indique pas le contraire.

Il demeure possible que, malgré ce silence, des dispositions du *Ius commune* se soient trouvés dans les dites « coutumes locales » ⁽¹²⁴⁾. Voilà la raison principale pour laquelle nous avons qualifié d'enracinement systémique cet exemple du Droit de l'Église d'Angleterre.

Mais le rapport signale une autre difficulté dans cette démarche de détermination du droit canonique en vigueur: notre manque de

⁽¹²¹⁾ *Id.*, pp. 516-518; voir aussi Ch. DONAHUE, jr., « Roman Canon Law in the Medieval English Church: Stubbs vs. Maitland Re-examined After 75 Years in the Light of Some Records from the Church Courts », (1974) 72 *Michigan Law Review* 647-716.

⁽¹²²⁾ *Op. cit.*, note 116, pp. 518-519.

⁽¹²³⁾ *Id.*, pp. 529-520.

⁽¹²⁴⁾ *Id.*, pp. 520-524.

compréhension encore davantage dans les pays de common law du rôle joué par les canonistes et la doctrine dans l'élaboration du droit ⁽¹²⁵⁾. Il n'y a pas de doute que le *Ius commune* a été appliqué en Angleterre, mais le problème reste entier lorsqu'on tâche d'identifier des aspects concrets, des normes précises, des institutions spécifiques. C'est à ce moment que la *Provinciale* compilée par Lyndwood en 1420 devient la source principale des anciens canons en vigueur en Angleterre ⁽¹²⁶⁾.

b) *La survivance du droit canonique après la Réforme.*

Ironie du sort, alors que la coutume *contra legem* était invoquée pour établir un droit national contraire aux lois de Rome, en Angleterre un tel procédé ne peut point être invoqué, après la Réforme, pour défendre une coutume ecclésiastique contre une loi du Parlement ⁽¹²⁷⁾.

Le législateur est ainsi intervenu dans certains cas pour donner plus de force aux anciennes normes du droit canon, qui perd ainsi son caractère canonique pour être transformé en droit « statutaire » ⁽¹²⁸⁾ (pourrait-on l'appeler droit ecclésiastique de l'État?). Alors que, dans d'autres cas, le législateur intervient pour détruire les juridictions ecclésiastiques (privilèges de clergie, testaments, mariage, dîme) ⁽¹²⁹⁾.

Mais la coutume peut aussi venir en aide au maintien des anciens canons. Le rapport met en évidence le conflit qui peut exister entre la common law et le droit canonique en rapport avec le temps requis pour considérer une coutume comme étant établie et pour déterminer si elle peut être prescrite par le non-usage. Par ailleurs, si la coutume est toujours pratiquée, elle conserve encore toute sa force ⁽¹³⁰⁾.

c) *The Canons of 1603.*

La troisième étape, dans la démarche du professeur Smith, consiste à constater si le droit coutumier canonique est encore en vigueur. Les efforts de produire une compilation après la Réforme,

⁽¹²⁵⁾ *Id.*, pp. 524-525.

⁽¹²⁶⁾ *Id.*, pp. 525-526.

⁽¹²⁷⁾ *Id.*, pp. 527-528.

⁽¹²⁸⁾ *Id.*, p. 528.

⁽¹²⁹⁾ *Id.*, pp. 528-529.

⁽¹³⁰⁾ *Id.*, pp. 529-532.

dont les tentatives antérieures avaient failli, se sont enfin concrétisés en 1603. Ces *Canons* contenaient du droit nouveau pour l'administration et le gouvernement de l'Église d'Angleterre; ils reprenaient aussi des normes de l'ancien droit canon d'avant la Réforme. L'applicabilité de ces *Canons* (comme d'ailleurs des *Canons of the Church of England* de 1969) aux laïcs est discuté. Il est intéressant de souligner qu'ils leur sont applicables lorsqu'ils reproduisent les anciens canons ⁽¹³¹⁾.

Dans sa conclusion, le professeur Smith nous signale que malgré les nombreuses transformations subies par l'ancien droit canonique et bien qu'il puisse être maintenu en vigueur par la législation ou les canons de l'Église, on retrouve encore un fond important du droit canonique d'avant la Réforme ⁽¹³²⁾.

CONCLUSION.

Il est évident qu'un rapport général comme celui-ci ne fait que mettre l'eau à la bouche. D'abord la richesse du sujet est telle, qu'en bout de ligne, on ne peut que regretter d'avoir lancé un filet si largement. Il est quand même enrichissant de constater que le message chrétien, à travers les nombreux dédales des transformations sociales et des formulations juridiques, se retrouve dans le droit occidental. C'est de ce fond chrétien en effet, que les racines du droit occidental tirent leur sève.

L'Europe médiévale du *Ius commune* vivait peut-être à certains égards une harmonie juridique acceptée, mais non imposée. L'Europe d'aujourd'hui, à l'égal des Amériques, face au troisième millénaire, cherche une harmonisation discutée, négociée, qu'on voudrait accepter, puisqu'on ne peut pas imposer.

Il est possible qu'on puisse tirer des leçons de l'expérience médiévale et que les harmonies médiévales puissent être vécues au rythme du progrès contemporain, tout en sachant éviter les reculs post-modernes qui portent atteinte à des principes fondamentaux.

⁽¹³¹⁾ *Id.*, pp. 532-534.

⁽¹³²⁾ *Id.*, pp. 534-535. Bien qu'à un moindre degré, il est possible de trouver aussi des traces aux États-Unis, voir, Ll. BONFIELD, « Canon Law in Colonial America: Some Evidence of the Transmission of English Ecclesiastical Court Law and Practice to the American Colonies », dans R.H. HELMHOLZ (ed.) *Canon Law in Protestant Lands*, Berlin, Duncker & Humblot, 1992. (Je remercie le professeur John Witte, jr. pour la bibliographie et les renseignements qu'il m'a fournis concernant les États-Unis).