
Une lecture du système normatif de l'Église catholique par un pluraliste comparatiste aux personnalités multiples

Jacques P. Vanderlinden*

Dans leur travail de comparaison, les juristes se sont attardés à rechercher tout ce qui était «juridique», c'est-à-dire qui avait un rapport avec le droit, sans se poser la question de ce qu'était, très exactement, ce qu'ils comparaient. L'hypothèse pluraliste de la conception du droit a progressivement modifié cet état de choses, raisonnant en référence au monisme étatique du positivisme classique, ce qui mena par conséquent à une classification des ordres normatifs en droit, infra-droit et non-droit. Pourtant, l'auteur est soucieux de rompre avec la référence étatique et cherche à élargir l'examen du pluralisme à «toute société». Cette approche sert de prémisse indispensable à l'étude que propose l'auteur, qui cherche à déterminer s'il est possible de percevoir le système normatif de l'Église catholique comme un système pluraliste aussi bien sous l'angle des pluralismes «classiques» que celui du pluralisme «critique» ou «radical». Se rendant à l'évidence que le droit canonique a été oublié et même écarté dans la comparaison des droits, l'auteur adopte tour à tour une perspective essentialiste et non-essentialiste pour débattre de la vraie question : le droit canon est-il un droit ou une théologie ?

As part of their work as comparatists, legal scholars have sought to uncover all that was “legal”, that is, everything linked to law, without questioning what it is exactly that they were comparing. The pluralist conception of law has progressively modified this state of affairs, reasoning in reference to the idea of a monist state inherent in classical positivism, which in turn has led to the classification of normative orders as law, sub-law, and non-law. Nevertheless, the author seeks to part with the notion of the state as a reference point by extending the study of pluralism to “all societies”. Such an approach serves as an essential premise to the enquiry the author suggests, which asks whether it is possible to perceive the Catholic Church's normative system as a pluralist system, both from the point of view of “classical” pluralisms and “critical” or “radical” pluralism. Confronted to the fact that canon law has been forgotten if not dismissed in the comparative study of laws, the author adopts in turn an essentialist and a non-essentialist perspective to discuss the true question: is canon law a law or a theology?

* Professeur aux universités de Bruxelles, Moncton et Paris 12 Val de Marne ; conseiller scientifique au Centre international de la common law en français, Moncton ; membre de l'Académie royale des sciences d'outre-mer de Belgique et de l'Académie internationale de droit comparé.

© Jacques P. Vanderlinden 2005

Mode de référence : (2005) 50 R.D. McGill 809

To be cited as: (2005) 50 McGill L.J. 809

Introduction	811
I. Le pluraliste face au système normatif de l'Église	815
II. Le comparatiste face au système normatif de l'Église	822
A. <i>Le droit canonique «oublié» dans la comparaison des droits</i>	824
B. <i>Le droit canonique écarté sciemment de la comparaison des droits</i>	825
C. <i>Le droit canonique, une théologie ou un droit ?</i>	828
D. <i>Du droit canonique vers d'autres droits</i>	833
Conclusion	837

Introduction

Avant de sortir de son propre droit pour aborder ceux des autres, le juriste qui nourrit une vocation de comparatiste se doit de se faire une certaine idée — à défaut d'une idée certaine — de l'objet auquel s'intéresse cette comparaison particulière relative à un domaine privilégié, celui du droit. Ce faisant, il est tenté de transférer, sur le plan scientifique, un adage populaire : «on ne compare pas des pommes avec des poires». Le droit est sa pomme et, pense-t-il, il importe qu'il puisse trouver, aux fins de pratiquer l'exercice comparatif, d'autres pommes et surtout pas des poires, ou d'ailleurs, toute autre espèce de fruit. Mais ce faisant, il se place au sein d'une catégorie de fruits—celle que le cuisinier appelle les fruits à pépins, par opposition aux agrumes, aux baies, aux fruits à noyaux ou aux fruits à coque. Et il n'ignore pas qu'au sein de chacun de ces fruits à pépins, il existe d'innombrables variétés de pommes et de poires. En fait, quiconque compare des fruits définit le niveau auquel il choisit d'effectuer la comparaison de manière à assurer une certaine commensurabilité¹ entre les choses qu'il souhaite comparer.

Le juriste choisit, lui, de rechercher tout ce qui est «juridique», donc «ce qui a rapport au droit». Ce qu'il compare n'est pas constitué de choses, mais bien d'idées, celles qui relèvent d'une catégorie exprimée dans le mot «droit». Pendant longtemps, les juristes, et donc parmi eux l'espèce particulière formée par les comparatistes, ne se sont guère posé la question de savoir exactement ce qu'était ce qu'ils comparaient. Issus de systèmes juridiques positivistes, donc étatiques, et convaincus que seule la conception qu'ils se faisaient de ceux-ci fournissait les critères permettant une approche universelle du droit, ils limitaient leurs considérations aux systèmes présentant des similitudes essentielles avec les leurs, étant entendu qu'ils étaient eux-mêmes à l'origine de la conception des traits essentiels.

L'apparition de l'hypothèse pluraliste de la conception du droit a progressivement modifié cet état de choses. Toutefois, les premiers concepteurs du pluralisme juridique — et ils ont encore des disciples de très grande qualité — ne le concevaient que par rapport aux droits positifs ou seulement comme existant nécessairement au sein de ceux-ci. Ils rejetaient certes le monisme étatique du positivisme classique, mais n'en raisonnaient pas moins par référence à celui-ci, qu'il s'agisse de Santi Romano lorsqu'il analyse les systèmes institutionnels de l'Église catholique ou de la mafia, tels qu'ils fonctionnent face au système étatique italien², ou d'autres pionniers, comme par exemple Ehrlich³ et Gurvitch⁴, lorsque le premier se réfère aux groupes et

¹ Pour ce qui est de la commensurabilité dans le contexte plus particulier de la comparaison des droits, voir notamment H. Patrick Glenn, *Legal Traditions of the World*, Oxford, Oxford University Press, 2000 à la p. 41, où il est question de pommes et d'oranges plutôt que de poires.

² Santi Romano, *L'ordre juridique*, trad. par Lucien François et Pierre Gothot, Paris, Dalloz, 1975.

³ Eugen Ehrlich, *Fundamental Principles of the Sociology of Law*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1936.

⁴ Georges Gurvitch, *L'idée du droit social : notion et système du droit social, histoire doctrinale depuis le 17^e siècle jusqu'à la fin du 19^e siècle*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1932.

associations pratiquant le «droit vivant» ou du second lorsqu'il aborde les «cadres sociaux», ou enfin certains anthropologues du droit lorsqu'ils étudient les droits autochtones africains, amérindiens, asiatiques ou océaniens «reconnus» au titre de champs normatifs semi-autonomes⁵ par les colonisateurs⁶. Pour la facilité de l'expression, je qualifierai ces divers pluralismes de «classiques», au sens de ceux que conçoivent le plus grand nombre des juristes qui s'intéressent à cette idée.

Dans les pluralismes classiques, les analyses s'organisent par référence au cadre étatique dans la mesure où l'intérêt des chercheurs se concentre sur les mécanismes normatifs dérivés du droit positif étatique ou que celui-ci incorpore, comme dans le cas du pluralisme «colonial». Cette conception a logiquement amené l'un des sociologues du droit français les plus éminents, Jean Carbonnier, à répartir les ordres normatifs rencontrés par lui en droit, infra-droit et non-droit, étant entendu qu'il n'existe à ses yeux qu'un seul «vrai» droit, celui, positiviste, de l'État et ses dérivés directs, dont la source par excellence est la loi⁷. Tout au plus peut-on reconnaître aux phénomènes situés hors du système étatique global, la qualité d'infra-droit. D'après Carbonnier, ceux-ci «ne peuvent être qualifiés véritablement de droit, tout au plus de sous-droit»⁸. Or le juridique et l'infra-juridique ne font pas un pluriel, parce qu'ils ne sont pas d'identique nature⁹. Tout est dit, et par le père de la sociologie juridique française contemporaine, qui en définit ainsi les limites.

Quiconque s'interroge sur la nature du droit ne peut s'empêcher de se sentir mal à l'aise devant ce recours à des prépositions introduites dans des syntagmes (comme sous ou infra) ou à des adverbes impliquant l'exclusivité (tel que «véritablement»). La tentation est grande de poursuivre dans cette logique et de se demander si l'existence d'un «vrai» droit implique que tout ce qui n'est pas inclus dans le système global étatique est donc du «faux droit». Mais alors pourquoi l'appeler du droit, pas plus qu'il n'est question d'une Rolex, lorsqu'on envisage les contrefaçons de cette marque qu'écrasent les rouleaux compresseurs de la douane simplement parce qu'elles ne sont pas «véritables» ?

Ainsi, le doute éventuel quant à ce qu'il convenait d'entendre exactement par l'adjectif «juridique» n'effleure pas les premiers pluralistes dans la mesure où ils

⁵ La notion de champ semi-autonome a été avancée par Falk-Moore : voir Sally Falk-Moore, «Law and Social Change : the Semi-autonomous Social Field as an Appropriate Object of Study» dans Sally Falk-Moore, dir., *Law as a Process : An Anthropological Approach*, London, Routledge & Kegan Paul, 1978 à la p. 54.

⁶ Voir par ex. Norbert Rouland, «Pluralisme juridique (Théorie anthropologique)» dans André-Jean Arnaud, dir., *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1988 aux pp. 303 et 449 [Arnaud, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*].

⁷ Jean Carbonnier, *Sociologie juridique*, Paris, Presses universitaires de France, 1994.

⁸ *Ibid.* à la p. 360. Depuis que certains gouvernants du vingtième siècle ont créé la catégorie des «sous-hommes» (*Untermenschen*), j'ai tendance à éviter ce genre de vocabulaire, même si je suis convaincu qu'en l'occurrence Jean Carbonnier se situait à des années-lumière de cet emploi dévoyé.

⁹ *Ibid.* à la p. 360.

demeurent, nous venons de le voir, enfermés dans une démarche intégralement conditionnée par la référence à l'État ou aux structures sociales qui peuvent y être assimilées. Leur démarche s'organise entièrement au sein du juridique, toutes espèces d'autres ordres normatifs étant exclues de la réflexion et chassées dans l'infra-juridique ou le non-juridique. Se perpétue ainsi, sous des étiquettes plus «scientifiques», la dualité classique entre droit d'une part et conscience individuelle, convenances, morale, politesse, religion, etc. d'autre part ; celle-ci a marqué, avant et après la mienne, la formation de bien d'autres juristes ayant abordé leur discipline au cours du vingtième siècle. C'est aussi celle qui caractérise, pour l'essentiel et sans grands états d'âme, les participants au volume intitulé *Le pluralisme juridique* publié sous la direction de Glissen¹⁰.

Par ailleurs, dans la mesure où je me suis à l'époque retrouvé chargé de proposer une synthèse de leurs travaux par le responsable de ce volume, je ne me suis pas posé davantage la question de ce que pouvait être exactement le sens de l'adjectif juridique accolé à une espèce de pluralisme pour la qualifier. Cependant, une contribution, présentée sous forme de résumé, m'y invitait, celle de Van den Bergh¹¹. Elle est en effet consacrée à un phénomène spontané et, comme tel, inorganisé, celui du charivari se produisant dans des villages des Pays-Bas, à l'égard de la personne responsable présumée d'une rupture de fiançailles ; ainsi cette contribution relevait-elle clairement de l'anthropologie juridique. Ce texte tranchait nettement sur tous les autres qui étudiaient des phénomènes qui relevaient, eux, soit de l'infra-droit, soit du non-droit, si nous reprenons les distinctions posées par Carbonnier. Il aurait donc été nécessaire de se pencher sur les justifications permettant d'inclure le charivari dans le champ de l'anthropologie ou du pluralisme dits «juridiques», ce que je ne fis pas, en pur produit de la formation des juristes de ce temps.

De même, dans mon «Essai de synthèse»¹², si je proclame mon intention d'élargir l'examen du pluralisme à «toute société» dans le souci évident de rompre avec la référence étatique, je ne me rends pas compte qu'en me référant dans le même texte à des mécanismes «juridiques», je postule un accord de mes lecteurs au sujet de ce qu'il faut comprendre par cet adjectif, alors que j'aurais dû savoir que pareil consensus, soit se limiterait au cadre étatique, soit ne pouvait exister. Pour reprendre l'exemple du charivari, rien ne me permettait de dire, aux termes des conceptions du droit prévalant à l'époque, s'il s'agissait effectivement ou non d'un mécanisme juridique.

Ces considérations relatives au manque de rigueur dans la qualification des phénomènes normatifs seront confirmées par la juxtaposition des deux articles au pluralisme juridique dans le *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie*

¹⁰ John Glissen, dir., *Le pluralisme juridique*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1972.

¹¹ G.C.J.J. Van den Bergh, «La justice populaire et le pluralisme juridique» dans Glissen, *ibid.* à la p. 105.

¹² Jacques Vanderlinden, «Le pluralisme juridique, essai de synthèse» dans Glissen, *ibid.* aux pp. 19-56.

*du droit*¹³ : le premier, dû à la plume de Belley, se présente sous une forme conceptuelle sans ambiguïté dans ses références à un «ordre juridique» et à des «règles de droit», l'un comme les autres se rattachant directement ou indirectement à l'activité de l'État¹⁴ ; l'autre, celui de Rouland, orfèvre reconnu en la matière, dans lequel, à la fois dans le sous-titre et dans le corps de l'article, la référence au droit et au juridique est constante sans qu'apparaisse jamais une précision quant à une éventuelle différence de nature des phénomènes normatifs amalgamés sous ces qualifications¹⁵.

Les choses changent avec l'émergence d'un autre pluralisme qui sera qualifié, au fil du temps, d'abord de «critique», puis de «radical». On en trouve et une ébauche¹⁶, suivie d'une théorisation¹⁷ dans mes propres écrits et dans ceux de Macdonald, elle-même suivie de l'expression la plus achevée dans les écrits de Macdonald et Kleinmans¹⁸. En outre, Tamanaha a, dans deux articles centrés sur le pluralisme, d'abord condamné ce qu'il a appelé la «folie» de l'approche sociologique¹⁹ du phénomène et, ensuite, proposé une vision «non essentialiste» du pluralisme qui implique une conception corrélatrice du droit²⁰. Le lieu n'est pas ici d'entrer dans la controverse ainsi suscitée, mais de préciser la portée de ces termes pour notre propos. Disons simplement que le pluraliste «essentialiste» prend pour point de départ de sa recherche une définition préétablie du droit, à laquelle le reproche peut être fait qu'elle ne représente jamais qu'une extension de la conception prévalant dans son propre système. Quant au «non-essentialiste», il considère que «le droit est quoi que ce soit que les gens identifient et traitent à travers leurs pratiques sociales comme du «droit» (ou *recht*, ou *law*, et ainsi de suite)» [notre traduction]²¹. Je dirai plus loin les problèmes que cette conception pose nécessairement au premier chef au comparatiste.

À cette dichotomie en correspondrait une seconde — qui la recouvre et à laquelle je me rallie entièrement cette fois — celle, avancée par Macdonald et Kleinmans²², reprenant une formulation proposée dans un autre contexte par Kasirer²³ ; elle

¹³ Arnaud, *supra* note 6.

¹⁴ Jean-Guy Belley, «Pluralisme» dans Arnaud, *ibid.* aux pp. 300-303.

¹⁵ Rouland, *supra* note 6 aux pp. 303-304.

¹⁶ Jacques Vanderlinden, «Vers une nouvelle conception du pluralisme juridique» (1993) 2 *Revue de la recherche juridique — droit prospectif* 573.

¹⁷ Roderick A. Macdonald, «Here, There ... and Everywhere : Theorizing Legal Pluralism ; Theorizing Jacques Vanderlinden» dans Nicholas Kasirer, dir., *Mélanges Jacques Vanderlinden*, Cowansville (Qc), Yvon Blais [à paraître en 2006].

¹⁸ Roderick A. Macdonald et Martha-Marie Kleinmans, «What Is a *Critical Legal Pluralism* ?» (1997) 12 *C.J.L.S.* 25.

¹⁹ Brian Z. Tamanaha, «The Folly of the “Social Scientific” Concept of Legal Pluralism» (1993) 20 *J.L. & Soc'y* 192.

²⁰ Brian Z. Tamanaha, «A Non-Essentialist Version of Legal Pluralism» (2000) 27 *J.L. & Soc'y* 296.

²¹ *Ibid.* à la p. 313.

²² Macdonald et Kleinmans, *supra* note 18.

²³ Nicholas Kasirer, «English Private Law, Outside-In» (2003) 3 *Oxford U. Commonwealth L.J.* 249.

consiste à distinguer les conceptions du droit construites de l'extérieur du système étudié par ceux qui commencent par le définir avant de l'observer (*from outside in*) — ce sont celles des essentialistes — de celles élaborées de l'intérieur de celui-ci par ceux qui ne sont, sans doute, aux yeux des précédents que des sujets de droit, mais qui sont avant toutes choses des acteurs du processus de création du droit ; ceux-là projettent leur vision de leur droit de l'intérieur vers le monde extérieur (*from inside out*).

Après ces éléments préliminaires, indispensables pour que le lecteur soit le mieux éclairé possible au sujet des fondements de l'approche de l'auteur en ce qui concerne des problèmes ayant suscité d'abondantes et complexes controverses, il convient d'aborder le cœur de son propos : le système normatif de l'Église catholique, d'abord selon la perspective du pluraliste et, ensuite, selon celle du comparatiste.

I. Le pluraliste face au système normatif de l'Église

Est-il possible de percevoir le système normatif de l'Église catholique comme un système pluraliste que ce soit sous l'angle des pluralismes «classiques» ou sous celui — mais avec moins de certitude — du pluralisme «critique» ou «radical» ? Pour répondre à cette question, il est essentiel de distinguer, sur ce point comme sur tant d'autres, l'Église telle qu'elle se présente *avant* le Concile Vatican II et *après* celui-ci. La première image qu'elle donne ainsi d'elle-même est celle du *Codex iuris canonici*²⁴ de 1917, tandis que la seconde est celle de la source de droit portant le même titre, mais datant de 1983.

Le *Codex* de 1917 définit les sources du droit comme étant d'abord la loi, qu'il s'agisse des canons des conciles ou des constitutions des souverains pontifes et, ensuite, la coutume ; on retrouve ainsi les sources les plus classiques des droits positifs étatiques de la même époque. Ceci résulte d'une longue histoire d'interaction constante en Europe occidentale entre pouvoir royal d'abord, étatique ensuite, d'une part, et l'Église d'autre part²⁵.

En ce qui concerne la loi, expression par excellence du pouvoir souverain, le monisme — antonyme du pluralisme — du droit canonique se précise dans la mesure où «[l]e législateur, son successeur ou son mandataire a qualité pour donner l'interprétation authentique de la loi» (canon 17, para. 1) et que si celle-ci «est donnée par voie de sentence judiciaire ou de rescrit intervenant dans une espèce particulière, l'interprétation [n'ayant] pas force de loi ; elle ne lie que les personnes et n'affecte que les espèces pour lesquelles elle a été donnée» (canon 17, para. 3). On se trouve donc dans la théorie positiviste en France entre 1804 et 1837, lorsqu'il appartenait au

²⁴ Le *Codex* est disponible en ligne sur le site de la Congrégation pour le Clergé du Saint-Siège, dans la section «Bibliothèque», sous-section «droit canonique». Voir en ligne : Clerus <www.clerus.org> [*Codex*].

²⁵ Voir notamment Jean Gaudemet, *Église et cité : histoire du droit canonique*, Paris, Cerf/Montchrestien, 1994.

seul législateur d'interpréter la loi, tandis que l'interprétation jurisprudentielle épuisait ses effets avec l'exécution du jugement dans lequel elle apparaissait. Sur ce dernier point, telle est encore la position de principe de certains juristes qui limitent la portée de la jurisprudence et ne voient dans celle-ci qu'une autorité²⁶.

En ce qui concerne la coutume, elle «obtient force de loi dans l'Église uniquement par suite du consentement du supérieur ecclésiastique compétent» (canon 25). S'ensuivent les conditions formelles auxquelles doit satisfaire une coutume pour être admise ; elles reflètent une construction séculaire de la conception de l'Église en ce qui la concerne. Ces conditions sont sévères et donnent à penser que le recours à la coutume comme source dans le droit canonique a dû être aussi restreint que dans le droit étatique.

Face à ce quasi-monisme des sources du droit, caractérisé par la primauté absolue de la loi, existe-t-il, dans le *Codex*, un espace pour un pluralisme de type classique ? Il semble que non. Celui-ci impliquerait qu'existe au sein du système des organisations semi-autonomes — pour parler comme les anthropologues friands de pluralisme — s'inscrivant dans le cadre du *Codex* et susceptibles de produire du droit. Or tel ne semble être le cas qu'à de rares occasions, étant entendu que ces organisations devraient pratiquement être composées de laïcs et bénéficier d'un espace de manœuvre dans le gouvernement de leurs membres ou la définition de leurs programmes d'action.

Or le *Codex* ne prévoit rien de semblable, si ce n'est dans des limites soigneusement définies. Aux termes du canon 684, les fidèles «sont dignes de louange[s], s'ils donnent leur nom aux associations érigées ou seulement recommandées par [l']Église». En outre, ils doivent se garder «des associations secrètes, condamnées, séditeuses, suspectes, ou qui s'efforcent de se soustraire à la vigilance légitime de l'Église» (canon 684). Le processus associatif de la base catholique, même s'il est entendu de manière relativement large («soit pour développer une vie chrétienne plus parfaite entre leurs membres, soit pour assurer la pratique de quelques oeuvres de piété ou de charité, soit enfin pour le développement du culte public», selon le canon 685), est donc placé d'emblée sous le contrôle du pouvoir ecclésiastique. Les formes informelles de sociabilité organisée — pour reprendre une formule inspirée de Belley²⁷ malgré son apparente contradiction interne —, dont se méfient les pluralistes qui s'inscrivent dans la tradition classique de cette perception du droit, sont donc absentes du *Codex*.

²⁶ Voir notamment, sur ce point, Jacques Vanderlinden, «Le juriste et la coutume, un couple impossible ? (bis) ou, À propos de *Méthode d'interprétation et sources*, contrepoint au départ d'une image française de la loi et du juge» dans Claude Thomasset, Jacques Vanderlinden et Philippe Jestaz, dir., *François Gény, mythe et réalités*, Montréal, Yvon Blais, 2000 aux pp. 55-100 [Vanderlinden, «Juriste et coutume»].

²⁷ Jean-Guy Belley, «Le pluralisme juridique comme doctrine de la science du droit» dans Jean Kellerhals, Dominique Manai et Robert Roth, dir., *Pour un droit pluriel : études offertes au professeur Jean-François Perrin*, Genève, Helbing & Lichtenhahn, 2002, 135 à la p. 161.

En outre, les associations de fidèles «sont soumises à la juridiction et à la vigilance de l'Ordinaire²⁸ du lieu, qui a le droit et la charge de les contrôler selon les règles des saints canons» (canon 690). D'ailleurs, «[p]our des raisons graves et sauf le droit de recours au Siège apostolique, l'Ordinaire du lieu peut supprimer [...] l'association érigée par lui ou par ses prédécesseurs [...]» (canon 699), de même qu'il peut exclure un membre d'une association fonctionnant dans son diocèse. C'est dire la marge de manœuvre restreinte dont disposent les associations dans leur droit «d'élaborer des règles particulières» (canon 997) les concernant, sans parler de l'expression d'une éventuelle contestation, ou même d'une simple différence de point de vue au sujet des articles de foi. Seule une enquête du vécu de ces sociétés permettrait d'éclairer la mesure dans laquelle leurs membres ont entendu tirer éventuellement avantage de cette très étroite marge d'autonomie.

La lecture du *Codex* de 1917 ne peut ainsi qu'entraîner le sentiment que celui-ci répond parfaitement à une certaine vision de l'Église en tant que société. Comme l'a écrit l'un des plus éminents spécialistes français du droit canonique, «toute société suppose un ordre (ce qui la distingue de la foule ou de la horde) et que tout ordre exige un pouvoir et un droit»²⁹. Même s'il est permis de s'interroger sur la nature et les formes de ce droit, je ne puis m'empêcher de penser que la parenté de fond et de forme de celui-ci se situe au premier chef du côté des droits positifs étatiques, au-delà de certaines différences de contenu. En outre, s'il laisse une place au pluralisme, celle-ci semble, *prima facie*, réduite, que l'approche pluraliste envisagée soit, classique, d'une part, critique ou radicale d'autre part.

Le renouveau de l'Église catholique suite au Concile Vatican II et, plus spécifiquement, du point de vue juridique, la révision poursuivie du *Codex*, laquelle mène au texte intitulé identiquement et daté de 1983, changent-ils cette perspective ? Sous bénéfice d'inventaire, il ne le semble pas, du moins en ce qui concerne le pluralisme classique.

Certes, en 1917, le «peuple de Dieu» n'existait pas, alors qu'aujourd'hui il apparaît dès le livre II du *Codex* de 1983, livre auquel il donne son titre, immédiatement après les dispositions générales du code. Ce peuple y est défini comme regroupant «ceux qui, en tant qu'incorporés au Christ par le baptême, sont constitués en peuple de Dieu et qui, pour cette raison, faits participants à leur manière à la fonction sacerdotale, prophétique et royale du Christ, sont appelés à exercer, chacun selon sa condition propre, la mission que Dieu a confiée à l'Église pour qu'elle l'accomplisse dans le monde» (canon 204, para. 1, ouvrant le livre II du *Codex* de 1983) ; il est inutile de souligner la dimension théologique de ce texte. Il rompt de manière non ambiguë avec le canon 87 qui lui correspond dans le texte de 1917, lequel déclarait que «[par] le baptême, l'homme devient dans l'Église du Christ une personne avec tous les droits et les devoirs des chrétiens». Cette formulation était incontestablement plus juridique, puisqu'elle mettait d'emblée en scène le sujet de

²⁸ Lire «l'évêque».

²⁹ Gaudemet, *supra* note 25 aux pp. 35-36.

droit, titulaire de droits et d'obligations, même si aux obligations se substituaient les devoirs, ce qui ouvre éventuellement en soi des perspectives quant à la force obligatoire du droit canonique.

Ceci dit, dans l'accomplissement de leur participation à la fonction du Christ, les fidèles «sont liés par l'obligation de garder toujours, même dans leur manière d'agir, la communion avec l'Église» (canon 209, para. 1). Plus précisément, les fidèles «conscients de leur propre responsabilité sont tenus d'adhérer par obéissance chrétienne à ce que les Pasteurs sacrés, comme représentants du Christ, déclarent en tant que maîtres de la foi ou décident en tant que chefs de l'Église» (canon 212, para. 1). Le canon 214 précise que «[l]es fidèles ont le droit de rendre le culte à Dieu selon les dispositions de leur rite propre approuvé par les Pasteurs légitimes de l'Église, et de suivre leur forme propre de vie spirituelle qui soit toutefois conforme à la doctrine de l'Église». On mesure donc immédiatement les limites de leur liberté d'action sur le plan de la production d'un droit autre que celui présenté par l'orthodoxie ou sur l'introduction de variantes significatives par rapport à ce dernier.

Ceci semble d'autant plus vrai que, si un large droit d'association leur est reconnu par le canon 215, le partage de leurs opinions avec les autres fidèles devrait toujours s'effectuer «restant sauves l'intégrité de la foi et des moeurs et la révérence due aux pasteurs, [...] en tenant compte de l'utilité commune et de la dignité des personnes» (canon 212, para. 3). Et, même s'ils choisissent de s'exprimer en tant que citoyens (aux termes du canon 227, ils se voient reconnaître «dans le domaine de la cité terrestre la liberté qui appartient à tous les citoyens»), cela n'empêche pas que «dans l'exercice de cette liberté, ils auront soin d'imprégner leur action d'esprit évangélique et ils seront attentifs à la doctrine proposée par le magistère de l'Église» (canon 227). La question est immédiatement posée des limites de leur éventuelle «inattention» et l'orthodoxie semble donc de rigueur, même s'il existe dans un pluralisme de forme classique une semi-autonomie de principe des organisations privées de fidèles dans leur contribution à l'action de l'Église.

En outre, le fidèle laïc est, comme précédemment, autorisé, voire encouragé, à adhérer à des associations de diverses sortes, en ce compris des associations privées de fidèles. Cependant, bien que celles-ci «jouissent de l'autonomie» (canon 323), elles sont «soumises à la vigilance de l'autorité ecclésiastique compétente» (canon 305) (celle-ci veille à ce que «l'intégrité de la foi et des moeurs y soit préservée» (canon 305, para. 1)), et, comme précédemment, elles peuvent être aussi supprimées par l'autorité compétente si leur activité «cause un grave dommage à la doctrine ou à la discipline ecclésiastique, ou provoque du scandale chez les fidèles» (canon 326). Le *statu quo* est donc complet par rapport au texte de 1917 ; la seule différence est la disparition du pouvoir de l'évêque d'exclure *motu proprio* un membre d'une association de fidèles.

Tel est bien le droit de la société ecclésiale et, en vertu de ses principes centralisateurs, la place éventuellement laissée à une conception pluraliste, quelle qu'elle soit, est réduite. Toute démarche apparemment ouverte sur une semi-autonomie au niveau des associations est constamment contrebalancée par la menace

d'une suppression au cas où celles-ci n'inscriraient pas leur action dans l'orthodoxie qui est attendue d'elles de la part de la hiérarchie. Quant au peuple de Dieu, chacun sait que, dans une perspective de pluralisme critique ou radical, sa vision de ce que devrait être le droit de l'Église est fréquemment en décalage significatif, mais fort variable, par rapport aux positions présentées par la Congrégation pour la doctrine de la foi³⁰. Le phénomène remonte au Concile Vatican II et s'est encore manifesté récemment à la fois dans les bilans inévitablement tirés du pontificat de Jean-Paul II et dans les attentes manifestées quant à la personnalité et aux politiques éventuelles de son successeur. Je voudrais en citer quelques (trop) rares exemples dans la mesure où appréhender les contenus multiples et variés des manifestations fondant le pluralisme critique ou radical est particulièrement difficile, surtout s'il s'agit de la base du peuple de Dieu. Il faut dès lors faire davantage appel aux méthodes de l'anthropologie ou de la sociologie.

Au premier rang viennent les grands noms de la contestation théologique du dernier demi-siècle, dont j'en retiendrai deux : ceux du brésilien Leonardo Boff et du suisse Hans Kung, voix symboliques ayant toutes deux subi les foudres de la Congrégation de la Doctrine de la Foi, gardienne de l'orthodoxie ecclésiale.

La critique de Boff s'inscrit en ligne droite avec la pensée d'un de ses compatriotes, «apôtre» de la théologie de la Libération, dom Helder Camara, archevêque d'Olinda et de Recife de 1964 à 1985. Son inquiétude s'exprime sur l'arrière-plan d'un pays comptant la population catholique la plus nombreuse au monde, mais aussi une population qui déserte le catholicisme au profit d'autres Églises. J'extraits de son article quelques lignes dont la portée générale — dégagée de tout contexte personnel — nous éclaire sur sa conception de l'Église. Dans la centralisation actuelle,

le risque existe que l'Église soit identifiée avec le Pape. Si, face à un monde plural, l'attitude de base est purement et simplement d'affirmer l'orthodoxie, en s'opposant ouvertement aux tendances culturelles pluralistes, l'Église court le risque d'identifier Rome au monde, devenant ainsi une redoute du conservatisme et de la médiocrité intellectuelle chrétienne.

Si la centralisation prévaut, elle restreindra la créativité des églises locales qui ont besoin de liberté pour présenter aux masses des fidèles souffrants, la foi avec la justice et une mission sociale avec la libération, sans lesquelles l'évangélisation est une aliénation. L'exode des fidèles vers d'autres dénominations empirera. [...] C'est en ce sens [contre la centralisation et pour le pluralisme] que Vatican II a réglé le problème ; [il a été] interprété d'une manière qui annule le Concile [notre traduction]³¹.

³⁰ Appelée à l'origine «Sacré congrégation de l'inquisition romaine et universelle», la Congrégation pour la doctrine de la foi fut fondée par Paul III pour défendre l'Église des hérésies. Voir en ligne : Saint-Siège <http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_pro_14071997_fr.html>.

³¹ Leonardo Boff, «Concerns about the New Pope», en ligne : <<http://www.leonardoboff.com>>.

Le texte de Kung fait écho à celui de Boff lorsqu'il écrit :

L'humeur festive qui prévalut pendant le Second Concile du Vatican (1962 à 1965), ou Vatican II a disparu. La perspective de renouveau, de compréhension œcuménique et une ouverture générale sur le monde de Vatican II semblent maintenant éteintes et l'avenir sombre. Beaucoup se sont résignés ou même se sont détournés frustrés de cette hiérarchie absorbée par elle-même. Il en résulte que nombre de gens sont confrontés à une alternative impossible : «Jouez le jeu ou quittez l'Église». Un nouvel espoir ne prendra racine que lorsque la hiérarchie à Rome et dans l'épiscopat se réorientera sur base de la boussole de l'Évangile» [notre traduction]³².

De plus, il souligne la contradiction entre une Église qui

propose au reste du monde de se convertir, de se réformer et de dialoguer [...] alors que sa politique intérieure est orientée vers la restauration de la situation antérieure au concile, bloque la réforme, nie le dialogue à l'intérieur de l'Église et consacre la domination absolue de Rome». Et après avoir analysé différents points qui justifient sa position, le théologien conclut que «contrairement à toutes les intentions exprimées dans le Second Concile du Vatican, le système médiéval romain, appareil de pouvoir possédant des caractères totalitaires, a été restauré [...] [notre traduction]³³.

Ce sont là, certes, dans un cas comme dans l'autre, de fortes paroles émanant de théologiens dont les qualités sont universellement reconnues, sauf par l'Église ; pour ces prises de position qui s'étalent sur le dernier quart de siècle, l'un et l'autre ont été sanctionnés et, dans le cas de Boff, très durement, ce qui l'a finalement poussé à quitter l'Église. Sans doute certains termes sont-ils parfois rudes, encore que je n'aie pas reproduit ici les plus sévères. Mon but n'est à l'évidence pas d'entrer en polémique, mais de montrer un premier aspect de la crise que traverse l'Église entre théologie et droit. Cependant, aussi bien Boff que Kung sont des intellectuels dont on pourrait dire facilement qu'ils ne sont pas représentatifs de la base du peuple de Dieu. Déplaçons-nous donc vers celle-ci.

J'en ai pris un échantillon³⁴ dans un pays, la Belgique, qui a longtemps été étiqueté comme étant catholique à 90% sur la base du nombre des baptêmes ; en effet, les fidèles du Christ sont ceux qui sont incorporés à celui-ci par le baptême (canon 204, para. 1, qui ouvre le livre II du *Codex* de 1983, consacré au «Peuple de Dieu»). En 2005, non seulement n'y a-t-il plus que 65% des Belges qui se déclarent catholiques, mais encore seuls 17% se disent pratiquants, c'est-à-dire suivant régulièrement les préceptes de l'Église. Ce premier constat ne correspond toutefois

³² Hans Kung, «Crisis in the Catholic Church: The Pope's Contradictions» *Der Spiegel* (26 mars 2005), en ligne : <http://service.spiegel.de/cache/international/spiegel/0,1518,348471,00.html>.

³³ *Ibid.*

³⁴ Dans ce cas, les exemples sont tous empruntés à une vaste enquête sociologique effectuée par des organismes spécialisés pour le compte du journal *Le Soir* en vue de publication dans celui-ci. Ils sont fournis sans que j'aie pu les soumettre à un examen critique. Les citations se feront au *Soir* en précisant le jour de publication.

pas nécessairement à ce qu'est dans la réalité le peuple de Dieu en Belgique. En effet, on constate que certains de ceux qui se réclamaient du catholicisme ne se déclarent plus tels dans la mesure où ils ne se retrouvent plus dans tous les enseignements de l'Église. Ils se construisent ainsi une foi personnelle — ou faut-il dire un droit personnel ? — de laquelle Dieu n'est pas absent. On y retrouve — comme dans le *Codex* de 1983, mais dans des proportions différentes selon les individus — de manière générale des éléments de la foi et du droit et, plus particulièrement, d'une part la conviction de se trouver à la fois dans une communion de fidèles et dans une société de nature civile et d'autre part des reflets de la multiplicité de leurs personnalités dans une perspective fort proche du pluralisme critique ou radical en droit.

Dans cette complexité — non seulement incommensurable mais aussi difficilement accessible à l'anthropologue ou au sociologue que l'est cette forme de pluralisme juridique —, il semble toutefois que, pour les catholiques belges, les idées de démocratie l'emportent sur celles de monarchie, celles de liberté sur celles d'obéissance et celles du rôle imparti à leur conscience sur celles dictées par le dogme. Ceci «permet à ceux qui publient les résultats de l'enquête de titrer en majuscules grasses les résultats de l'une de ses parties : “[p]lutôt l'Évangile que le Vatican”»³⁵.

Considérons d'abord, au sein du peuple de Dieu belge, le pasteur tel que les fidèles le rencontrent au quotidien : celui-ci joue un rôle capital. Les vœux qu'il prononce comprennent celui d'obéissance et on devrait donc s'attendre de leur part à un respect particulier des préceptes du droit canon. Du point de vue de celui-ci, il ne peut être question pour le pasteur de remettre en cause le dogme par une démarche pluraliste critique ou radicale. Et cependant, voici trois textes de curés de paroisses belges : «Jean-Paul II a dit : “La liberté est le bien le plus précieux de l'homme. Aucune force n'a le droit d'imposer à une conscience sa façon de penser et de vivre”. Ces propos sont vrais quel que soit le contexte et peuvent s'appliquer à la vie des gens, y compris face aux problèmes moraux, comme l'euthanasie, l'avortement³⁶, l'homosexualité... La demande de repères et de balises [que réclame le prêtre] ne doit pas se traduire par des ordres, mais par des propositions, des paroles d'espérance». Ou encore : «Ce qui m'irrite, c'est l'impérialisme intellectuel de l'Église. J'ai horreur des religieux qui prétendent détenir le monopole de la charité et de la vérité». Enfin, «L'Église, c'est d'abord le peuple ; ensuite seulement la hiérarchie. Or il existe un décalage flagrant entre le message de l'Église et notre époque... Je prêche pour davantage d'ouverture, de modernité, de pragmatisme. La société devra faire un pas

³⁵ Voir *Le Soir* (19 avril 2005).

³⁶ Il est à noter que le «Catéchisme de l'Église catholique» de 1992 dans son intitulé «Le respect de la vie humaine» précise à l'article 2272 que «l'Église sanctionne d'une peine canonique d'excommunication ce délit contre la vie humaine» (voir en ligne : Saint-Siège <http://www.vatican.ca/archive/FRA0013/_INDEX.HTM> à l'onglet «textes fondamentaux»).

vers cette Église nouvelle que j'appelle de tous mes vœux. Au risque d'être exclu de celle qui m'emploie aujourd'hui. [...] Mais à 82 ans, je n'ai plus peur»³⁷.

Du côté des fidèles, on déclare : «A priori, je suis opposé à l'avortement et à l'euthanasie ; mais si je vivais une pareille situation, je déciderais en âme et conscience, pas en fonction d'une encyclique» (60 ans et pratiquant). Puis : «[...] j'ai un certain recul par rapport au message de l'Église. Je ne suis pas d'accord sur plusieurs questions. Le fait que les divorcés ne peuvent pas communier, que les femmes ne peuvent pas devenir prêtre... Je n'accepte pas les positions tranchées concernant l'euthanasie, la contraception ou l'avortement» (47 ans et pratiquante). Ensuite : «Je me suis située avec ma conscience devant Dieu [au sujet de l'utilisation de contraceptifs]» (54 ans, pratiquante, engagée, nuancée sur l'interruption volontaire de grossesse, mais pour qui le mariage homosexuel «dépasse l'entendement»). Enfin, «De plusieurs conférences épiscopales, j'ai retenu que c'est la conscience personnelle qui compte en dernier ressort» (la soixantaine, salarié d'une organisation catholique)³⁸.

Comme on le voit, le dogme du droit canon résiste difficilement aux convictions que leur conscience dicte aux membres du peuple de Dieu. Nous nous trouvons dans une perspective où le prescrit normatif moniste et impératif émis par le système du droit canon à destination du sujet voué à l'obéissance est remis en cause par celui-ci. Il y substitue un acteur extrêmement multiforme qui construit le droit tel que sa conscience le lui dicte en prenant en compte ses «moi» multiples. Les choix qu'il fait peuvent, en raison des circonstances, être aussi bien ceux que lui dicte le système juridique global que ceux qu'il construit lui-même, seul ou avec d'autres qui partagent ses vues, dans les limites de sa liberté telle qu'il la conçoit. N'est-ce pas là un phénomène qui s'inscrit parfaitement dans une vision pluraliste critique ou radicale du droit ? J'ai tendance à croire que cette hypothèse mérite d'être envisagée.

II. Le comparatiste face au système normatif de l'Église

Nous avons vu dans l'introduction que si l'objet de la comparaison particulière qui intéresse le comparatiste est le droit, il semble logique qu'il se forme une certaine idée de ce que recouvrent ces cinq lettres (ou encore le syntagme «système juridique») de manière à ne pas s'égarer dans toutes espèces de directions non pertinentes. Pour ce faire (nous l'avons vu également), deux avenues s'ouvrent à lui dans la mesure où il admet qu'il puisse exister plus d'une conception du droit et, notamment, l'une essentialiste, l'autre non essentialiste. Enfin, il est possible qu'il ne se pose pas la question et avance sur base de ce qui lui paraît être une «évidence».

Ainsi en a-t-il été et en va-t-il encore de la comparaison qui se limitait, en tout cas, dans les ouvrages les plus connus en langue française, à ceux consacrés aux «grands» systèmes — dont je me suis longtemps demandé ce qui faisait leur

³⁷ *Le Soir*, *supra* note 35.

³⁸ *Ibid.*

«grandeur»³⁹ si ce n'est notre européocentrisme presque inné. En effet, si l'accord se faisait, sans trop de difficultés et avec des nuances, au sujet des Trois Grands — droits romanistes, de common law et socialistes —, le doute s'installait rapidement au sujet de la présentation des autres systèmes. Ceux-ci nous laissaient quelque peu perplexes, qu'il s'agisse de ceux relégués au fourre-tout de la catégorie des droits religieux⁴⁰, sans parler de ceux, repoussés à un niveau inférieur, que l'on s'obstinait, pour des raisons diverses, à appeler improprement «droits coutumiers»⁴¹ pour en confier l'étude aux pratiquants de l'anthropologie dite «juridique», sans pour autant que l'on s'interroge sur le sens exact de l'adjectif employé dans ce cas.

Quant aux éventuelles contradictions qui pouvaient naître de la qualification de «juridique» accordée, par exemple, à une branche de l'ethnologie d'abord, de l'anthropologie ensuite, elle ne retenait pas l'attention, alors que chacun savait pertinemment que les droits dits alors de manière totalement erronées «primitifs» ou «coutumiers» n'avaient que fort peu de points communs avec ce qu'il était et est toujours convenu, dans une approche essentialiste, d'appeler «droit» dans les facultés belges ou françaises. La confusion était d'autant plus facile à entretenir que les anthropologues eux-mêmes persistaient à définir leurs travaux relatifs aux systèmes politiques par rapport à la notion de «chef» et fréquemment s'inscrivaient dans un schéma évolutionniste allant de la «chefferie» à l'État. Il faut attendre 1958 et l'ouvrage *Tribes Without Rulers* de John Middleton et David Tait⁴² pour que cette perspective se modifie et qu'apparaissent les sociétés dites «acéphales».

Ainsi, le problème de l'identification des phénomènes juridiques ne se situe pas, pour le comparatiste, seulement au niveau spéculatif d'une éventuelle définition du droit sur laquelle les théoriciens s'affrontent depuis des générations⁴³, mais encore interpelle son pragmatisme soucieux de donner un minimum de cohérence à l'objet de son propos en l'identifiant au préalable. Je rappelle le *dictum* de la sagesse populaire : «on ne compare pas des pommes avec des poires». Tels sont bien les termes dans lesquels se pose la question de l'entrée du droit canonique dans la comparaison des droits.

³⁹ «Caractère de ce qui est grand, important» (voir *Le Robert pour tous*, 1998, s.v. «grandeur»).

⁴⁰ À leur sujet, voir par ex. Jacques Vanderlinden, «Religious Laws as Systems of Law : A Comparatist's View» dans Andrew Huxley, dir., *Religion, Law and Tradition : Comparative Studies in Religious Law*, London, Routledge, 2002 aux pp. 165-82.

⁴¹ Ceux-ci ne représentaient en effet que la partie des droits originellement africains, amérindiens, asiatiques ou océaniens reconnues par les colonisateurs, à l'instar du droit musulman appliqué en Algérie sous la garantie de la seconde chambre de la Cour d'appel d'Alger qui n'était pas du droit musulman, mais bien du droit franco-musulman.

⁴² John Middleton et David Tait, *Tribes Without Borders*, London, Routledge & Kegan Paul, 1958.

⁴³ Qu'on se rappelle seulement la tentative désespérée et vaine d'un certain nombre de juristes français qui avaient eu la redoutable idée de s'interroger sur la nature du droit : voir le numéro 10 de la revue *Droits* de 1989.

A. Le droit canonique «oublié» dans la comparaison des droits

Nourri dans le sérail des droits de tradition romaniste depuis la deuxième année de mes études de droit, le droit canonique (*ius canonicum*) s'est toujours présenté à moi comme une évidence tellement familière qu'elle ne justifiait pas la comparaison. N'était-il pas le prolongement d'un autre *ius*, dit *civilis*, celui-là ? Et ne formait-il pas, avec ce dernier, le fondement incontournable du système-souche dans lequel s'inscrivait mon droit national ? Et qui aurait pu oser avancer que peut-être derrière le vocable *ius* se cachait autre chose que ce qui était pour nous tous implicite dans le mot droit ? Fort de cette certitude, j'ai vécu — et enseigné — ce qui allait de soi. Ce faisant, j'étais, à l'évidence, oublieux de ce que ma vie — et particulièrement celle du chercheur et de l'enseignant que j'étais devenu — devait, avant tout, être imprégnée par le doute sans lequel il n'y avait pas de progrès possible.

Sans y réfléchir, je n'ai même pas jugé utile de réserver une place particulière au droit canonique dans mon étude portant sur la comparaison des droits⁴⁴ ; *a posteriori*, j'ai le sentiment de m'être dit dit qu'il n'était qu'un exemple parmi d'autres des droits appartenant au groupe dont le mode de production dominant était la loi, qu'il s'agisse des canons des conciles ou des constitutions pontificales, sans que, pour autant, ses spécificités éventuelles justifient qu'on s'y intéresse particulièrement.

Sans doute avais-je été encouragé dans cette attitude par celle prise par d'autres comparatistes faisant en principe autorité, au premier rang desquels figuraient les responsables de l'*International Encyclopedia of Comparative Law*⁴⁵. Ceux-ci ne font aucunement mention du droit canonique dans les divers fascicules de son volume II consacré aux systèmes juridiques du monde, alors qu'on y retrouve, par exemple, le droit musulman, le droit hindou ou les droits africains. De même, dans une douzaine d'ouvrages divers consacrés à la comparaison des droits au cours du dernier demi-siècle⁴⁶, tous ignorent tout simplement le droit canonique lorsqu'ils abordent les systèmes ou les traditions juridiques.

⁴⁴ Jacques Vanderlinden, *Comparer les droits*, Bruxelles, Kluwer, 1995.

⁴⁵ R. David, dir., *International Encyclopedia of Comparative Law*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), New York, Oceana, 1970.

⁴⁶ Voir par ex. M. Bogdan, *Comparative Law*, Stockholm, Kluwer/Norstedts Juridik, 1994 ; René David et John E.C. Brierley, *Major Legal Systems in the World Today : An Introduction to the Comparative Study of Law*, London, Stevens & Sons, 1985 ; J. Duncan M. Derrett, *An Introduction to Legal Systems*, London, Sweet & Maxwell, 1968 ; Henry W. Ehrmann, *Comparative Legal Cultures*, Englewood Cliffs, N.J., Prentice-Hall, 1976 ; Glenn, *supra* note 1 (en apparence du moins car ils sont à l'évidence inclus dans les droits dits chthoniens) ; A.N. Katz, dir., *Legal Traditions and Systems*, New York, Greenwood Press, 1986 ; John Henry Merryman et David S. Clark, *Comparative Law : Western European and Latin American Legal Systems, Cases and Materials*, New York, Bobbs-Merrill, 1978 ; René Rodière, *Introduction au droit comparé*, Paris, Dalloz, 1979 ; Roland Séroussi, *Introduction au droit comparé*, Paris, Dunod, 2000 ; R. David et C. Jauffret-Spinosi, *Les grands systèmes de droit contemporain*, Paris, Dalloz, 2002 ; Mary-Ann Glendon, Michael W. Gordon et Christopher Ozakwe, *Comparative Legal Traditions in a Nutshell*, St. Paul, Minn., West, 1982 ; Konrad Zweigert et Hein Kötz, *Introduction to Comparative Law*, trad. par Tony Weir, 3^e éd., Oxford, Clarendon Press, 1998.

On peut certes s'interroger sur les motifs de cet «oubli». Je suis convaincu que tous ces auteurs indistinctement connaissaient l'existence du droit canonique. Ne pas le prendre en compte allait simplement de soi et ne demandait pas de justification. Mais pourquoi ? Sans doute parce qu'il n'est pas un système juridique dont un État garantit la mise en œuvre : il s'exclut ainsi du champ du droit tel qu'il est «normalement» compris. Ceux qui adoptent ce point de vue se comportent en essentialistes, dans la mesure où ils partent d'une conception du droit — la leur — pour la projeter dans la comparaison. Parce qu'il ne relève pas non plus du droit international qui est, lui aussi, produit par les États, et qu'en conséquence, quoi qu'on puisse en dire, ce n'est pas un droit, bien qu'on accepte de l'appeler ainsi pour des raisons historiques essentiellement et ceci même si, historiquement, il pouvait peser d'un poids considérable dans la vie des États. Il suffit d'évoquer sur ce point l'empereur d'Allemagne, Henri IV, excommunié et attendant, en hiver, pendant trois jours, pieds nus et tête nue, dans la cour du château de Canossa que le pape Grégoire VII accepte de le recevoir pour lever la sanction canonique qui le frappait⁴⁷. Mais ce temps est révolu. Même si les sanctions du droit canonique sont susceptibles de bouleverser la vie de très nombreux individus qui vivent dans la foi catholique, la primauté des États en tant que vecteurs de ce qu'eux décident être «le» droit fait que le *ius canonicum* n'est peut-être plus du droit aux yeux des comparatistes et peut dès lors être «oublié» dans les manuels.

B. Le droit canonique écarté sciemment de la comparaison des droits

Quelques auteurs, bien que rares, s'efforcent cependant de justifier ce qu'ils admettent être un rejet et non un oubli.

Il en est ainsi de René David qui, dans ses *Grands systèmes de droit contemporain*⁴⁸, dispose du droit canonique en tant que système juridique en écrivant que «le droit canon n'est pas un système de droit complet», puisqu'«il n'a jamais été qu'un complément au droit romain ou aux autres droits “civils”, visant à régler des matières (organisation de l'Église, sacrements, procédure canonique) qui ne sont pas réglées par ces droits»⁴⁹. David me semble, comme les «oublieux», partir également d'un point de vue essentialiste, étant donné qu'il apprécie l'intérêt éventuel du droit canonique pour le comparatiste à l'aune de son incorporation au droit positif étatique qui lui sert clairement de terme de référence préétabli. En outre, à le lire, on peut même douter qu'il considère ce droit particulier comme un véritable droit dans la mesure où il serait «incomplet», pour ce que pareille qualification veut dire. À mes

⁴⁷ Pour un compte rendu de cette anecdote insolite, voir la biographie de Grégoire VII et le chapitre portant sur la Réforme grégorienne, en ligne : Encyclopédie Universelle <<http://www.encyclopedie-universelle.com/reforme-gregorienne2.html>>

⁴⁸ Du moins dans son édition de 1982 : René David, *Les grands systèmes de droit contemporain*, Paris, Dalloz, 1982.

⁴⁹ *Ibid.* à la p. 473, tel que cité par Silvio Ferrari, «Canon Law as a Religious Legal System» dans Huxley, *supra* note 40, 49 à la p. 49.

yeux, en tout cas, elle est sans signification aucune. Quant à la conclusion que l'auteur tire d'un aussi faible argument, elle me paraît tout aussi contestable. Tout compte fait, David ne nous dit pas clairement si, en écartant le droit canonique du champ de la comparaison, il lui nie simultanément la qualité de système juridique, bien que cela semble résulter de son propos.

Un autre comparatiste de grande réputation, Constantinesco, ne fait même pas au droit canonique l'aumône d'une réfutation dans le corps de son texte⁵⁰. Une note de bas de page lui suffit pour déclarer péremptoirement que «le droit canonique ne constitue ni un système ni un ordre juridique, mais seulement une branche très réduite de quelques rares ordres juridiques»⁵¹. On retrouve ici l'idée, déjà rencontrée chez David, du droit canonique réduit à un complément inclus dans les ordres juridiques étatiques, qui sont ceux par rapport auxquels se définit la perception du droit de ces auteurs. Le problème de l'existence elle-même du droit canonique en tant que système autonome est escamoté.

Cette perspective positiviste étatique est caractéristique d'une conception de la comparaison *from outside in* qui part, comme celle de David, d'une pré-définition essentialiste du droit et la projette dans l'analyse des droits étrangers. Dans le cas particulier du droit canonique, celui-ci semble n'accéder à la juridicité que dans la mesure où certaines de ses dispositions sont absorbées dans le droit civil — principalement du mariage — et «reconnues» par l'ordre étatique qui les incorpore ; il en résulterait qu'en tant que droit, il n'aurait plus dès lors aucune existence propre. Ce constat trouverait son origine dans la sécularisation de l'État et, *mutatis mutandis*, évoque irrésistiblement le pluralisme colonial. Enfin cette évolution explique, chez des comparatistes comme Arminjon, Noldé et Wolff, que le droit canonique soit abordé sous la rubrique : «Les éléments de droit canonique dans les systèmes juridiques modernes»⁵².

L'attitude de ces comparatistes se retrouve sur la toile dans le site de la Section de droit civil de la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa, où il est précisé que le droit de l'Église catholique en est en effet exclu dans la mesure où «le droit canonique, dont l'absence dans nos catégories pourrait surprendre, n'est pas un système de droit religieux : il s'agit d'un droit qui, bien qu'informé par les dogmes religieux, est d'origine humaine et est d'ailleurs une composante agissante de la tradition civiliste»⁵³. L'argumentation d'exclusion repose ici sur deux termes.

Le premier est l'«origine humaine» du droit canonique, qui, si elle devait être admise pour en justifier l'exclusion, devrait à mon sens entraîner nécessairement l'exclusion des droits musulman et talmudique, qui, eux, sont retenus sur le même site

⁵⁰ Léontin-Jean Constantinesco, *Traité de droit comparé*, vol. 3, Paris, Economica, 1983.

⁵¹ *Ibid.* à la p. 110.

⁵² Pierre Arminjon, Baron Boris Noldé et Martin Wolff, *Traité de droit comparé*, vol. 3, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1950-1951, titre I, c. II à la p. 63.

⁵³ «Les systèmes juridiques dans le monde», en ligne : Université d'Ottawa <<http://www.droitcivil.uottawa.ca/world-legal-systems/fra-presentation.html>>.

en leur qualité de systèmes juridiques. Pour un non-croyant — certains préfèrent dire un agnostique —, dire que les droits «informés par les dogmes religieux» sont d'origine humaine est un truisme, puisque la divinité n'existe pas. Au-delà de cette position strictement logique, certains considèrent en outre que les religions — et, partant, les droits fondés sur elles — ne sont que la création de ceux qui en bénéficient — les clergés de toutes espèces — afin d'assurer leur pouvoir matériel et spirituel sur leurs fidèles ; dans ce cas, le droit canonique devient tout simplement un instrument du pouvoir dans les mains du clergé, comme il le serait dans celles de la bourgeoisie dans les systèmes juridiques «informés» par le système capitaliste. Soit. Mais cela l'empêche-t-il pour autant d'être un système juridique à part entière ?

Corrélativement, l'affirmation de son origine humaine est, à l'évidence, tributaire d'une position à l'égard des religions qui semble exclure dans le chef de celui qui l'exprime toute considération à l'égard du phénomène spirituel et intellectuel que constitue la foi. Il s'agit de bien plus que d'une «information» par les dogmes religieux. La nature divine du dogme entraîne une transcendance de celui-ci par rapport précisément aux droits des hommes, avec ce résultat qu'en cas de perception d'un éventuel conflit entre le dogme et le droit, le premier devrait en principe l'emporter.

Chacun connaît à quels actes extrêmes, en conflit direct avec les lois pénales nationales, cette conception peut entraîner certains individus invoquant «la loi de Dieu» pour exercer des violences pouvant aller jusqu'au meurtre contre les défenseurs de l'interruption de grossesse. Mais il semble vrai également que la foi peut entraîner certaines personnes, dans certaines circonstances, à accomplir des actes «justes» et moralement louables sur la base de leurs convictions religieuses, alors que celles-ci se présentent à contresens des règles du droit positif. Dans un cas comme dans l'autre, il me paraîtrait vain de vouloir nier cette importance des ordres normatifs inspirés par la foi.

Le second terme est que le droit canonique est «une composante agissante de la tradition civiliste». Incontestablement oui, mais nous retrouvons ici une vision systémocentrique qui ignore l'existence autonome d'un système juridique dès lors qu'une partie de son contenu a été incorporée dans celui d'un autre système. Nous en revenons ainsi à la manière de définir les systèmes, mais il ne me semble pas convaincant que nier de cette manière la qualité de système au droit canonique soit nécessairement la meilleure. Tel qu'il se présentait dans le *Codex* de 1917, le droit canonique apparaissait comme un système dont le mode de production dominant était de nature législative, que ce soit à travers le code lui-même, ou les canons des conciles et les constitutions apostoliques des souverains pontifes, qui suivirent. Nous verrons ci-dessous comment cette vision des choses peut avoir été, aux yeux de certains, considérablement modifiée par les apports du Concile Vatican II.

Quoi qu'il en soit, dans pareille perspective — qui relève également d'une conception essentialiste dans la mesure où elle prédéfinit ce que doit être le droit

— on peut s'interroger sur l'opportunité de faire évoluer notre terminologie dans le sens où elle a évolué depuis quelques années en Espagne. La distinction s'y fait désormais dans les programmes d'enseignement entre d'une part le «droit ecclésiastique de l'État»⁵⁴, qui incorpore précisément cette «branche très réduite» d'un ordre juridique étatique, comme écrivait Constantinesco⁵⁵, simple «complément» à ce dernier, selon l'expression de David⁵⁶ ou encore «composante agissante» du système national comme sur le site de l'Université d'Ottawa⁵⁷ et d'autre part le droit canon, dit parfois aussi droit ecclésiastique, au sens historique du droit de l'Église existant de manière autonome, indépendamment du droit de l'État.

C. *Le droit canonique, une théologie ou un droit ?*

Les comparatistes envisagés jusqu'à présent ne sont pas les seuls à soutenir un point de vue contestant la vocation du droit canon à constituer un système juridique au sens où les comparatistes issus de l'école positiviste étatique l'entendent habituellement ; ce point de vue s'exprime aussi dans les travaux de certains canonistes⁵⁸. On pourrait croire que ceux-ci — au contraire des positivistes étatiques qui le voient de l'extérieur (*from outside in*) dans une démarche essentialiste fondée sur leur propre système — se situeraient nécessairement dans une perspective différente. En effet, ils se trouvent en principe à l'intérieur même de la doctrine canonique et se présentent donc dans une perspective *from inside out* face au monde extérieur à celui de l'Église et notamment face à celui des droits positifs étatiques. Tel est le cas, parmi ceux-ci, de Monseigneur Eugenio Corecco, évêque de Lugano, l'un de ceux qui a retenu sans doute le plus l'attention au cours du dernier quart de siècle en raison de sa personnalité.

C'est ici qu'intervient le Concile Vatican II (1962-1965), dont l'une des conséquences est l'achèvement de la réforme du *Codex* de 1917 qui va laisser place à celui de 1983. Corecco, d'abord professeur de droit canonique à l'Université de Fribourg avant d'entrer dans les ordres, auteur de trois ouvrages et de près d'une centaine d'études relatives à la matière⁵⁹, est membre de l'une des commissions de rédaction du nouveau *Codex*. Celui-ci est l'occasion de couler en forme les nouvelles orientations qui se sont manifestées au concile. Parmi celles-ci figure notamment l'accent mis sur l'Église en tant que «communio de fideles» et non en

⁵⁴ Voir par ex. Francisco Paula Vera Urbano, *Derecho eclesiástico del Estado*, Madrid, Tecnos, 1997.

⁵⁵ Constantinesco, *supra* note 50.

⁵⁶ David, *supra* note 45.

⁵⁷ *Supra* note 53.

⁵⁸ Voir la présentation d'ensemble de ces points de vue dans I.C. Ibàn, *Derecho canónico y ciencia jurídica*, Madrid, Universita Complutense, 1984.

⁵⁹ Voir la bibliographie de Corecco, en ligne : Canonistica.net <<http://www.kerigmanet.org/teologia/coreccobiblio.htm>>.

tant que «société» organisée selon un schéma inspiré du droit de l'Empire romain pour le fond et, à titre principal, des *Institutes* de Justinien pour la forme.

Sur ce dernier point, un simple regard à la structure du *Codex* de 1917 est éclairante. Il compte cinq parties, qui sont les livres I (Normes générales), II (Des personnes), III (Des choses), IV (Des procès) et V (Des délits et des peines). Le comparatiste est immédiatement frappé, de prime abord, par ce qui apparaît comme une influence du BGB avec l'existence d'une partie générale en tête de l'ouvrage, puis par la structure traditionnelle (personnes, choses, actions) des manuels romains que sont les *Institutes*. Et s'il progresse dans certains de ces livres, il constatera, entre autres, qu'à l'instar de Blackstone pour la common law, le livre consacré aux personnes aborde non seulement les sujets de droit, mais aussi les détenteurs du pouvoir et l'organisation de celui-ci.

Mais la forme n'est pas tout. Quant au fond, le *Codex* de 1917 nous présente une structure de pouvoir soigneusement hiérarchisée dans laquelle le seul absent notoire est précisément le «peuple de Dieu» qui occupera le livre II. Ceci ne veut pas dire pour autant que l'*aggiornamento* résultant de Vatican II et mettant désormais en avant la dimension théologique de la mission de l'Église efface complètement celle qui prévalait depuis 1917 et mettait en évidence dans le *Codex* de cette année la dimension sociétale et institutionnelle de l'ordre ecclésial.

Le texte de 1983 est ainsi et à l'évidence un compromis entre les multiples tendances qui se manifestent à Rome dans les grandes occasions. Au moment précis où je mets la dernière main à ce texte, ce lundi 18 avril 2005, s'y ouvre le conclave devant procéder à l'élection du successeur de Jean-Paul II au milieu de nombreuses et diverses supputations relatives à l'affrontement entre partisans de l'ordre et partisans du mouvement⁶⁰, non seulement pendant le «règne» du défunt pape, mais encore au sein de l'assemblée qui pourrait, par son choix d'un souverain pontife, déterminer l'avenir de l'Église, quel qu'en soit le terme, court, moyen ou long. Ceux auxquels appartient ce choix, les grands électeurs du futur évêque de Rome, ont tous, sauf deux, été désignés par son prédécesseur, et c'est lui également qui a privé de leur capacité électorale les évêques ayant atteint un certain âge et, de ce fait, avaient presque nécessairement été désignés par ses prédécesseurs. De cette désignation, le «peuple de Dieu» est donc totalement absent et tout se joue entre une centaine de personnes choisissant en leur sein — même si rien ne les y oblige — leur futur monarque. Parler dans ce contexte de «démocratie» prête pour le moins à sourire, d'autant plus que l'Église se présente, parfois à juste titre, l'avocate de la participation populaire à l'exercice du pouvoir. Le dicton «Faites comme je dis, ne faites pas comme je fais» est, une fois de plus, vérifié dans ce qui est l'une des sociétés les plus vastes du monde, puisque son peuple avoisinerait le milliard d'individus.

⁶⁰ Je préfère cette dichotomie (à supposer que, dans sa simplicité, elle ait une quelconque validité) empruntée à l'histoire politique de la France, à celle qui oppose conservateurs et réformateurs.

Pourtant, il est vrai que le canon 204, qui définit le «peuple de Dieu», précise que les membres de celui-ci participent «à la fonction sacerdotale, prophétique et royale du Christ», mais aussi «sont appelés à exercer, *chacun selon sa condition propre*, la mission que Dieu a confiée à l'Église» [nous soulignons]. La suite du texte montre clairement qu'en ce qui concerne la désignation du souverain pontife — terme emprunté au vocabulaire romain dans lequel il était question de l'empereur comme du *pontifex maximus* —, il ne peut être question qu'elle relève de la «condition propre» au «peuple de Dieu», alors qu'on pourrait rêver qu'au sein d'une *communio*, une forme quelconque de «démocratie», sans doute nécessairement indirecte, soit de mise ; ceci, d'autant plus qu'il s'agit de désigner celui qui, aux termes du canon 331, «possède dans l'Église, en vertu de sa charge, le pouvoir ordinaire, suprême, plénier, immédiat et universel qu'il peut toujours exercer librement». On notera dans ce contexte le subtil glissement du «*maximus*» en latin au «souverain» en français ; si le premier est le plus grand des pontifes, cela n'implique pas nécessairement qu'il exerce un pouvoir de l'ampleur de celui que décrit le canon 331, lequel est effectivement souverain, celui «dont le pouvoir n'est limité par celui d'aucun autre»⁶¹. Si on complète ce tableau par l'acte d'obédience que posent tous les cardinaux à l'égard d'un nouveau pontife immédiatement après son élection, on doit bien constater que la structure du pouvoir n'est même pas oligarchique, mais essentiellement monarchique.

En fait, à l'occasion de Vatican II, le débat ne s'est pas tellement ouvert — à supposer même qu'il l'ait été — autour de la structure du pouvoir dans l'Église, mais plutôt au sujet de la place à réserver à la théologie face au droit dans la conception même que l'on pouvait se faire de l'institution ecclésiale. Que vingt ans après le concile, ses conclusions aient abouti à un compromis dans le *Codex* de 1983 (d'autres disent «une étrange cohabitation» juxtaposant «des pièces disparates»⁶²) et que l'œuvre globale qu'envisageait Corecco ne soit pas achevée n'a rien qui doive surprendre, même si ce compromis ne satisfait à l'évidence pas ceux qui contestent le plus vigoureusement une vision de l'Église en tant que pouvoir⁶³. Sans vouloir porter un quelconque jugement de valeur, constatons seulement que Jean-Paul II n'était pas Jean XXIII⁶⁴. Tout au long du texte de 1983, on retrouve des traces de ce compromis⁶⁵, dont chacun, en fonction de ses penchants personnels, risque de penser qu'il avantage l'un ou l'autre point de vue.

Pour Corecco et ceux qui adoptent son point de vue, la différence fondamentale entre le *ius canonicum* et les autres droits tient aux fondements théologiques (ou ecclésiologiques) et, plus particulièrement, à ce fondement essentiel que constitue

⁶¹ *Le Robert pour tous*, 1998, s.v. «souverain».

⁶² Bruno Dufour, «Le code de droit canonique a vingt ans (1983-2003)» (2003) 90 *Esprit et Vie* 3.

⁶³ Voir par ex. Leonardo Boff, *Igreja: carisma e poder*, Petrópolis, Vozes, 1981.

⁶⁴ Pour une biographie des papes, voir le site du Vatican, en ligne : Saint-Siège <http://www.vatican.va/holy_father/index_fr.htm>.

⁶⁵ Il serait trop long de les analyser ici. Je renvoie le lecteur, entre autres, à Eugenio Corecco, «Fondements ecclésiologiques du Code de droit canonique» (1986) *Concilium* 205 aux pp. 19-30.

la *foi* dans le premier par opposition à la *raison* dans les seconds⁶⁶. Cette distinction fondamentale entre une *ordinatio fidei* par rapport à une *ordinatio rationis* suppose que l'individu accepte l'autorité de la «parole-témoignage» de Dieu, plutôt que «la force de démonstration intrinsèque de la raison»⁶⁷. Pour les tenants de ce point de vue, la juxtaposition dans le *Codex* de 1983 de «deux ecclésiologies définies comme ecclésiologies de la *societas* et de la *communio*»⁶⁸ — la première seule étant «juridique» — a pour effet de faire éclater au grand jour «leur divergence impossible à combler»⁶⁹. Et il semble bien que, pour l'évêque de Lugano, il y a là un mélange de genres dans lequel ses faveurs vont clairement à l'ecclésiologie de la *communio*. Seule celle-ci, «intrinsèquement informée par la foi», est susceptible de produire un système juridique «dont la dynamique dans l'institutionnalisation des rapports intersubjectifs [...] est différente de toute autre méthodologie juridique humaine»⁷⁰.

Le mélange est, sur certains points, d'autant plus contradictoire que ses composantes procèdent au niveau de la production du droit de deux mondes qui n'ont rien de commun : celui de la souveraineté terrestre telle qu'elle s'exprime dans la loi en ce qui concerne l'ecclésiologie de la *societas* et celui de la Révélation et de la Tradition pour ce qui est de la *communio*, comme le rappelle Jean-Paul II dans la constitution apostolique *Sacrae disciplinae leges*⁷¹, promulguant le *Codex iuris canonici*. Révélation ? Vous avez dit révélation ? Cette source du droit, qui se réfère à l'enseignement reçu directement de Dieu tel qu'il apparaît à travers l'Ancien et le Nouveau Testament, permet aussi de séparer nettement l'ordre juridique de l'Église des autres ordres juridiques positivistes étatiques dans la mesure où la première de ces deux sources, la Révélation, leur est en règle générale inconnue⁷². Quant à la Tradition, elle est plus composite puisqu'elle est formée par la transmission de l'enseignement du Christ par les apôtres, puis les évêques. Remarquons d'abord que c'est précisément dans cette Tradition, en l'occurrence les Actes des Apôtres⁷³, et non pas dans les Évangiles, qu'apparaît en premier lieu le titre de «Oint» en référence au Seigneur, nom donné à Jésus après sa résurrection, avant qu'il devienne un nom propre chez les Pères de l'Église⁷⁴. Source en principe doctrinale, la Tradition joue également un rôle fondamental dans le développement du droit canonique, rôle qui contraste

⁶⁶ Voir Corecco, «*Ordinatio rationis o Ordinatio fidei ?*» (1978) *Communio* (français) 3 aux pp. 22-39.

⁶⁷ *Ibid.* à la p. 36.

⁶⁸ Voir Corecco, «Fondements ecclésiologiques du Code de droit canonique», *supra* note 65 à la p. 19.

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ Corecco, «*Ordinatio rationis o Ordination fidei ?*», *supra* note 66 à la p. 39.

⁷¹ Voir le site du Vatican, en ligne : Saint Siège <http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/apost_constitutions/documents/hf_jp-ii_apc_25011983_sacrae-disciplinae-leges_en.html>.

⁷² Voir toutefois Jacques Vanderlinden, «Contribution en forme de mascaret à une théorie des sources du droit au départ d'une source délicieuse» (1995) 1 R.T.D. civ. 69.

⁷³ Voir le Nouveau Testament, Acte 4, v. 26.

⁷⁴ Voir *Dictionnaire historique de la langue française*, 2000, s.v. «christ» et Carles Guignebert, *Le Christ*, Paris, Albin Michel, 1934.

nettement avec la place qu'elle occupe en droit positif étatique, puisque sa qualité même de source du droit y est le plus souvent contestée pour la ramener au rang d'autorité⁷⁵.

Enfin, dans une approche fonctionnaliste de ces multiples éléments, l'*ordinatio fidei* ne dissimule pas que son objectif ultime est le «sacrement universel du salut»⁷⁶, mis en évidence particulière à l'occasion du Concile Vatican II et dans la constitution dogmatique *Lumen gentium*⁷⁷. Sur ce point, la Révélation est de nouveau essentielle, puisque l'idée du salut remonte au péché originel, mythe biblique essentiel de l'Ancien Testament qui conditionne ensuite toute l'orientation du Nouveau Testament axé sur le sacrifice de Jésus en vue de racheter la faute première de l'humanité. Telle n'est évidemment pas, quel que soit le système envisagé, la fonction attribuée par les positivistes aux droits étatiques.

Arrivant ainsi au terme de cette ébauche d'une analyse comparative des principales tensions implicites dans le texte du *Codex iuris canonici* de 1983, je serais tenté de les présenter synthétiquement dans le tableau suivant :

APPROCHE THÉOLOGIQUE	APPROCHE JURIDIQUE
<i>Fides</i>	<i>Ratio</i>
<i>Communio</i>	<i>Societas</i>
Peuple de Dieu	Gouvernement de l'Église
Démocratie	Monarchie
Liberté	Obéissance
Conscience	Dogme
Révélation	Loi
Salut	Gouverner la vie des hommes en société

Du fait d'avoir placé ce mélange sous l'étiquette du *ius* dans le *Codex* de 1983 ressort presque inévitablement la conclusion que ce mot ne recouvre pas une réalité identique à celle désignée couramment par le mot «droit» (*diritto* en italien). Les essentialistes — que sont la plupart des comparatistes —, le plus souvent enfermés dans une conception dont le droit positif étatique constitue la référence, y trouveraient

⁷⁵ Voir notamment, pour le droit français, Vanderlinden, «Juriste et coutume», *supra* note 26.

⁷⁶ Voir la constitution apostolique *Sacrae disciplinae leges* promulguant le *Codex* de 1983, *supra* note 24.

⁷⁷ «Lumen Gentium», en ligne : Saint Siège <http://www.vatican.va/archive/hist_councils/ii_vatican_council/index_fr.htm>, et plus particulièrement aux paras. 1, 9 et 28.

donc aisément des raisons de ne pas considérer le droit canonique comme du droit. Une décision en sens contraire se justifierait seulement par une tradition séculaire qui nous renvoie au droit de l'empire romain, ou encore une tradition moins ancienne, lorsque «juridique» — dérivé de *ius* — prend dans la langue française son sens général de «qui a rapport au droit» à la fin du seizième siècle et enfin, avec l'apparition au cours des siècles de quelques termes dérivés de *ius* en rapport avec la justice ou le droit, comme «jurisdiction» ou «jurisprudence», sans que le mot «droit» ne produise des dérivés comparables. Le droit canonique sortirait ainsi du champ de la comparaison des droits fondée sur une conception préalable conforme au paradigme du droit positif étatique ; nous avons vu, dans les deux premiers paragraphes de ce texte, que tel était bien le cas.

Nous sommes donc renvoyés à une démarche non essentialiste du type de celle que propose Tamanaha. Je rappelle qu'elle conduirait le comparatiste désireux de délimiter son champ d'investigation à retenir en l'occurrence tous les phénomènes qualifiés de «droit» (ou l'un de ses équivalents) par les acteurs sociaux. Or c'est précisément la référence à ceux-ci (l'énumération de Tamanaha se termine par un «et ainsi de suite» dont la rigueur peut aisément être mise en cause). En effet, si on peut admettre (et encore serais-je tenté de dire «sous bénéfice d'inventaire»), comme le suggère notre collègue que le mot *law* en anglais a pour équivalent les mots droit, *diritto*, *derecho* et même *Recht*, au nom de quelle intuition ou rationalité, déciderions-nous de choisir le mot *ius* comme représentant l'équivalent du mot droit en français aux yeux des catholiques qui vivent leur droit *from inside out* ? Si nous admettons un instant qu'effectivement c'est bien le cas, le critère proposé par Tamanaha réduit de manière considérable le champ de la comparaison.

L'exemple du *ius canonicum* est peut-être le plus mal choisi en raison d'une évidence qu'il est difficile de nier, celle que j'ai envisagée il y a un instant et se fondant sur une tradition séculaire, voire sur l'étymologie et la filiation du français par rapport au latin. En outre, l'Église elle-même, institution multilingue s'il en est, a choisi de considérer «*ius*» comme l'équivalent de «droit». Je ne crois cependant pas que cela puisse être décisif et la méfiance nécessaire du comparatiste à l'égard des faux amis m'impose un devoir de prudence.

Un certain doute que j'entretiens ainsi au sujet d'une démarche non essentialiste prend tout son sens si je m'éloigne quelque peu de l'Europe occidentale et me tourne vers d'autres droits que ceux qui y prévalent.

D. Du droit canonique vers d'autres droits

Quoi qu'il en soit, au départ du droit canonique — peut-être celui des systèmes juridiques non étatiques en apparence le plus proche des droits positifs étatiques —, le comparatiste est évidemment appelé à s'interroger également au sujet de l'applicabilité éventuelle du constat qu'il vient de faire à d'autres systèmes, et ce, d'autant plus facilement que les plus éminents de ses collègues, alors qu'ils ignorent

ou rejettent le droit canonique du champ de la comparaison des droits, y admettent volontiers le droit musulman, le droit hindou, voire les droits africains ou océaniens⁷⁸.

Or, rappelons-le, on ne compare pas des pommes avec des poires. Partant en l'occurrence du postulat selon lequel les droits positifs étatiques sont les pommes, le problème fondamental qui se pose est de savoir sur quelle base ces comparatistes — tous adeptes d'une démarche essentialiste puisqu'ils partent d'une notion préétablie de la pomme — ont décidé d'inclure dans leur réflexion comparative le droit musulman, qui à leurs yeux appartient évidemment à la catégorie des pommes, alors qu'ils rejetaient le droit canonique car celui-ci s'inscrivait toujours aussi clairement, à leurs yeux toujours, dans celle des poires ? Ou encore, en quoi le droit musulman appartient-il, par ses caractères essentiels, davantage à la même catégorie que les droits étatiques positifs, alors que ce n'est pas le cas du droit canonique ? Ou enfin, pour aller vraiment à l'essentiel, en quoi le système normatif de l'Islam est-il du droit et non pas de la théologie, alors que le doute existe pour le système normatif de l'Église ?

Je souligne qu'en posant ces questions, je ne souhaite pas aboutir à une quelconque taxonomie, mais plutôt clarifier le sens d'un mot de cinq lettres, «droit», riche en ambiguïtés dès qu'on sort du cadre étatique positiviste dans lequel nous nous mouvons et dont nous assurons quotidiennement la reproduction quasi automatique à travers notre enseignement sans nous poser de questions, ni en faire se poser par ceux qui le subissent. Abordons donc le droit de l'Islam par le tout petit bout de l'observation de son fonctionnement au quotidien, comme le ferait un anthropologue naufragé en un pays qui lui est totalement inconnu.

Le comparatiste européen parti à la rencontre des systèmes «juridiques» et désireux d'adopter une démarche non essentialiste devrait commencer par identifier ce que les habitants du lieu appelleraient, pour reprendre l'énumération de Tamanaha, du «“droit” (ou *recht*, ou *law*, et ainsi de suite)». Cela ne le mènera pas loin dans la langue du lieu où il atterrit, dont nous posons qu'elle est l'arabe.

Sans doute trouvera-t-il des endroits ou certaines personnes, bénéficiant apparemment d'une certaine considération de par la manière dont on s'adresse à elles, en écoutent d'autres avant de faire infliger à certaines d'entre elles des coups, des mutilations, voire la mort de diverses façons, ce qui évoque en lui des situations comparables qui font partie de ce qu'il appelle le droit pénal. Et s'il s'enquiert de l'existence de textes susceptibles de l'éclairer sur ce point, il s'entendra dire qu'il en est un, fondamental, connu sous le nom de Coran, lequel se réfère à six (ou sept, mais peu importe pour mon propos) actes dont il comprendra immédiatement que ce sont ce qu'il appelle des infractions et les Musulmans des *huddûd* ; parmi celles-ci,

⁷⁸ Sur la base de la douzaine d'ouvrages relatifs à la comparaison des droits évoquée précédemment dans ce texte (*supra* note 46), notamment les droits musulman, hindou et africain, tous ceux-ci étant inclus dans le volume II de l'*International Encyclopedia of Comparative Law* (*supra* note 45). Seuls les droits océaniens, chers à Malinowski, rejoignent donc le droit canonique dans l'oubli, à moins qu'ils puissent entrer dans la catégorie — à mon sens étrangement nommée — des traditions « chthoniennes » présentées par Glenn (*supra* note 1).

toutefois, il ne trouvera pas les coups et blessures ou l'homicide, qui ne donnent pas lieu à peine, mais seulement à compensation. Mais cela ne le dérange en principe pas, car tous les droits ont leurs spécificités.

Toutefois, sa perplexité sera bien plus grande lorsqu'il se fera expliquer la nature et le contenu de ce livre fondamental qu'il serait tenté d'appeler un code. En effet, on lui apprend également que le Coran contient la chari'a, qu'il est alors prêt à appeler le droit des Musulmans, puisqu'il prévoit les infractions et les peines qu'elles entraînent. Mais qu'est cette chari'a ? Des Européens, spécialistes réputés de l'Islam, qui l'ont étudiée, lui précisent — façon de parler — que celle-ci :

1) «est le sentier ouvert par le Créateur ; en le suivant les hommes trouveront le bien-être moral et matériel» ;

2) «réglemente de manière fort détaillée les actes des individus les uns par rapport aux autres et par rapport à la communauté ; elle comprend tous les devoirs de l'homme envers Dieu et ses frères les hommes ; flottant au-dessus de la société musulmane comme une âme désincarnée, libérée des courants et des vicissitudes du temps, elle représente l'idéal éternellement valide vers lequel la société doit aspirer» ;

3) «est un corpus compréhensif de devoirs religieux, la totalité des commandements de Dieu (*Allah*) qui réglementent la vie de tout Musulman dans tous ses aspects ; elle comprend sur un pied d'égalité des ordonnances concernant l'adoration et le rituel aussi bien que des règles politiques et juridiques (au sens étroit du mot)» [notre traduction]⁷⁹.

Sa réaction ne peut à ce moment qu'être immédiate : il se trouve devant un système normatif qui lui rappelle plutôt le *ius* de l'Église catholique, dans lequel droit et théologie sont irrésistiblement mêlés, que devant un système juridique de type étatique. La comparaison s'impose d'autant plus à lui que cette chari'a, à l'instar du droit canonique, regroupe en un vaste réseau qui s'étend à travers le monde des fidèles sur base d'une révélation divine. Elle présente toutefois cette particularité qu'elle n'a pas en apparence de structure centralisée comparable à celle héritée de Rome par l'Église. Mais elle a aussi son prophète qui a reçu de son Dieu (la capitale se justifie dans la mesure où il est unique) une révélation et une tradition multiforme véhiculée par les disciples du prophète. Enfin, la chari'a a également une fonction salvatrice comparable à celle du droit canonique. Ces similitudes n'empêchent pas que la comparaison doit se faire *mutatis mutandis*, particulièrement en ce qui concerne le contenu de cette chari'a, mais il ne voit pas en quoi, fondamentalement, elle se distingue du *ius* des canonistes avec lequel il

⁷⁹ Hassan Afchar, «The Muslim Conception of Law» dans R. David, dir., *International Encyclopedia of Comparative Law*, supra note 45, vol. 2 («The Legal Systems of the World»), c. 1 («The Different Conception of Law») à la p. 86 ; voir aussi Noel J. Coulson, *A History of Islamic Law*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 1990 à la p. 2 et Joseph Schacht, *An Introduction to Islamic Law*, Oxford, Clarendon Press, 1999 à la p. 1.

n'est certes pas excessivement familier, mais avec lequel néanmoins la comparaison lui semble pertinente⁸⁰.

Arrivés à ce point, un mot s'impose en rapport avec ce qu'il est convenu d'appeler les systèmes juridiques ou encore les pommes et les poires. Nous avons vu, en effet, que certaines présentations d'ensemble du droit dit comparé excluaient de leur propos, souvent pour des raisons contestables, le droit canonique. Or après ce qui vient d'être écrit au sujet du droit canonique et du droit musulman, ne serait-il pas opportun de les grouper en une catégorie de droits dont l'appellation pourrait être reprise à celle qu'attribue un canoniste hongrois, Erdő⁸¹, au droit canonique. Tenant compte précisément de son caractère composite réunissant des dispositions relatives aussi bien à la *communio* qu'à la *societas*, il propose que le droit canonique appartienne, sur base de ses fondements, au groupe des droits «sacrés», qui doivent être distingués nettement des droits positifs étatiques qui séparent nettement le droit de la morale. Pareille qualification aurait toutefois l'inconvénient de présumer que nous avons davantage affaire à une *ordinatio rationis* qu'à une *ordinatio fidei* puisque l'élément premier du syntagme ainsi adopté serait le droit issu de la première tandis que le second terme se bornerait à préciser une caractéristique du premier.

Cependant, un constat identique ne doit-il pas être fait en ce qui concerne le *dharma* qui fleurit sur le sous-continent indien ? C'est ce que nous dit en effet l'un des meilleurs spécialistes de celui-ci en Europe aujourd'hui, Werner Menski, professeur à la School of Oriental and African Studies de l'Université de Londres. Il affirme tout simplement que «[l]e *dharma* n'est ni "droit", ni "religion" et, cependant, il incorpore des parties des deux», évoquant irrésistiblement ces juges de la Cour suprême du Canada qui déclarent que la nature exacte du titre autochtone sur la terre ne peut être exprimée dans le vocabulaire de la common law ou dans celui des droits amérindiens et constitue donc un droit *sui generis*⁸². Menski poursuit, abandonnant sa position d'observateur extérieur (caractérisée par l'approche *from outside in*) pour s'installer dans les sandales de l'Hindou (encore une fois, *from inside out*) et affirmer que, «envisagé dans une perspective hindoue interne, le "complexe du *dharma*" est l'élément central, qui s'attend à ce que tous les êtres devraient idéalement faire la chose correcte au moment correct et suivre leur propre *dharma* pour promouvoir et soutenir l'harmonie et le bien-être universel». Étant donné de telles conceptions holistes, la distinction entre "droit" et "religion" est quelque peu sans signification et la pauvre âme individuelle est, à première vue, abandonnée à elle-même pour choisir ce qui est bien et ce qui est mal

⁸⁰ Pour une analyse plus détaillée, particulièrement des différences, voir ce qu'en écrit Silvio Ferrari, «Canon Law as a Religious Legal System» dans Huxley, *supra* note 40, 49 à la p. 54.

⁸¹ P. Erdő, *Teologia del diritto canonico : un approccio storico-istituzionale*, Turin, Giappichelli, 1996.

⁸² Voir *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, 153 D.L.R. (4^e) 193.

dans n'importe quelle situation»⁸³. Si pareille phrase évoque pour moi diverses pistes au plan de la comparaison — je citerais de manière exemplative et en vrac le rôle central de l'individu cher aux pluralistes radicaux puisque chaque personne possède et construit son propre *dharma* et l'importance de l'harmonie globale chère aux Inuit et à d'autres —, elle ne fait qu'aggraver mon sentiment d'insécurité dès lors que j'aurais l'ambition de m'engager dans la poursuite de l'identification de la juridicité sur le sous-continent indien⁸⁴.

Conclusion

Dans son *Église et Cité*, Gaudemet poursuit immédiatement sa justification catégorique de la nécessité d'un droit dans toute société par une phrase tout aussi lapidaire : «Reste à débattre de la nature et des formes de ce droit»⁸⁵. Ces deux points, qu'il estime sujet à débat, il les aborde en comparatiste classique *from outside in* en caractérisant ce système juridique particulier par deux critères, ceux de sa source et de sa fonction, deux approches courantes chez les comparatistes. En effet, il enchaîne très rapidement par le constat que le droit canonique «a sa spécificité, une originalité que l'on ne retrouve dans aucun des droits séculiers d'Occident : il prend appui sur un Message divin et son but ultime, comme le rappelle, avec une longue tradition, le dernier canon (c. 1752) du *Code* de 1983, est "le salut des âmes [...] [qui] doit toujours être dans l'Église la loi suprême"»⁸⁶. On notera la référence aux «droits séculiers d'Occident», pierres de touche de la comparaison pour un juriste français. Ceci dit, à ses yeux, ce sont bien la source — la Révélation — et la fonction — assurer le salut de l'homme — du droit canonique qui seraient constitutives de son originalité. Ceci semble difficile à nier et ces deux traits, qui seraient spécifiques au droit canon, se retrouvent dans le tableau ci-dessus où, sur base principalement des écrits de Corecco, je m'efforçais de dégager ces traits dans une perspective comparative *from outside in* que je crois pouvoir qualifier d'«essentialiste».

Dans la même perspective, j'ai toutefois le sentiment qu'il convient d'ajouter à ces deux caractères fondamentaux un ou plusieurs éléments qui pourraient être qualifiés d'«essentiels» pour définir une éventuelle «nature» du droit canon. En effet, les deux d'entre eux auxquels il vient d'être fait allusion — la source révélée et l'objectif du salut — sont communs à celui-ci et au droit musulman. Le principal trait qu'il me paraît opportun d'ajouter serait le caractère «mixte» du droit canonique. Celui-ci se trouve, en effet, au moins dans le *Codex* de 1983 et dans

⁸³ Werner Menski, «Hindu Law as a "Religious" System» dans Huxley, *Religion, Law and Tradition*, *supra* note 40 à la p. 108.

⁸⁴ Je renvoie le lecteur au texte de Menski, *ibid.*, qui devrait lui permettre de comprendre pourquoi il suscite en moi pareille insécurité.

⁸⁵ *Supra* note 25.

⁸⁶ Il est à noter que ni les points de suspension, ni les parenthèses ne sont justifiées dans la citation qui, dans le texte du *Codex* au canon 1752, est continue : «le salut des âmes qui doit toujours être».

l'esprit de nombreux fidèles, à la croisée des chemins entre *communio* et *societas*, même si nombre d'entre eux imputent à Jean-Paul II et à son préfet de la Congrégation de la doctrine de la foi⁸⁷, l'actuel Benoît XVI, ce qu'ils considèrent parfois comme une véritable réforme post-conciliaire visant à revenir à l'état de l'Église et du droit canon tel qu'il se présentait avant Vatican II. Cette mixité est, par contre, inexistante dans l'Islam dans la mesure où celui-ci est une religion et/ou un droit sans Église.

Par contre, si je quitte mon habit — ou est-ce l'une de mes multiples personnalités ? — de comparatiste pour enfiler celui de pluraliste critique ou radical, je serai tenté d'adopter une attitude non essentialiste. Dès lors, je m'intéresserai à la perception du droit de chaque catholique, quelle que soit sa place dans l'Église ; je me positionnerai *from inside out*. Et, comme dans le cas de l'application de cette perspective pluraliste aux droits positifs étatiques, le monisme monarchique catholique centré sur le souverain pontife risque d'être contesté par différents fidèles, membres du Peuple de Dieu, du plus grand jusqu'au plus petit, agissant selon leur conscience face au dogme. Nous avons vu que les jugements portés à l'heure où j'écris quant au pontificat qui s'est achevé, il y a déjà quelques semaines, et à celui qui s'ouvre en ce moment sont clairs à cet égard.

Toutefois, en écrivant ces lignes, le doute qui m'habite en permanence me saisit et je réalise que seule ma passion pour cet autre par rapport à moi qu'est le chrétien peut justifier que je m'aventure à sa rencontre pour lui faire part de mes interrogations au sujet de son droit. S'il considère ce texte comme le reflet d'une curiosité mal placée, qu'il veuille bien me pardonner de l'avoir écrit. Quoi qu'il en dise ou en écrive, je lui pardonnerai, soucieux que je suis de m'engager dans une action réciproque prêchée, il y a un peu moins de deux mille ans⁸⁸, par celui qui a pu être considéré, à tort ou à raison, par l'un ou l'autre comme «le plus haut sommet de la grandeur humaine»⁸⁹.

⁸⁷ *Supra* note 30.

⁸⁸ Voir le Nouveau Testament, Jean 20, v. 23.

⁸⁹ Ernest Renan, *Vie de Jésus*, 9^e éd., Paris, Michel Lévy Frères, 1863 à la p. 440.