

LA COUTUME DANS LE DROIT CANONIQUE DE LA POST-MODERNITÉ : QUELQUES IDÉES SOMMAIRES

Ceux qui veulent combattre l'usage par la grammaire se moquent.

M. de Montagne, Essais, III, 5

I. LES QUERELLES DOCTRINALES ATOUR DE LA COUTUME ET LA CRISE ECCLÉSIOLOGIQUE DE L'APRÈS CONCILE.

En théorie générale du droit, on a suggéré que si, malgré son déclin, la coutume suscite encore un grand intérêt, c'est sans doute moins comme facteur réel de la vie juridique qu'à titre de concept-clé de la pensée juridique 1.

Tout en ne préjugant pas la question de l'importance pratique de la coutume dans la vie juridique de l'Église catholique, on peut s'interroger si cette affirmation n'est pas particulièrement vraie dans le droit canonique. Et, si l'on adopte une approche critique, il ne serait pas inutile, dans ce droit, de rechercher - comme le doyen Carbonnier le propose aux civilistes - « si la coutume vient du peuple ou des juristes, de la masse non technicienne ou de la petite minorité formée par les professionnels du droit » 2.

De fait, dans le droit canonique contemporain, la question de la coutume ne relève pas seulement, à titre de concept-clé, de la pensée juridique, mais elle est au centre d'un véritable contraste idéologique de fond dans le droit de l'Église. On pourrait évoquer à ce propos, à titre d'exemple, la question - plus ou moins indépendante de la réelle importance pratique de cette source du droit dans l'Église - des rapports entre *approbatio legislatoris* et *animus communitatis* : en envisageant la littérature canonique sur ce sujet, on trouvera les opinions de ceux qui considèrent l'*approbatio legislatoris* comme la cause efficiente de la coutume 3, de ceux qui estiment plutôt que l'approbation du législateur a un caractère déclaratif 4, de ceux qui parlent plus modestement d'un caractère de certification 5, de ceux qui considèrent la coutume pas encore approuvée comme une hypothèse normative significative mais pas efficace (dans l'attente de l'*approbatio*, cause intégrative de l'efficacité) 6, et de ceux qui la considèrent comme significative et efficace (bien que d'une efficacité différente de celle des actes du législateur) 7.

Dans ces différentes opinions des docteurs, il n'est pas difficile de trouver - nous semble-t-il - le reflet de la dialectique entre la communauté, qui s'exprime par la coutume, et le pouvoir organisé, qui s'exprime par la loi, dans un cadre où une idée et une praxis positiviste de la loi fait face à une coutume comme « secrète révolte contre la loi » 8. Dans ce cadre, en renversant la présomption de rationalité de la loi qu'on trouve dans le Code (arg. a contrario ex can. 24, § 2 CIC 1983), « la coutume est censée incarner une sagesse qui échappe au législateur » 9. Elle est donc un correctif contre les lois irrationnelles, ou mieux « l'instrument typique par lequel le droit canonique, depuis son âge classique, vise à se garantir contre les lois irrationnelles » 10.

Il serait difficile de considérer un sujet pareil - comme la plupart des sujets en droit canonique - en dehors de la crise ouverte dans l'Église catholique par le Concile Vatican II ; une crise au fond de laquelle il y a un conflit entre deux ecclésiologies, l'ecclésiologie de la *societas inaequalium* et l'ecclésiologie de la *communio* 11 ; autrement dit, l'ecclésiologie qui polarise la production normative dans l'autorité, et l'ecclésiologie qui la déplace dans la communauté, dont la forme par excellence de production du droit est la coutume.

Il serait faux, probablement, de dire que la coutume a disparu du droit canonique, parce qu'elle est vitale dans les communautés particulières qui ont un degré suffisant de cohésion, dans les pays de chrétienté traditionnelle comme dans les pays christianisés récemment, où l'enculturation (du catholicisme et) du droit canonique se déroule dans une société de droit coutumier, et dans lesquels les communautés particulières produisent leur droit tout d'abord par la praxis en posant des coutumes propres ou en canonisant des coutumes de la société environnante.

Mais, quant l'on regarde la situation générale des pays de chrétienté traditionnelle, il semble légitime de se demander si la coutume est une source du droit qui s'est tarie ou non.

Nous oserons suggérer l'hypothèse que la coutume, même dans les pays occidentaux, reste présente, camouflée sous d'autres formes que la forme « classique », dans ce sens que des pratiques juridiques coutumières, des coutumes au sens large, ne manquent pas même ici 12; en outre, nous dirons même que la coutume exprime aujourd'hui plus que jamais sa force normative primordiale, si bien que les limitations posés par le législateur ne peuvent pas la conditionner.

II. LA «STRUCTURE COUTUMIÈRE» DANS LES ACTIVITÉS JURIDIQUES ET LE RAPPORT INTERPRÉTATION/RÉCEPTION/COUUME.

La coutume est - tout comme les autres modalités constantes du droit, telles que le contrat, la loi et l'autoréglementation - une forme de la communication juridique 13. On peut s'interroger si les expressions actuelles de cette forme de communication - de ce langage - ne sont pas déterminées d'une façon particulière par le climat culturel actuel.

Selon certains théoriciens du droit, de fait, ce qui a disparu aujourd'hui, c'est moins la présence du facteur coutumier dans la pratique juridique, que le rôle central de la coutume dans les sociétés pré-modernes, à savoir son rôle de programme de vie commune 14. D'après ces auteurs, considérer la coutume comme un programme de vie était possible dans une société marquée par les rapports de parenté, de proximité et de communauté culturelle. En droit canonique, on pourrait noter que des communautés pareilles existent encore : par exemple les communautés monastiques marquées par des rapports de parenté « spirituelle » - à savoir la fraternité qui lie les membres, et la paternité/maternité des supérieurs envers les autres membres - ainsi que la proximité, à savoir la vie en commun des membres. Et, bien évidemment, c'est aussi le cas des toutes les petites communautés qui - enclavées dans l'individualisme de l'Occident - partagent un programme de vie commune, ou même des communautés plus grandes qui, dans des contextes de civilisation coutumière, trouvent normal d'exprimer leur normativité par la praxis. Mais, lorsqu'il s'agit de créer des réseaux de confiance entre individus étrangers, qui entrent en relation d'une façon tout à fait occasionnelle et épisodique - et c'est le cas des conditions de vie de la plupart des catholiques en Occident -, le droit coutumier se révèle inadéquat, et abandonne au droit législatif beaucoup du terrain qu'auparavant il avait occupé. Tout cela ne signifie pas, toutefois, que la coutume va disparaître dans une société où elle n'est plus un programme de vie commune, parce qu'elle garde encore une place, bien que marginale, parmi les sources du droit ; mais surtout, comme l'avait déjà signalé Friederich Carl von Savigny, dans toute expérience

juridique, même marquée par la primauté de la loi, reste l'empreinte d'une structure coutumière. On peut trouver cette structure dans l'activité interprétative, qui suppose des formes de vie coutumières, tels que l'usage des mots et des signifiés conventionnels - on parle d'une « coutume savante » dégagée par les juristes, faite de formules, de maximes, de principes, de recettes, de pratiques 15 -, et tout particulièrement dans l'interprétation consolidée des juges 16 ; de façon qu'on pourrait dire que si *consuetudo est optima interpres legum* (cf. Dig., 1, 3, 37 ; X.1.4.8. ; can. 29 C.I.C. 1917 ; can. 27 CIC 1983) 17, par contre *interpretatio legum est optima* (aut mala, aut pessima) *consuetudo*. Même si dans ces cas-là on ne peut pas dire qu'il s'agit de coutume au sens le plus courant du terme, on peut affirmer toutefois que la pratique interprétative du droit se nourrit de coutumes, de conventions tacites, de traditions 18. La conscience, aujourd'hui, du rôle créatif de l'interprète, nous conduit plus facilement à admettre que la coutume interprétative est une véritable norme juridique coutumière, et qu'elle peut prévaloir, le cas échéant, sur l'interprétation authentique 19 (qui à son tour est objet d'interprétation) et sur la loi (*consuetudo contra legem* en forme d'interprétation) 20.

Le lien entre coutume et interprétation nous permet de considérer comme tout à fait pertinent pour la problématique de la coutume le sujet de la réception de la loi ; la *receptio legis* a été considérée, de fait, dans la doctrine, comme une véritable « coutumisation » de la loi 21.

III. LA COUTUME COMME SOURCE « EXTRA ORDINEM ».

Ce point de vue pourrait suggérer une idée de la coutume comme source *extra ordinem* - au même titre que l'*aequitas* 22 -, à savoir comme source du droit qui ne nécessite pas d'être réglementée par le droit écrit afin de produire des normes dans le système, et qui produirait des normes même si la réglementation par la loi écrite était restrictive au point de ne pas le permettre.

La théorie générale du droit nous offre des arguments pour soutenir cette hypothèse. Bien que puisse sembler étonnant, l'idée selon laquelle «...il est impossible d'exclure par une règle statuée le rôle créateur de la coutume » se trouve chez le dieu tutélaire des juristes positivistes, Hans Kelsen 23. Pourtant, nous utiliserons en particulier, d'abord, les remarques d'un des constitutionalistes italiens parmi les plus connus, Alessandro Pizzorusso, à cause de sa référence expresse au droit canonique.

Évoquant le phénomène de la coutume *contra legem*, le professeur Pizzorusso se réfère justement à la réglementation du droit canonique, en signalant que, dans un cas pareil, la réglementation légale de la coutume ne peut pas enfermer la force sociale productive de droit sous forme de coutume.

De fait, d'après Pizzorusso, même dans les systèmes juridiques où le rôle de la coutume est normalement subordonné à celui de la loi et des autres sources écrites, « on ne peut pas exclure l'éventualité qu'elle [la coutume] ait à développer parfois le rôle d'une norme englobante qui, en opérant comme une source *extra ordinem*, produit les règles fondamentales d'un système juridique donné ».

Nous citons encore : « La règle de la prévalence de la norme législative sur la norme coutumière, et l'obligation consécutive de ne pas appliquer celle-ci, trouve une limite non seulement dans les normes positives du type de celle sur les effets des coutumes trentenaires ou centenaires ou immémoriales contenue dans le canon 26 du *Codex iuris canonici* [...], mais aussi dans le fait que sa portée est limitée aux sources légales et ne s'étend donc pas aux sources dites *extra ordinem* ».

qui, bien que seulement dans des circonstances exceptionnelles, peuvent impliquer une dérogation au système des sources. C'est justement pourquoi, comme nous y avons fait allusion [...], elle constitue, pour ainsi dire, une source potentielle de clôture du système. On ne peut donc pas exclure l'éventualité que la coutume *contra legem* opère comme source *extra ordinem*, surtout à titre de désuétude de normes qui dérivent des sources légales » 24.

Un autre constitutionnaliste subalpin, Antonino Spadaro, nous offre des remarques de théorie générale qui pourraient être également appliquées à la théorie des sources en droit canonique.

Imaginons un système de contrôle de légitimité constitutionnelle *a posteriori*, incident et décentré (comme ceux en vigueur en Allemagne ou en Italie), conçu pour éliminer les lois incompatibles avec les valeurs fondamentales de la communauté, consacrées dans la Constitution, au fur et mesure que se pose un problème de compatibilité. Dans un système pareil, chaque loi est potentiellement valide ou invalide : on ne peut pas savoir si une loi est valide ou invalide, jusqu'au jugement de conformité à la Constitution de la part de l'organe judiciaire compétent. Dans l'attente ou en l'absence de ce jugement, il n'y a pas validité/invalidité de l'acte législatif, mais simple présomption de sa validité/invalidité 25.

(Le parallélisme avec le droit canonique consiste dans le fait que, dans la tradition juridique de l'Église, les lois sont présumées aptes à régir des classes de situations typiques, sauf qu'elles se révèlent contraires à la *salus animarum* dans un cas particulier : une sorte d'inconstitutionnalité par contrariété au droit divin - la « Constitution » de l'Église - à relever au cas par cas, par chaque fidèle qui se trouve face à une loi ecclésiastique à appliquer : juge, administrateur, simple fidèle).

Une voie pour sortir de l'impasse déterminée par ces limbes d'incertitude juridique, où toutes les lois existent *sub condicione* de conformité à la Constitution (au Droit), serait un jugement sur la validité des lois exercé de façon préventive 26 (comme celui, centralisé, du Conseil Constitutionnel en France). Or, dans le droit canonique, les actes singuliers *contra legem* (l'**epikia** du fidèle particulier comme l'application de l'équité de la part de l'autorité : par exemple dispense/non-application d'une loi) pourraient être rapprochés d'un contrôle de constitutionnalité *a posteriori*, incident et décentré. Pourquoi ne pas penser qu'un acte collectif *contra legem* comme la non réception *ab initio* de la loi perçue comme étrangère à la rationalité du droit divin puisse être comparé à un contrôle préventif, communautaire, de constitutionnalité, qui empêche les mauvaises lois de devenir du véritable droit 27 ? Pourquoi ne pas penser qu'un acte collectif *contra legem* comme la désuétude d'une loi autrefois suivie parce que conforme au but du salut éternel, mais désormais, dans un contexte spatial ou temporel différent, considérée inapte à ce même but fondamental - « constitutionnel » -, puisse être rapproché d'un contrôle analogue mais successif 28 ?

Le dernier auteur duquel nous nous sommes inspiré affirme que « ce n'est que sur le terrain de l'efficacité qu'on peut évaluer utilement la notion de validité » 29, et se déclare en désaccord avec la défense faite par Hans Kelsen de son principe d'autolégitimation des actes de l'autorité (*Selbstlegitimation*) 30 - défense consistant dans l'argumentation par l'absurde que, autrement, tout le monde pourrait se dénouer de l'obligation d'obéir aux lois, en alléguant tout simplement qu'elles ne sont pas des lois 31. Argumentation par rapport à laquelle le canoniste aussi devrait se déclarer en désaccord, en disant avec S. Augustin (*De lib. arb.*, I) et S. Thomas (I-II, q. 95, a. 2, resp. ; q. 96 a. 4, resp.): « non videtur esse lex, quae iusta non fuerit »...

Au fond, donc, nous trouvons - bien évidemment - le problème de la validation des normes, que la doctrine canonique la plus traditionnelle est amenée à considérer d'une façon tout à fait positiviste-formaliste. En effet, d'après le positivisme « pur et dur », courant dans la culture

juridique du continent européen, le processus de validation des règles juridiques est à la fois formel et unilatéral (on ne considère que la production de la règle en conformité aux critères internes du système), sans nuances ou absolu (la règle est totalement valide ou absolument nulle), et hiérarchisé (la légalité de la règle est évaluée par rapport à la règle supérieure validante) 32. Donc, si ce système hiérarchiquement structuré ne prévoit pas la coutume comme source de droit, ou bien, tout en la prévoyant, la soumet à l'approbation du législateur, les coutumes hors de l'ordre des sources du système ne seront pas reconnues par celui-ci 33. Il y a toutefois une façon plus sophistiquée de comprendre le processus de validation des normes, qui semble plus proche de la réalité sans tomber dans les excès sceptiques de certains courants du réalisme juridique. À savoir, la conception selon laquelle le processus de validation des normes est pluriel et circulaire - il est déterminé non seulement par des critères formels, mais aussi empiriques et axiologiques -, produisant effectivité et légitimité de la règle à la suite de l'absorption de facteurs différents et provenant d'en haut et d'en bas, ainsi que de l'interaction continue de l'ensemble des acteurs 34. Dans un cadre pareil, s'avèrent (ou bien deviennent visibles) des phénomènes inconcevables dans la perspective dogmatique traditionnelle, tels que des « hiérarchies enchevêtrées » où les organes supposés inférieurs par rapport aux auteurs de la règle formelle, y compris le peuple, sont parfois en mesure d'en déterminer la réception ou le rejet (validation, application, détournement, modification explicite ou implicite, refus) 35. Dans ce cadre - plus apte à cueillir la complexité du droit post-moderne qu'une conception « militariste » du droit comme celle du positivisme vulgaire 36 - il nous semble qu'on peut plus facilement reconnaître droit de cité à la coutume « extra ordinem », et plus particulièrement à celle contra legem.

Sans doute une vision complexe et souple des processus de légitimation du droit est-elle pour l'interprète moins rassurante que les idées reçues sur la hiérarchie des normes qu'on trouve dans les manuels traditionnels. La coutume, par exemple, une fois échappée à la définition-légitimation du Code, révèle sa nature de concept indiscutablement « flou », mais, comme le disait le doyen Gény, tous les concepts juridiques sont « insusceptibles d'estimation mathématique » 37. Nous nous trouvons dans l'un des lieux où le droit sort du fait, donc au cœur du mystère du droit, avec les redoutables implications philosophiques qui en résultent 38.

Il sera bon, à ce point, de nous tourner vers quelques explications par des exemples pratiques.

Si le droit constitutionnel connaît des nombreux cas de coutume contra constitutionem, ainsi que le droit international public « ...reconnait la coutume contraire au traité et ne semble pas en souffrir », et dans le droit commercial ne manquent pas les coutumes dérogeant ouvertement aux lois civiles 39, l'étude comparée du droit nous offre des exemples circonstanciés et intéressants d'abrogation de lois par une coutume contraire, et même de lois impératives d'ordre public. Rodolfo Sacco allègue la règle coutumière « planétaire » qui permet la récolte de champignons, lampons, fleurs sauvages, plantes officinales, etcetera sur le fond autrui non clos, malgré une éventuelle règle légale contraire (en France, les articles 546 et 713 du Code civil)40. Norbert Rouland évoque, outre le cas célèbre du don manuel, pratiqué malgré l'interdiction de l'article 931 du Code civil français, les usages professionnels qui, en droit du travail, l'emportent sur les lois impératives quand ils sont plus favorables aux salariés, en revenant finalement sur le droit canonique, à propos duquel il évoque le peu d'effets qu'eurent les prohibitions du pape visant le prêt à intérêt 41.

Pour notre part, pour donner un exemple qui puisse avoir prise sur des professeurs et des étudiants de droit canonique dans une faculté de théologie catholique, on pourrait se souvenir de la constitution apostolique *Veterum sapientia* du 22 février 1962 42, qui oblige les enseignants des facultés de théologie à tenir leurs cours en latin 43, elle aussi - comme le remarque

euphémiquement Jean Werckmeister - suivie de peu d'effets 44. Et, pour donner un autre exemple qui puisse avoir prise dans un pays où la plupart des prêtres ne s'habillent pas d'une façon différente des laïcs, on pourrait évoquer l'avis du Conseil pontifical pour l'interprétation des textes législatifs, qui, dans une note explicative, a reconnu valeur contraignante au directoire de la Congrégation pour le clergé obligeant les clercs à s'habiller différemment des laïcs 45, tout en précisant que les praxis contraires à cette norme « ne peuvent pas être considérées comme des coutumes légitimes et doivent être supprimées par l'autorité compétente » 46.

Ce serait alors la force des choses, la force des faits, « die normative Kraft des Faktischen » - et la coutume est une source-fait ou un fait normatif - qui détermine la production immédiate du droit par la communauté, quel que soit l'avis du législateur 47. De la même façon que - du point de vue pratique - il n'y a pas de loi sans interprétation de la loi 48, il n'y aurait pas de loi sans coutume d'interprétation/réception de la loi 49 : « leges instituuntur cum promulgantur, firmantur cum moribus utentium approbantur », pour le dire avec le père Gratien 50...

L'idée selon laquelle il faut présumer que les lois humaines sont sous la condition tacite qu'elles ne deviendront efficaces que « si moribus utentium approbantur » parcourt - comme l'on a signalé - la doctrine canonique « orthodoxe » après Gratien (et pas seulement la doctrine conciliariste hérétique) 51 sans jamais disparaître. Idée bien vivante dans le droit anglais, où la loi du Parlement n'est considérée que comme une proposition de coutume : si celle-ci ne « prend » pas, la loi tombe 52. Idée non ignorée par les auteurs du Code Napoléon, et pourtant rapidement disparue de la tradition juridique continentale 53.

On pourrait dire alors que, « pour être pleinement efficace, une loi “doit entrer en coutume” » 54. C'est l'idée, finalement, d'un principe dialogique entre l'autorité et la communauté (principe codifié, avec quelques timidités, au can. 212, § 2-3 CIC 1983) 55.

Une *lex non recepta in mores*, donc, serait certes une loi du point de vue formel, mais son contenu matériel serait plutôt une *corruptio legis*, si la non-réception est déterminée par un défaut de rationalité perçu par le *sensus fidelium*.

IV. LA COUTUME CONTRA LEGEM ET LE PARADIGME DE L'EPIKIE.

On a dit que, à la fin du xxe siècle, s'est accomplie une mutation (sociale, culturelle, etc., mais surtout) herméneutique par laquelle les propositions dogmatiques du catholicisme (de la hiérarchie catholique) se seraient « volatilisées » au contact de la réception théologique et existentielle de la communauté 56. On pourrait étendre cette affirmation à beaucoup de normes morales et juridiques proposées par la hiérarchie à ses fidèles. Dans un catholicisme qui aujourd'hui est en train de vivre un « schisme submergé ou invisible » 57, parce que les catholiques ne veulent pas recevoir, ou bien ne comprennent même pas, les lois promulguées par l'autorité 58, on peut se demander s'il faut parler d'une coutume généralisée *contra legem*, d'une fin de non recevoir ou d'une non *receptio* qui empêche certaines lois ecclésiastiques d'être de véritables lois. Une crise, certes - la crise du catholicisme post-conciliaire et post-moderne - mais ce n'est pas pour rien, probablement, qu'on a dit que « durant la crise des ordonnancements, la fonction de rendre certaine l'existence d'une règle juridique, qui appartient d'habitude aux dispositions sur la production du droit, peut être réalisée seulement par la coutume » 59.

Quoi faire dans ces cas de refus généralisé de la loi ? Il y a désormais un quart de siècle, Juan Fornés, face à la question de la qualification technique de la désobéissance à la loi ou attitude

« antidisciplinaire » généralisée 60 des fidèles, ne voyait que l'alternative suivante : ou bien le recours, de la part de l'autorité, à des moyens de nature pénale ou en général disciplinaire, ou bien le recours à la figure classique de la *dissimulatio* 61, par laquelle l'autorité ecclésiastique « ferme les yeux » afin de ne pas voir des actes contraires à ses préceptes 62.

Quant à la première alternative, il faudrait s'interroger si le droit pénal ou disciplinaire de l'Église est pourvu, aujourd'hui, des instruments aptes à réprimer la déviance de masse. La réponse serait probablement négative 63.

Quant à la seconde, il s'agit d'une fiction - la hiérarchie fait semblant de ne pas s'apercevoir de la désobéissance - qu'on peut admettre dans des situations temporaires et exceptionnelles, mais qui à long terme déterminerait de la part de l'autorité la renonciation à - ou au moins l'inutilité de - proposer ses valeurs aux fidèles : l'incommunicabilité entre une partie de l'Église (la majorité de la hiérarchie et la minorité « orthodoxe » des autres fidèles) et une autre (la plus grande partie du peuple de Dieu). Rien d'autre que l'interruption de la communication 64 - la débâcle du principe dialogique - qui est le présupposé du schisme virtuel que nous venons d'évoquer.

On peut, certes, pour essayer de sortir de l'impasse, se dédier à la recherche d'une meilleure définition des éléments constitutifs de la coutume *contra legem* selon le Code et selon une tradition doctrinale qui a réduit progressivement le rôle du consensus *communitatis* 65, pour conclure finalement qu'une coutume contraire à la loi n'a pas d'existence juridique sans l'approbation du législateur 66. Mais c'est justement le détachement de la réalité sociale d'une telle approche qui nous a poussé vers une idée non-légale - et néanmoins juridique - de la coutume, tirée de la théorie générale du droit, et que nous avons cru pouvoir ranger parmi les sources ainsi dites « *extra ordinem* ».

Arrivé à ce point, enfin, on pourrait essayer de voir s'il serait possible, en reprenant des idées déjà amorcées précédemment, de conjuguer une telle interprétation théorique « alternative » et « extrémiste » de la coutume avec les conceptions plus avancées du droit canonique, qui posent au cœur du système le paradigme de l'**epikie** 67. D'après ces conceptions, toutes les manifestations du droit canonique - un droit considéré comme dynamique par essence, à cause de la composition continue du facteur divin avec le facteur humain - sont à reconduire finalement à leurs racines de droit divin, de telle sorte que le droit chrétien est toujours entre ciel et terre, entre le divin et l'humain. L'idée qu'il n'y a pas de droit divin à l'état « pur » d'un côté, et, de l'autre côté, l'idée que selon le principe d'**epikie** chaque fidèle est appelé à co-déterminer avec Dieu, dans le for de sa conscience, la règle de droit (en s'opposant, le cas échéant, à des règles qu'il ne considère pas comme des applications de la règle suprême, le commandement de la charité), ces idées donnent un cadre où la liberté des enfants de Dieu est valorisée au maximum 68 (au contraire de certaines positions de la doctrine canonique proche de la curie romaine, qui conçoivent le droit divin comme fixe et immuable, interprétable exclusivement par la hiérarchie, non susceptible d'être « flexibilisé » par les instruments de l'équité, de la dispense, de l'**epikie**, etc.) 69.

Cette liberté, qui se manifeste au niveau individuel, par exemple par un acte *contra legem*, peut se manifester aussi au niveau collectif, par des comportements sociaux répétés des enfants de Dieu réunis en peuple. « La coutume serait ainsi à une communauté ce que l'équité canonique est à un individu »70. Pour reprendre, à la suite du pape Jean Paul II, l'image de la famille « souveraine » 71, et donc capable de produire par elle-même un ordre normatif, on pourrait dire que la famille de Dieu aussi est capable de processus « autopoïétiques » de droit.

Par rapport à la coutume - comme à beaucoup d'autres sujets en droit canonique -, le conflit de fond serait alors moins entre autorité et communauté qu'entre deux anthropologies : une anthropologie pessimiste qui considère la plupart des hommes comme incapables de se « syntoniser » avec les principes du droit divin, et une anthropologie optimiste qui au contraire envisage tous les hommes comme capables de le faire.

Dans la quatrième des ses Cinq leçons sur la justice, Chaïm Perelman a écrit : « Si l'on admet que chaque homme est le reflet d'une raison divine, que les mêmes critères du bien et du mal sont inscrits dans le cœur et la conscience de chacun, les règles accordant autorité et compétences ne sont d'aucune importance, car chacun, élaborant les mêmes lois, les appliquera de la même façon. C'est pareil optimisme qui justifie les doctrines anarchistes préconisant une société sans gouvernement, sans législateurs et sans juges. Ceux, par contre, qui ne réservent qu'à une élite ou même à un seul le privilège de connaître les bonnes règles et l'art de les appliquer, n'accorderont l'autorité et la compétence de légiférer et de juger qu'à une assemblée de sages ou de prêtres, qu'à un roi-philosophe » 72.

Or, c'est la même perspective chrétienne de l'homme pécheur, mais appelé à la rédemption, qui nous amène à partager une vision optimiste, une anthropologie qui considère l'homme capable de s'orienter librement vers le Bien (*homo capax Boni = Dei*), et à voir, par conséquent, dans la praxis spontanée du peuple de Dieu une libre réponse à l'appel divin, une réalisation spontanée de la justice (*homo capax justitiae*). Un processus qui peut, le cas échéant, corriger les règles autoritaires, quand celles-ci ne sont pas aptes à réaliser les valeurs de la communauté ou, pis, quand l'élite du pouvoir qui les a produites a agi selon des logiques n'appartenant pas au message chrétien 73. C'est justement le cœur de ce message qui empêcherait l'explosion anarchique du système : celui-ci se fonde sur une règle à la fois originaire (*arché*) et de clôture, la règle d'or de l'amour du prochain, qui s'oppose à toute dégénération centrifuge. Au contraire des systèmes normatifs qui ne se fondent que sur des procédures formelles, le droit canonique peut jouir d'une cohésion matérielle autour de la charité qui, intériorisée par chaque fidèle, a sa dimension communautaire dans la coutume, non pas facteur d'anarchie mais instrument de fidélité au message originaire.

Nous aimerions utiliser, pour cette « intériorisation » de la « règle d'or » par chaque fidèle, le mot « *sinderesis* », qui désigne, chez les auteurs de la Scolastique, la tendance de l'âme à s'orienter vers le bien et à s'éloigner du mal, et qui fut employé au *xiii* siècle par le canoniste calabrais Simon de Bisignano pour définir la rationalité « supérieure » inspirée du droit naturel : « D'autres en effet disent que le droit naturel est le libre arbitre. Mais celui-ci est également tiré de celui-là parce que l'homme est guidé vers le bien et le mal par le libre arbitre. Le droit naturel, au contraire, condamne et éloigne le mal. D'après nous, donc, le droit naturel est la partie supérieure de l'âme, à savoir la *ratio* même qu'on appelle *sinderesis*, qu'on ne peut pas éteindre, selon l'Écriture, même en Caïn » 74.

Edoardo Dieni
Faculté de Droit
Université de l'Insubria

(Come, Italie)