HAROLD J. BERMAN

DROIT ET REVOLUTION

La formation
de la tradition juridique occidentale

Traduction française
Raoul AUDOUIN

**Librairie de l'Université
d'Aix-en-Provence
Editeur**

12, rue Nazareth,
13100 Aix-en-Provence
www.aix-provence.com

Titre original

LAW and REVOLUTION
The formation of the Western Legal Tradition

Copyright © 1983,
by the President and Fellows of Harvard College
Published by arrangement with Harvard University Press
Cambridge, Massachusetts and London, England.

Traduction française
Par Raoul AUDOUIN

La loi du 11 mars 1957 n'autorisant, aux termes des alinéas 2 et 3 de l'article 41, d'une part, que les « copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective », et d'autre part, que les analyses et les courtes citations dans un but d'exemple et d'illustration, « toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle, faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause, est illicite » (alinéa premier de l'article 40).

Cette représentation ou reproduction par quelque procédé que se soit constituerait donc une contrefaçon sanctionnée par les articles 425 et suivants du Code pénal.

© LIBRAIRIE DE L'UNIVERSITE D'AIX-EN-PROVENCE – 2001
ISBN : 2-903449-66-X

Chapitre quatre

SOURCES THEOLOGIQUES DE LA TRADITION JURIDIQUE OCCIDENTALE

Il est impossible de comprendre la qualité révolutionnaire de la tradition juridique européenne sans en explorer la dimension religieuse. L'on a dit que les métaphores d'avant-hier sont les analogies d'hier et les concepts d'aujourd'hui. C'est ainsi que les métaphores légales du XIe siècle furent les analogies légales du XIIe siècle et les concepts légaux du XIIIe siècle. C'étaient les métaphores du jugement dernier et du purgatoire, de la rédemption du Christ expiant la faute d'Adam, de la transsubstantiation du pain et du vin dans l'Eucharistie, d'absolution des péchés dans le sacrement de la Pénitence et du pouvoir du sacerdoce de « lier et délier », c'est-à-dire d'imposer et remettre le châtiment éternel. D'autres métaphores étaient principalement féodales, tout en ayant des résonances religieuses : métaphores de l'honneur, de la réparation des atteintes à l'honneur, du serment de fidélité, des liens mutuels de service et de protection. Toutes ces métaphores faisaient partie d'une structure unifiée de rituels et de mythes (le mot « mythe » est employé ici non pas dans le sens ancien de « fable » mais dans le sens exactement opposé, maintenant largement usité, de « vérité sacrée »)¹.

Ce que montre cette exploration, c'est que les institutions de base, les concepts et les valeurs des systèmes de lois de l'Occident ont leur source dans des rituels religieux, des liturgies et des doctrines des XIe et XIIe siècles, reflétant des attitudes nouvelles en face de la mort, du péché, de la punition, du pardon et du salut, de même que de nouvelles façons de concevoir les rapports du divin à l'humain et de la foi à la raison. Au fil des siècles, ces attitudes et convictions en fait de religion ont profondément changé et aujourd'hui leurs sources théologiques semblent en voie de tarissement. Néanmoins, les institutions, les concepts et les valeurs qui en sont dérivés sont encore vivants et souvent inchangés. La science juridique occidentale est une théologie séculière qui fréquemment n'a guère de sens parce que ses soubassements théologiques ne sont plus perçus.

Un exemple bizarre peut jeter quelque lumière sur les paradoxes d'une tradition juridique qui a perdu contact avec ses sources théologiques. Si un homme sain d'esprit est convaincu de crime et condamné à mort mais qu'ensuite, avant que l'exécution ait lieu, il perd la raison, son exécution sera retardée jusqu'à ce qu'il l'ait recouvrée. En général, c'est la loi dans les pays d'Occident et dans beaucoup d'autres. Pourquoi ? La réponse que donne l'histoire est que, s'il est fou, il ne pourra avoir l'occasion de librement confesser ses péchés et recevoir la sainte communion. Il faut lui laisser la possibilité de guérir de sa folie avant qu'il ne meure de sorte que son âme ne soit pas condamnée au feu éternel, sinon, il n'aura plus que la possibilité d'expier ses fautes au purgatoire et, finalement, de passer par le jugement dernier et entrer dans le royaume des cieux. Mais là où rien de tout cela n'est cru, pourquoi garder vivant ce fou, pour le tuer guéri ?

L'exemple est, peut-être, de peu de poids en lui-même mais ce qu'il illustre, c'est que dans les systèmes juridiques de tous les pays occidentaux et dans tous ceux qui ont subi leur influence, il existe des

résidus d'attitudes religieuses et de convictions qui ont, d'abord, trouvé leur expression dans la liturgie, dans les rituels et dans la doctrine de l'Eglise, et ensuite dans les institutions et les valeurs du Droit. Lorsque ces racines historiques ne sont pas gardées en mémoire, bien des parties de ce droit paraissent n'avoir pas de fondement valable.

JUGEMENT DERNIER ET PURGATOIRE

Le christianisme a hérité du judaïsme la croyance en un Dieu à la fois père aimant et juge rigoureux, un Dieu paradoxal qui combine la clémence et la justice. D'une part Dieu punit le mal et récompense le bien, l'homme est responsable de ses actes devant lui. D'autre part Dieu prend pitié de la faiblesse des hommes et leur épargne de subir entièrement la peine que mérite leur désobéissance. « Dieu ne veut pas la mort du pécheur mais qu'il se détourne de sa méchanceté et qu'il vive »².

Le christianisme a aussi reçu du judaïsme la croyance qu'à la fin de l'histoire, Dieu viendra pour juger les nations du monde, y compris les âmes de tous ceux qui ont vécu au long des siècles. Dans l'Ancien Testament, le jugement dernier est attendu avec joie; assurément, il y aura bien des punis mais en même temps ce sera l'avènement de l'âge messianique de paix, de justice et d'amour³. De même dans le christianisme, il est déclaré qu'à la fin des temps le Christ reviendra « pour juger les vivants et les morts » et que cela inaugurerà dans le monde son règne de paix, de justice et d'amour⁴.

Toutefois, la menace du châtement éternel et l'insistance complémentaire sur la repentance et le pardon sont plus prononcées dans le nouveau que dans l'Ancien Testament. Jésus déclare qu'à la fin de l'histoire, « lorsque le Fils de l'Homme viendra dans sa gloire », « toutes les nations seront rassemblées devant lui » et il séparera tous les hommes en deux groupes, ceux qui, étant sur terre, ont soulagé les besoins des affamés, des malades, des démunis, de l'étranger, du prisonnier, recevront la vie éternelle, alors que ceux qui les ont négligés seront rejetés au « feu éternel », au châtement éternel »⁵.

La conviction que Dieu est un juge rigoureux et que le Christ reviendra exercer le jugement, joua un rôle important dans le développement des valeurs juridiques aussi bien dans l'Eglise orientale que dans l'Eglise occidentale. Au cours des premiers siècles; quand les Eglises étaient faites principalement de petites communautés de croyants ignorés, les valeurs du Droit étaient largement diluées dans celles de la morale et de la religion. Des critères élevés de comportement étaient proclamés et des procédures privées de règlement des disputes entre chrétiens furent établies mais il n'y eut aucun effort pour créer un système chrétien de lois. Les problèmes de relations du Droit avec la foi chrétienne étaient en général formulés en termes de comportements à adopter envers la loi judaïque et envers le droit romain. La loi judaïque n'était pas considérée par l'Eglise primitive comme obligatoire pour les gentils convertis ni comme une voie de salut; bien que l'on vît dans l'Eglise une continuation du peuple juif, elle embrassait d'autres peuples au même titre et avec leur loi propre.

Néanmoins, la loi biblique (mais non la loi rabbinique) était obligatoire en un autre sens, celui d'une révélation des principes moraux que Dieu avait posés pour l'homme. « La loi est sacrée » écrivait saint Paul aux chrétiens de Rome, « et ce qu'elle contient est sacré, juste et bon » (Rom. 7 :12). Cela signifiait que les chrétiens devaient internaliser la loi biblique, devaient croire dans leur cœur les vérités qu'elle affirmait et faire le bien par foi, espérance et charité plutôt qu'en raison de ses commandements et de ses sanctions.

De même, l'Eglise, au cours des trois premiers siècles, respectait le droit romain mais rejetait son autorité absolue. D'une part l'on estimait que « les pouvoirs établis sont conférés par Dieu » (Rom. 13 :1). D'autre part une loi immorale n'était pas considérée comme obligatoire en conscience, et même il pouvait y avoir un devoir formel de lui désobéir. Le principe de la désobéissance civile fut, en fait, inhérent à

l'histoire des premiers temps puisque le culte chrétien était effectivement illégal.

Ainsi la notion judéo-chrétienne que Dieu est juge et législateur en même temps, car la Bible prend une position très « activiste » quant à la juridiction divine, fut d'abord considérée par l'Eglise comme se rapportant presque uniquement à des concepts culminants tels que la nature et la destinée de l'homme, le combat dans son âme entre les forces de lumière et les forces de l'ombre, l'explication de la souffrance humaine, la signification de la vie et de la mort. Il n'existait aucun effort et d'ailleurs aucune chance de réformer la loi de l'Etat selon la loi divine.

La conversion de l'empereur Constantin, au début du IV^e siècle, et l'établissement du christianisme comme la religion officielle dans l'empire, posa la grave question de savoir si la chrétienté pouvait coopérer au rôle du souverain dans son domaine à l'égard de sa fonction de juge et législateur suprême. La question était particulièrement aiguë du fait que l'on pensait que l'empereur était le chef de l'Eglise et qu'il représentait le Christ sur terre. La réponse qui fut donnée ne différa pas essentiellement de celle donnée au temps de la conversion des rois germaniques, aux V^e, VI^e et VII^e siècles, le christianisme fut conçu comme une foi apocalyptique et non pas comme un programme social. Néanmoins, il y avait certaines implications de réforme sociale qui ne pouvaient être éludées même par les plus éthérés des partisans de cette thèse. Les empereurs de Byzance considérèrent qu'il était de leur responsabilité de chrétiens de réformer les lois « dans la direction » disaient-ils « d'une plus grande humanité »⁶. Sous l'influence du christianisme, et aussi sous l'influence des stoïciens et de la pensée néo-platonicienne adoptée par l'Eglise, des changements furent apportés :

- 1) au droit familial, donnant à l'épouse une plus grande égalité devant la loi, exigeant le consentement mutuel des deux époux pour que le mariage soit valide, rendant le divorce plus difficile (ce qui fut à l'époque un premier pas vers la libération de la femme) et retirant au père le pouvoir de vie et de mort sur les enfants (*patria potestas*) ;
- 2) au droit de l'esclavage, donnant à l'esclave le droit d'en appeler à un magistrat si son maître abusait de ses pouvoirs (et même dans certains cas l'affranchissement si le maître se livrait à des cruautés), multipliant les procédures de manumission (affranchissement volontaire) et permettant à l'esclave d'acquérir des droits par parenté avec une personne libre ;
- 3) dans les relations entre la justice stricte et l'équité, renforçant cette dernière et tempérant les rigueurs des prescriptions générales ; 4) enfin les grandes compilations de lois effectuées par Justinien et ses successeurs aux VI^e, VII^e et VIII^e siècles furent en partie inspirées par l'opinion que le christianisme exigeait une systématisation du Droit en tant qu'une étape nécessaire à son humanisation.

L'effort pour écarter du Droit les traits qui choquaient les Chrétiens a pâti, à l'Est comme à l'Ouest, de l'absence d'une vision du genre d'ordre légal qu'une éthique chrétienne requérait. En Occident, avant le XII^e siècle, le défaut était aggravé par l'absence d'un corps de lois consciemment systématisé, il n'y avait en effet ni classe professionnelle de juristes et de juges ni écoles de droit, pas de littérature juridique et fort peu de législation. En gros, le Droit en Occident était fait de coutumes et de procédures, lesquelles étaient diffuses dans les institutions politiques, économiques et sociales générales. A Byzance, au contraire, il y avait un héritage juridique distinct fondé sur les concepts helléniques de suprématie de la raison et sur le sens romain de l'ordre. Il y avait des gens de loi et des juges, une littérature du Droit, des écoles de Droit et un réseau développé de législation et d'administration.

Mais pendant la majeure partie de l'histoire de Byzance, le système légal romain fut en décadence car le mouvement de réforme en direction d'une plus grande humanité manquait de la puissance d'animation qui eût été nécessaire. Les écoles de Droit apparaissaient et disparaissaient. Les changements prescrits par un empereur étaient abrogés par son successeur. Il y avait peu de développement organique. Le niveau de l'analyse légale des juristes classiques des II^e et III^e siècles ne fut jamais égalé par les juristes chrétiens qui leur succédèrent. Justinien interdit la glose de ses recueils de lois. Ironiquement, ils tombèrent plus ou moins complètement dans l'oubli lorsque, peu après sa mort, l'empire byzantin

abandonna le latin pour le grec, comme langue officielle. Malgré son influence généralement humanisante sur le Droit, la chrétienté orientale pourrait bien avoir exercé un effet négatif sur la science juridique byzantine parce qu'elle enlevait au droit romain sa prédominance sans lui substituer un autre système de Droit pour ce monde-ci.

Aussi longtemps que le jugement dernier représentait dans les esprits l'inauguration de la loi divine dans le monde à venir; imminent ou presque déjà présent, il n'inspirait pas la création d'institutions parallèles pour la période intermédiaire sur terre. La vision était apocalyptique plutôt que prophétique. Ce fut le trait commun de l'Eglise entière pendant le premier millénaire, dans les deux moitiés de ce qui avait été l'empire. La foi chrétienne s'incarnait surtout dans la vie monastique où les hommes et les femmes qui étaient « morts au monde » cherchaient à vivre une existence impeccable dans le royaume des cieux. L'Eglise n'était généralement pas dressée dans une attitude critique ou réformatrice vis-à-vis de ce monde. Le caractère irrémédiablement sans issue de la vie séculière dans la « cité terrestre » décadente, était simplement accepté et le retour du messie pour juger les vivants et les morts attendu avec patience et foi.

Dans la première partie du XI^e siècle, cependant, la croyance au jugement dernier revêtit une nouvelle signification à l'Ouest, du fait du développement d'une croyance parallèle en un jugement intermédiaire des âmes individuelles au moment de la mort et d'un temps intermédiaire de « purification » entre le décès de chaque individu et la venue finale du juge souverain. Le jugement dernier continua à évoquer un temps où toutes les âmes qui vécurent ici-bas seraient ressuscitées, jugées et admises ensemble dans le royaume de Dieu ou bien consignées, avec le diable, dans la punition éternelle. Le purgatoire, néanmoins, était conçu comme une condition punitive des âmes individuellement; ayant été baptisées, elles étaient quittes de la dette « originelle » (ou naturelle) du péché. Toutefois, la justice exigeait qu'elles souffrent punition pour un temps, après la mort, pour expier les fautes « personnelles » (ou actuelles), non complètement expiées pendant la vie sur terre. Excepté en de rares cas, nulle expiation sur terre ne pouvait suffire à dispenser complètement un âme d'être soumise à une expiation complète après la mort. Expiation signifiait payer un prix et non se réformer graduellement, l'âme restait coupable (endettée) jusqu'au paiement complet.

Dans l'Eglise orientale, il n'y avait, et il n'y a pas, de doctrine généralement admise de souffrance expiatoire de l'âme après la mort et avant le jugement dernier bien qu'il y eût (il y a) des prières pour les morts⁷. En Occident aussi bien, avant le XI^e siècle, l'idée de purgatoire, bien qu'introduite dès le Ve siècle et renforcée par les pénitentiels, n'avait pas l'importance doctrinale qu'elle acquit ensuite. Ce n'était pas une partie nécessaire de la foi chrétienne et elle n'était ni clairement exposée ni définie.

Peu après l'an mille, une nouvelle célébration fut instaurée en Occident, le Jour des morts (en anglais, de toutes les âmes) qui est toujours célébrée le 2 novembre, le lendemain de la Toussaint, surtout dans l'Eglise catholique romaine. L'abbé de Cluny, Odilon, proposa l'idée d'un jour férié et ses moines en répandirent la coutume. C'était une fête à la mémoire de la communauté de toutes les âmes qui avaient vécu et qui vivraient jamais, que l'on concevait tremblant devant le juge du dernier jour de l'histoire. Entre temps, les âmes chrétiennes sur terre et au purgatoire, anticipaient ce jour en présentant leurs prières de grâce et pardon. Rosenstock-Huessy a éloquemment décrit cette célébration comme l'idée commune de la mort qui unit la chrétienté occidentale entière.

« Les lectures liturgiques du jour des morts soulignent la totale perversion qu'est l'homme. L'homme est comme Job, comme une ombre, un fétu d'herbe. Et pourtant, Dieu l'estime assez pour porter son regard sur lui et l'appeler en jugement... L'idée de jugement... révélait la dignité de l'homme, son ambition de ne pas être jeté au feu comme un brin de paille, mais d'être jugé... l'armée des soldats du Christ marche avec foi devant le Sauveur qui fut leur camarade et qui, maintenant, est leur juge. L'acclamation triomphante de la masse des défunts dit : "Je sais que mon Sauveur est vivant, et qu'au dernier jour, je surgirai de la terre" »⁸.

Le grand hymne *Dies irae* (le jour de la colère) fut écrit au XIII^e siècle pour exprimer les pensées et les

émotions du jour des morts. Le thème en est le conflit de la justice et du pardon, et la conciliation qui les joint dans le jugement divin à la fin des temps.

Avant ce jugement final, toutefois, l'âme chrétienne restait en purgatoire jusqu'à sa complète purification par la souffrance. Les punitions du purgatoire étaient infligées à tous les chrétiens excepté le petit nombre de ceux qui étaient au ciel (les saints) ou en enfer (les impénitents), et quiconque était au purgatoire était puni, sans égard à son rang, selon ses fautes. Comme le jugement dernier était considéré comme la grande démocratie universelle, de même le purgatoire était vu comme la grande démocratie des chrétiens. Dans le saisissant tableau qu'en donne Dante Alighieri (1265-1321), papes et empereurs souffraient là parmi les serfs et les brigands. Le seul principe qui différenciait le sort de l'un du sort de l'autre était le prononcé de sa peine selon la gravité de ses fautes personnelles.

L'idée d'un dernier jugement implique que la vie est davantage qu'un simple flux, qu'elle a une finalité et plus encore, que l'homme est responsable de la réalisation de ce but. La vie entière de quiconque sur terre est une chose dont il faudra rendre compte au dernier jour. Mais ce jugement ne doit pas forcément comporter un système complexe de règles et de critères. En revanche, l'idée de purgatoire implique que le règlement de comptes procède d'un tel système. Les péchés distincts doivent être pesés et les pénalités au purgatoire doivent être assignées conformément à la gravité de chacun d'entre eux. De plus, l'Eglise et plus spécialement le pape sont considérés comme ayant juridiction sur le purgatoire. Le pape gère ce qu'on appelle le trésor des mérites; il peut distribuer les mérites aux âmes du purgatoire à proportion du temps de pénitence qui serait requis sur terre pour expier les péchés d'un pénitent, à condition toutefois que l'âme du pénitent soit dans la même condition où l'aurait mise l'exécution de la peine prescrite. Cela veut dire que la durée à passer en purgatoire peut être raccourcie par décision cléricale⁹. Avec l'avènement de la monarchie papale à la fin du XIe siècle, le concile de Clermont, sous le pape Urbain II, accorda la première « indulgence plénière », absolvant tous ceux qui prendraient part à la première croisade, de la sanction en purgatoire des péchés commis avant leur engagement dans la sainte armée des croisés.

Finalement la légalisation pour ainsi dire de la vie après le décès, aboutit à réduire sensiblement l'importance du jugement dernier. L'on déduisit logiquement que tous ceux qui sont en purgatoire seraient en fait blanchis de leurs culpabilité car en ayant payé le prix complètement, elles entreraient automatiquement dans le royaume des cieux. Il était ainsi admis que la réparation de l'offense doit avoir une heureuse fin. Au même titre, cependant, ceux qui choisissaient de rester hors du système, les chrétiens non repentants, et ceux des infidèles qui avaient consciemment repoussé le christianisme, étaient condamnés pour l'éternité dès l'instant de leur mort. Ainsi le rôle de Dieu au jugement dernier devenait simplement formel, au moins vis-à-vis des âmes de tous ceux qui étaient morts avant le retour du Christ.

L'homme commençait à occuper le centre de la scène. Sa liberté de choix devenait le facteur déterminant de sa marche vers le salut. La route était jalonnée par un système de punitions et de récompenses qui s'étendait de ce monde au monde futur jusqu'à ce que soit atteint le but ultime.

LE SACREMENT DE PENITENCE

La nouvelle conception du purgatoire, qui exerça une si puissante influence sur l'imagination de l'Occident aux XIe et XIIe siècles et par la suite, s'accompagna d'importants développements liturgiques dans le sacrement de pénitence. Avant le XIe siècle, la pénitence, en Occident comme en Orient, consistait essentiellement en des œuvres de repentir visant à réconcilier le pénitent avec Dieu, avec la communauté des fidèles et avec ceux qu'il avait offensés¹⁰. Ce n'est que par occasions que l'on appela cela un sacrement. Cependant, au cours des XIe et XIIe siècles, à l'Ouest, on commença à appeler la pénitence un sacrement ; et, en même temps, le centre de son caractère sacramentel fut déplacé en dehors des actes de réconciliation. Il devint suffisant que le pénitent confesse ses péchés à un prêtre, avec sincère contrition, afin d'obtenir l'absolution de la punition éternelle en enfer, à laquelle tout chrétien était passible pour ses

péchés mortels non confessés et repentis. Bien que le sacrement fût encore nommé « pénitence » (*poenitentia*), les œuvres de repentir qui étaient différées et dans cette mesure distinctes de la contrition, de la confession et de l'absolution, furent expressément identifiées à « punition » (*poena*) pour des actes fautifs commis antérieurement.

Le premier écrit marquant sur ce thème, au XI^e siècle, intitulé « Concernant la pénitence, vraie et fausse » qui eut une grande influence sur les travaux postérieurs théologiques et juridiques, identifie la *poenitentia* avec *poenam tenere*, « subir une punition »¹¹. L'auteur déclare : « A proprement parler la punition (*poena*) est une souffrance (*laesio*) qui châtie et venge (*vindicat*) ce que quelqu'un commet... La pénitence (*poenitentia*) est ainsi une vengeance (*vindicatio*) qui toujours « punit en soi-même ce qu'on regrette d'avoir fait »¹². C'était un important déplacement d'insistance par rapport au sens précédemment attaché à la pénitence comme témoignage du désir de retourner vers Dieu et le prochain.

Le pouvoir qu'a le prêtre de donner l'absolution dérive, disait-on, du transfert qu'en a fait le Christ à saint Pierre, avec l'image des clefs du royaume et le droit de « lier et de délier » (Matt.16-19). On avait compris cela d'abord comme le pouvoir d'imposer ou de remettre la punition éternelle. Cependant aux XI^e et XII^e siècles, le pouvoir d'imposer des œuvres de pénitence fut dérivé de la même source. Par la confession, le châtement éternel est changé en punition temporelle¹³. Cela est fort éloigné de la pénitence « charismatique » de l'Orient qui insiste sur la guérison spirituelle et le conseil¹⁴. C'était loin aussi de la discipline pénitentielle qui avait été pratiquée dans les monastères occidentaux, du VI^e au XI^e siècles (et qui s'était répandue hors des monastères) car cette discipline antérieure était beaucoup moins formalisée et restait proche de son caractère « oriental ». D'ailleurs à cette époque ancienne, la discipline pénitentielle était entièrement locale, changeant de place en place.

Finalement, alors qu'à l'Est le prêtre invoquait la miséricorde divine mais ne pouvait déclarer lui-même le pécheur absous, après la révolution papale la formule fut introduite à l'Ouest « *Ego te absolvo* » (Je t'absous). Ceci fut d'abord interprété comme la certification par le prêtre de l'action de Dieu, résultant de la contrition et de l'aveu. Au XII^e siècle, néanmoins, on l'interpréta comme ayant un effet « performatif », c'est-à-dire sacramentel tout autant que déclaratif¹⁵.

LE SACREMENT DE L'EUCARISTIE

Aux XI^e et XII^e siècles la commémoration de l'eucharistie ou dernière cène fut également définie et systématisée. A la même époque, elle fut portée au premier rang des sacrements chrétiens, le symbole principal de la qualité de membre de l'Eglise.

La question de la signification de l'eucharistie commença à être vigoureusement débattue dans les années 1050 à 1060, lorsque Lanfranc, alors à la tête de l'abbaye du Bec, en Normandie, et plus tard archevêque de Cantorbéry sous Guillaume le Conquérant, critiqua l'interprétation présentée par l'abbé d'une école monastique rivale, Bérenger de Tours. Bérenger est connu pour avoir persisté à défendre ses vues pendant une trentaine d'années non seulement contre Lanfranc mais contre le parti papal entier, y compris le pape Grégoire VII. Bérenger soutenait que l'efficacité du sacrement, sa vertu d'attirer les grâces divines, ne dépend pas de la transformation du pain ; le pain, disait-il, reste du pain, mais il est aussi la « figure » et l'image du Christ lorsqu'il est offert et reçu de la manière qui convient. Lanfranc, usant des catégories aristotéliennes de substance et d'accident, persuada le premier concile de Latran de dénoncer les vues de Bérenger et d'affirmer que dans le sacrement, la substance du pain est miraculeusement transformée dans le « vrai » corps du Christ au moment où il est consacré¹⁶. Théoriquement, seul le prêtre doit intervenir.

Au siècle suivant, la théorie de Lanfranc, plus tard nommée « transsubstantiation », fut exprimée liturgiquement par le rituel de l'élévation de l'hostie, avant que le pain ne soit élevé, les mots consécrateurs « Ceci est mon corps » effectuent la transformation¹⁷. De plus, au XIIe siècle, il devint généralement requis que le sacrement de l'eucharistie qui précédemment n'était partagé que rarement ou occasionnellement par des laïcs, soit pris par eux au moins chaque année au temps de Pâques et qu'il soit précédé par le sacrement de pénitence. En 1215, le quatrième concile de Latran étendit cette obligation universellement aux chrétiens. L'eucharistie (la sainte communion) devint le symbole de l'adhésion à l'Eglise en tant que corps constitué ; et l'excommunication, l'interdiction de communier, devint le procédé principal d'expulsion hors de cette communauté.

La relation entre ces modifications dans la doctrine et la liturgie et la révolution papale est manifeste¹⁸, de même que pour l'accroissement des prérogatives du clergé. Dans cette perspective, il est également fructueux de regarder du côté de l'Eglise d'Orient. Dans celle-ci, comme en Occident avant les XIe et XIIe siècles, ce n'est pas l'eucharistie mais le baptême qui est considéré comme le sacrement le plus important¹⁹. Le baptême y est tenu pour le grand mystère chrétien dans lequel l'homme, une fois pour toutes, meurt à lui-même, renonce à Satan et naît à nouveau comme citoyen du royaume céleste. C'est le baptême qui protège les hommes des démons et de la mort.

Les doctrines de la transsubstantiation et de la présence réelle furent adoptées par plusieurs théologiens orientaux au XVIIIe siècle, mais n'ont jamais joué un rôle central dans la pensée orthodoxe. De plus, la liturgie de l'eucharistie dans l'Eglise orientale comme à l'Ouest avant les XIe et XIIe siècles est liée non pas à l'adhésion à une structure ecclésiale visible et officielle mais à une commune appartenance au Christ ressuscité²⁰. C'est également aux XIe et XIIe siècles, qu'en Occident, la célébration de l'eucharistie fut hautement ritualisée. Tandis que le nombre des sacrements, jusque là illimité, fut réduit à sept et que chacun fut soumis à ses règles liturgiques propres²¹. Ces évolutions étaient d'ailleurs connexes à l'édification de la structure légale de l'Eglise.

Les sacrements n'étaient pas valides s'ils n'étaient conférés correctement et leur exécution correcte requérait souvent le concours expert de la hiérarchie ecclésiastique (le mariage faisait exception, jusqu'au XVIe siècle). Un sacrement était tenu pour valide *ex propria vigore* (par sa propre force) s'il était correctement célébré par la personne qualifiée. C'est ainsi que dans le cas de l'eucharistie, la présence du Christ, source de la grâce, était considérée comme effectuée par les paroles et gestes de la consécration plutôt que par l'invocation du Saint Esprit comme dans l'Eglise d'Orient, jadis et maintenant.

LA NOUVELLE THEOLOGIE : SAINT ANSELME ET LA DOCTRINE DE RECONCILIATION

Sur ces métaphores et ces analogies, des concepts furent élaborés, d'abord en théologie, puis en Droit. Ce fut pendant les mêmes années cruciales de la révolution papale, en gros de 1050 à 1150, que les grands systématisateurs de la doctrine chrétienne, des théologiens au sens moderne, apparurent d'abord en Occident, saint Anselme (1033-1109), le successeur de Lanfranc tant au Bec qu'à Cantorbéry, Pierre Abélard (1079-1142), Pierre Lombard (1100-1160) et plusieurs autres. A vrai dire, le mot « théologie » fut appliqué pour la première fois par Abélard à l'étude systématique des données naturelles sur la nature divine.

Evidemment, ces hommes bâtissaient sur l'œuvre de penseurs plus anciens, y compris les pères de l'Eglise, spécialement saint Augustin (354-430), et quelques écrivains marquants des temps intermédiaires. Mais ils transformèrent ces œuvres de façon fondamentale²². Pour les penseurs précédents, y compris saint Augustin, « théologie » signifiait sagesse divine, réflexion priante sur le sens des saintes Ecritures ou, plus précisément, une intuition mystique de Dieu et de ses attributs. A un moindre degré, c'était une interprétation des décrets de conciles et d'évêques, en particulier concernant les sacrements.

La théologie, dans la nouvelle acception d'une analyse et d'une synthèse rationnelle et objective des articles de foi et des preuves de leur validité, débuta avec l'œuvre de saint Anselme, spécialement sa preuve ontologique de l'existence de Dieu (écrite vers 1078) et sa démonstration « par la seule raison » de la nécessité d'une incarnation (écrite vers 1097). La nouvelle théologie reçut une importante impulsion un siècle plus tard, par l'usage que fit Abélard de la méthode dialectique de solution des contradictions de textes autorisés. Par là, il devenait possible d'expliquer les paradoxes de la foi chrétienne d'une manière cherchant à satisfaire la raison sans s'écarter de la révélation. Finalement, vers 1150, Pierre Lombard qui avait été élève d'Abélard, rédigea les *Libri Sententiarum* (Livres de Sentences), le premier traité complet de théologie systématique, lequel resta le principal livre de textes en Occident, même après que saint Thomas d'Aquin eût écrit sa *Summa Theologica*, un siècle plus tard.

La révolution en théologie qui accompagna la révolution en science juridique reposait sur une division analytique entre raison et foi et, en particulier, sur la conviction qu'il était possible de démontrer par la raison seule ce que la foi avait découvert grâce à la révélation divine. C'était la prémisse de la preuve de saint Anselme sur l'existence de Dieu, le *Proslogion*, qu'il sous-titrait *fides quaerens intellectum* (la foi cherchant l'intellect)²³, et où il formula ce qui devint la grande devise de son temps : « *Credo ut intelligam* » (je crois afin de comprendre). Pour Anselme, « comprendre » signifiait saisir par l'intelligence, savoir les raisons pour, être capable de démontrer. La démonstration rationnelle était considérée importante, à la fois en elle-même et comme moyen de maintenir la cohérence, et par là, la validité des dogmes chrétiens.

L'on a soutenu, par exemple Karl Barth, que dans l'optique de saint Anselme, la preuve rationnelle signifiait une preuve particulière à l'objet de foi, et que par conséquent, lorsque le croyant s'adresse à des incroyants rationnellement, il leur parle comme s'ils partageaient les mêmes idées théologiques. Cette interprétation néglige le fait qu'Anselme appliquait à l'existence de Dieu ou à la nécessité de son incarnation dans le Christ, les mêmes critères de preuve que ceux appliqués de son temps, par lui-même et les autres, aux autres phénomènes d'expérience. La *ratio* appliquée par Anselme aux mystères divins n'était, en effet, pas spéciale à l'étude de ces mystères. C'était la rationalité des concepts féodaux de satisfaction de l'honneur et des concepts canoniques de punition du crime. Ces concepts étaient présentés comme des vérités objectives accessibles aux esprits rationnels des incroyants comme des croyants.

En traitant scientifiquement, pour ainsi dire, de ce qui jusqu'alors avait été considéré comme des mystères divins, uniquement connaissables lorsque la raison était totalement intégrée à l'intuition, à l'expérience et à la foi, les « rationalistes » des XI^e et XII^e siècles furent amenés à « objectiver » des catégories de pensée générales. C'était le temps des réalistes qui croyaient que vérité, justice, humanité, rectitude, péché et autres universaux avaient une existence indépendante, mais également le temps des nominalistes qui, tout en insistant sur l'idée que les universaux n'ont d'existence que pour l'esprit, ne sont que des idées sans réalité extérieure, sont obligés, pour pouvoir en discuter, de faire « comme si » ils avaient une existence objective.

Pour les nominalistes, par exemple, la justice et le péché étaient des catégories créées par l'esprit avec la même rationalité et en ce sens la même objectivité, que les autres phénomènes. Les nominalistes ne disaient pas, comme l'Eglise d'Orient, que la justice et le péché ne devaient aucunement être compris comme des universaux mais plutôt comme des manifestations du combat entre Dieu et le diable pour l'âme de chaque homme. A l'Est, le péché était personnifié, non pas conceptualisé. La théologie occidentale plus ancienne aussi, bien qu'elle adhéra généralement aux idées platoniciennes sur l'existence des idées, n'avait pas davantage su distinguer le péché universel, sauf à le personnifier, des pécheurs particuliers où se trouvait un péché. Le péché n'était pas envisagé comme une entité mais plutôt en tant qu'une relation entre l'homme et Dieu.

De plus l'Homme avec majuscule, Adam, n'était pas considéré comme distinct de tout individu, homme ou femme. Ni l'humanité ni le péché n'étaient perçus comme une réalité universelle objective qui aurait existé en dehors de ses manifestations concrètes. Anselme, au contraire, se préoccupait dans ses écrits de convertir les mystères de la foi chrétienne en une logique compréhensible et persuasive pour un intellect religieusement neutre. Sa preuve de l'existence de Dieu était essentiellement une démonstration que le processus même de la pensée chez l'homme présuppose l'existence d'une « bonté absolue ». Sa deuxième initiative, beaucoup plus audacieuse, pour prouver la nécessité de l'incarnation, allait encore plus loin.

Il chercha en effet à démontrer logiquement que la destinée même de l'homme est un reflet de la structure morale et légale de l'univers. Dans *Cur Deus Homo* (Pourquoi Dieu-Homme), Anselme se propose de prouver « par la seule raison », à part la révélation (*Christo remoto*, le Christ mis à part), que le sacrifice du Fils de Dieu était le seul moyen que satisfaction soit donnée pour réparer la révolte pécheresse de l'homme²⁴.

L'argumentation, ramenée aux termes les plus brefs possibles, se présente ainsi. Dieu a créé l'homme pour une béatitude éternelle. Cette béatitude a pour condition que l'homme soumette librement sa volonté à Dieu. Mais l'homme a choisi de désobéir à Dieu et son péché de désobéissance se transmet par hérédité à tous. La justice requiert soit que l'homme soit puni suivant son péché, soit qu'il fournisse satisfaction pour avoir déshonoré Dieu.

Quant à la punition, aucune se serait vraiment adéquate, à tout le moins, l'homme devrait renoncer à la béatitude pour laquelle il a été créé mais cela encore ferait échouer le projet de Dieu. Quant à la satisfaction de l'honneur, rien de ce que l'homme peut offrir à Dieu n'aurait assez de valeur pour lui rendre l'honneur dû. Ainsi l'homme ne peut, bien qu'il le devrait, réparer son offense.

Dieu le peut, puisqu'il peut tout, mais il n'y est pas tenu. Puisque Dieu peut seul et que l'homme seul devrait faire l'offrande qui fournirait satisfaction, celle-ci doit être faite par un Dieu-homme. Par conséquent, l'homme-Dieu, Jésus-Christ, est nécessaire car seul, il peut et doit en même temps, se sacrifier lui-même et ainsi réconcilier l'homme avec Dieu et restaurer la création dans son but premier.

La théorie d'Anselme sur la réconciliation bien qu'elle n'ait jamais été officiellement adoptée par l'Eglise, devint l'opinion prédominante en Occident, non seulement du XIIe au XVe siècles, mais aussi (sous certaines modifications) dans les périodes suivantes, et pas seulement dans l'Eglise catholique romaine mais aussi (encore modifiée) dans la pensée protestante. En outre, c'est cette théorie qui a d'abord donné à la théologie occidentale sa relation caractéristique avec la jurisprudence. La théorie, qu'elle ait ou non été conçue expressément en ce sens, fournit une explication de l'évolution liturgique contemporaine, l'exaltation du sacrement de l'eucharistie, en tant que le premier dans les sacrements chrétiens, et l'interprétation de l'eucharistie comme une expérience de la présence réelle du Christ crucifié.

Une fois encore, cette nouvelle doctrine de la rédemption peut utilement être mise en contraste avec la doctrine et la liturgie orientales qui sont essentiellement semblables à ce qui prévalut à l'Ouest jusqu'à la révolution papale. Pour l'Eglise orientale, la crucifixion n'avait alors, et n'a maintenant, pas de signification distincte de la résurrection. La rédemption est vue comme un continuum d'incarnation-crucifixion-résurrection. La résurrection est liturgiquement la partie centrale même de la dernière cène. « Le Chrétien meurt et ressuscite avec le Christ ». Le Christ est foncièrement vu comme le vainqueur de la mort. Dans la théologie romaine de saint Anselme et dans la liturgie et la liturgie catholique des XIe et XIIe siècles, il est surtout évoqué comme le Crucifié, la résurrection est expliquée comme la suite nécessaire de la crucifixion²⁵ ; le Christ est fondamentalement le vainqueur du péché.

La différence saisissante entre ces deux conceptions liées de la mission du Christ se manifeste dans

l'art religieux. Depuis les XI^e et XII^e siècles, l'art religieux de l'Eglise occidentale a exposé principalement le Christ en croix, les stations du chemin de croix. En contraste, les icônes de l'Eglise d'Orient ont classiquement représenté le Christ ressuscité, foulant aux pieds Satan et son armée, relevant Adam et Eve et libérant les patriarches de leurs entraves²⁶. De même les figures du Christ antérieures au XI^e siècle en Occident le montrent, même lorsqu'il est en croix, presque invariablement triomphant, le seigneur céleste en même temps que le rédempteur²⁷.

D'ailleurs, l'art chrétien oriental reflétait la théologie de l'Eglise d'Orient et en même temps celle de l'Ouest, entre les VI^e et X^e siècles, par l'accent placé sur la transcendance (sur l'appartenance à l'autre monde, comme on dit à présent en Occident). C'est une théologie centrée vers le ciel, sur la montée de l'homme vers l'infini, vers sa déification. L'attention est portée vers Dieu le père, le créateur. Le Christ a montré aux hommes le chemin qui mène vers lui. Mais la théologie occidentale des XI^e et XII^e siècles a déplacé l'accent vers la seconde personne de la trinité, son incarnation en Dieu parmi nous, sur Dieu le rédempteur. L'humanité du Christ prend le centre de la scène. Cela se traduit dans l'amendement pontifical au concile de Nicée, proclamant que le Saint Esprit « procède » non seulement « du Père » mais aussi « du Fils (*filioque*)²⁸. Dieu le Père, représentant la totalité de la création, l'ordre cosmique, est incarné dans Dieu le Fils qui représente l'humanité. Par la clause du *filioque*, Dieu l'Esprit-Saint qui, au concile de Nicée, est identifié avec l'Eglise, a été dit avoir sa source non seulement dans la première personne mais aussi dans la seconde personne de la Trinité, non seulement dans la création mais aussi dans l'incarnation et la rédemption.

Ainsi l'Eglise se trouvait comprise moins comme une communion des saints dans le ciel, mais davantage comme une communauté de pécheurs sur la terre. Le rationalisme même fut une expression de la croyance en l'incarnation de mystères divins dans des concepts et des théories humains. Dieu fut perçu non seulement comme transcendant mais aussi comme immanent. Ceci se reflète dans la représentation plus « réaliste » de la sainte Famille ainsi que dans l'architecture gothique qui fut le grand symbole artistique du nouvel âge en Occident.

Ce n'étaient ni la transcendance ni l'immanence en elles-mêmes qui se trouvaient impliquées dans la rationalisation et la systématisation du Droit et de la législation en Occident mais plutôt l'incarnation où l'on vit le processus par lequel le transcendant devint immanent. Il n'y a rien de fortuit dans le fait que christianisme, judaïsme et islam postulent tous trois à la fois une séparation radicale et une radicale interconnexion entre Dieu et l'homme et postulent également que Dieu est un juge et un législateur, et que l'homme est régi par la loi divine. Cependant, les traits distinctifs des concepts occidentaux de la loi humaine, tels qu'ils prirent corps aux XI^e et XII^e siècles, lorsqu'on les compare non seulement aux concepts judaïques et islamiques mais aussi à ceux de la chrétienté orientale, se rattachent à la grande insistance occidentale sur l'incarnation comme la réalité centrale de l'univers. Ce fait libéra une énorme énergie au service de la rédemption de l'humanité, mais cela détacha le juridique du spirituel et le politique de l'idéologique.

La conception de saint Anselme touchant la réconciliation était un mythe parfait pour la nouvelle théologie. Son thème majeur était l'humanité du Fils de Dieu qui souffrit la mort pour obtenir grâce pour les pécheurs et rendait ainsi admissible pour Dieu de pardonner et, en même temps, donnait à l'homme la capacité d'accepter d'être pardonné et par là racheté.

LES IMPLICATIONS JURIDIQUES DE LA DOCTRINE DU RACHAT

La théorie d'Anselme posa aussi les fondations d'une nouvelle jurisprudence. Elle le faisait en répondant à la question, pourquoi faut-il qu'il y ait soit réparation soit punition ? Pourquoi Dieu dans sa

pitié ne peut-il pardonner librement à l'homme son péché comme un geste de grâce ? La réponse est que cela laisserait non corrigée la perturbation de l'ordre de l'univers et ce désordre non réparé constituerait un défaut de justice. L'ordre juste de l'univers, la *iustitia* ou rectitude de Dieu, requiert que le prix soit payé. La grâce accordée par pitié est fille de la justice, disait Anselme, elle dérive de la justice et ne peut opérer contre la justice²⁹. C'est par la grâce de Dieu que l'homme peut vivre, et même que lui est offert le rachat, bien que l'homme ait forfait à la promesse sacrée du paradis. Mais Dieu n'agit pas arbitrairement, sa merci est sujette de sa justice, de même que sa justice est sujette à sa « rectitude », son « juste ordre des choses ».

Il est intéressant de comparer ce langage avec celui du texte « Concernant la pénitence, vraie et fausse » publié quelque quarante ou cinquante ans avant le *Cur Deus Homo*, et qu'Anselme connaissait bien. L'ouvrage le plus ancien est dans la tradition théologique et morale (ainsi que dans la tradition chrétienne orientale) qui refusait de subordonner la clémence de Dieu à sa justice ou sa justice à sa clémence. Car, écrivait l'auteur, « Dieu est clément et juste, préservant la clémence dans la justice et la justice dans la clémence »... « Le juste (juge) doit être clément justement ». « Il doit avoir de la clémence avec justice...et de la justice avec clémence »³⁰. Néanmoins l'auteur distingue entre justice et clémence dans son analyse de la punition « car c'est la justice seule qui condamne »³¹, écrit-il et ailleurs, il attaque « l'erreur de ceux qui présument le pardon sans la pénitence », c'est-à-dire sans punition, pour la raison que concrètement ils justifient la faute et donnent « licence de pécher »³². « La grâce de Dieu ne doit pas être ainsi dévalorisée ». En fait, la nouvelle théorie de pénitence vraie et fausse ouvrait la voie à la thèse d'Anselme que l'ordre rationnel de l'univers requiert que toujours les péchés soient punis³³.

Il est souvent reproché à Anselme d'avoir adopté une vue « formaliste » ou « légaliste de la rédemption » ; il a aussi été défendu contre ce reproche pour la raison que ses critères de justice (*iustitia*) sont plus moraux que juridiques³⁴ ; ni l'une ni l'autre de ces opinions n'est vraiment adéquate. Assurément, Anselme n'était pas légaliste au sens de préoccupé de modalités techniques à propos de la loi divine à l'égard du péché, de la pénitence ou du crime, et de la punition. Pour lui comme pour ses prédécesseurs, *iustitia* était le terme employé pour traduire le terme biblique que nous rendons par « rectitude ». Anselme était préoccupé par la recherche du caractère fondamental de la « rectitude » de Dieu. Il l'était aussi de comprendre la façon dont la rectitude ou justice de Dieu se manifeste dans des actes et règles spécifiques.

Il n'était pas disposé à sacrifier une quelconque décision ou règle, dérivée de la justice, sur l'autel d'un principe inconsistant, si séduisant soit-il. Dans *Cur Deus Homo*, le disciple d'Anselme est amené à dire « si Dieu suit la méthode de la justice, il n'est pas d'issue pour une misérable épave et la clémence de Dieu semble périr ». Anselme réplique « tu as demandé de la raison, maintenant accepte la raison »³⁵. Si largement qu'Anselme conçût la justice, la raison exigeait qu'il s'arrêtât à la frontière de la clémence. Dieu est lié par sa propre justice. S'il est divinement juste qu'un homme paie le prix de ses péchés, il serait injuste, et donc impossible, que Dieu en remît le prix. Dans *Cur Deus Homo*, la théologie d'Anselme est une théologie de Droit³⁶.

Avant l'époque d'Anselme (et encore aujourd'hui dans l'Eglise orientale), il eût été jugé fautif d'analyser de la sorte la justice de Dieu. L'on aurait dit, d'abord, que ces ultimes mystères ne peuvent être insérés dans les concepts et les constructions de l'intellect humain, que la raison est inséparable de la foi, l'une n'est pas la servante de l'autre mais plutôt les deux sont indivisibles et que tout l'exercice d'une théologie du Droit est une contradiction dans les termes. Et deuxièmement, on aurait dit que ce n'est pas seulement, et pas principalement, la justice divine qui établit notre relation avec Dieu mais aussi et primordialement, sa clémence et son pardon, que ce sont sa clémence et son pardon, et pas seulement sa justice, qui expliquent la crucifixion car par celle-ci le genre humain a été racheté du pouvoir de Satan, des démons et de la mort, par le même pouvoir qui a provoqué le meurtre de Jésus pour commencer mais qui

s'est trouvé vaincu finalement par la résurrection.

En fait, la théologie orthodoxe n'a jamais développé de théories à propos de mérites, de satisfaction, de purgatoire ni d'œuvres surrogatoires. De telles théories étaient considérées comme légalistes en Orient. Les doctrines de damnation éternelle étaient rejetées elles aussi. Le péché était considéré fondamentalement comme l'état déchu d'une âme individuelle, non comme un acte commis en violation d'une loi divine. Des idées analogues avaient prévalu dans la chrétienté germanique avant la révolution papale.

Considérée ainsi à partir d'une époque antérieure (et de la perspective orientale actuelle), la théorie d'Anselme est une théorie juridique en ce sens qu'elle explique tant la souffrance humaine que la clémence divine, en fonction d'un cadre commun de justice et d'ordre des choses juste. La souffrance humaine est un prix payé par l'homme pour sa désobéissance. Plus fondamentalement, la rémission par Dieu du châtement éternel, en dépit de l'offense infinie que lui fait l'humanité, est rendue légitime, justement accordée par l'unique sacrifice proportionnel à l'énormité de la faute. Ainsi la rédemption était expliquée essentiellement comme une transaction de droit coutumier.

SOURCES THEOLOGIQUES DU DROIT PENAL OCCIDENTAL

La théorie d'Anselme posant que satisfaction était requise par l'atteinte portée à l'honneur de Dieu, reflétait les concepts juridiques antérieurs plus que les concepts nouveaux de Droit qui allaient bientôt prévaloir sur eux. Anselme concevait cette «satisfaction» à la façon du genre d'humiliation volontaire qui s'imposait au serf coupable d'avoir porté atteinte à l'honneur de son seigneur.

Le sacrifice consenti du Christ n'était pas présenté, comme il le fut plus tard, notamment après la réforme protestante, comme la punition d'un crime (où le Christ était substitué au coupable) mais plutôt au sens ancien de pénitence c'est-à-dire de preuve de repentir conduisant à réconcilier la victime avec l'offenseur³⁷. Parce que le Christ, représentant l'homme, s'était offert lui-même pour obtenir propitiation au pécheur, l'honneur de Dieu était restauré et il pouvait rendre à l'homme son amitié. Ainsi s'exprimait un thème constant du droit pénal européen avant et pendant le XIe siècle. On ne considérait ordinairement pas le crime comme une atteinte portée à l'ordre politique comme tel ou à la société en général, mais plutôt comme une offense dirigée contre la victime et le milieu dont il relevait : sa parenté, sa communauté territoriale ou sa classe féodale. C'était aussi une offense faite à Dieu, un péché. Une réaction sociale normale à l'offense était la vengeance exercée par la victime et le milieu dont il relevait, sa parenté ou un autre groupe solidaire.

A la même époque, entre les VIe et XIe siècles, le droit tribal, local et féodal insistait fortement sur la réparation, la restitution de l'honneur et la réconciliation, comme alternative à la vengeance. Au surplus, le droit royal ou impérial de ces temps anciens était fondé sur des concepts analogues et consistait largement en règles et procédures coutumières, protégeant les droits de la maisonnée du souverain et des personnes sous sa protection. Occasionnellement, les rois promulguaient des « codes » de lois réaffirmant ou révisant le droit coutumier mais, dans l'ensemble, la juridiction impériale ou royale sur les crimes et délits était extrêmement limitée. L'absence relative d'un droit pénal général et la prédominance des coutumes locales soulignent simplement que le crime était considéré par la plupart des gens comme une offense contre d'autres gens et en même temps comme une offense faite à Dieu plutôt que comme une atteinte à quelque vaste unité politique, que ce soit l'Etat ou l'Eglise.

Il en allait de même dans les monastères dont les pénitentiels, les codes de péchés et de pénitences, constituèrent une source importante pour le nouveau droit canon pénal du XIIe siècle. Les offenses

commises par les moines étaient confessées et punies secrètement avant que le coupable ne soit réintégré dans sa communauté monastique locale. Pour la plupart, chaque monastère avait ses propres règles pénitentielles. Ces règles finirent par être adoptées très largement parmi la laïcité aux IX^e, X^e et XI^e siècles. Pénitence, restitution de l'honneur et réconciliation, telles étaient les étapes par lesquelles devait passer la procédure de liquidation des offenses et des péchés commis. Faute de quoi, l'alternative était la vendetta (dette de sang), la mise hors la loi ou l'excommunication.

Voilà comment Anselme fut conduit à présenter la rédemption comme un acte de repentir (oblation) et de réconciliation dans lequel le Dieu-homme s'offrit en sacrifice. Cependant, l'argumentation reposait aussi sur une prémisse qui n'était pas pleinement exprimée, à savoir qu'une punition (et pas seulement une satisfaction de repentir) était requise par la justice divine, non pas pour le « péché originel » ou « naturel (comme Anselme préférait l'appeler) mais pour les « péchés personnels » (péchés effectifs) commis par des chrétiens baptisés. Par le sacrement du baptême, ils avaient eu le bénéfice du sacrifice rédempteur. Si la dette infinie de leur péché originel était effacée, la responsabilité de leurs péchés subséquents demeurait et cette responsabilité impliquait, estimait-on, qu'ils l'assument en subissant un châtement.

Cette implication était déduite de distinctions très nettes que l'on faisait entre 1) le péché originel universel qui était supprimé par le baptême et les péchés effectivement commis par le chrétien individuellement et 2) entre la satisfaction, paiement suffisant à rendre son honneur à l'offensé, et la punition qui devait être proportionnée à la gravité de l'offense. Anselme rejetait expressément l'alternative présentant une punition comme une sanction appropriée du péché originel puisque, disait-il, pour être proportionnée à l'offense, cette punition devrait comporter la destruction totale de l'homme. Dieu qui « n'a rien fait de plus précieux qu'une créature rationnelle capable de le savourer », ne pouvait vouloir qu'il périsse absolument et c'est pourquoi Dieu accepta que son honneur soit restauré par le sacrifice que son Fils lui offrait³⁸ (de sa personne humaine). C'est ainsi que Dieu pardonna au genre humain son état de faillibilité.

La race humaine est absoute des conséquences de sa tendance congénitale à l'avidité, à l'orgueil, à l'ambition du pouvoir et aux autres formes de désobéissance envers Dieu. Il accepte l'homme tel qu'il est. Mais ce pardon même accroît la responsabilité pour chacun de ne pas faire volontairement ce qui a été défendu. S'il le fait délibérément, il doit être puni. Non pas détesté, non pas détruit, mais contraint de payer un prix proportionné à l'offense, c'est-à-dire à l'illégalité de l'acte. En contraste avec le péché originel de l'humanité (Adam), pour les péchés « actuels » de l'individu baptisé, les pénitents chrétiens n'encourent pas leur destruction pour compenser les illégalités commises. Ils peuvent les expier par des punitions temporaires pendant cette vie et au purgatoire. Même ceux assignés à la punition éternelle ne sont pas totalement détruits.

Les nouveaux concepts relatifs au péché et à leur punition, fondés sur cette doctrine de la rédemption ne sont pas basés sur les notions germaniques de réconciliation évitant la vengeance, ni sur les termes platoniciens de dissuasion et réhabilitation, ni sur les termes de l'Ancien Testament se référant à l'alliance entre Dieu et Israël bien que des éléments de ces trois théories restent présents. La principale justification donnée par Anselme et ses successeurs dans la théologie occidentale, était le concept même de la justice. La justice exigeait que tout péché (crime) soit payé par une souffrance temporaire, que la souffrance, la pénalité soit appropriée à l'acte condamnable et qu'elle « venge » (*vindicat*), rende son autorité à la loi particulière qui a été transgressée. Ainsi que l'a dit saint Thomas d'Aquin, presque deux siècles plus tard, que l'offense soit civile ou criminelle, elle exige le versement d'un dédommagement à la victime. Mais comme le crime, à l'inverse d'un dommage civil, est un défi à la loi, la punition, et non pas la simple réparation, doit être imposée « en tant que prix dû pour avoir violé la loi »³⁹.

C'est ce que l'on appelle d'ordinaire une théorie « rétributive » de la justice puisque cela repose sur l'idée qu'un « tribut », une somme déterminée doit être versée pour « venger » la loi. Aux Etats-Unis, la

théorie rétributive a été souvent associée à la vengeance de la victime plutôt que celle de la loi, ce qui est une tout autre question. J'aimerais appeler la première « rétribution spéciale » (en français, plutôt « indemnisation » et « amende honorable ») [N. d T.] et la seconde « rétribution générale ». Historiquement, ce fut dans le sillage de la révolution papale que l'homme occidental expérimenta la substitution de la rétribution générale (tribut rendu à la loi) à la rétribution spéciale (tribut rendu à l'honneur de la victime) comme base de justification du droit criminel. Toutefois, l'expression « rétribution générale » n'épuise pas le fond du changement. La doctrine du rachat ajoutait d'autres dimensions aux idées de tribut et de réparation. D'une part le pécheur qui enfreignait la loi était assurément considéré comme en outre un (délinquant ou) criminel, un malfaiteur public qui devait non seulement se repentir mais subir une sanction pour avoir méprisé la loi. Mais d'autre part, le délinquant ou criminel était aussi un pécheur dont la culpabilité était non seulement d'avoir violé la loi mais, le plus grave, d'avoir volontairement choisi de faire le mal. Ainsi, était mis en relief fortement le caractère moral (ou plutôt, immoral) de son acte, c'est-à-dire l'état d'esprit pervers dans lequel il se trouvait en le commettant.

En même temps, l'association du crime avec le péché et de la punition avec le rachat donnait au criminel-pécheur une certaine dignité vis-à-vis de ses accusateurs, de ses juges et de ses coreligionnaires chrétiens. Eux aussi étaient des pécheurs, eux aussi étaient candidats à des tourments inconnus au purgatoire et à l'admission finale dans le royaume des cieux. Cela allégeait l'élément de supériorité morale qui généralement accompagne la théorie rétributive de la justice. Par exemple, le bourreau devait s'agenouiller devant le condamné au dernier moment et lui demander pardon pour l'acte qu'il allait commettre. Ainsi, encore que la liaison entre crime et péché ait placé sur le criminel une responsabilité infinie envers Dieu, l'attribution du péché à tous les membres de la société, y compris ceux qui respectent les lois, servait à désarmer quelque peu l'indignation pharisaïque implicite dans le droit pénal⁴⁰. Tous les chrétiens avaient en commun la tare d'une humanité pécheresse.

La croyance en l'égalité morale de tous les participants des procédures judiciaires donnait un fondement à la recherche scientifique de l'état d'esprit des accusés. Dans le texte « Concernant la pénitence, vraie et fausse », l'auteur développe une théorie remarquable, soutenant que le juge qui examine une personne devrait se mettre à la place de cette personne afin de discerner, par des questions subtiles, ce qu'elle connaît et qu'il souhaite entendre d'elle, même en ce que peut-être elle souhaite se dissimuler à elle-même :

« Car celui qui en juge un autre...se condamne lui-même. Qu'il se connaisse donc lui-même et se purge de ce qu'il y trouve d'offensant pour autrui... Que celui qui est sans péché lance la première pierre (Jean, 8:7), car nul n'est sans péché en ce sens que tous nous avons enfreint la loi et sommes criminels... Que le juge canonique veille soigneusement à se renforcer de science, pour ne pas risquer de commettre le crime d'injustice. Il convient qu'il sache comment reconnaître ce dont il doit juger. Par conséquent, l'enquêteur diligent, l'interrogateur subtil, sagement et presque astucieusement questionne le pécheur sur ce que peut-être le pécheur ignore lui-même ou dont il a honte et qu'il souhaite cacher⁴¹.

Finalement, la doctrine du rachat donna une signification universelle à la justice humaine, en attachant la pénalité imposée par un tribunal pour violation d'une loi à la nature et à la destinée de l'homme, à sa recherche du salut, sa liberté morale et à sa mission de créer sur terre une société qui refléterait la loi divine. Il y avait là de remarquables similarités avec le concept judaïque du contrat dans lequel Dieu s'était engagé en faveur de son peuple élu. De cette alliance étaient dérivés les dix commandements et les innombrables règles bibliques fondés sur elle. Chacune de ces lois était sacrée, chaque infraction était une atteinte à l'alliance.

Dans la conception occidentale de la rédemption, Dieu était entré dans une nouvelle alliance, cette fois avec le genre humain, représenté par une personne qui était à la fois humaine et divine, l'homme-Dieu. Sous cette nouvelle alliance, toutefois, l'ancienne était dissoute, la sujétion de l'homme au péché était effacée par le sacrifice du Christ. Par conséquent, les chrétiens étaient habilités à vivre une vie de rectitude sans avoir besoin de lois. Pourtant, malgré cette grâce recouvrée, ils choisirent de faire le mal.

Ainsi, une nouvelle loi devenait nécessaire, la loi humaine, qui n'est pas sacrée au sens ancien, bien qu'inspirée du décalogue et des autres textes bibliques.

Désormais, la loi humaine jugerait les hommes sur terre; laissant à la justice de Dieu le jugement de leurs âmes immortelles. Cependant il incombait à la loi humaine de contribuer à préparer ces âmes humaines à leur destinée éternelle. La prêtrise en particulier, concrétisant la représentation de Dieu, avait pour tâche non seulement d'assurer le soin des âmes par l'administration des sacrements, dont celui de pénitence, mais aussi de promulguer et faire respecter les règles de la loi ecclésiastique ainsi que de contribuer à la promulgation et au maintien des règles du droit séculier. Et ces lois ecclésiastiques ou séculières, bien que non divines mais humaines, devaient chercher à refléter la volonté divine afin d'avoir une entière validité. Par conséquent, pour garantir cette validité, les violations devaient être punies. « La loi doit tenir ses promesses »⁴².

LE DROIT CANON PENAL

La nouvelle théologie se traduisit dans un nouveau système de lois pénales, créé par les canonistes des XIe et XIIe siècles, lequel différait substantiellement de la « loi de Dieu », c'est-à-dire de la loi pénitentielle qui auparavant prévalait dans l'Eglise d'Occident, non moins que de la « loi de ce monde » (ou « des hommes ») qui parallèlement à la loi pénitentielle prévalait dans les droits tribaux, locaux, féodaux et les ordonnances légales des rois et des empereurs.

Dans la période précédente, les termes de « crime » et de « péché » étaient interchangeable. Généralement parlant, tous les crimes (et délits graves) étaient des péchés mais tous les péchés étaient également des crimes. Il n'y avait pas de distinction quant à la nature fondamentale entre les infractions ou « offenses », à réparer par une pénitence ecclésiastique d'une part, et les offenses à traiter par les négociations de parenté (dettes de sang), par des assemblées locales ou féodales ou par des procédures judiciaires royales ou impériales d'autre part. Le meurtre, le vol et autres violations majeures de la loi humaine étaient en même temps considérés comme des violations de la loi divine. Symétriquement, les fautes sexuelles et conjugales, la sorcellerie et la magie, le sacrilège et autres violations majeures de la loi divine étaient considérées en même temps comme des atteintes à la loi humaine.

Le clergé jouait un rôle prépondérant dans l'élaboration des jugements « séculiers », pendant que l'autorité suprême, royale ou impériale, était considérée comme ayant un caractère sacré et sacerdotal. Dans l'Eglise, toutefois, il n'y avait pas de système légal d'élaboration de jugements en matière criminelle, tel qu'il fut développé après la révolution papale. Le système des pénitences ecclésiastiques était régi principalement par les prêtres locaux et les moines dont la fonction n'était pas d'infliger des punitions comme telles, mais de vaquer au soin des âmes, à la rénovation de la vie morale et au rétablissement d'une relation correcte avec Dieu. Et symétriquement, l'objectif essentiel des sanctions temporelles n'était pas la punition en elle-même, mais la restitution de l'honneur, la réconciliation et le rétablissement de la paix.

Pendant la dernière partie du XIe siècle et durant le XIIe, une différence de procédure fut nettement faite, pour la première fois, entre péché et crime. Cela en partie parce que la hiérarchie ecclésiastique parvint à retirer aux autorités séculières la juridiction sur les péchés, donnant par là incidemment un sens nouveau au terme « séculier ». Tout acte punissable par les fonctionnaires « laïcs », royaux ou autres, devait dorénavant être puni en tant que violation de la loi civile et non comme péché, en tant que violation de la loi de Dieu. Lorsque, par exemple, l'autorité séculière punissait pour vol, elle devait le punir en tant que violation de la paix, pour protéger la propriété, pour cause d'offense à la société. On commença à dire que, dans ce monde-ci, seule l'Eglise avait juridiction pour punir les péchés, donnant ainsi, incidemment, un sens nouveau au mot « église » en rapport avec les expressions « hiérarchies en ce monde », « juridiction » et « punition des péchés ».

Une exception flagrante, cependant, au principe de division entre juridictions ecclésiastique et séculière, était contenue dans la loi applicable aux hérétiques. Aux XIIe et XIIIe siècles, l'hérésie qui précédemment était seulement une offense d'ordre spirituel, punissable par l'anathème, devenait aussi une atteinte à la loi civile, punissable comme trahison. La procédure inquisitoriale commença à s'appliquer pour la déceler et la peine de mort pour la punir. Le nœud de l'infraction résidait dans la négation de dogmes de l'Eglise. Si l'accusé consentait à déclarer avec serment qu'il adhérait à ces dogmes, il était acquitté bien qu'il restât passible de pénitences s'il n'avait juré que sous la torture ou d'autres pressions. S'il persistait dans l'hérésie, il était exposé à poursuites devant un tribunal ecclésiastique et à être livré au bras séculier pour être exécuté. Ainsi l'Eglise tournait son aversion pour l'effusion du sang en ne s'engageant qu'indirectement. C'était là une « anomalie » sur laquelle avec le temps, au XVIe siècle, le « modèle » entier s'effondra.

L'Eglise divisa son autorité sur les questions de péché en deux parties : 1) les péchés jugés sur le « forum interne » de l'Eglise, c'est-à-dire par un prêtre agissant en vertu de son « ordination », précisément dans l'administration du sacrement de pénitence et 2) les péchés jugés sur le « forum externe », c'est-à-dire par un juge ecclésiastique agissant en vertu de sa « juridiction ».

Ces derniers motifs de poursuite furent, au XIIe siècle, appelés par les juristes de droit canon, tantôt péchés criminels, tantôt crimes ecclésiastiques ou simplement crimes. Un péché criminel violait une loi ecclésiastique. Ce principe qu'un péché était criminel s'il enfreignait une loi de l'Eglise, entraînait nécessairement que s'il n'y avait pas de loi ecclésiastique méconnue, l'acte contesté ne relevait pas d'un tribunal ecclésiastique. C'est ce que Pierre Lombard exprima au XIIe siècle de la façon suivante : « Il n'y a pas de péché s'il n'y avait pas de prohibition »⁴³. L'emploi du verbe à l'imparfait « avait » était frappant. C'était là le point de départ d'une longue et sinueuse piste jurisprudentielle dans la tradition juridique occidentale, qui culmina dans le principe formulé au XVIIIe siècle par le mouvement des Lumières et dans la Déclaration française des Droits de l'Homme et du Citoyen : « *Nullum crimen, nulla poena sine lege* », il n'y a ni faute ni punition s'il n'y a pas de loi, c'est-à-dire en l'absence d'une disposition légale antérieurement promulguée, définissant l'infraction et fixant la sanction.

Du principe que tout péché criminel consiste dans la violation d'une loi ecclésiastique, il ne découle pas forcément que toute infraction à une loi ecclésiastique constitue un péché criminel. Un péché est une offense faite à Dieu. C'est seulement dans une société où toutes les lois sont divines que toute infraction est pécheresse. Il en était ainsi dans l'Israël ancien, sous la loi mosaïque. C'était vrai aussi parmi les peuples germaniques de l'Europe occidentale avant le XIe siècle. Une offense contre un groupe de parenté ou une communauté locale ou une relation féodale constituait aussi une offense faite à Dieu (ou aux dieux, avant le christianisme). Cela était visible dans le fait que le mode normal de procès pour offense comportait l'appel au surnaturel, d'habitude par serment judiciaire ou par ordalie. Le clergé était impliqué, le sacrement devait être reçu avant que le jugement de Dieu soit invoqué.

Les mots « péché » et « crime » étaient ambivalents, aussi bien en droit « de ce monde » que par rapport à la « loi divine ». Mais à la fin du XIe siècle et durant le XIIe, les théologiens et les juristes de l'Europe occidentale distinguèrent entre les péchés qui étaient seulement les offenses faites à Dieu, et que Dieu pouvait seul juger, par exemple les péchés secrets de pensée ou de désir, des péchés qui étaient aussi des atteintes contre l'Eglise et sur lesquels l'Eglise, en tant que personne juridique, qu'institution politico-légale, avait juridiction pour juger devant ses propres tribunaux. Les péchés dits criminels étaient ceux dont le caractère offensant pour Dieu était jugé selon les critères de la loi ecclésiastique, appliquée par des juges ecclésiastiques agissant en vertu de leur juridiction plutôt que selon les critères de la loi divine appliquée par Dieu lui-même à travers les prêtres agissant en vertu de leur ordination.

Les fondements théoriques de la nouvelle loi ecclésiastique touchant les crimes furent exposés par

Abélard dans son « Ethique », quelques dizaines d'années avant que Gratien, le grand fondateur de la science du droit canon, en donne une formulation plus détaillée⁴⁴. Abélard posait trois conditions principales requises pour qu'un péché soit du ressort des tribunaux ecclésiastiques :

- D'abord, ce doit être une faute grave. Le point de départ pour jauger sa gravité était la division traditionnelle entre les péchés dits « mortels » (c'est-à-dire causant la mort spirituelle) et les péchés véniels (pardonnables, péchés légers). Conformément à l'opinion d'Abélard, les canonistes du XII^e siècle disaient que seul un péché mortel peut constituer un crime et, de plus, que les péchés mortels ne sont pas tous des crimes mais seulement ceux qui, dans les circonstances où ils sont commis, étaient suffisamment graves pour mériter un châtement criminel au jugement d'un tribunal ecclésiastique. L'avidité, par exemple, est un péché mortel mais le degré d'avidité (ou d'avarice) requis pour justifier une poursuite criminelle peut être davantage marqué qu'à l'ordinaire.

- Deuxièmement, le péché doit être manifesté par un acte extérieur. Les péchés en pensée et les désirs non exprimés sont punissables par Dieu et relèvent du « forum céleste » de l'Eglise, selon l'expression d'Abélard, dans le sacrement de pénitence, incluant la confession, mais ne peuvent être punis comme tels dans le « forum terrestre » de l'Eglise, c'est-à-dire par un tribunal ecclésiastique. Abélard se fondait en cela sur le fait que seul Dieu peut voir directement dans l'esprit, le cœur et l'âme d'une personne alors que les juges humains ne peuvent constater que ce qui est manifesté. Il fut universellement admis que « l'Eglise ne juge pas les affaires cachées ». Ceci à son tour conduisit à la règle de droit canon, qui finalement devint aussi la règle dans les systèmes légaux de l'Occident, à savoir que la simple préparation d'un crime (même au point de rassembler les moyens de le commettre), n'est pas punissable. Il faut qu'au moins ait lieu une tentative, c'est-à-dire un acte externe entamant le processus d'une conduite criminelle. Il y avait deux exceptions flagrantes à cette règle, la trahison et l'hérésie.

Les canonistes définirent aussi les sortes d'intentions et les modes d'enchaînement de cause à effet qui permettaient de déterminer si un acte externe était criminel. Ils distinguaient entre « intention directe » (la connaissance du résultat illégal qu'aura l'acte posé, par exemple, un homicide) et « intention indirecte » (connaissance du résultat illégal qui se produirait mais sans désir de l'obtenir, par exemple le meurtre involontaire d'un gardien afin de s'enfuir). Ils distinguèrent aussi entre l'intention (des deux sortes) et la négligence (comme dans le cas où l'acteur ignorait que le résultat se produirait mais que s'il avait été diligent, il l'aurait su). En ce qui concerne les causes, ils distinguaient les causes lointaines (*causae remotae*) des causes proches (*proximae causae*). Ils discutaient les cas complexes, positifs ou hypothétiques, de causes intervenantes. Par exemple, un clerc jette un caillou pour effrayer son compagnon. Le compagnon, pour éviter le projectile, heurte une pierre et est gravement blessé, par suite d'une négligence de son père et d'un médecin, il meurt. Le jet du caillou est-il une cause proche du décès ? Il y avait d'innombrables exemples de ce genre. Un étudiant de quelque système juridique moderne en Occident sera familier avec cette façon d'analyser les conduites criminelles en termes de différence entre intention et négligence, entre diverses sortes d'intentions et divers enchaînements de causes et effets.

- Troisièmement, selon Abélard (et en cela les canonistes le suivaient aussi), il fallait que l'acte ait été nuisible à l'Eglise. Ce devait être un « scandale » pour l'institution publique ecclésiastique. Une loi ne devait punir des actes, même moralement répréhensibles que s'ils avaient été nocifs pour la société d'où émane cette loi. Ceci également paraît tout à fait moderne⁴⁵. Ainsi les canonistes estimèrent par exemple, que la non-exécution d'une simple promesse, encore que moralement blâmable, n'est pas suffisamment nuisible à l'Eglise pour légitimer l'imposition de sanctions criminelles. Ce qui n'était pas moderne dans le droit canon pénal était le recours à des indices extérieurs, non seulement pour déterminer la culpabilité au sens actuel (l'acte était-il prohibé ? l'accusé l'a-t-il commis ?) mais aussi l'intention pécheresse de l'accusé. Abélard allait plus loin que ses successeurs en essayant d'éliminer cette connotation pénitentielle, il soutenait que la gravité de la faute devait être « présumée » à partir des indices externes.

Autrement dit, dans l'optique d'Abélard, le tribunal ecclésiastique ne devait uniquement s'enquérir des attitudes, des motivations et du caractère de l'accusé que dans la mesure où une telle recherche était nécessaire pour déterminer en quoi il violait la loi ecclésiastique. C'est-à-dire si son acte était suffisamment immoral et suffisamment nuisible à l'Eglise pour constituer un crime ecclésiastique, et s'il avait eu, comme requis, l'intention de le commettre, s'il y avait eu l'enchaînement requis de cause à effet et si les autres conditions légales de culpabilité étaient établies. La qualification pécheresse de son état d'esprit (ses attitudes), de cœur (motivations) et d'âme (caractère) qui était connue directement par Dieu, ne pouvait l'être du tribunal ecclésiastique qu'à travers des indices externes. Par conséquent, concluait Abélard, seuls ces indices extérieurs devraient être examinés par les juges.

Stephan Kuttner fait remarquer que ce raisonnement aurait pu conduire Abélard à un concept du crime totalement émancipé de la théologie (*theologiefrei*), mais qu'Abélard ne franchit pas cet ultime pas⁴⁶. En la place, il usa d'une présomption a priori, autrement dit d'une fiction pour enjamber l'écart entre crime et péché. Il postula que les critères disponibles pour les juges terrestres, malgré leurs limitations, donneront un résultat approchant de la perception divine, et qu'il est vain d'espérer atteindre mieux que cette approximation.

L'opinion d'Abélard, que la mentalité pécheresse peut être présumée, mais seulement présumée, et doit par conséquent être ignorée, fut repoussée par l'Eglise⁴⁷. Les juristes canoniques se souciaient avant tout de mesurer l'offense faite à Dieu; ils considéraient les indices externes comme des instruments donnés par Dieu à cette fin mais ils allèrent au delà pour s'enquérir spécifiquement dans l'esprit, le cœur et l'âme de l'accusé. Ils admettaient que la loi ecclésiastique est appliquée dans le forum terrestre de l'Eglise et non dans le forum céleste et que, par conséquent, elle doit procéder suivant les règles d'objectivité et de généralité mais ils ne voyaient aucun conflit essentiel, et au contraire une harmonie foncière entre ses critères et ceux de la justice divine. D'après leur conception des procédures propres de Dieu, ils s'intéressaient à déterminer «à la fois» si l'accusé avait intentionnellement commis un acte moralement et socialement nocif en violation d'une loi, et dans quelle mesure il s'avérait par là dépravé dans son esprit, son cœur et son âme.

Les deux types d'enquête n'étaient d'ailleurs pas séparés. Afin d'évaluer l'acte, il était nécessaire d'analyser l'intention de l'acteur; cela conduisait à examiner le degré de liberté de sa volonté. Les canonistes élaborèrent les règles, maintenant communes à tous les systèmes juridiques occidentaux, selon lesquelles une personne peut être exempte de responsabilité criminelle si elle agissait dans un état d'inconscience ou dans son sommeil ou ivre ou par erreur, à la condition que 1) en raison de son état elle ne pouvait savoir que ce qu'elle faisait était mal; 2) elle ne s'était pas volontairement mise dans cet état (par exemple, en s'enivrant consciemment).

Il est clair que si l'examen de la liberté de volonté de cette personne amène à se demander si elle n'a pas eu le tort de se mettre dans un état où elle devait bien savoir qu'elle risquait de commettre un acte moralement blâmable, socialement nuisible et illégal, l'on peut estimer utile, sinon nécessaire, d'examiner l'ensemble de sa personnalité. Une telle recherche passera inévitablement des questions d'intention et de lucidité à des questions d'attitude, de motivation et de caractère. Du point de vue des canonistes, cela était hautement désirable puisque dès l'instant où la distinction était établie entre le droit séculier et le droit ecclésiastique, c'était l'inclination au péché de l'acteur lui-même, et pas seulement la criminalité de l'acte qui, en fin de compte, justifiait que le tribunal ecclésiastique assume la juridiction sur les péchés criminels.

Le lien étroit entre crime et péché dans le droit canonique est aussi visible dans les règles qui furent d'abord systématiquement élaborées au XIIe siècle, concernant la justification et l'excuse pour des actes par ailleurs déclarés criminels. Il fut admis qu'une personne qui en attaque intentionnellement une autre peut être justifiée par l'autodéfense, ou pour en défendre d'autres, ou excusée parce qu'elle exerce une

autorité disciplinaire, ou encore exempte de responsabilité criminelle en raison de son jeune âge ou pour toute autre incapacité. Ici encore, les canonistes (s'appuyant en partie sur les textes de Justinien) créèrent le droit pénal moderne mais pour des raisons non modernes. Ce qui les préoccupait surtout n'était pas la culpabilité mais le péché⁴⁸. Une fois de plus, l'évaluation des justifications et des excuses pour les actes se fondaient avec l'évaluation des motivations, des attitudes et du caractère.

Un procès qui fut abondamment discuté aux XIIe et XIIIe siècles peut éclairer ces considérations. Des voleurs pénétrèrent dans un monastère, assommèrent deux moines et leur prirent leurs vêtements. Les frères ayant repris des forces maîtrisèrent les voleurs et les lièrent de cordes. L'un des frères laissa l'autre à la garde des voleurs pour aller informer le prieur. Les captifs commencèrent à se dégager, sur quoi le frère laissé seul les tua pour ne pas être tué par eux. L'affaire fut portée devant le pape Alexandre III, le fameux pape juriste du XIIIe siècle qui déclara que tant le fait de garrotter les voleurs que leur meurtre, constituaient des péchés criminels. Les frères avaient enfreint la douceur à laquelle ils étaient tenus comme moines et aussi la discipline ecclésiastique. Ils avaient négligé le précepte de Jésus que « si un homme te prend ta tunique, cède lui aussi ton manteau ». Kuttner rapporte que :

« De nombreux canonistes citèrent cette Décrétale comme argument contre l'admissibilité du meurtre d'un voleur par un clerc ou contre le droit d'un clerc à s'opposer par les armes à une atteinte aux biens ou plus généralement contre l'emploi de la force en autodéfense, de la part de quelqu'un qui vise (comme les moines) à la perfection évangélique. Il eût été probablement plus vraisemblable, cependant, d'interpréter la décision d'Alexandre III, dans les circonstances concrètes de l'affaire, conformément à la doctrine générale sur l'autodéfense au lieu d'en traiter comme d'un problème de justification du meurtre d'un voleur; car le deuxième moine avait attaqué les voleurs non pour protéger des biens mais pour défendre sa vie.... Néanmoins, la situation d'autodéfense avait été créée par le garrotage des voleurs, et cela était inadmissible puisque auparavant la première attaque des voleurs avait été surmontée et que les moines eussent pu s'échapper autrement.... Ainsi le garrotage pouvait être considéré comme une « *culpa praecedens* » (faute antérieure) au meurtre défensif; de la sorte la décision d'Alexandre était harmonisée avec la théorie générale du (privilège de) l'autodéfense »⁴⁹.

Cette affaire est un exemple de la connexion étroite, en droit canon, entre crime et péché, c'est-à-dire entre les atteintes à l'ordre légal de l'Eglise et les offenses faites à Dieu. En tant qu'affaire de droit pénal, sans référence au péché, l'on peut justifier une règle qui permet à une personne d'en tuer une autre pour empêcher la seconde de tuer la première, mais impose la responsabilité criminelle si le meurtre a été commis pour empêcher la seconde de s'emparer d'un bien. Cependant, la décision d'Alexandre III introduit deux autres facteurs complémentaires :

- D'abord, le meurtrier est un clerc et même un moine. C'était un principe ferme du droit canon qu'un clerc qui commet un acte criminel commet un péché plus grave qu'un laïc qui commet le même acte. En outre, un moine n'est pas un membre quelconque du clergé mais quelqu'un qui « est mort au monde » et a entrepris une vie de perfection. Il est donc tenu à des devoirs plus exigeants.

- Deuxièmement, la règle ordinaire justifiant l'homicide commis par nécessité en défendant sa propre vie est conditionnée par une réserve importante introduite par les canonistes : quelqu'un qui défend sa vie ne doit pas avoir déraisonnablement créé le danger auquel il essaie de se soustraire par des moyens violents. Cela était désigné en langage de droit comme «faute antérieure» mais la fiction légale est évidente, puisque le crime allégué n'est pas la création injustifiée d'un danger d'attaque subséquente mais plutôt un homicide excédant les limites d'une autodéfense justifiable.

Une analogie peut être montrée avec la règle selon laquelle celui qui, en état d'ébriété, tue quelqu'un peut quand même être jugé coupable de meurtre, parce qu'il ne peut exciper de son ivresse volontaire. Jugée sur la base des indices externes, une telle personne devrait être accusée non d'homicide volontaire mais d'avoir bu exagérément en sachant qu'elle risquait de tomber dans la stupeur de l'ivresse et de tuer quelqu'un. Si par fiction légale, on la condamne pour homicide intentionnel alors qu'elle n'en avait pas l'intention, on est fondé à dire que le « crime réel » fut le « péché » d'ivrognerie.

Les canonistes inventèrent un terme pour distinguer la qualification légale de péché de celle de culpabilité légale, c'est-à-dire de la culpabilité implicite dans les textes légaux telle que la gravité de l'acte prohibé, l'intention de le commettre, la causalité proche. Ils avaient emprunté le mot de droit romain de *culpa* (en anglais *guilt*). Mais l'attitude pécheresse de celui qui commet un péché criminel est désigné par un mot nouveau *contemptus* qui, bien que jamais défini, fut employé pour évoquer le mépris de la règle, l'ironie, le défi, l'obstination, la présomptuosité, ou à l'autre point de vue, l'orgueil ou l'exaltation de soi. Ainsi le péché d'Adam avait été cette exaltation de soi, traduite dans le défi présomptueux de la loi de Dieu⁵⁰.

Pour souligner l'importance des facteurs subjectifs de la responsabilité criminelle, les canonistes utilisèrent des distinctions qu'avait faites jadis la science juridique romaine mais ils les développèrent en des concepts complexes et soigneusement articulés. Des termes romains tels que : *imputabilitas* (imputabilité), *culpa* (culpabilité, faute) et *dolus* (tromperie, fraude) furent systématiquement analysés en termes précis quant à l'état d'esprit de l'acteur (aspect subjectif) et quant aux circonstances détaillées de l'acte (aspect objectif). Le droit pénal romain, au contraire, surtout le plus ancien, mais aussi au temps de Justinien, s'attachait plutôt à ce que nous appelons aujourd'hui la protection des intérêts et le maintien de l'autorité publique. Beaucoup des dispositions en matière criminelle étaient parallèles aux règles de propriété, de contrat et de dommages.

Dans la période postclassique, comme le pouvoir impérial se renforçait, les genres d'infractions auxquelles les sanctions impériales étaient applicables devinrent plus nombreuses et plus sévères. Mais cette évolution ne s'accompagna pas d'un renforcement de la répression de l'immoralité (du péché) en tant que telle. Ce fut dans les pénitentiels de monastères que l'indignation morale et la réforme des mœurs devinrent un objet de souci juridique, d'abord pour les rédacteurs de lois, et œ fut sur les pratiques monastiques de « l'analyse minutieuse des circonstances du péché... et d'investigation précise dans chaque de cas sur l'intention... et sur les circonstances externes de l'acte » que les canonistes à la fin du XIe siècle et durant le XIIe édifièrent leurs doctrines sur les aspects subjectifs et objectifs de l'infraction⁵¹.

A la fois l'unité et la complexité du nouveau droit pénal canonique sont impressionnantes. Ici, d'une part l'on trouvait une théorie intégrale de droit criminel qui simultanément soutenait et expliquait la pratique de l'Eglise.

Ici, d'autre part étaient fournies les distinctions complexes entre la loi divine (y compris punitive) et la loi humaine, dans la loi humaine entre la loi ecclésiastique et la loi séculière, et dans la loi ecclésiastique entre le péché et le crime puis entre chacun des genres de « crime ». De plus, et c'était la distinction la plus brûlante, tant au point de vue théorique que pratique, la distinction entre le rôle de l'Eglise en ce qui touche la discipline de sa propre armée de clercs et son rôle dans le maintien de critères moraux et idéologiques parmi les laïcs. Le clergé relevait des tribunaux ecclésiastiques pour toute espèce d'infraction, meurtre, vol, incendie, agression. En fait toute espèce d'acte interdit par n'importe quelle autorité temporelle, tribale ou locale, féodale, royale ou impériale, pouvait tomber sous la compétence des tribunaux ecclésiastiques si cet acte était le fait d'un clerc.

Tout à fait à part des questions de juridictions concurrentes, toute atteinte sérieuse à la paix pouvait constituer soit un crime ecclésiastique, soit un crime séculier si elle était commise par un membre du clergé. Indubitablement, cela doit s'expliquer politiquement, l'Eglise en tant qu'entité politico-juridique s'efforçait de conserver l'autorité sur ses fonctionnaires. Cela s'explique aussi théologiquement et éthiquement, ou comme on dirait plus tard, idéologiquement : le clergé était l'élite et ce qui pour un simple croyant pouvait n'être qu'une atteinte à la paix, pouvait constituer pour le clerc une infraction à des obligations plus élevées.

Quelque explication que l'on adopte, il y avait néanmoins une question pratique importante pour

l'Eglise : est-ce que la « définition » des crimes séculiers : meurtres, vols, incendies et autres, lorsqu'ils étaient commis par des clercs, devait être laissée aux autorités temporelles, ou est-ce que l'Eglise devait fournir sa propre définition ? La réponse à cette question ajoute une dimension supplémentaire à l'analyse de la relation entre crime et péché. L'Eglise n'entreprend pas de définir les crimes séculiers. Elle donna cependant ses propres définitions des conditions sous lesquelles des crimes séculiers devenaient des péchés criminels en tant que commis par un membre du clergé. Par exemple, quand ils étaient suffisamment graves et suffisamment dommageables pour l'Eglise, quand ils étaient commis intentionnellement, quand ils constituaient une cause prochaine du résultat prohibé, lorsqu'ils n'étaient pas justifiés par l'autodéfense ou tout autre des diverses justifications, lorsqu'ils n'étaient pas excusés par autorisation officielle ou l'un des divers privilèges, « et lorsqu'ils manifestaient dans l'accusé le *contemptus* (mépris de la loi divine) ».

L'opportunité et la matérialité de l'enquête sur la mentalité pécheresse deviennent encore plus visibles lorsque l'on se rappelle que les principales sanctions imposées aux membres du clergé par les tribunaux ecclésiastiques étaient la révocation (la privation permanente de toutes fonctions et droits ecclésiastiques), la déposition de certains offices dans l'Eglise, la suspension de célébration des sacrements, des amendes, des excuses aux personnes offensées, certains exercices de piété tels que jeûne et pèlerinages, et pour les coupables les plus graves, l'excommunication. L'excommunication pouvait revêtir diverses formes, s'échelonnant entre l'exclusion de la participation aux sacrements et l'exclusion totale de l'Eglise (équivalant à un ostracisme complet). Toutefois, le tribunal ecclésiastique pouvait suspendre la pénalité d'excommunication à condition que l'offenseur répare de son mieux toutes les sortes de dommages qu'il avait provoqués, comprenant compensation à la victime ainsi que des actes charitables tels que dons aux pauvres ou un pèlerinage à un sanctuaire.

Ainsi, si l'on ne considère que la juridiction sur le clergé, c'est l'aspect « crime » plutôt que l'aspect « péché » du droit pénal ecclésiastique qui est le plus marqué.

En ce qui concerne l'autre versant de la juridiction criminelle ecclésiastique, celui qui régit la laïcité, l'Eglise ne prétendait qu'à une compétence restreinte pour son activité réformatrice (non qu'elle s'en détournât par principe). Pour parler en général, la violence entre laïcs devait être contrôlée par le droit pénal temporel, telle était en somme la tâche incombant à l'autorité séculière. Les laïcs n'étaient justiciables pénalement des tribunaux ecclésiastiques que pour les actes figurant grosso modo dans les catégories suivantes : hérésie, sacrilège, sorcellerie, magie, usure, diffamation, certaines infractions sexuelles ou maritales (homosexualité, adultère et autres), profanation de lieux du culte par vol ou autrement, et agression contre des clercs.

Autrement dit, l'Eglise insistait sur sa compétence pour certaines atteintes de laïcs impliquant des éléments sérieux moralement et idéologiquement, mais ordinairement pas de violence; et pour des actes de violence contre ses biens et son clergé. Là encore, l'élément de mentalité pécheresse était très important comme base de la revendication de juridiction de la part de l'Eglise.

A l'égard des laïcs également, les sanctions étaient plus morales et économiques qu'afflictives : aumônes, amendes, jeûne, bonnes œuvres et ultimement excommunications avec possibilité de suspendre l'excommunication si l'offenseur indemnifiait les victimes, exécutait des œuvres de charité ou de piété etc. D'ailleurs, le principe de réparation amena le droit canonique à quelques accommodements avec la notion de mentalité pécheresse, la responsabilité financière était parfois étendue à des tiers innocents proches du coupable : héritiers, famille, entreprises et associations, en particulier quand les intérêts économiques de l'Eglise avaient été lésés de façon pénalement prohibée.

Le droit pénal occidental eut pour sol nourricier la croyance qu'une justice en soi et par soi, une justice *in sich* exige que la violation d'une loi soit payée par une peine et que la pénalité soit appropriée à

l'infraction prohibée. Le système couplant diverses pénalités à diverses violations qui existe dans toutes les sociétés, était estimé justifié par lui-même, c'était la justice, c'était la justice même de Dieu. Cette idée se refléta non seulement dans le droit criminel mais dans toutes les branches du droit canon à partir du XIIe siècle, et de proche en proche, dans les diverses branches du droit séculier qui commença à se développer parallèlement. Les contrats doivent être tenus, disait-on, et s'ils ne le sont pas, un prix doit être payé pour cette rupture de promesse. Les dommages doivent être compensés par des indemnités équivalentes. Les droits de propriété doivent être restitués par qui les a enfreints.

Ces principes et autres semblables se sont tellement enracinés dans les consciences, à vrai dire, dans les valeurs intangibles de la société occidentale, qu'il devint difficile d'imaginer un ordre légal qui ne fût pas fondé sur ces principes et ces valeurs. Pourtant, des cultures contemporaines, hors de l'Occident, ont des ordres légaux basés sur d'autres combinaisons de principes et de valeurs et c'était le cas de la culture européenne antérieurement aux XIe et XIIe siècles. Dans certains ordres, les idées de fatalité et d'honneur prévalent, avec vengeance et réconciliation. Dans d'autres, les idées de solidarité et de communauté prédominent, dans d'autres encore l'idée de dissuasion et de réhabilitation.

Les concepts de Droit ont leur origine et donc leur nature étroitement liées aux concepts théologiques et liturgiques, caractéristiques de l'Occident, de la rédemption et des sacrements. La festivité du Jour des morts introduite au XIe siècle symbolisait la vision du jugement dernier en tant que le jour où seraient convoquées universellement toutes les âmes qui auront vécu, pour rendre compte au Christ juge de leurs péchés et être pour l'éternité condamnées ou acquittées. Sur ce fondement, s'édifia une conception nouvelle du purgatoire. Les chrétiens, étant baptisés, pouvaient être assurés que leur penchant naturel au péché était déjà pardonné et s'ils étaient morts repentants, que leurs péchés personnels seraient pleinement expiés par les punitions subies pendant cette vie et au purgatoire avant que n'arrive la fin des temps. Le Christ, dans cette conception, n'était plus vu avant tout comme le juge mais comme le frère divin dont le sacrifice sur la croix avait servi à réconcilier Dieu et l'homme.

L'accent mis désormais sur la rédemption était associé à un nouveau symbolisme dans la célébration du sacrement de l'eucharistie : en effectuant certains actes et en prononçant certaines paroles, le prêtre, aux yeux des croyants, accomplissait la transformation du pain dans le corps spirituel du Christ. Ainsi la rédemption, avec ses effets paradoxaux de pardon divin et de punition divine, était perpétuellement reproduite et incorporée dans la vie des fidèles. Avec une telle compréhension de la justice divine, il semblait naturel de créer un concept parallèle de la justice humaine. Puisque Dieu règne à travers ses lois, de même les autorités ecclésiastiques et séculières, ordonnées au créateur, promulguent des règles, imposent des sanctions appropriées et des remèdes lorsqu'elles sont violées. Ces autorités humaines ne peuvent lire directement dans les âmes, comme fait Dieu, mais elles peuvent trouver des moyens de se rapprocher de ses jugements.

Cependant, l'analyse ainsi proposée est susceptible d'une importante restriction. La démarche de dérivation de la jurisprudence occidentale à partir de la théologie des XIe et XIIe siècles n'est pas aussi naturelle qu'elle a pu paraître à ceux qui l'ont opérée.

L'évolution de saint Anselme à Abélard puis à Gratien, fut à chaque étape un produit non pas de la seule raison mais d'une tension entre la raison et la foi, entre le scientifique et le mystique, entre le juridique et le visionnaire. La confiance entière d'Anselme en la raison s'accompagnait d'une profonde piété et d'un sens poétique de la grâce. Il disait que la raison prouverait seulement ce que la foi savait déjà et que son analyse « avec la raison seule » cherchait seulement le « délice » de l'exercer. De même Abélard, le scolastique sceptique, était en même temps fervent croyant, amant passionné et le chantre de l'amour populaire dans toute l'Europe. Quant à Gratien, son grand traité de Droit était plein d'imaginaires mythologiques visant à concilier les contradictions, pour le bien de la justice et la plus grande gloire de Dieu.

Lorsque l'on pense au XIIe siècle comme celui où les institutions légales et les concepts juridiques furent élaborés, il faut penser aussi à saint Bernard de Clairvaux, l'adversaire le plus sévère d'Abélard, dont la sainteté fut aussi renommée en Occident que les mésaventures d'Abélard y firent scandale. En 1129 au concile de Reims, présidé par le pape Innocent II, Bernard dénonça l'étude du droit romain, le seul qui fût enseigné systématiquement à l'époque, le traité de Gratien n'ayant paru que dix ans plus tard (c'est lui qui introduisit le droit canon dans le cycle universitaire) et le concile défendit aux moines de l'étudier (bien que l'interdiction ait été renouvelée aux conciles de Clermont en 1130 et de Tours en 1163, le droit romain continua à être largement étudié hors des monastères et par quelques moines aussi). Bernard s'en prit également au légalisme de la cour papale et appela à revenir à la spiritualité. Des théologiens modernes orthodoxes d'Orient considèrent Bernard de Clairvaux comme s'étant fait leur allié en un temps où les voix prédominantes dans la théologie occidentale étaient hostiles à leurs idées.

L'on ne peut comprendre Abélard sans Bernard, ni Bernard sans Abélard. Ni comprendre le changement fondamental en théologie et en jurisprudence qui eut lieu en Occident dans la dernière partie du XIe siècle et durant le XIIe sans reconnaître qu'il tira en partie son caractère des tendances plus mystiques et romanesques de cette période. Ces tendances furent symbolisées non seulement par la vie et l'enseignement d'hommes tels que saint Bernard, mais aussi par le culte de la Vierge Marie (qui, surtout, intercédait constamment auprès du suprême juge, en faveur des pécheurs pour obtenir leur grâce)⁵², ainsi que par l'épanouissement de la chevalerie et de l'amour courtois⁵³. Dans le Droit même, la compassion s'affirmait comme principe sous le vocable gréco-romain d'*aequitas* (équité). En «équité canonique», la rigueur de la loi stricte devait être mitigée dans les cas exceptionnels où la bonne foi, l'honnêteté, la conscience, ou la pitié le recommandaient⁵⁴.

Le débat et la tension entre d'une part les attitudes rationnelles, scientifiques et formalistes et d'autre part les penchants mystiques, poétiques et charismatiques, aident à s'expliquer pourquoi il fallut trois générations pour que s'établisse la nouvelle jurisprudence, et encore des siècles pour qu'elle prenne toute son ampleur jusqu'à ce qu'à la fin elle soit à son tour attaquée par d'autres révolutions.

Derrière ces attitudes concurrentes, il y avait la scission révolutionnaire de la société en deux domaines politiques, l'ecclésiastique et le séculier, avec la subdivision du domaine séculier en entités collectives diverses : royales, féodales, urbaines et autres. La croyance en un Dieu de justice qui régit un univers juridique, punissant et récompensant selon des principes de proportion, tempérés par compassion dans des situations exceptionnelles, cette croyance correspondait à la conscience d'une unité sociale complexe, la chrétienté. Dans celle-ci, les dialectiques et interactions des domaines et des entités politiques étaient régies par une sorte analogue de justice-basée-sur-la-loi et de loi-basée-sur-la-justice, avec la compassion pour en tempérer la dureté

S'ajoutant à cette complexité spatiale venait une dialectique temporelle, la rupture révolutionnaire entre ancien et moderne et un développement évolutif du moderne. A mesure que chaque personne cheminait dans l'existence vers le purgatoire et le jugement dernier, moissonnant les récompenses et les punitions dues à ses choix entre le bien et le mal, parallèlement les communautés dans lesquelles elle vivait évoluaient dans le temps, chacune vers sa destinée respective. Et leur évolution aussi était influencée par le Droit. Tel était d'ailleurs le concept fondamental de la tradition juridique occidentale à laquelle donnèrent naissance les métaphores et les analogies de la théologie, le concept d'une société capable de se transformer au fil du temps par une infusion rapide et continue de loi divine et naturelle dans les institutions légales ecclésiastiques et séculières.

A partir du XVIe siècle, le légalisme de l'Eglise catholique romaine a été attaqué intensément par les diverses formes du protestantisme. Martin Luther dénonça le concept d'une Eglise, collectivité visible dotée de personnalité juridique par la loi, il brûla les livres canoniques, en partie pour symboliser sa conviction que la vraie Eglise ne peut avoir un quelconque caractère légal, car elle est une communion

invisible des croyants. Pourtant Luther était aussi passionnément convaincu de la valeur du Droit, en tant que loi temporelle édictée par le prince, la loi de l'Etat, dont il assumait simplement que ce serait la loi d'un prince chrétien.

Ainsi la conception catholique romaine de l'infusion des lois divine et naturelle dans les institutions juridiques était maintenue dans le luthéranisme mais seulement dans les institutions séculières et non dans les institutions ecclésiastiques. L'Eglise apparaissait désormais comme une communauté purement spirituelle, coextensive avec un ordre séculier particulier alors que des XI^e au XV^e siècles, de nombreux ordres temporels avaient coexisté et fonctionné ensemble à l'intérieur de la *una sancta ecclesia*. Néanmoins, pour le protestantisme, dans les deux formes du luthéranisme et du calvinisme, Dieu restait un Dieu de justice et le corps des lois tant ecclésiastiques que séculières de l'Europe « médiévale » (comme on l'appela au XVI^e siècle) fut dans une large mesure incorporé dans le droit de l'Etat « moderne ».

Avec le transfert des principales fonctions législatives et judiciaires à la seule autorité de l'Etat-nation, la fondation était posée pour la séparation de la jurisprudence d'avec la théologie et finalement la sécularisation totale de la pensée juridique. Cela ne se fit pas d'un coup, parce que le système prédominant de croyances dans l'ensemble européen demeurait chrétien. C'est seulement au XX^e siècle que les fondements chrétiens du droit occidental ont été presque entièrement rejetés.

Cet aboutissement au XX^e siècle est historiquement une conséquence de la conviction occidentale dont saint Anselme fut le premier théoricien, que la théologie elle-même doit être étudiée indépendamment de la révélation. Anselme n'avait pas la moindre intention d'exalter la raison aux dépens de la foi. Pourtant, une fois que la raison était isolée de la foi pour des motifs d'analyse, les deux furent peu à peu séparées pour d'autres fins également. L'on finit par admettre comme assuré que la raison est capable de fonctionner toute seule, et finalement cela signifia fonctionner sans aucun fondement de croyances religieuses.

Du même coup, l'on considéra que le Droit, étant un produit de la raison, est capable de fonctionner comme un outil de pouvoir temporel, indépendant de toute finalité spirituelle, et non seulement religieuse mais de tout attachement passionné à des convictions, lesquelles sont du seul ressort de la liberté privée. C'est ainsi que la pensée juridique n'est qu'une partie de la structure institutionnelle de l'Occident qui a été privée de fondements spirituels ; et ces fondements à leur tour sont privés de la superstructure à travers laquelle ils s'exprimaient.

Notes

1. *Encyclopedia Britannica*, ed. de 1969, au mot « mythe ».
2. La phrase est tirée du *Book of Common Prayer*, et provient d'Ezéchiel, 18 : 23.
3. Voir Psaume 98, 8-9. Jérémie 23, 5. Michée 4, 3. Amos, 5,18. Zacharie 3, 8-11 et 1,15.
4. Symbole de Nicée (325 de notre ère). Voir J. N. D. Kelly, *Early Christian Creeds* (New York, 1950), pp. 215-216.
5. Matthieu, 25, 31-46.
6. Voir le Préambule de l' *Ecloga* (une collection de lois promulguée par les empereurs byzantins aux environs de l'an 740) in Edwin H. Freshfield, *A Manual of Roman Law : The Ecloga* (Cambridge, Mass. 1926). Le premier paragraphe annonce « une sélection de lois rangées en forme concise par Léon et Constantin, les sages et pieux empereurs, et provenant des Institutes, des Digestes, du Code et des Nouvelles de Justinien le Grand, et révisées en direction de plus grande humanité, [sélection] promulguée au mois de mars, neuvième indiction de l'année 6234 de la création ».

7. Voir Jaroslav Pelikan, *The Christian Tradition*, vol. 2, *The Spirit of the Eastern Christendom, 600-1700* (Chicago, 1954), pp. 279-280. L'orthodoxie n'a jamais développé de théories à propos de mérites, de satisfaction, de purgatoire et d'oeuvres surrogatoires. Quelques théologiens orientaux ont introduit des notions quelque peu semblables au purgatoire, mais elles n'ont jamais été largement adoptées dans l'Eglise d'Orient. La doctrine de la damnation éternelle y est rejetée et, en général, la pensée juridique joue un rôle mineur dans la théologie orientale.

8. Eugen Rosenstock-Huussy, *Out of Revolution, The Autobiography of Western Man* (New York, 1938), pp. 509-510.

9. C'étaient là des « indulgences partielles » normalement formulées en termes d'années ou de mois, de jours, ou de « quarantaines » (la durée du Carême). Le terme d'indulgence ne se rapportait pas au temps de punition, mais au temps de repentir, ce qui veut dire qu'une indulgence de six ans correspondait en valeur à six ans vécus sous les disciplines pénitentielles de l'Eglise ancienne.

10. John T. McNeill et Helena M. Garner, *Medieval Handbooks of Penance* (New York, 1938), p.17. Voir Bernard Poschmann, *Penance and The Anointing of the Sick* (New York, 1964), chap. 1, note 41a, pp. 147-149. Poschmann écrit (p. 148) que le mot « absolution » (*absolvere*) apparut dans la liturgie de la pénitence très tardivement et que pour fort longtemps il fut affecté aux oeuvres de pénitence faites par le pécheur même. Il considère comme une « difficulté fondamentale » de la pratique antérieure, le fait que « le pardon des péchés (dans l'optique d'avant le onzième siècle) était primordialement l'effet des oeuvres de pénitence » de sorte « qu'il ne restait pas de place pour un acte proprement dit d'absolution », et qu'en dernière analyse, le terme absolution est vide de sens. Cette interprétation de la pratique ancienne reflète parfaitement le point de vue des réformistes des XIe et XIIe siècles.

11. *De Vera et Falsa Penitentia*, Migne, PL 40.1113, écrit vers 1050 et, à tort, attribué à St Augustin. Cet essai fut largement utilisé au siècle suivant par Gratien et par d'autres canonistes. Au XVIe siècle, il fut abondamment commenté par Erasme et divers auteurs, et fut répudié par Luther. Le passage cité dans le texte figure à la page 1129.

12. Ibid.

13. *De Vera et Falsa Penitentia*, chap. 10, 18, Migne, PL 40.1122, 1128. Poschmann, dans *Penance*, p. 158, n. 3, estime que l'identification du pouvoir d'imposer un châtement temporel au pouvoir d'imposer une punition éternelle n'ajoute rien de nouveau à l'enseignement traditionnel. Mais c'est là méconnaître l'objectif de l'auteur du tract, qui est de montrer que le châtement en question est la punition temporaire en ce monde-ci, et non pas une punition temporaire dans l'autre monde (purgatoire).

14. Voir George H. Williams, *Anselm: Communion and Atonement* (St Louis, 1960), p. 18.

15. Poschmann, *Penance*, pp. 156-183, spécialement pp. 178-179.

16. Sur la controverse entre Lanfranc et Bérenger, il y a une ample littérature, y compris une intéressante discussion avec citations d'autorités, in Hasso Hofmann, *Repräsentation: Studien zur Wort- und Begriffsgeschichte von den Antike bis ins 19. Jahrhundert* (Berlin, 1974). Voir Joseph Ghellinck, *Le Mouvement théologique du XIIIe siècle* (Bruges, 1948), p. 72. Voir aussi R. W. Southern, *Saint Anselm and His Biographer* (St Louis, 1960). Bérenger finalement se rétracta en 1080, presque vingt-et-un ans après que ses idées eurent été officiellement condamnées.

17. Le terme « transsubstantiation » (qui était inconnu dans l'Eglise d'Orient) ne devint courant que, vers le milieu du XIIe siècle, la doctrine de la transsubstantiation ne fut officiellement adoptée qu'au quatrième concile de Latran, en 1215. Toutefois, l'élévation de l'hostie apparut dans la messe au début du XIIe siècle. Voir Colin Morris, *The Discovery of the Individual, 1050-1200* (New York, 1972), p.142. Au XIIIe siècle, le vin ne fut plus donné aux simples fidèles, sauf les plus honorablement connus.

Le changement de « substance » du pain et du vin en le corps et le sang mystiques du Christ se produit, selon saint Thomas d'Aquin, à l'instant où se termine le prononcé des mots (*Hoc est corpus meum*), *Summa Theologica*, Pt III, qu. 75, art.7, rep. obj. 2. « La perfection de ce sacrement ne réside pas dans la participation des fidèles mais dans la consécration des éléments ». Ibid. Pt III, qu. 80, art. 12, rep. obj. 2. Ceci le distingue de tous les autres sacrements. Ibid. Pt III, qu. 73, art. 1. La non-consommation du vin par les laïcs n'affecte pas sa validité, pourvu que le prêtre qui consacre reçoive à la fois l'eau et le vin. Ibid. Pt III, qu. 80, art. 12, rep. obj. 2.

18. En 1264, le pape Urbain instaure la fête du Corps du Christ et l'élévation de l'hostie. Rosenstock-Huussy l'appelle « la fête de la révolution papale », *Die europäischen Revolutionen*, 2ème ed. (Stuttgart, 1951), p. 168. Cela reste, de nos jours, l'une des grandes fêtes religieuses populaires dans toutes les régions où la population est en majorité catholique romaine.

De la doctrine de la transsubstantiation, le grand historien allemand Ranke écrivit : « Les prérogatives de la prêtrise sont aussi essentiellement reliées à cet article de foi ». Leopold von Ranke, *Deutsche Geschichte im Zeitalter der Reformation* (Leipzig, 1867), p. 157.

19. Ainsi que l'a montré George Williams, avant Anselme, la théorie de la rédemption se rattachait de façon principale au mystère du baptême, par lequel l'homme est libéré de la mort et du démon en l'identifiant à la résurrection du Christ. Ce que souligne le baptême, c'est la renaissance et la répudiation des démons de la vie menée avant la conversion. De leur côté, Anselme et ses successeurs rattachaient le repentir avant tout au mystère de l'eucharistie qui, à la différence du baptême, est un sacrement qui peut se répéter et, au XI^e siècle, dut être précédé par le sacrement de pénitence. Dorénavant, l'eucharistie fut tenue pour libérant du péché. « Le souci désormais n'est pas de renoncer au démon hébergé avant la conversion, mais d'accomplir la pénitence prescrite pour les péchés commis après le baptême ». Williams, *Anselm*, p. 13. Williams fait remarquer (p. 24) que dans la nouvelle théorie, l'eucharistie « rend possible un degré plus élevé de participation à la rédemption, dans la mesure où l'incorporation sacramentelle proprement dite dans le Christ est supérieure à une renaissance sacramentelle ». Mais il faut noter que l'incorporation au Christ était conçue en termes d'identification au Christ en croix, non au Christ ressuscité. Ainsi le caractère central de l'eucharistie dans le deuxième millénaire de l'histoire de l'Eglise, en contraste avec la centralité du baptême dans le premier millénaire, se rattache à l'insistance ultérieure sur l'incarnation de Dieu dans l'histoire humaine, à la différence de l'insistance antérieure sur la déification de l'homme dans le royaume des cieux.

20. Voir Pelikan, *Christian Tradition*, II, 138. Pelikan indique que, selon la doctrine orientale du repentir, la centralité de la résurrection du Christ était soulignée tant par la liturgie que par les écrits des théologiens : « Les mots mêmes de l'institution étaient amplifiés pour inclure le commandement. Car chaque fois que vous mangez ce pain et buvez cette coupe, vous proclamez ma mort (du Christ) et vous confessez ma résurrection... La résurrection était présentée par la liturgie comme une partie décisive de la réconciliation qui, à travers la crucifixion et la résurrection, constituait la victoire du Christ sur les pouvoirs de la mort et de l'Hades. Pelikan expose que les « théologiens liturgistes » orientaux ont par la suite développé les mêmes thèmes : « Le langage de la liturgie faisait des thèmes de bataille et de victoire une façon naturelle de décrire le cheminement du salut ».

21. Petrus Lombardus, *Sententiarum Libri Quatuor*, Migne, PL 192. 519. Au Livre 4, l'auteur déclare simplement : « Nous en venons maintenant aux sacrements de la nouvelle Loi, qui sont le baptême, la confirmation, la bénédiction du pain, c'est-à-dire l'eucharistie, la pénitence, l'extrême onction, l'ordination, le mariage ». Il ne donne aucune explication ni n'évoque aucune autorité à l'appui de cette liste des sacrements qui, par la suite, fut considérée comme complète. Il faut aussi noter que Pierre Lombard (col. 839) définit un sacrement non seulement dans les termes de saint Augustin comme « un signe de la grâce de Dieu » mais aussi comme une « cause » de la grâce qu'il signifie. En Orient, au contraire, jusqu'à bien plus tard et même dans une certaine mesure, de nos jours, il n'a pas été tracé de séparations formelles entre les diverses manières dont la grâce divine peut se manifester visiblement. La présence de saints dans les icônes, la lumière de cierges, et à vrai dire toutes et chacune des parties de la liturgie sont autant de « mystères » (et par conséquent des sacrements) avec un pouvoir miraculeux de conférer une grâce. L'Eglise même est un sacrement et l'édifice est une maison où habite Dieu lui-même et où sa présence peut être ressentie. En Occident, cependant, de tels « sacrements » devinrent des sacramentaux, par opposition aux sacrements, et seulement certains rites spécifiés, accomplis dans les formes, étaient considérés comme opérant sacramentellement, *ex proprio vigore* (par leur propre force).

22. Saint Augustin a procuré de la sagesse à tous les âges suivants, néanmoins, il n'est pas exact de le classer, ainsi que l'ont fait certains, dans le scolasticisme, bien que saint Anselme, que l'on appelle le fondateur de la théologie scolastique, ainsi que saint Thomas d'Aquin, son plus fameux enseignant, se disaient disciples de saint Augustin.

Ce qui les distingue surtout d'Augustin, c'est que celui-ci ne séparait pas nettement la raison de la foi et qu'il cherchait toujours la connaissance non pour elle-même, mais pour se mieux unir à Dieu. Il était à cet égard dans la tradition de la théologie chrétienne orientale, laquelle « n'a jamais séparé nettement le mysticisme de la théologie ou l'expérience personnelle des mystères divins des dogmes affirmés par l'Eglise ». Vladimir Losski, *The Mystical Theology of the Eastern Church* (Londres, 1957), p. 8. Losski écrit (p. 104) : « La théologie de l'Eglise orthodoxe... n'a jamais fait alliance avec la philosophie dans une quelconque recherche d'un système doctrinal; malgré toutes ses richesses, la pensée religieuse de l'Orient n'a jamais eu un scolasticisme. Si elle contient effectivement certains éléments de gnose chrétienne..., la spéculation est toujours dominée par l'idée centrale d'union à Dieu et n'acquiert jamais le caractère d'un système ». Dans cette perspective, Losski place saint Augustin parmi les pères de l'Eglise qualifiés des cinq premiers siècles de l'ère chrétienne dont la théologie a prévalu à la fois dans les Eglises occidentale et orientale avant le XI^e siècle.

Saint Augustin lui-même suit l'exemple des grecs, en définissant la théologie comme « description ou explication de la nature divine ». Voir *City of God* (trad. Marcus Dods), 8.1 et 6.8. Cependant cette description ou explication, il la donne dans les termes d'une philosophie qu'il assimile à la sagesse et dont les vérités sont soumises par lui au test de la révélation. Ainsi, il écrit que de tous les philosophes, les platoniciens sont inégalés dans cette partie de la théologie qu'ils nomment physique, c'est-à-dire naturelle, « et il se réfère spécialement à la thèse platonicienne, que derrière les formes changeables du corps et de l'esprit, il doit exister une forme initiale, inchangeable et n'admettant pas de degrés de comparaison, qui est Dieu, *City of God*, 8. 6. Et il loue cette intuition, d'être conforme au récit de l'exode où Dieu, à qui Moïse demande son nom, répondit : « Je suis celui qui suis, et tu diras aux enfants d'Israël : Celui qui "est" m'a envoyé vers vous ». Saint Augustin trouve si grande la ressemblance entre le Dieu de Moïse, qui « est », et la forme immuable que Platon voit se tenant derrière tous les phénomènes, qu'il est « presque enclin » à croire que Platon avait lu la Bible. *City of God*, 8. 11.

Yves Congar a écrit qu'Augustin croyait qu'une « vraie théologie » amènerait les païens au christianisme. « Mais pour lui, cette vraie théologie est seulement une philosophie, comme celle de Platon... Il semble que l'on doive attendre Abélard avant que le terme *theologia* reçoive la signification qu'il a pour nous ». Yves Congar, *A History of Theology* (New York, 1968), p. 32. Etienne Gilson aussi souligne, à vrai dire, exagérément, le rôle du platonisme dans la pensée de saint Augustin; quand il s'occupe de saint Anselme qui, à maintes reprises, déclara que sa seule ambition était de redire ce que son maître Augustin avait déjà dit. Gilson est en face de la grande différence de méthode des deux penseurs. Anselme et ses disciples, écrit Gilson, « restent célèbres dans l'histoire de la théologie pour leur hantise de donner des démonstrations rationnelles à toutes les vérités révélées... Cette noble ambition de dégager des raisons nécessaires pour les dogmes révélés n'était jamais venue à l'idée de saint Augustin ». Etienne Gilson, *Reason and Revelation in the Middle Ages* (New York, 1938), p. 27.

Non seulement saint Augustin, mais virtuellement tous les théologiens du premier millénaire de l'histoire de l'Eglise, tant en Orient qu'en Occident, eussent été d'accord avec Lossky qu'une « théologie de concepts » doit être évitée à tout prix parce qu'elle va à l'encontre du but de la théologie qui est « l'ascension vers l'infini ». L'attitude d'esprit des orthodoxes, écrit-il, « se refuse à former des concepts à propos de Dieu... Elle exclut absolument toute théologie purement abstraite et uniquement intellectuelle qui voudrait adapter les mystères de la sagesse divine aux façons de raisonner des humains. C'est une attitude existentielle qui implique l'homme au complet, il n'y a pas de théologie dissociée de l'expérience, il est nécessaire de changer, de devenir un autre homme... La route vers la connaissance de Dieu est nécessairement la route de la déification ». Lossky, *Mystical Theology*, p. 39. Les théologiens occidentaux de la fin du XIe siècle et après manifestent une autre attitude. Ils cherchaient à conceptualiser la théologie, à habiller les attributs divins de façons de penser humaines. Pour eux, la théologie devait divorcer d'avec le mysticisme et la spiritualité personnelle. Anselme, par exemple, était un mystique et un poète, mais il mettait cela de côté lorsqu'il se mettait en devoir de prouver les mystères divins « par la raison seule ». Il cherchait à insérer la divinité dans des catégories humaines, à tirer Dieu sur terre plutôt que de hisser l'homme dans le ciel. Pour les scolastiques des XIe et XIIe siècles, la voie de la connaissance de Dieu était celle de l'incarnation, non pas celle de la déification.

Sur Anselme en tant que « le créateur de la théologie scolastique », et sur Abélard comme le personnage responsable de la popularisation du mot *théologie* dans son acception nouvelle, voir Ghelling, *Mouvement Théologique*, p. 83.

23. Anselme, *Proslogion, seu Alloquium de Dei Existencia*, Migne, PL 158.225. Voir M.J. Charlesworth, *St Anselm's Proslogion* (Oxford, 1965), comportant le texte et une traduction en anglais. Sur Anselme en général, voir Southern, *Saint Anselm*. Saint Augustin a écrit : « Vous devriez comprendre ce que vous croyez » (*quod credis intelligas*) et il citait Isaïe disant : « Si tu ne veux pas croire, tu ne peux comprendre » (*nisi credideritis, non intelligetis*). Voir L. Schoop, ed., *The Fathers of the Church : A New Translation* (New York, 1953), 300, 301-302.

Mais le souci majeur de saint Augustin était d'apporter l'éclairage de la raison ou entendement dans ce qui est connu par la foi, tandis que saint Anselme s'efforçait de fournir des preuves rationnelles ou démonstrations, aux vérités révélées. L'intelligence d'Augustin était plus proche de la sagesse, celle d'Anselme plus proche de la science (l'intention d'Isaïe était bien différente de l'un comme de l'autre).

24. Anselm, *Cur Deus Homo*, Migne, PL 158.359-431. Voir John McIntyre, *St Anselm and His Critics : A Reinterpretation of the Cur Deus Homo* (Edimbourg, 1954).

25. « Par sa mort sur la croix, Il satisfit à la justice de Dieu, nous libéra du péché, brisa le pouvoir de Satan et nous réinstaura dans la Grâce.. Le ciel dorénavant était ouvert à tous. Mais pour y entrer, nous devons participer à la rédemption... Dans l'Écriture, la résurrection du Christ est liée à sa mort, c'est un élément intégral, encore que non essentiel, de la rédemption. Par sa mort le Christ nous a libérés du péché, nous a ouvert les grilles du ciel, par sa résurrection, a préfiguré et restauré pour nous une vie qui a été perdue par le péché d'Adam. Il est vrai, assurément, que le Christ a mérité pour nous par sa mort la rémission du péché, la justification et la gloire, mais dans le plan de la divine providence, c'était seulement après la résurrection que les Apôtres devaient partir et prêcher la foi, par laquelle seule nous pouvons être rendus justes ». Rev. Considine, S. J., « La Passion, la Mort et la Résurrection du Christ », dans saint Thomas d'Aquin, *Summa Theologica*, 1ère ed. complète en Amérique, trad. Pères de la Province Dominicaine Anglaise (New York, 1948), III, 3426, 3436 (ital. ajoutées). Voir aussi Williams, *Anselm*, p. 9, où l'auteur explique de façon convaincante *Cur Deus Homo* comme une théorie eucharistique.

26. William J. Wolf, *No Cross, No Crown. : A Study of the Atonement* (New York, 1957), pp.19-20.

27. Voir Williams, *Anselm*, p. 25. Il y eut des changements parallèles dans le mode de prière. Ainsi, Morris, dans *Discovery of the Individual*, p.142, note qu'au XIIe siècle « une nouvelle attitude de prière se répandit largement, et plus tard, devint traditionnelle : agenouillés, les mains jointes. C'était la posture de l'hommage, et son emploi exprimait la loyauté personnelle que le fidèle éprouvait envers son Seigneur ». Auparavant, les gens se prosternaient, et c'est ce qui se fait encore dans l'Église orientale .

28. Voir chapitre 2, note 26. En 809, Charlemagne fit insérer la clause *filioque* dans le credo aux messes célébrées dans sa propre chapelle impériale. Le pape Léon III n'accepta pas cet amendement pour celles de la basilique Saint Pierre, bien qu'il approuvât la doctrine que traduisait la clause. Ce fut seulement en 1014 que la liturgie fut changée à St Pierre pour inclure la clause *filioque*. Ce fut la principale cause du schisme entre les parties orientale et occidentale de l'Église chrétienne en 1054, et cela reste un obstacle à leur réunification. Voir Kenneth Scott Latourette, *A History of Christianity*, I (New York, 1975), 303. Voir aussi Pelikan, *Christian Tradition II*, 183-198.

29 Voir aussi *Proslogion*, chaps 9-11, Migne, *PL* 158.231-234.

30. *De Vera et Falsa Penitentia*, chap. 10, Migne, *PL* 40.112.

31. *Ibid.*

32. *Ibid.*

33. Voir Southern, *Saint Anselm*, p.98.

34. Voir Robert D. Crouse, « The Augustinian Background of St Anselm's Concept of *Justicia* », *Canadian Journal of Theology*, 4 (1958), 111.

35. Dans *Cur Deus Homo*, Anselme demande s'il conviendrait à Dieu de remettre les péchés par le pardon seul, sans requérir de satisfaction ni de punition. Il déclare que « il ne sied pas que Dieu remette quelque chose dans son royaume de façon irrégulière (*inordinatum*) » et que traiter également le coupable et le non-coupable « ne serait pas convenable pour Dieu ». Il ajoute : « Observez encore ceci: chacun sait que la justice des hommes est soumise à la loi... mais si le péché n'est ni remis ni puni, il n'est donc soumis à aucune loi... L'injuste, par conséquent, s'il est remis par le pardon seul, sera plus libre que le juste, ce qui est très choquant ». *Cur Deus Homo*, livre 1, chap. 12, Migne, *PL* 158. 377. Anselme revient sur le problème au livre 1, chap. 24, déclarant que pour Dieu, simplement pardonner à l'homme sa désobéissance serait favoriser l'homme à cause de son péché. « Véritablement, une telle miséricorde de la part de Dieu serait contraire à sa nature, il est impossible que son pardon soit de cette espèce ». Ce qui amène le disciple d'Anselme à dire : « Si Dieu suit la méthode de la justice, il n'y a aucune issue pour un pauvre misérable, et la miséricorde de Dieu semble périr ». A quoi Anselme répond : « Tu as demandé la raison, maintenant accepte la raison... Je ne nie pas que Dieu soit miséricordieux... Mais nous parlons de cet ultime pardon par lequel Dieu rend les hommes bienheureux après cette vie. Et je pense avoir suffisamment montré par les raisons avancées, que la félicité ne devrait pas être accordée à quelqu'un sans que ses péchés soient entièrement rachetés, et que cette rémission devrait ne pas être faite sans le paiement de la dette due en raison du péché, et à proportion de la gravité du péché ». Migne, *PL* 158. 397-398.

36. Voir Gottlieb Söhngen, *Grundfragen einer Rechtstheologie* (Munich, 1962) et « Rectitudo bei Anselm von Canterbury als Oberbegriff von Wahrheit und Gerechtigkeit », in H. K. Kohlenberger, ed., *Sola Ratione : Anselm-Studien für Pater Dr. h.e.F.S. Schmitt* (Stuttgart, 1970).

37. Sur les théories parues après la Réforme sur la substitution de pénitent (*vicarious punishment*), voir Wolf, *No Cross, No Crown*, p. 100. Aussi bien Luther que Calvin partageaient maintes idées d'Anselme concernant la réparation du péché. Toutefois, Calvin remplaçait la nécessité de réparer le déshonneur fait à Dieu par la nécessité de réparer la violation de sa loi. Ainsi la crucifixion était-elle vue par Calvin comme le transfert au Christ de toute la culpabilité et de toute la punition. L'opinion de Calvin fut successivement édulcorée par ses successeurs en une vue de Dieu comme « intégralement et parfaitement juste, d'où il suit qu'il n'approuve aucune iniquité et n'en laisse aucune non vengée ». Voir Théodorus Beza, « Confessio », *Theol. Tract*, II, 2, cité dans Hugo Grotius, *A Defence of the Catholic Faith concerning the Satisfaction of Christ against Faustus Socinus*, trad. avec notes et intro. hist. par F.H. Foster (Andover, Mass., 1889), p. xiv. Répondant à l'argument de Socinus disant que Dieu étant la partie offensée et non pas un juge appliquant un corps de lois élaboré par d'autres, il peut simplement pardonner l'offense à lui faite. Grotius distinguait entre Dieu agissant en une capacité privée, et Dieu agissant en une capacité publique, il était un souverain qui exigeait punition. Foster indique que cette théorie « gouvernementale » se communiqua aux calvinistes anglais et par là aux colonies américaines, où Jonathan Edwards, par exemple, soulignait que « lorsque des créatures morales sont amenées à l'existence, il doit y avoir un gouvernement moral... Pour qu'il y ait un gouvernement moral, il faut qu'il y ait punition... Si une punition est énoncée mais néanmoins jamais appliquée, la loi devient nulle loi... Si Dieu maintient l'autorité de sa loi en infligeant la pénalité, il apparaîtra qu'il agit de façon cohérente dans les aspects législatif et exécutif de son gouvernement... Mais si l'autorité de la loi n'est pas soutenue, cela encouragera plutôt et induira à pécher, plutôt que d'en détourner ». De sorte que la crucifixion est vue comme une nécessité par la loi divine. Les souffrances du Christ sont substituées à la punition des pécheurs afin d'offrir un exemple qui aura pour effet de rendre les hommes plus obéissants que ne l'aurait fait leur propre punition. Grotius, *Defence*, p. li. Cette théorie « subjective » ou « exemplaire » fut défendue par Abélard, mais généralement rejetée avant la Réforme.

38. *Cur Deus Homo*, liv. 1, chaps. 13-14, Migne *PL*, 158.379, 381.

39. Voir saint Thomas d'Aquin, *Summa Théologica*, pt. II-II, qu. 62, art 3, 6.

40. Voir Svend Ranulf, *Moral Indignation and Middle Class Psychology* (New York, 1964).

41. *De Vera et Falsa Poenitentia*, chap. 20, Migne, *PL* 40. 1129-30.

42. L'expression est du juge Oliver Wendell Holmes, à propos de ce qu'il dirait à un criminel sur le point d'être exécuté, voir Harold J. Berman, *The Interaction of Law and Religion* (New York, 1974), page 168, note 18.

43. « Non enim consisteret peccatum, si interdictio non fuisset » Peter Lombardus, *Sententiarum Libri Quatuor*, Migne, *PL*, 192.734.

44. Pierre Abélard, *Ethica, seu Scito Te Ipsum*, chaps. 5-7, 12 Migne, *PL* 178.647-653. D. E. Luscombe, ed., *Peter Abelard Ethics* (Oxford, 1971), pp. 38-49, 55. Voir Stephen Kuttner, *Kanonistische Schuldlehre von Gratian bis auf die Decretalen Gregors IX* (Cité du Vatican, 1935), pp. 4-6, 19-20. Sur Gratien, voir Kuttner, *The Father of the Science of Canon Law, Jurist*, 1 (1941), 2. Le monumental traité de Gratien, *A Concordance of Discordant Canons (Concordia Discordantium Canonum)* est généralement reconnu comme ayant marqué la première distinction entre droit canon et théologie. Il est intéressant de noter que le moine Gratien fut professeur de « théologie pratique externe » (*theologia practica externa*) à Bologne. Voir Hans Erich Feine, *Kirchliche Rechtsgeschichte I* (Weimar, 1950), 228. Gratien fut fortement influencé par Abélard qui l'avait été fortement par Anselme.

45. Dans les systèmes de droit pénal modernes, il est souvent admis qu'un acte, pour être punissable, doit porter dommage à un intérêt que la société souhaite protéger. Le système soviétique est allé plus loin que les autres dans cette direction en attachant la criminalité d'un acte au fait qu'il constitue un « danger social ». Cela ressemble fort à l'idée des canonistes que constitue un crime ecclésiastique un acte qui fait à l'Eglise un *scandalum*, [en latin, offense ou danger de chute] Si le danger social (ou le *scandalum*) doit par lui-même constituer un « dommage » social pour que l'acte soit punissable, il n'y a pas de vice ou de vertu dans la terminologie de *danger* (ou d'outrage) social. Si toutefois une simple *tendance* à causer du dommage (ou un simple sentiment de vexation sociale) suffit pour rendre l'acte punissable, la question se pose de l'opportunité de faire intervenir le droit pénal. Voir Harold J. Berman, *Soviet Criminal Law and Procedure. The RSFSR Codes*, 2e ed. (Cambridge, Mass., 1972), pp. 21, 37.

46. Voir Kuttner, *Kanonistische Schuldlehre*, p. 189.

47. Les vues d'Abélard sur le péché furent condamnées par le pape Innocent II au concile de Sens en 1140. Voir Luscombe, *Peter Abelard's Ethics*, pp. 9n, 15n, 21n, 24n, 38n, 46n, 63n, 126n. Toutefois la condamnation portait sur des propositions particulières tirées hors du contexte ou exagérées. L'apport essentiel d'Abélard, à savoir son insistance sur l'intention comme le facteur qui rend un acte moralement bon ou mauvais, a été généralement accepté en droit canon. Ainsi, si le bourreau pend un homme en obéissant à la loi, il n'a commis là aucun péché, alors que s'il l'a pendu pour des motifs d'inimitié personnelle, il a commis un péché (les canonistes inventèrent la catégorie *malum in se* pour évoquer des actes qui sont des péchés, sans égard à l'intention, mais en fait ce sont des actes dont l'intention est invariablement entachée de péché).

La distinction posée par Abélard entre un penchant à commettre un péché et le consentement intérieur de le commettre fut aussi acceptée : une inclination mauvaise, disait-il, n'implique pas nécessairement le mépris ou l'omission d'obéir à la volonté divine. Cependant, même le consentement interne ou la décision de commettre un péché, encore que punissable sur le forum céleste de l'Église, ne devraient pas être punis par un tribunal, disait Abélard (et sur ce point, il était généralement suivi par les canonistes, quoique incomplètement), sauf s'ils sont manifestés par un acte externe. Abélard pose que ce sont les effets du péché, non le péché lui-même, qui sont punis sur terre. Cela conduit à un critère plus élevé de la culpabilité qu'il n'est indiqué dans le texte, mais, en outre, à un critère moins élevé lorsque les considérations temporelles réclament un traitement plus rigoureux. Ainsi, une mère qui par négligence cause la mort de son enfant devrait recevoir une punition sévère, « non en raison de la faute qu'elle a commise mais afin que, par la suite, elle-même ou d'autres femmes soient rendues plus prudentes en donnant de tels soins ». Semblablement, de moindres fautes commises en public peuvent être punissables plus gravement que des péchés plus graves qui restent secrets, parce que des péchés publics tendent par leur exemple à encourager d'autres personnes à les commettre. « Car tout ce qui peut avoir des répercussions ruineuses ou néfastes au public devrait être puni avec plus de sévérité... et plus grand le *scandalum* infligé aux gens, plus grand aussi le châtiment public, même si une faute plus légère est à l'origine.... Ces comportements relèvent moins du souci de justice que des matérialités du gouvernement afin, comme nous l'avons vu, d'assurer le bienfait commun de prévenir les dommages publics ». Ibid., pp. 38-39, 42-43, 44-45.

48. Kuttner, *Kanonistische Schuldlehre*, pp. 25-28, tantôt recule et tantôt avance sur ce point. La meilleure preuve de l'affirmation citée au texte est le souci prépondérant du *contemptus*. Voir la discussion à l'appel de note 50.

49. Ibid., pp. 377-379.

50. Ibid., pp. 28-38.

51. Gabriel Le Bras, « Canon Law », in C. G. Crump et E. F. Jacob, eds., *The Legacy of the Middle Ages* (Oxford, 1926), p. 357.

52. La meilleure description du culte de la Vierge Marie au XIe siècle reste sans doute celle de Henry Adams, *Mont-Saint-Michel and Chartres* (New York, 1913).

53. Voir (à partir du XIIe siècle) *The Art of Courtly Love by Andreas Capellanus*, avec introduction, trad. et notes par J. J. Parry (New York, 1941).

54. Voir Udo Wolter, *Ius Canonicum in Iure Civili* (Cologne, 1975), p. 45. Voir aussi Helmut Coing, *English Equity and the Denunciatio Evangelica of the Canon Law*, *Law Quarterly Review*, 71 (1955), 223.