



HAL
open science

Droit canonique médiéval et droits fondamentaux modernes: une comparaison historique

Tristan Pouthier

► **To cite this version:**

Tristan Pouthier. Droit canonique médiéval et droits fondamentaux modernes: une comparaison historique. Garantir les droits, protéger les libertés. Études en l'honneur de Patrice Rolland, Editions universitaires de Dijon, pp.27-40, 2022, 978-2-36441-448-8. hal-03601856

HAL Id: hal-03601856

<https://hal.science/hal-03601856v1>

Submitted on 20 Mar 2022

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Droit canonique médiéval et droits fondamentaux modernes : une comparaison historique

Tristan Pouthier, professeur de droit public à l'Université d'Orléans

L'article « libertés publiques » du *Dictionnaire des droits de l'homme*¹ illustre la façon dont, chez Patrice Rolland, le grand historien des idées et le pionnier du commentaire des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme se donnent la main : le premier pour mettre à nu les racines politiques du concept de libertés publiques, le second pour mettre en garde contre la tentation contemporaine de faire bon marché du statut législatif des libertés au profit de leur garantie juridictionnelle.

C'est à un tel exercice d'interprétation des formes contemporaines de garantie des droits à la lumière de l'histoire que l'on souhaiterait se livrer ici – en s'aventurant qui plus est sur un autre domaine de prédilection de Patrice Rolland, celui de la religion. Il est probable que celui-ci, étant donné son goût pour l'argumentation solide et les thèses bien fondées, serait assez méfiant vis-à-vis de l'hypothèse que l'on va formuler dans cette contribution, dès lors qu'elle repose entièrement sur une analogie – un exercice dont on connaît les trompeuses séductions. Pourtant, c'est bien en disciple de l'approche historique des droits et libertés que Patrice Rolland a défendue et illustrée durant toute sa carrière que nous allons avancer cette hypothèse.

Il s'agit d'exposer les linéaments d'un travail de comparaison historique. Le problème de départ est celui de l'interprétation de notre situation historique, en tant que celle-ci est saturée par les idéaux jumeaux du constitutionnalisme et de l'État de droit. Aujourd'hui, la position par défaut des juristes est qu'il est souhaitable qu'une riche gamme de droits soient garantis aux niveaux constitutionnel et conventionnel, et placés sous la protection d'organes spécifiques. Nul n'ignore à cet égard la puissance du mouvement qui, depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale, et par vagues successives², a couvert l'Europe d'instances chargées de garantir le respect des droits fondamentaux. À l'échelon national, le mouvement a été amorcé par les cours constitutionnelles allemande et italienne qui commencent à fonctionner respectivement en 1951 et 1956, et enveloppe également les défenseurs des droits et autres autorités indépendantes protectrices des droits ; à l'échelon européen, l'institution phare est évidemment la Cour européenne des droits de l'homme (1959), Cour à laquelle il est possible d'ajouter les comités, commissions et commissariat du Conseil de l'Europe. En somme, l'Europe a connu depuis 1945 le

1 PUF, 2008.

2 L'image des vagues a été popularisée par Samuel Huntington qui parlait des « trois vagues de démocratisation » : 1820-1922, 1945-1960, 1974- ? (v. S. P. Huntington, *The Third Wave. Democratization in the Late Twentieth Century*, UOP, 1991). Si l'on reprend la périodisation de Huntington au prisme de la question des droits fondamentaux, il apparaît que le lien entre l'idée de démocratie et celle de garantie juridictionnelle des droits constitutionnels et conventionnels ne s'est réellement noué qu'avec la deuxième vague, et accède au rang d'évidence avec la troisième.

développement de tout un réseau d'institutions vouées à la transformation des droits nationaux dans le sens d'une meilleure protection des droits fondamentaux. Du même coup, l'étude des droits fondamentaux et de leurs modes de garantie a pris à partir des années 1990 une place de plus en plus importante dans les facultés de droit. Le paradigme des droits est pour ainsi dire le bain culturel dans lequel baignent les étudiants depuis une trentaine d'années. Tout ceci semble tenir de l'évidence ; mais peut-être est-il justement temps de prendre un peu de recul vis-à-vis de ce mouvement, de manière à lui rendre un peu de relief et d'étrangeté. C'est la visée de la comparaison ici proposée.

Celle-ci consiste à rapprocher deux époques assurément lointaines. La première est l'époque dite « classique » du droit canonique, qui s'étend de la fin du XI^e siècle au début du XIV^e siècle. Durant cette période en effet, sous l'action puissante et continue de la papauté romaine, un droit d'essence religieuse a transformé en profondeur et unifié les droits des royaumes européens. Le second terme de la comparaison est notre propre époque, plus précisément la période historique évoquée en commençant : celle de l'enracinement et de la diffusion progressive de l'État de droit en Europe à partir de la fin de la Seconde Guerre mondiale, jusqu'à son triomphe au tournant du millénaire. Il s'agit ainsi de rapprocher deux époques séparées l'une de l'autre par sept à neuf siècles, afin de comparer *deux dynamiques d'unification du droit en Europe*. Ces deux dynamiques présentent en effet des traits communs frappants : elles sont en grande partie le produit de structures juridictionnelles spécialisées et transnationales ; et elles se sont opérées sous l'effet d'un droit d'une nature tout à fait originale – nature religieuse dans le cas médiéval, nature philosophique dans le cas contemporain, mais dans les deux cas, un droit d'une nature intensément moralisante. Ces traits communs dessinent, au-delà des deux dynamiques d'unification du droit, les deux *structures* qui rendent ces dynamiques possibles. Il existe en effet dans les deux cas une division fondamentale du système normatif européen entre, d'une part, un droit que l'on qualifiera simplement de droit des principes, réceptacle des aspirations morales et spirituelles les plus hautes de l'époque, et d'autre part un droit technique et utilitaire (le droit civil au sens large) qui répond aux besoins organisationnels des sociétés européennes, au XII^e siècle comme aujourd'hui.

Le fait le plus frappant pour ce qui nous concerne ici est que dans les deux cas, droit canonique classique comme droits fondamentaux, le droit des principes est bien *du droit*, c'est-à-dire qu'il a une positivité qui lui est apportée par l'existence d'une sanction sous la forme d'un réseau d'institutions juridictionnelles qui lui sont dédiées. En dernière instance, donc, la comparaison historique dont il s'agit consiste en une analogie structurale entre l'époque classique du droit canonique et l'époque contemporaine du constitutionnalisme et de l'État de droit. Elle vise à poser la question : l'Europe a-t-elle *trouvé*, à travers la dynamique contemporaine de protection des droits

fondamentaux, une structure fondamentale de son système normatif caractérisé par la division entre un droit (positif) des principes et un droit de l'utile, et par la transformation continue du second par le premier ?

La première partie de cette contribution sera consacrée à une justification de cette analogie. La seconde suggérera les voies par lesquelles elle pourrait être développée.

I- Justification de l'analogie

Il convient d'abord de noter une coïncidence historique troublante entre, d'une part, l'épuisement de ce que Marcel Gauchet appelle la « structuration religieuse » de l'Europe et, d'autre part, l'épanouissement d'une « structuration » nouvelle fondée sur les droits fondamentaux (A). Il s'agira ensuite de mettre en relief l'originalité profonde de chacun des droits ainsi rapprochés, droit canonique et droits fondamentaux (B).

A) Épuisement de la structuration religieuse et reconstitution de la structure duale des systèmes juridiques européens

Le point de départ nous sera fourni par une allocution prononcée en 1947 par l'un des plus grands comparatistes du XX^e siècle, René David, sous le titre « La place du droit canonique dans les études de droit comparé »³. La date est significative : nous nous trouvons alors à l'aube du grand mouvement européen de protection juridictionnelle des droits, évoqué en introduction. René David l'ignore évidemment. De son point de vue, non seulement les droits des pays européens sont depuis des siècles des droits essentiellement nationaux, mais encore la garantie juridictionnelle des droits fondamentaux à l'échelon national n'est qu'un phénomène marginal. Dans ce contexte, il peut relever deux spécificités du droit canonique qui en font selon lui un objet d'étude précieux pour les comparatistes. La première est d'ordre historique et touche à la dynamique médiévale d'unification du droit dans l'Occident chrétien : « Le droit canonique constitue sans doute, autant et plus même que le droit romain, la plus gigantesque tentative d'unification du droit qui ait jamais été tentée, dans les domaines les plus divers. »⁴ La seconde remarque touche au fonctionnement des juridictions canoniques tel que David peut l'observer. Il mentionne ainsi « l'existence à Rome, unique en son genre dans le monde actuel, d'une juridiction ou pour mieux dire d'une série de juridictions [...] statuant en dernier ressort sur des litiges qui ont été en premier ressort étudiés et résolus par des juges disséminés dans tous les pays de la Chrétienté. » Puis il

3 In Pierre Andrieu-Guitrancourt (dir.), *Actes du congrès de droit canonique, Cinquantenaire de la Faculté de droit canonique de l'Institut catholique de Paris (1947)*, Paris, Letouzey et Ané, coll. « Bibliothèque de la Faculté de droit canonique de Paris », 1950, p. 174-182.

4 *Ibid.*, p. 175.

conclut : « Il est du plus haut intérêt, du point de vue du droit comparé, d'étudier la jurisprudence de ces juridictions internationales, et la manière dont elles réalisent l'uniformité de la jurisprudence dans l'Église. L'étude de la manière dont, dans les pays les plus divers, un droit unique est appliqué et les dispositions d'un code unique sont interprétées, fournirait des leçons de grande portée à ceux qui sont intéressés par les problèmes d'unification du droit. »⁵ Encore une fois, René David prononce ces mots en 1947. Il ne peut connaître ni les cours constitutionnelles italienne et allemande, ni surtout la Cour européenne des droits de l'homme. La structure juridictionnelle canonique lui paraît donc, à bon droit, unique en son genre. Nulle part dans le monde on ne trouve alors une pareille hiérarchie de juridictions, remontant depuis les tribunaux disséminés dans les nations chrétiennes jusqu'aux tribunaux du Saint-Siège à Rome : Tribunal de la Rote, Pénitencerie apostolique, Signature apostolique. De même, la « gigantesque tentative d'unification du droit » qu'il évoque est à ses yeux un phénomène du passé dès lors que le droit canonique a perdu depuis longtemps tout moyen d'agir sur les droits des États. En 1947, donc, la dimension universelle du droit et des juridictions canoniques en font une curiosité. Ce n'est que dans les décennies qui suivent qu'un nouveau mouvement d'unification des droits des États européens, mouvement inconnu depuis le Moyen-Âge, va progressivement s'opérer à travers la garantie des droits fondamentaux. Cette dynamique d'unification va elle-même passer par la reconstitution d'une structure duale du système normatif des États européens : entre, d'une part, des droits fondamentaux consacrés aux plus hauts degrés de la hiérarchie des normes – Constitutions et traités – et garantis par une protection juridictionnelle spécifique ; et, d'autre part, les droits des États, hérités de plusieurs siècles d'histoires essentiellement nationales.

Il convient cependant de relever un phénomène concomitant de cette reconstitution, phénomène assez difficile à décrire dès lors qu'il semble à première vue se produire entièrement hors de la sphère du droit positif. Depuis la fin du XVI^e siècle en effet, les droits nationaux ont été de plus en plus, pour les nommer d'un mot, des droits laïques : ils se sont constitués hors de l'influence de la religion, si ce n'est contre cette influence, et hors de tout contact avec le droit religieux⁶. Cette laïcisation a tendu à rendre la religion largement invisible depuis le point de vue du droit et rend, encore une fois, difficile à appréhender juridiquement le phénomène dont il s'agit, c'est-à-dire l'effondrement de ce qu'on peut appeler le *point d'appui religieux* des

5 *Ibid.*, p. 176.

6 V. le point de vue du canoniste Stephan Kuttner, *Harmony from dissonance. An interpretation of Medieval Canon Law*, Wimmer Lecture X (1956), Latrobe (Pa), Archabey Press, 1960, p. 1 (je traduis) : « Avec la naissance de l'État moderne et la dislocation de la chrétienté à la fin du Moyen-Âge, le droit canonique a cessé d'être le lien universel d'une communauté chrétienne unie. Peu à peu il a perdu la place anciennement imposante qu'il avait dans les universités ; et un monisme juridique toujours plus envahissant, qui conçoit tout droit comme une simple fonction des nations ou États souverains, a laissé au mieux au droit canonique le rôle modeste d'un ensemble de règles toléré en tant qu'ordonnancement interne d'un parmi plusieurs autres corps religieux. »

démocraties laïques occidentales – effondrement qui se produit avec une étonnante soudaineté dans la deuxième moitié du XX^e siècle. L'analyse de ce phénomène excède largement le cadre de cette contribution. En revanche, il n'est pas possible de le passer sous silence dès lors que la perte du point d'appui religieux des démocraties occidentales ébranle, sans que l'on s'en rende compte sur le moment, les fondements mêmes de leurs systèmes juridiques. Un philosophe comme Marcel Gauchet et un juriste comme Harold Berman ont essayé, chacun à sa manière et selon son point de vue, d'évoquer ce dont il s'agit, et l'on doit se contenter ici d'invoquer leur autorité.

Marcel Gauchet date ainsi du début des années 1970 un bouleversement silencieux de l'organisation fondamentale de la société française et, plus largement, des sociétés européennes. Ce bouleversement consiste en l'extraction terminale de ces sociétés hors de ce qu'il appelle la « structuration religieuse », c'est-à-dire la constitution de l'unité sociale par renvoi à un référent extérieur à la société elle-même. Or, et c'est le point qui nous intéresse ici, cette extraction hors de la « structuration religieuse » est causée elle-même selon Gauchet par la disparition soudaine de toute prétention religieuse (de l'Église catholique notamment) à fournir un modèle d'organisation collective alternatif à l'organisation politique laïque. Autrement dit, c'est l'effondrement de la religion en tant qu'adversaire *politique* qui achève de supprimer toute trace de structuration religieuse dans les sociétés laïques. Privées de cet antagonisme avec le « parti de l'obéissance sacrée », antagonisme qui structurait leur vie publique, les sociétés européennes accèdent au dernier stade du projet moderne d'autonomisation de l'ordre humain par rapport à la religion. C'est ce que signale précisément, selon Gauchet, l'avènement des droits fondamentaux comme référence commune unique (et impossible à ses yeux). Autrement dit, toute l'analyse que propose Gauchet du rôle des droits de l'homme dans la structuration des sociétés européennes contemporaines est directement corrélée à l'effondrement final de la religion en tant que force d'organisation sociale⁷. Harold Berman se prononce pour sa part au point de vue de l'histoire du droit. Il reste célèbre notamment pour avoir interprété la Réforme grégorienne, qu'il qualifie de « révolution papale »⁸, comme l'acte initial de la tradition juridique occidentale (*Western legal tradition*) : l'Église s'est constituée à ce moment-là comme institution corporative et comme système juridique intégré, autonome par rapport aux pouvoirs séculiers, et productrice d'un droit nouveau qui se développait organiquement avec le temps⁹. C'est là ce que Berman appelle la « structure » de la tradition juridique

7 Sur tous ces points, v. notamment *La religion dans la démocratie*, Paris, Gallimard, 1998 ; et *L'avènement de la démocratie IV. Le nouveau monde*, Gallimard, 2017.

8 À la suite d'Eugen Rostenstock-Huessy, *Out of Revolution. Autobiography of Western Man*, New York, William Morrow & Co., 1938, rééd. Providence, Berg Publishers, 1993, avec une introduction de Harold Berman.

9 C'est la thèse défendue dans la première partie de son ouvrage *Law and Revolution* intitulée *The Formation of the Western Legal Tradition*, Harvard University Press, 1983.

occidentale, c'est-à-dire la division entre le système juridique canonique et les systèmes juridiques séculiers qui se sont formés dans son sillage. Or Berman propose une distinction subtile entre la *structure* et le *fondement* de la tradition juridique occidentale. Le « fondement » de cette tradition représente une « expérience entièrement différente » de la subdivision structurale entre domaine spirituel et domaine séculier : il consiste au contraire en une unité primordiale, c'est-à-dire « l'intégration du droit et de la religion, de l'ordre et de la justice avec la foi et la morale, dans une communauté qui les transcende »¹⁰. La distinction de la structure et du fondement permet ainsi à Berman d'expliquer le fait que la solidarité sous-jacente du droit et de la religion en Occident ait pu continuer d'agir de façon inaperçue bien après que le droit de l'Église et le droit de l'État aient commencé leur processus de séparation. L'Église, avec ses institutions et son droit autonomes, était selon Berman l'incarnation corporelle et visible des valeurs spirituelles occidentales ; elle constituait l'autre de l'État, essentiel à la cohésion de ce dernier, alors même qu'elle avait perdu tout moyen direct sur son droit. Sans cet autre, l'État et son droit sont devenus selon Berman purement mécaniques et bureaucratiques, tandis que la société se perd dans des divisions sans fin de races, de classes, de sexes¹¹. En résumé, Gauchet et Berman estiment l'un et l'autre qu'une forme de « partage organisateur », pour reprendre un mot de Gauchet, s'était perpétué bien au-delà de l'avènement des États laïques, et que ce partage a connu sa fin dans la deuxième moitié du XX^e siècle, entraînant par là même un profond ébranlement des systèmes juridiques européens.

Le point intrigant, dès lors, est que l'agonie de ce « partage organisateur » ait été strictement contemporain de la reconstitution d'une structure analogue à celle qui, au Moyen-Âge, avait organisé les rapports entre le droit canonique et les droits des royaumes européens. Alors même que les Européens parvenaient au dernier stade de leur « sortie de la religion » – autre expression de Marcel Gauchet – ils bâtissaient un réseau d'institutions juridictionnelles, et ils engageaient une dynamique d'unification du droit, dont le seul exemple connu est précisément européen, et de nature religieuse – c'est-à-dire l'unification des droits européens sous l'influence du droit canonique, opérée sous l'autorité de la juridiction papale au Moyen-Âge. Il convient maintenant d'avancer une explication de ce phénomène en soulignant l'originalité propre de chacun de ces droits.

B) Originalité du droit canonique et originalité des droits fondamentaux

10 Harold Berman, « The Religious Foundations of Western Law », *Catholic University Law Review*, 24/3, 1975, p. 500.

11 *Ibid.*, p. 507.

Il ne s'agit certes pas de soutenir que les droits fondamentaux sont *de nature religieuse*, ce qu'ils ne sont en aucune manière dès lors qu'ils trouvent précisément leur origine historique dans un effort délibéré de laïcisation intégrale du système juridique¹². En revanche, ils constituent bien un corps de règles d'une nature tout à fait particulière, ce qui peut se constater sous deux aspects : sociologiquement, ils engagent une croyance collective extraordinairement puissante, et une croyance collective de nature morale ; juridiquement, ils fonctionnent comme une force d'unification et de transformation de toutes les branches du droit positif à travers ce que la Cour constitutionnelle allemande appelle un effet « d'irradiation » ou de « rayonnement »¹³. Or sur ces deux points, un parallélisme peut être établi avec le droit canonique dans son époque classique (XI^e-XIV^e s.). La dimension de croyance collective relève, s'agissant de ce dernier, de la simple évidence. Il convient plutôt d'insister sur la dimension de force d'unification et de transformation des droits européens. Le rapprochement entre le droit canonique médiéval et les droits fondamentaux nous invite par là même à réintroduire du pluralisme dans notre appréhension du droit : pour comprendre ce double effet d'unification et de transformation, il convient de saisir l'originalité propre de chacun de ces droits par contraste avec les droits sur lesquels ils agissent.

Il est bien évident en effet aux yeux de chacun que le droit canonique classique était *autre chose* que les droits qui régnaient à son époque dans les royaumes européens (lois, coutumes, droit féodal, droit commercial). Et c'est précisément cette nature originale qui lui a permis d'opérer une unification de ces droits qui n'a pas d'autres exemples dans l'histoire. Gabriel Le Bras parlait à ce propos de « l'originalité du droit canon », titre d'un article paru en 1964 : « La principale originalité du droit canon, c'est son but supranaturel. [...] Le droit de l'Église n'a d'autre justification rationnelle que de régler l'itinéraire du chrétien en marche vers l'autre monde. »¹⁴ Or cet horizon supranaturel se traduit par un enveloppement moral de l'existence humaine dans son ensemble. « Ce droit repose sur une morale tenue pour révélée » dont les « fondements sont immuables », affirmait Le Bras dans le même texte¹⁵. De même Charles Munier, autre canoniste éminent, écrivait à propos du Décret de Gratien : « Le rôle qu'y joue la notion du Droit naturel, *quod in Lege et Evangelio continetur*, est déterminant à cet égard. Clé de voûte de l'édifice, elle marque la prééminence du droit divin sur le droit humain, la soumission à la morale de tout l'agir

12 Ce point n'a pas échappé à la sagacité de Maurice Hauriou qui interprétait le droit naturel moderne comme le produit d'un travail de laïcisation du droit naturel médiéval opéré notamment par les juristes allemands dans le sillage d'Althusius, la fiction de l'état de nature venant se substituer au récit biblique de la genèse. V. « Le droit naturel et l'Allemagne », *Aux sources du droit. Le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Cahiers de la Nouvelle Journée, Paris, Bloud et Gay, 1933, p. 13-42, en particulier p. 21-27.

13 « Ausstrahlungswirkung ». V. Cour constitutionnelle fédérale, *Lüth*, 15 jan. 1958, *BVerfGE*, t. 7, p. 198-230.

14 Gabriel Le Bras, « L'originalité du droit canon », *Études historiques à la mémoire de Noël Didier*, Paris, Montchrestien, 1960, p. 265-275 (p. 265 pour la citation).

15 *Ibid.*, p. 267

humain »¹⁶. Or cette « soumission » n'a rien de statique ; elle implique tout une dynamique de transformation du droit. Celle-ci peut être appréhendée à plusieurs niveaux. Niveau historique tout d'abord : cette dynamique se met en place à partir de la Réforme grégorienne de la fin du XI^e siècle, c'est-à-dire au moment où l'Église, tout à la fois, s'organise sous forme d'une institution hiérarchisée et autonome par rapport aux pouvoirs séculiers et entreprend, au moyen du droit, de se réformer elle-même ainsi que le monde dans le sens des préceptes chrétiens¹⁷. Autrement dit, la dynamique transformative du droit canonique à l'égard du droit des royaumes européens est historiquement liée à la nouvelle économie des rapports entre pouvoir spirituel et pouvoirs temporels issue de la Réforme grégorienne ; mais cette dynamique peut également être appréhendée dans un sens plus étroitement juridique. Comme il vient d'être dit, l'Église a entrepris *de se réformer elle-même* ainsi que le monde au moyen du droit : l'Église s'est en effet constituée à cette époque, non seulement en système institutionnel, mais aussi en système juridique autonome et hiérarchisé sous la prééminence du droit naturel. Or le droit naturel a précisément joué ce rôle de force de transformation au sein du système juridique de l'Église elle-même, avant de déborder (comme nous le verrons) sur les droits séculiers. Comme l'écrivait Stephan Kuttner, la doctrine du droit naturel dans le système juridique canonique n'est pas « la théorie d'une structure statique, rigide, hiérarchique d'ordres juridiques, mais une *force vivante* dans la vie juridique de l'Église »¹⁸. De façon révélatrice, Kuttner parlait à ce propos de « la relation fonctionnelle du droit naturel et du droit positif » en droit canonique : « Plus une situation ou une institution juridique est proche des faits fondamentaux de la vie sociale, plus l'évidence du droit naturel devient grande ; plus des contingences entrent en ligne de compte, plus la marge de détermination positive laissée au législateur doit être grande [...]. La « participation » du droit positif au droit naturel est une participation par « non-contradiction », et aussi par un processus d'approximation, qui inclut la notion de perfectibilité, ou l'ouverture de la raison à une raison meilleure. »¹⁹ On constate ainsi que le système juridique de l'Église catholique, à partir de la Réforme grégorienne, était structuré de manière à ce que les institutions de l'Église subissent une dynamique de transformation et de perfectionnement moral sous l'action transformative des principes de droit naturel situés au sommet de la hiérarchie des normes canoniques telle que fixée par Gratien. Harold Berman voyait là,

16 Charles Munier, « L'autorité de l'Église dans le système des sources du droit médiéval », *Ius canonicum*, vol. 16, 1976, p. 39-60 (p. 40 pour la citation).

17 V. Harold Berman, *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, *op. cit.*, p. 83 : à la fin du XI^e et au XII^e siècles, « l'Église a entrepris tout à la fois de se réformer elle-même et de réformer le monde au moyen du droit » (je traduis). V. aussi p. 109 sur le développement au sein du clergé du sens de la mission qui était la sienne de réformer le monde séculier ; et p. 111 sur l'optimisme de Grégoire VII et de ses soutiens quant à la possibilité d'améliorer le monde, optimisme en rupture avec le pessimisme augustinien.

18 Stephan Kuttner, « Natural Law and Canon Law », *Natural Law Institute Proceedings*, vol. 3, 1950, p. 85-118 (p. 100 pour la citation, je traduis).

19 *Ibid.*, p. 102-103.

quant à lui, un « concept fondamental » de la tradition juridique occidentale, « le concept d'une société qui a le pouvoir de se transformer elle-même dans le temps à travers l'infusion rapide et continue de droit divin et de droit naturel dans les institutions juridiques ecclésiastiques et séculières. »²⁰

Venons-en aux droits fondamentaux. Il devrait être tout aussi évident pour nous que ces droits sont *autre chose* que les droits qu'ils transforment de l'intérieur – droit civil, administratif, pénal, peu importe. Il y a une « originalité » des droits fondamentaux qui n'est pas moindre que celle, en son temps, du droit canonique médiéval. Cette originalité tient évidemment à leur origine spéculative : les droits fondamentaux sont les enfants du droit naturel moderne tel que la théorie en a été élaborée par les philosophes et jurisconsultes des XVII^e et XVIII^e siècles, et tel qu'il a été consacré positivement dans les déclarations de droits. Ces déclarations ont d'ailleurs positionné d'emblée les droits fondamentaux en « clé de voûte de l'édifice » des systèmes juridiques des États libéraux modernes, pour reprendre la formule déjà mentionnée de Charles Munier à propos du droit naturel dans le système canonique classique. On sait cependant que les déclarations de droits ont eu peu d'effets juridiques directs pendant un siècle et demi : les droits fondamentaux jouaient plus le rôle de référence morale ou de principes directeurs pour les législateurs nationaux que de corps de règles juridiques effectives. La spécificité de la période ouverte en 1945 réside ainsi dans le fait d'avoir doté ce droit d'une garantie juridictionnelle. Bien entendu, ce geste n'était pas sans précédent historique, et l'on pourrait mentionner les précédents au XIX^e siècle du Mexique, de la Bavière, de l'Autriche-Hongrie ou de la Suisse²¹. Mais dans notre époque il s'est produit une accélération et un changement d'échelle tels qu'il faut bien parler de rupture. Après 1945 les droits de l'homme ont véritablement transpercé l'écran²² qui séparait la philosophie morale et juridique, qui était demeuré leur lieu propre bien au-delà de leur consécration déclarative, du droit positif. Comme l'a écrit Marcel Gauchet : « La grande nouveauté de la période récente, la nouveauté qui donne toute son ampleur et sa force au « retour du droit », réside dans l'abouchement du droit des juristes et du droit des philosophes, du droit des fondements, tel qu'on en a suivi l'émergence et le déploiement aux XVII^e et XVIII^e siècles, avant son éclipse par l'histoire. Le droit des juristes a été rattrapé par ce droit dit « naturel », qui ne faisait plus guère figure que de vénérable curiosité historique, mobilisable tout juste au titre de supplément d'âme. Non content de resurgir en majesté, il a élargi ses prétentions, en se mêlant ouvertement de dire son mot dans le droit des textes et des codes. Il a réactivé en d'autres termes, la vieille distinction, mal aimée des juristes en général, entre le légitime et le légal, la nouveauté étant que le niveau

20 *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, op. cit., p. 197.

21 V. Michel Fromont, *Justice constitutionnelle comparée*, Paris, Dalloz, 2013, en particulier p. 19-26.

22 Pour reprendre une expression de Frédéric Sudre à propos des rapports entre droit international public et droit interne.

de la légitimité sous-jacente a fait irruption au sein de l'ordre légal, au travers de ce qu'il est convenu désormais d'appeler les « droits fondamentaux ». »²³

Voilà les raisons qui conduisent à suggérer une analogie historique entre le droit canonique médiéval et l'ère contemporaine du constitutionnalisme et de l'État de droit. Voyons maintenant les pistes suivant lesquelles cette analogie pourrait être développée.

II- Développements de l'analogie

Nous retiendrons deux pistes de développement : d'une part, la question du pluralisme juridique (A) ; d'autre part, la question du principe qui gouverne la dynamique d'unification du droit (B).

A) Le pluralisme juridique : système juridique canonique et système juridique de protection des droits fondamentaux

Le pluralisme juridique peut être défini comme l'intégration simultanée de mêmes personnes à une diversité de systèmes juridiques. Ces systèmes juridiques ont au demeurant deux aspects, l'aspect *normatif* et l'aspect *institutionnel*. Ainsi, sous son aspect normatif, le pluralisme renvoie à la diversité des systèmes de règles qui s'appliquent aux mêmes personnes. Sous son aspect institutionnel, le pluralisme renvoie à la diversité des systèmes institutionnels qui sont chargés de faire respecter ces différentes règles.

Le Moyen-Âge est, à cet égard, une époque d'un pluralisme juridique déconcertant à nos yeux, aussi bien sur le plan normatif que sur le plan institutionnel : droit féodal et juridictions féodales, droit royal et juridictions royales, droit des communes et juridictions communales. Mais ce qui nous intéresse ici est, au fond, un dualisme plus fondamental : celui de l'Église et des autorités séculières. On peut suivre, ici encore, Harold Berman. La thèse de Berman est que l'Église a été la première institution à créer en Europe, au moment de la « révolution papale », un système cohérent et rationnel de gouvernement opérant entièrement au moyen du droit. Le droit de l'Église et sa structure administrative et juridictionnelle furent construits à cette époque sous forme d'un système autonome par rapport à la puissance des princes, sur le fondement d'une authentique science juridique formée dans les Universités. Par réaction et par mimétisme, les autorités séculières ont elles-mêmes développé à partir du XII^e siècle des systèmes rationnels de production normative et d'administration de la justice, en s'appuyant de plus en plus elles-mêmes sur des juristes spécialisés. Le résultat fut la coexistence de juridictions séculières et spirituelles au sein des royaumes européens, ce que Berman appelle un

23 Marcel Gauchet, *L'avènement de la démocratie IV. Le nouveau monde*, op. cit., p. 489-490.

« compromis »²⁴. Comment, dans ce contexte, le droit canonique put-il constituer une force d'unification des droits locaux ? On peut relever deux raisons. Tout d'abord, le droit canonique ne régissait pas seulement la vie des clercs, mais aussi de nombreux aspects de la vie des laïques. Les tribunaux canoniques se proclamaient ainsi compétents pour : 1) toutes les affaires civiles et criminelles impliquant des clercs, 2) toutes les affaires matrimoniales, 3) toutes les affaires relatives aux successions, 4) certaines affaires criminelles telle que l'hérésie, la sorcellerie ou le sacrilège, 5) toutes les affaires contractuelles qui impliquaient un serment. Toutes ces affaires pouvaient être portées devant une juridiction ecclésiastique²⁵. Ensuite et surtout, comme le remarque Berman, la relation entre le droit canonique et les droits séculiers des royaumes européens ne pouvait pas se réduire à une simple relation de coexistence, ou même de concurrence : « Il y avait aussi une prétention à la supériorité morale de la part de l'autorité ecclésiastique, à laquelle s'ajoutaient des exigences de modification de la loi séculière pour se conformer aux standards moraux établis par le clergé. C'était inévitable dans une époque où le clergé constituait l'immense majorité des personnes éduquées et, par conséquent, occupait des positions élevées dans les cours des rois et des barons. »²⁶ C'est cette supériorité *morale* et *sociale* qui explique en dernière instance à la fois l'autonomie du système juridique canonique et sa puissance de transformation des droits séculiers.

Le pluralisme juridique prend évidemment d'autres formes à l'ère des droits fondamentaux, aussi bien sous son aspect normatif que sous son aspect institutionnel. L'avènement des États souverains a en effet réduit à peu de choses le pluralisme juridique médiéval, toutes les sources du droit et l'ensemble du système juridictionnel se trouvant formellement soumis à la volonté étatique : c'est la représentation de l'État « boule de billard »²⁷ qui prévalait jusqu'en 1945. Depuis, les phénomènes d'eupéanisation du droit ont remis en cause cette représentation, aussi bien à travers la construction politique de l'Europe qu'à travers la garantie paneuropéenne des droits fondamentaux – et les étudiants en droit sont formés aujourd'hui pour devenir des virtuoses des « rapports de systèmes ». Cependant, même à travers la théorie des rapports de systèmes, c'est encore une approche formelle qui prévaut : elle ne permet pas réellement de distinguer les droits fondamentaux comme droit « original », creuset d'une transformation en profondeur des droits nationaux européens. Or une approche plus substantielle permet de relever immédiatement un indice évident de cette originalité des droits fondamentaux : celui de la spécialisation

24 « The Religious Foundations of Western Law », art. cit., p. 497.

25 Pour une présentation détaillée du domaine de la juridiction ecclésiastique v. *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, op. cit., p. 222-223.

26 « The Religious Foundations of Western Law », art. cit., p. 498.

27 Le modèle de la boule de billard a été élaboré par le théoricien des relations internationales Arnold Wolfers (1892-1968).

juridictionnelle. Quoique tout juge puisse être considéré comme un protecteur des droits fondamentaux, il faut bien constater qu'il s'est largement produit en Europe une *différenciation* entre les systèmes juridictionnels traditionnels et un nouveau système juridictionnel distinct du premier, sous la forme essentiellement des juridictions constitutionnelles nationales et de la Cour européenne des droits de l'homme – pour ne rien dire de la galaxie des autorités administratives indépendantes, des défenseurs des droits, etc. Il va de soi que ce nouveau système juridictionnel n'est pas un « système » intégralement et formellement hiérarchisé au sens où l'était le système juridictionnel de l'Église médiévale ; mais il n'en travaille pas moins, à travers notamment le dialogue des juges, dans le sens d'une protection cohérente et unifiée des droits fondamentaux à l'échelle du continent. Et comme dans le cas du droit canonique médiéval, c'est la position de supériorité morale des droits fondamentaux, et de supériorité sociale de ceux qui les promeuvent, qui a permis la constitution de ce système juridique propre et la dynamique d'unification des droits nationaux dont il est l'agent²⁸.

Passons enfin à la question du *principe* qui anime la dynamique d'unification du droit.

B) Le principe d'unification des droits nationaux : équité canonique et proportionnalité

La dimension intrinsèquement morale du droit canonique médiéval comme des droits fondamentaux se révèle par la façon dont ils agissent sur les droits nationaux. Ils ne fonctionnent pas en effet comme de simples règles qui s'imposent à d'autres règles, mais comme des règles dont l'application est elle-même régulée par un principe fondamental qui guide l'interprétation du juge : l'équité canonique dans un cas, le principe de proportionnalité dans l'autre. Encore faut-il préciser : la puissance de transformation du droit que recèlent ces deux principes tient dans le fait que leur usage est, dans les deux cas, orienté dans un sens téléologique. C'est le point qu'il s'agit de mettre en lumière.

La notion d'équité n'est évidemment pas une invention chrétienne. Bien plutôt, l'*aequitas* romaine a été réceptionnée à partir du IV^e siècle par les auteurs chrétiens qui lui ont fait subir une transformation progressive en l'intégrant dans la représentation chrétienne du monde. Au terme de cette transformation, le canoniste Hostiensis a donné au XIII^e siècle la définition classique de l'équité canonique : *aequitas est justitia dulcore misericordiae temperata*, « l'équité est la justice tempérée par la douceur de la miséricorde ». Mais cette transformation de l'*aequitas* romaine par la charité chrétienne ne se comprend elle-même que rapportée à la perspective téléologique du droit

28 Une limite de l'analogie apparaît cependant d'elle-même à ce stade : les institutions protectrices des droits fondamentaux ne sont pas, à la différence de l'Église grégorienne, un *pouvoir*.

canonique dans son ensemble. Rappelons que selon Gabriel Le Bras la « seule justification rationnelle » de ce droit est de « régler l'itinéraire du chrétien en marche vers l'autre monde ». Cette perspective téléologique explique comment l'équité canonique a pu jouer un rôle dynamique dans la formation du droit de l'Église, et dans l'unification des droits des royaumes européens. Comme l'écrit Jean-Paul Betengne : « L'équité canonique se distinguera toujours de l'équité naturelle ou civile. Ainsi, héritée du droit romain et moulée par la pensée chrétienne, elle tend à actualiser le message évangélique. L'équité canonique est loin d'être cette équité cérébrine fruit d'une réflexion purement humaine. Elle doit être informée par le droit canonique, c'est-à-dire s'inspirer de la lettre et de l'esprit d'un système juridique propre à organiser une communauté à la destinée eschatologique. »²⁹ L'héritage multiforme laissé par le droit canonique médiéval dans les droits des pays européens s'explique d'abord par cette dynamique intrinsèque de l'équité canonique. Celle-ci formant, selon Ernest Caparros, « le principe même qui est à la base de l'ordonnancement canonique », elle explique la « tendance générale vers la modération, la *benignitas*, la *humanitas*, la miséricorde et le pardon qui donnent forme et contenu aux lois chrétiennes. »³⁰ Le droit matrimonial, le droit pénal et la procédure pénale, le droit des successions, le droit des obligations en sortirent transformés, sans parler de la protection des pauvres et des faibles.

Une remarque analogue peut être faite s'agissant de l'usage du principe de proportionnalité dans le domaine des droits fondamentaux. Après tout, l'idée de proportionnalité n'est pas liée par essence à la protection de ces droits, et des administrativistes ont pu mettre en évidence l'action sous-jacente de ce principe dans toute l'œuvre du juge administratif par la voie du recours pour excès de pouvoir : ainsi de Jean-Paul Costa pour qui le principe de proportionnalité est un « principe non écrit » qui se trouve « au cœur de la logique du juge de l'excès de pouvoir », ou de Guy Braibant selon qui le principe de proportionnalité est un « principe innommé du droit administratif français »³¹. Mais le principe de proportionnalité a acquis une toute autre portée à partir du moment où il s'est trouvé articulé à la protection des droits fondamentaux, d'abord par la Cour constitutionnelle allemande, puis par la Cour européenne des droits de l'homme. Le principe de proportionnalité devient alors, comme l'équité canonique en son temps, un moteur de transformation d'ensemble des droits nationaux. Comme l'écrit Paul Martens : « Ce ne sont pas seulement des libertés plus ou moins circonscrites que le juge doit préserver. En l'autorisant à apprécier le raisonnable et à mesurer la proportion, on lui donne l'instrument

29 Jean-Paul Betengne, « Équité canonique et *salus animarum* », *Studia canonica : Revue canadienne de droit canonique*, vol. 39, n°1-2, 2005, p. 203-220 (p. 206 pour la citation).

30 Ernest Caparros, « Les racines institutionnelles des droits occidentaux dans le droit ecclésiastique », *Ius Ecclesiae Rivista Internazionale di Diritto Canonico*, vol. 7, n°2, 1995, p. 425-454 (p. 440 pour la citation).

31 Cités par Jean-Marc Sauvé, « Le principe de proportionnalité, protecteur des libertés », intervention à l'Institut Portalis, Aix-en-Provence, Vendredi 17 mars 2017, texte en ligne sur le site du Conseil d'État.

capable de recalibrer la totalité de l'œuvre normative, qu'elle soit réglementaire ou législative. »³² Or ce « recalibrage » généralisé de « l'œuvre normative » ne se conçoit lui-même que dans un cadre téléologique, comme le révèle pleinement la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. La clause d'ordre public des articles 8 à 11 stipule comme on sait que les restrictions aux droits concernés doivent être « nécessaires dans une société démocratique » pour atteindre un certain nombre d'objectifs d'ordre public. Or cette formule permet précisément l'articulation entre le principe de proportionnalité et une perspective téléologique : le fameux standard de la société démocratique élaboré par la Cour dans l'arrêt *Handyside* appelle par lui-même un « développement des normes de la Convention » de manière à rapprocher les sociétés européennes du modèle démocratique, de la même manière que l'équité canonique tendait à rapprocher les sociétés médiévales du modèle chrétien. N'est-ce pas là le sens de « l'interprétation dynamique » de la Convention par la Cour, que Patrice Rolland fit découvrir aux juristes français³³ ?

32 V. Paul Martens, « L'irrésistible ascension du principe de proportionnalité », *Présence du droit public et des droits de l'homme. Mélanges offerts à Jacques Velu*, Bruxelles, Bruylant, 1992, vol. 1, p. 49-68.

33 V. notamment « Le contrôle de l'opportunité par la Cour européenne des droits de l'homme » in D. Rousseau et F. Sudre (dir.), *Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme. Actes du colloque de Montpellier (20-21 Janvier 1989)*, Éditions S.T.H., 1990, p. 47-75.