

# QUEL FUTUR POUR L'HISTOIRE DU DROIT CANONIQUE APRÈS LA PREMIÈRE CODIFICATION ?

THIERRY SOL\*

SOMMAIRE : I. *Entre continuité et nouveauté : le rôle de l'histoire dans les intentions des codificateurs.* II. *Connaissance pratique et savoir scientifique.* III. *Le rôle des sources dans l'interprétation des canons et dans l'enseignement.* IV. *La séparation entre l'histoire et l'exposition du droit en vigueur.* V. *Notion de droit et étude de l'histoire.*

S'interrogeant sur les facteurs qui affectèrent la place et la fonction de l'histoire du droit canonique dans le savoir théologique du XIX<sup>e</sup> siècle, Carlo Fantappiè mentionnait l'influence de la codification canonique, la séparation méthodologique entre l'histoire et le droit canonique ainsi que la réaction anti-juridique qui suivit le concile Vatican II.<sup>1</sup> Le récent centenaire de la première codification nous invite à revenir en particulier sur les deux premiers facteurs mentionnés. Si le code de 1917 affirmait se trouver en parfaite continuité avec le passé, en dotant au passage la majorité des nouveaux canons d'une référence aux lois antérieures, il semble toutefois que la codification ait provoqué un éloignement entre les sciences historique et canonique, en rendant problématique le concept même d'histoire du droit canonique.<sup>2</sup>

Rémi Brague a souligné l'importance de l'histoire, non seulement comme intérêt érudit ou traduction d'une certaine inquiétude face à la perte de la culture, mais comme nécessité pour comprendre le présent et se projeter vers le futur.<sup>3</sup> De façon très suggestive il faisait référence à une expression d'Edmond Burke : « People will not look forward to posterity, who never look backward to their ancestors ». <sup>4</sup> Ces paroles peuvent être facilement appliquées à notre thème. La codification aurait

\* Pontificia Università della Santa Croce, Roma.

<sup>1</sup> Cfr. C. FANTAPPIÈ, *Storia del diritto canonico in epoca moderna : problemi e prospettive*, « Periodica de Re Canonica » 102 (2013) 484.

<sup>2</sup> Cfr. C.J. ERRÁZURIZ MACKENNA, *Lo studio della storia nella metodologia canonistica : la rilevanza della nozione di diritto*, dans N. ÁLVAREZ DE LAS ASTURIAS, E. DE LEON (ed.), *La cultura giuridico-canonica medioevale. Premesse per un dialogo ecumenico*, Giuffrè, Milano 2003, 19.

<sup>3</sup> Cfr. R. BRAGUE, *Modérément moderne*, Flammarion, Paris 2014, 14-16.

<sup>4</sup> E. BURKE, J. G. A. POCKOCK (éd.), *Reflections on the Revolution in France*, Hackett, Indianapolis 1987, 29.

opéré d'une façon semblable à ce que Tocqueville affirmait par ailleurs du processus démocratique : « Non seulement la démocratie fait oublier à chaque homme ses aïeux, mais elle lui cache ses descendants ».<sup>5</sup> En effet, à l'occasion de la première codification, la canonistique a semblé perdre de vue le passé pour se focaliser seulement sur l'exégèse d'un texte codifié devenu autonome et autosuffisant. Ainsi disparaissait non seulement un lien vital avec le passé, mais également une clef de lecture indispensable des défis présents et futurs du droit canonique. En outre, la science historique du droit canonique, laissant de côté l'aspect juridique de son objet, ou « libérée » de lui suivant certains, se transforma en pure érudition.

Cinq moments ou contextes peuvent expliquer quel sort fut réservé à l'histoire à l'occasion de la première codification : l'intention initiale des codificateurs de s'inscrire dans la continuité avec le passé ; la dimension historique des travaux de codification ; le rôle de la science historique dans l'interprétation et dans l'enseignement du droit canonique ; la séparation entre science historique et droit en vigueur ; l'influence de la notion de droit sur le rapport entre connaissance historique et droit canonique en vigueur.

### I. ENTRE CONTINUITÉ ET NOUVEAUTÉ :

#### LE RÔLE DE L'HISTOIRE DANS LES INTENTIONS DES CODIFICATEURS

Le premier sens que nous pouvons donner à « histoire » est celui, général, de « passé ». De ce point de vue, le thème de la relation entre première codification et histoire renvoie avant tout à la problématique de la caractérisation de la codification elle-même en termes de continuité ou de rupture avec le droit passé.<sup>6</sup> La difficulté provient du fait que la codification de 1917, même si elle se revendiquait en parfaite continuité avec la tradition juridique de l'Église, dans le sillage des grandes collections canoniques, constitua un tournant décisif dans l'histoire du droit canonique, dû au choix d'une forme radicalement nouvelle : le passé est conservé, mais en même temps transformé dans et par la nouvelle forme du code.

À défaut de pouvoir entrer dans une problématique aussi complexe, il est au moins possible de reprendre la conclusion de Carlo Fantappiè pour affirmer avec lui que l'évidente discontinuité liée à la forme du code se produisit cependant à l'intérieur d'une continuité fondamentale avec la tradition juridique de l'Église.<sup>7</sup>

<sup>5</sup> A. DE TOCQUEVILLE, *Œuvres*, Gallimard, Paris 1991, liv. II, 2, 614.

<sup>6</sup> Le thème a été récemment abordé par J. SEDANO RUEDA, *Dal Corpus iuris canonici al primo Codex iuris canonici : continuità e discontinuità nella tradizione giuridica della Chiesa latina*, « Folia theologica et canonica » (2015) 215-238.

<sup>7</sup> Nous simplifions ici de façon abusive les conclusions de Carlo Fantappiè et il serait nécessaire de se référer à l'ensemble de son ouvrage : *Chiesa romana e modernità giuridica*, A. Giuffrè, Milano 2008. On peut aussi reprendre les conclusions de Joaquin Sedano, en affirmant que ni la thèse de

Du point de vue historiographique la thèse de la continuité montre clairement qu'à son point de départ, le processus de codification préserve le droit précédent et manifeste clairement une volonté initiale de maintenir un rapport substantiel avec le passé. Même si l'écart entre les intentions initiales des codificateurs et les résultats de la codification ne peut être nié, le désir de ne pas provoquer de rupture avec le passé constitue un élément essentiel de notre réflexion : l'histoire du droit est résolument intégrée et maintenue dans le code, quoique sous un aspect nouveau.<sup>8</sup>

En 1971 Alfons Maria Stickler examinait la fonction concrète de la connaissance juridico-historique dans l'élaboration du code pie-bénédictin<sup>9</sup> et il affirmait que les codificateurs n'avaient pas l'intention de changer le droit canonique en vigueur à travers un *aggiornamento* substantiel, mais voulaient « recueillir, ré-ordonner et refondre, suivant le système de la codification, les normes rapportées encore en vigueur ». <sup>10</sup> La réforme, suivant le dessein de Pie X, avait un objectif essentielle-

la parfaite continuité, ni celle de la rupture absolue ne semblent rendre raison des conséquences réelles de la première codification (SEDANO RUEDA, *Dal Corpus iuris canonici*, 237) : « Non sembra del tutto giustificata la netta distinzione tra l'impostazione del codice pio-benedettino e quella del diritto canonico medievale e post-tridentino, affermata dal Kuttner e poi ripresa da altri studiosi. Non sembra neppure convincente quella tesi troppo semplicistica tesa ad evidenziare la completa continuità col passato, appoggiandosi sull'autorità della *Praefatio* del Gasparri, e secondo la quale il codice rappresenterebbe l'esito di un processo del tutto coerente di sviluppo delle collezioni canoniche precedenti, e dunque il *Codex* non sarebbe altro che un *novum Corpus*. Ci sono delle fratture sì, ma non così profonde da poter parlare di uno spartiacque essenziale. » Parmi les études qui ont sans doute trop accentué les différences, on pourrait mentionner en particulier S. KUTTNER, *Il diritto canonico nella storia*, « Jus » 28 (1967) 239-251. En sens inverse : A.M. STICKLER, *Historia iuris canonici latini : institutiones academicae*, I *Historia Fontium*, Las, Roma 1985<sup>3</sup>, 371 ; B.E. FERME, *Il Codice di Diritto Canonico del 1983 in prospettiva storica*, dans PONTIFICIO CONSIGLIO PER I TESTI LEGISLATIVI (ed.), *Vent'anni di esperienza canonica : 1983-2003*, Città del Vaticano 2003, 43-55.

<sup>8</sup> La question du caractère supposé neutre de la forme du code se pose évidemment, comme l'ont souligné Paolo Grossi et Carlo Fantappiè : P. GROSSI, *Storia della canonistica moderna e storia della codificazione canonica*, « Quaderni Fiorentini » 14 (1985) 587-599 ; *Valore e limiti della codificazione del diritto (con qualche annotazione sulla scelta codicistica del legislatore canonico)*, dans A. CATTANEO (ed.), *L'eredità giuridica di san Pio X*, Marcianum Press, Venezia 2006, 141-154 ; *Storicità del diritto*, « Apollinaris » 79 (2006) 105-116. Le lien entre forme et contenu ne peut être nié et il est évident que le processus de codification n'est pas resté purement instrumental et formel.

<sup>9</sup> Cfr. A.M. STICKLER, *La funzione della scienza storica di diritto canonico nella codificazione pie-benedettina e per la riforma attuale del diritto canonico*, « L'année canonique » 15 (1971) 525-549.

<sup>10</sup> La traduction est nôtre. Stickler ajoute (*ibidem*, 526) : « riformarlo eliminando solo le leggi superate ed inutili, correggendo quelle non più rispondenti alle nuove condizioni di vita ecclesiastica, sopperendo alle lacune esistenti con appropriate norme nuove. Così, si voleva non solo

ment pratique et pastoral : proposer un droit facilement applicable par les curés, clair et sûr, mais sans révolutionner le droit, comme l'affirme le can. 6 : « *Codex vigentem hucusque disciplinam plerumque retinet, licet opportunas immutationes afferat* ». Dans une même perspective de continuité historique, Stephan Kuttner commentait : « En mettant l'accent sur la continuité historique, Gasparri et ses collaborateurs étaient conscients de la dimension historique des dispositions et des doctrines canoniques qu'ils voulaient reprendre sous une forme plus moderne dans la nouvelle codification ». <sup>11</sup> En outre selon Stickler, le caractère obligatoire des normes passées était conservé de façon indirecte dans le nouveau droit. <sup>12</sup>

Stickler mentionne un autre argument en faveur de la continuité. La publication des sources des canons du code par Gasparri et Serédi montrait « clairement que pratiquement toutes les normes avaient leurs racines et leurs développements dans la législation précédente et que très peu de canons étaient privés de ces références historiques et pour cette raison vraiment nouveaux ». <sup>13</sup> Il semble donc possible d'interpréter la codification comme « la conclusion naturelle d'un long processus historique substantiellement linéaire et répondant aux exigences de la vie juridique de l'Église ». <sup>14</sup> S'il ne semble pas possible d'adhérer à toutes

porre termine all'incertezza del diritto vigente ma anche rendere meno difficile lo studio e la conoscenza di esso, unificando tutta l'enorme massa del materiale legale sparso in innumerevoli fonti. » L'auteur fait référence à : A. VAN HOVE, *Prolegomena (Commentarium Lovaniense in Codicem Iuris Canonici)*, Malines-Rome 1945, 612 ; A.M. STICKLER, *Historia iuris canonici latini. I Historia fontium*, PAS-Verlag, Torino 1950, 371-374 ; U. STUTZ, *Der Geist des Codex iuris canonici. Eine Einführung in das auf geheiss Papst Pius X. verfasste und von Papst Benedict XV. erlassene Gesetzbuch der Katholischen Kirche*, F. Enke, Stuttgart 1918. Le cardinal Gasparri décrit lui-même ainsi le but de la codification dans sa préface au CIC et dans son intervention au *Congresso Storico di Diritto* de Rome en 1934 : P. GASPARRI, *Storia della codificazione del diritto canonico per la Chiesa latina*, dans *Acta congressus iuridici internationalis Romae 1934 habiti*, Vol. 4, 1937. Cfr. aussi S. KUTTNER, *The Code of Canon Law in Historical Perspective*, « The Jurist » 28 (1968) 129-148 (l'original italien se trouve dans S. KUTTNER [ed.], *Commemorazione del cinquantesimo anniversario della promulgazione del Codex iuris canonici*, Tipografia Poliglotta Vaticana, Città del Vaticano 1967).

<sup>11</sup> KUTTNER (ed.), *Commemorazione*, 28. La traduction est nôtre.

<sup>12</sup> Cfr. STICKLER, *La funzione della scienza storica*, 527 : « Anche il fatto che tutto questo diritto antico, col codice e nel codice, non ha più valore giuridico originario ma trae tutta la sua forza obbligatoria solamente dal legislatore nuovo, cioè da Benedetto XV, non cambia questo stato di cose, ma trasforma solamente l'obbligatorietà da antica in nuova, per cui solo in questo senso il diritto antico del codice è anche diritto nuovo. »

<sup>13</sup> *Ibidem*, 526-527. La traduction est nôtre. L'auteur fait référence à STUTZ, *Der Geist des Codex*, 57-79.

<sup>14</sup> SEDANO RUEDA, *Dal Corpus iuris canonici*, 217. La traduction est nôtre. L'auteur fait référence à G. FELICIANI, *Mario Falco e la codificazione del diritto canonico*, dans M. FALCO, *Introduzione allo studio del Codex iuris canonici*, Il Mulino, Bologna 1992, 22 ; P. GASPARRI, E. SERÉDI (ed.), *Codicis iuris canonici fontes*, I-IX, Typis Polyglottis Vaticanis, Romae 1923/1939.

les conclusions de Stickler, ces considérations montrent au moins que le procès de codification ne voulait pas abandonner l'histoire dans le sens de « droit passé », mais le préservait à l'intérieur d'une nouvelle forme clarificatrice, logique et unificatrice du droit.

## II. CONNAISSANCE PRATIQUE ET SAVOIR SCIENTIFIQUE

Si l'on passe des intentions à la mise en œuvre de la codification, en plus de l'objectif de préservation, intégration et reformulation dans la continuité du droit précédent, apparaît un autre prérequis déjà mentionné, celui du caractère pratique et facilement applicable du droit codifié. Ce désir s'inscrit dans le dessein de réforme pastorale voulu par Pie X, dans lequel le code, et non plus une collection canonique, devait faciliter la compréhension et l'application du droit, en le disposant suivant des articles brefs, sans démonstrations ou commentaires, mais avec des notes qui en indiquaient les sources.<sup>15</sup>

Dans un tel cadre, le rôle de l'histoire (toujours ici dans le sens de « droit du passé ») apparaît essentiellement pratique. L'histoire sert de « matériel normatif », de « réservoir de normes » en vue de sa reformulation en canons clairs et concis. La continuité avec l'histoire est maintenue, mais disparaît alors une autre dimension de l'histoire comme connaissance scientifique du passé. Il ne s'agit pas pour autant de « d'instrumentaliser » l'histoire, car le projet de codification ne prétend pas a priori « utiliser » ou « déformer » l'histoire selon une idéologie préconçue, mais l'histoire se trouve néanmoins réduite à un pur contenu normatif. C'est sans doute pour cette raison que Stickler, bien qu'il soit en faveur de la thèse de la continuité, indiquait un changement de point de vue de la part des canonistes. Ses réflexions sont décisives pour comprendre les raisons profondes de l'éloignement entre science historique et connaissance canonique au cours du processus de codification :

Jusqu'au code, tous les canonistes [...] étaient aussi nécessairement des historiens ; ou plutôt, ils devaient avoir une connaissance du statut « historique » du droit en vigueur

<sup>15</sup> Cfr. G. BRUGNOTTO, *Il Codex del 1917 : la scelta della codificazione per la riforma della Chiesa*, « Quaderni di diritto ecclesiale » 30 (2017) 152 : « Il carattere molto pratico del progetto di codificazione si intravede nel pro-memoria che il Papa invia a Gasparri l'11 marzo 1904 : “Per tutto questo io propenderei per l'immediata codificazione, che si compendierebbe : 1° Nell'estendere in brevi articoli le prescrizioni del diritto secondo i vari argomenti senza dimostrazioni e commenti e colle semplici note d'onde furono tolti ; 2° Nell'abbandonare tutto quello che fu abrogato [,] nel riformare e nell'aggiungere ciò che manca nella legislazione ecclesiastica ; 3° nel conservare le tradizioni sulla divisione del codice in *diritto pubblico e privato*, nei *Giudizi ecclesiastici*, in *personis*, in *rebus*, etc. » Le pro-memoria a été publié par C. FANTAPPIÈ, *Gl'inizi della codificazione pio-benedettina*, « Il diritto ecclesiastico » 113 (2002) 81.

[...]. Mais cette connaissance était éminemment pratique, plus que scientifique. De fait, les grands commentaires des « *probati auctores* » étaient en général des traités exégétiques sur les décrétales, alors que très peu d'entre eux exposaient tout ou partie du droit en vigueur avec une méthode scientifique proprement historique.<sup>16</sup>

L'expression utilisée par Stickler indique un des facteurs décisifs qui explique le sort de la science historique dans le processus de codification et dans le droit codifié. La problématique de l'histoire dans la codification n'est pas tant celle de la continuité ou de la rupture avec le droit du passé, que celle de la nature de la connaissance historique et de sa finalité dans le nouveau droit canonique. Les codificateurs ne souhaitaient pas bouleverser ou effacer le droit passé, mais leurs préoccupations étaient pratiques et non scientifiques.<sup>17</sup> Leur façon d'utiliser l'histoire a déterminé en grande mesure son futur après la codification : « Cette mentalité des codificateurs, unie à la finalité éminemment pratique de la codification de Pie X sont par conséquent les causes principales du fait que cette grande œuvre n'ait pu devenir la marraine de l'histoire scientifique et de la science historique du droit canonique ».<sup>18</sup>

Le caractère pratique de l'utilisation de l'histoire dans le processus de codification fut aussi renforcé par la systématique retenue. Le choix du modèle des codifications civiles a orienté les codificateurs vers les « Institutions », qui offraient un ordre relativement systématique et logique adapté à une finalité pratique, pour la connaissance et l'application de la loi. Suivant Stickler, même si les codificateurs furent conscients du danger de graves incohérences qui devaient se répercuter sur les conceptions fondamentales du droit canonique lui-même,<sup>19</sup> les avantages d'un

<sup>16</sup> STICKLER, *La funzione della scienza storica*, 527. La traduction est nôtre.

<sup>17</sup> *Ibidem* : « I canonisti dunque, che erano incaricati della codificazione, essendo tutti giuristi con preoccupazioni pratiche e in possesso di tutte le necessarie conoscenze storico-pratiche del diritto della Chiesa, non sentivano, nella loro grande maggioranza, il bisogno di una penetrazione storico-scientifica del vasto materiale. » Stickler poursuit en citant quelques exemples : « pur trovandosi in mezzo ad essi anche uomini di grande sensibilità giuridico-storica (p. es. tra i consumati il Wernz e tra i giovani Eugenio Pacelli). Il tipo classico è rappresentato proprio dal più grande di essi che era il vero artefice del lavoro e perciò dello stesso Codice, Pietro Gasparri. Le sue stesse opere ne sono una chiara testimonianza, ma anche uomini che lo hanno conosciuto da vicino e personalmente, lo affermano esplicitamente. Tra questi il Cardinale Fr. Roberti che tenne la solenne commemorazione del 25° della morte del Gasparri all'Università del Laterano nell'ottobre del 1959, e che disse in questa occasione testualmente : "Il Gasparri non fu un'erudito del diritto, non c'è quasi nulla di erudizione nei suoi testi ; egli lesse ben pochi libri anche giuridici. Nemmeno fu un teorico che abbia elaborato nuovi sistemi dottrinali, ma fu un giurista vero, pratico. Intese il diritto come lo intesero i Romani : *ars boni et aequi*." » (F. ROBERTI, *Commemorazione del 25° della morte di Gasparri*, « Apollinaris » 33 [1960] 35).

<sup>18</sup> La traduction est nôtre. Cfr. STICKLER, *La funzione della scienza storica*, 528.

<sup>19</sup> Cfr. *ibidem*, 529-530 ; T. SOL, *La sistemática del Codice canonico del 1917 comparata con quelle delle codificazioni civili del tempo*, « Ephemerides iuris canonici » 57/2 (2017) 473-506. La division

système simple et si proche des codes civils étaient supérieurs. Ainsi l'histoire, réduite au statut de source de matériaux normatifs pour la rédaction des nouveaux canons, n'est plus intégrée au niveau scientifique de la réflexion canonique, car la systématique choisie ne procédait pas d'une réflexion sur l'évolution propre du droit dans l'Église, mais empruntait la voie de la rationalité abstraite et déductive qui animait les codifications civiles.<sup>20</sup>

### III. LE RÔLE DES SOURCES DANS L'INTERPRÉTATION DES CANONS ET DANS L'ENSEIGNEMENT

Les critères d'interprétation des canons et les dispositions pour l'organisation de l'enseignement du droit canonique complètent la description du rapport entre histoire et codification. La signification et les effets de l'utilisation de la méthode exégétique ont déjà été amplement étudiés.<sup>21</sup> Le droit antique abrogé par le code perdit sa qualité de source de droit. Il demeura un moyen d'interprétation des nouveaux canons (can. 6, 2<sup>o</sup>), mais de second rang. Le droit antique n'aura pas même le caractère de source subsidiaire, car on lui préférera l'analogie pour combler les lacunes de la loi (can. 20).<sup>22</sup> En ce qui concerne l'enseignement du droit canonique, par l'instruction *Cum novum iuris* du 7 août 1917,<sup>23</sup> la Congrégation des séminaires et des universités préconisa l'utilisation de la méthode exégétique :<sup>24</sup> le code devait être expliqué non pas de façon synthétique mais à l'aide d'une analyse

entre *personae*, *res actiones* et la difficulté de son application au droit canonique en est un exemple habituel.

<sup>20</sup> Sur les problèmes posés par l'adoption de la codification civile, cfr. C. FANTAPPIÈ, *Dal paradigma canonistico classico al paradigma codificatorio*, dans N. ALVAREZ DE LAS ASTURIAS, E. BAURA, T. SOL (ed.), *La codificazione e il diritto nella Chiesa*, Giuffrè, Milano 2017, 3-34 ; E. BAURA, *Lo spirito codificatore e la codificazione latina*, « Ius Ecclesiae » 29 (2017) 15-37.

<sup>21</sup> Nous nous limitons à citer C.R.M. REDAELLI, *Il metodo esegetico applicato al codice di diritto canonico del 1017 e a quello del 1983*, « Periodica de re morali canonica liturgica » 86 (1997) 57-100 ; *L'adozione del principio della codificazione : significato ecclesiologico soprattutto in riferimento alla ricezione*, dans H. LEGRAND, J. MANZANARES, A. GARCÍA Y GARCÍA (ed.), *La recepción y la comunión entre las Iglesias (Actas del Coloquio internacional de Salamanca, 8-14 abril 1996)*, Universidad Pontificia de Salamanca, Salamanca 1997 ; V. GÓMEZ-IGLESIAS, *La ricezione del Codice del 1917 nella dottrina e nell'insegnamento*, dans ALVAREZ DE LAS ASTURIAS, BAURA, SOL (éd.), *La codificazione e il diritto nella Chiesa*, 71-119.

<sup>22</sup> Cfr. SEDANO RUEDA, *Dal Corpus iuris canonici*, 234.

<sup>23</sup> S. CONGREGATIO DE SEMINARIIS ET DE STUDIORUM UNIVERSITATIBUS, *Cum novum iuris - De novo Iuris Canonici Codice in Scholis proponendo*, AAS 9 (1917) 439.

<sup>24</sup> Alors qu'un premier projet insistait sur l'importance d'un encadrement historique de l'exégèse des canons, Pietro Gasparri avait finalement imposé l'application des méthodes utilisées pour l'interprétation des codes civils. Cfr. FANTAPPIÈ, *Chiesa romana e modernità giuridica*, 1152-1153 ; GÓMEZ-IGLESIAS, *La ricezione del Codice del 1917*, 88.

minutieuse, canon par canon. Les professeurs et les docteurs devaient « *singulos cano-nes diligenti explanatione interpretari* », même si, afin de favoriser une connaissance plus profonde du droit chez les élèves, on leur demandait également, lorsqu'ils aborderaient l'étude d'une institution juridique, d'en exposer les origines, les développements et les changements qui se sont produits au fil du temps.<sup>25</sup>

Une autre instruction de la même congrégation, *Legum canonicarum Codice – De experimentis ad gradus in iure canonico assequendos* du 31 octobre 1918<sup>26</sup> établit en outre des prescriptions concernant les examens, selon lesquelles les candidats devaient être aussi en mesure de faire un exposé de l'origine, du développement et de l'histoire de chaque institution canonique. Toutefois ce document aura pour effet pratique de diminuer encore la dimension historique dans l'interprétation des normes du code, en faveur de sa dimension rationnelle et atemporelle, à la différence des intentions du pape Pie X et des rédacteurs du code.<sup>27</sup> Ces normes devinrent plus flexibles grâce à la constitution apostolique *Deus scientiarum Dominus – De Universitatibus et Facultatibus Studiorum Ecclesiasticorum* du 24 mai 1931<sup>28</sup> et dans les *Ordinationes* pour leur correcte application de la Congrégation pour les séminaires et les universités.<sup>29</sup> L'article 29 de la constitution apostolique *Deus scientiarum Dominus* établissait en effet que dans les facultés de droit canonique, aussi bien l'histoire et le texte des lois ecclésiastiques que leur *ratio* et leurs liens devaient être exposés de façon scientifique.<sup>30</sup> L'article 27 des *Ordinationes* mentionnait quatre disciplines auxiliaires : les institutions du droit romain, le droit concordataire, les éléments de droit civil en vigueur et l'histoire du droit canonique (sources, institutions, science).<sup>31</sup> La méthode exégétique ne fut donc pas si exclusive qu'on a pu le dire et a laissé quelque espace à la connaissance historique des institutions juridiques.<sup>32</sup>

<sup>25</sup> Cfr. GÓMEZ-IGLESIAS, *La ricezione del Codice del 1917*, 88-89.

<sup>26</sup> S. CONGREGATIO DE SEMINARIIS ET DE STUDIORUM UNIVERSITATIBUS, *Legum canonicarum Codice - De experimentis ad gradus in Iure Canonico assequendos*, AAS 11 (1919). Cfr. GÓMEZ-IGLESIAS, *La ricezione del Codice del 1917*, 89.

<sup>27</sup> Cfr. GÓMEZ-IGLESIAS, *La ricezione del Codice del 1917*, 89-90. L'auteur ajoute que Franz Xaver Wernz, peu de temps avant de mourir, en 1914, écrivait que la méthode historique aurait été encore plus nécessaire et utile aux canonistes après la codification (F.X. WERNZ, *Ius decretalium ad usum praelectionum in scholis textus canonici sive iuris decretalium*, ex officina libraria Giachetti, Prati 1913<sup>3</sup>, Vol. 1, n. 265, 383).

<sup>28</sup> AAS 23 (1931) 241-262.

<sup>29</sup> AAS 23 (1931) 263-284.

<sup>30</sup> « In Facultate Iuris Canonici tam historia et textus legum ecclesiasticarum quam earundem ratio et nexus modo scientifico exponatur ».

<sup>31</sup> Cfr. GÓMEZ-IGLESIAS, *La ricezione del Codice del 1917*, 91-92.

<sup>32</sup> Cfr. REDAELLI, *Il metodo esegetico*, 64.



Comment ces prescriptions furent-elles mises en application ? Dans la pratique, en ce qui concerne l'enseignement dans les séminaires, instituts et facultés ecclésiastiques, les manuels d'Albert Blat<sup>33</sup> et de Pietro Vidal<sup>34</sup> intégraient l'histoire du droit, même si dans le manuel de Vidal le recours à l'histoire reste en réalité assez discret lorsqu'il aborde les diverses institutions.<sup>35</sup> L'application de la méthode exégétique pesa lourdement sur la science canonistique en particulier au cours des dix premières années qui suivirent la promulgation du code.<sup>36</sup> Ceci eut un double effet : d'un côté l'affaiblissement de l'influence que l'école historique allemande avait commencé à exercer à travers l'œuvre de Wernz ; d'un autre côté, le développement durable de la doctrine canonique de type exégétique.<sup>37</sup> Certes, la méthode exégétique ne fut pas exclusive, mais elle tendit à prédominer comme instrument didactique plus que comme choix méthodologique délibéré au niveau de la science canonique.<sup>38</sup>

<sup>33</sup> Cfr. A. BLAT, *Commentarium textus codicis iuris canonici. Liber I. Nonnae generales. Praevio Tracratu Introductorio et Appendice subsequente de legibus ac libris liturgicis*, F. Ferrari, Romae 1921, 30. Redaelli résume ainsi les trois objectifs que Blat avait assignés à son travail : suivre la connexion des canons, en expliquant les motivations et en les traitant avec estime et amour ; montrer les ressemblances et les différences avec le droit précédent ; interpréter les canons suivant l'esprit et la volonté du Législateur.

<sup>34</sup> Cfr. F.X. WERNZ, VIDAL, *Ius canonicum ad Codicis normam exactum. I : Normae generales*, Pontificia Universitas Gregoriana, Romae 1938, 86.

<sup>35</sup> Cfr. REDAELLI, *Il metodo esegetico*, 67-68.

<sup>36</sup> Cfr. GÓMEZ-IGLESIAS, *La ricezione del Codice del 1917*, 95. L'auteur fait référence à l'analyse de Pedro Lombardia qui écrivait : « Pubblicato il Codice, l'interesse dei canonisti, in primo luogo di quelli delle facoltà ecclesiastiche, si accentrò sul nuovo corpo legale, la cui esegesi fu la meta degli sforzi scientifici successivi e la cui sistematica ispirò le nuove opere fondamentali di carattere generale. Wernz [...] fu di quelli che resero possibile, nono-stante lo scetticismo di altri, l'opera della codificazione e che rappresentano, indubbiamente, una parentesi nel processo di decadenza ; ma, pubblicato il Codice, l'influenza immediata dello "Ius Decretalium" doveva terminare ». Cfr. P. LOMBARDÍA, *Aportaciones de Vincenzo del Giudice al estudio sistemático del Derecho canónico*, « Ius Canonicum » 2 (1962) 289-325. On trouve une version italienne du texte dans P. LOMBARDÍA, *Contributi di Vincenzo del Giudice allo studio sistematico del Diritto Canonico*, « Il diritto ecclesiastico » 74 (1963) 3-48.

<sup>37</sup> Cfr. GÓMEZ-IGLESIAS, *La ricezione del Codice del 1917*, 95-96 ; J. FORNÉS, *La ciencia canónica contemporánea : valoración crítica*, Eunsa, Pamplona 1984, 296-307.

<sup>38</sup> REDAELLI, *Il metodo esegetico*, 69-70 : « Pare importante sottolineare che non si può essere semplicisti nel classificare tutta o una buona parte della canonistica successiva al Codice del 1917, legata agli istituti accademici ecclesiastici, come esegetica. In realtà, l'innegabile preponderanza del metodo esegetico va vista come prevalenza del riferimento al *textus* del codice, non come esclusività metodologica : è il codice che va capito, interpretato, studiato e – forse soprattutto – applicato. Per fare ciò occorre certamente sottoporlo a esegesi, utilizzando tutte le indicazioni che lo stesso codice offre in materia di interpretazione (cfr. cc. 17-20), ma con l'aiuto della storia e sulla base di una buona cultura giuridica generale (da qui la presenza della filosofia del diritto, del

En ce qui concerne le rôle de l'histoire dans la doctrine, il est intéressant de reprendre les conclusions de Redaelli sur la position de la canonistique laïque italienne :

Tout au plus, comme le soutient D'Avack, l'option pour la méthode exégétique [...] peut être comprise dans la mesure où dans les séminaires et les institutions académiques pontificales l'enseignement du droit canonique n'avait pas pour but la formation juridique [...] mais « avait toujours un caractère et une fonction de préparation professionnelle. Son rôle fondamental était en fait surtout pratique et consistait à former de bons fonctionnaires pour les institutions de l'Église.<sup>39</sup> » L'exégèse est acceptable pour former des fonctionnaires, mais pas des universitaires.<sup>40</sup>

À partir de la codification, l'histoire fut donc utilisée dans l'enseignement comme discipline auxiliaire pour aider à comprendre l'origine des institutions et mettre en rapport le nouveau droit avec les sources du passé, mais dans un but essentiellement pratique. D'Avack souhaitait cependant qu'un traitement différent soit réservé à l'histoire dans le domaine de la recherche. Là se trouvent en partie les prodromes de la séparation entre une utilisation pratique et limitée de l'histoire comme introduction à l'étude des canons (qui réduit l'histoire à un ornement érudit de l'étude pour former de « bons fonctionnaires de l'Église ») et une étude scientifique, mais séparée du droit vigueur. C'est précisément ce point que nous devons maintenant analyser.

#### IV. LA SÉPARATION ENTRE L'HISTOIRE ET L'EXPOSITION DU DROIT EN VIGUEUR

En 1905 Auguste Boudinhon avertissait déjà les canonistes sur les conséquences possibles de la codification : « Les anciens textes garderont leur valeur historique, et même, jusqu'à un certain point, leur valeur juridique ; mais ils cesseront d'être des lois, et perdront toute valeur législative officielle.<sup>41</sup> » Certains commentaires d'Alfons Maria Stickler et d'Ulrich Stutz, focalisés sur la place laissée à la science historique dans le droit canonique après la codification semblent spécialement emblématiques du changement de statut épistémologique du droit antique au cours de son passage à l'histoire. Selon eux, le divorce entre histoire et droit en

diritto romano, ecc. nel piano di studi proposto dalla *Deus scientiarum Dominus* e dalle relative *Ordinationes*) ».

<sup>39</sup> P.A. D'AVACK, *Corso di diritto canonico. 1. Introduzione sistematica al diritto della Chiesa*, A. Giuffrè, Milano 1956, 8. La traduction est nôtre.

<sup>40</sup> REDAELLI, *Il metodo esegetico*, 77-78. La traduction est nôtre.

<sup>41</sup> A. BOUDINHON, *De la codification du droit canonique (1905)*, « Le canoniste contemporain » 28 (1905) 77.

vigueur devait être interprété en termes positifs de libération de l'histoire et de voie enfin ouverte à une « pure historicité ».

Ils observent tout d'abord, comme nous l'avons vu, que les normes des collections canoniques précédentes furent à la fois intégrées et abolies par la codification. Il s'agissait là d'une nouveauté dans l'histoire de la législation ecclésiastique. Ainsi, selon Stickler, qui reprenait alors les très pertinentes observations de Stephan Kuttner, « le code a créé de façon involontaire ce divorce entre histoire et droit en vigueur que l'on peut aujourd'hui constater, sauf à de rares mais notables exceptions, dans l'enseignement et dans l'application pratique du droit canonique.<sup>42</sup> » Mais en retour, au lieu de nuire à la discipline historique du droit canonique, cela lui a plutôt été bénéfique, parce qu'en la libérant de sa fonction pratique, superficielle et souvent non scientifique, du point de vue proprement historique, cette situation lui a ouvert de larges possibilités pour un s'organiser de façon autonome et suivant les critères de la science moderne.<sup>43</sup>

La remarque de Stickler porte sur deux aspects. Il reconnaît d'un côté le divorce entre les deux disciplines scientifiques : le droit du passé fait pleinement partie de l'histoire en ce qui concerne sa formulation, mais il est précisément « histoire » parce qu'il a cessé d'être « droit » ! D'où la seconde observation : ce divorce est interprété de façon positive en termes de libération. En somme, le droit antique aurait été soulagé de son utilisation pratique, non scientifique, et le prix à payer (son abolition ou sa mort officielle en tant que droit) serait la condition de sa renaissance sous une forme autonome e maintenant vraiment scientifique. Stickler a en fait raison, car, sous le profil de la considération de l'histoire, la codification a en effet consenti de percevoir l'historicité des sources et cela a eu des conséquences bénéfiques sur le développement spécialisé de la science historique du droit canonique.<sup>44</sup>

Une telle séparation avait en effet été préconisée par Stutz dans sa conférence de 1905, où il réclamait l'autonomie méthodologique pour la science historico-canonique.<sup>45</sup> Juste après la promulgation du code, Stutz avait repris le même

<sup>42</sup> Cfr. STICKLER, *La funzione della scienza storica*, 534. L'auteur fait référence à S. KUTTNER (ed.), *Commemorazione*, 39, dont nous traduisons ici nous-mêmes le texte.

<sup>43</sup> Nous traduisons ici librement STICKLER, *La funzione della scienza storica*, 534. L'auteur fait référence à STUTZ, *Der Geist des Codex*, 166-173.

<sup>44</sup> Cfr. ERRÁZURIZ, *Lo studio della storia*, 117-118, que nous traduisons ici librement. L'auteur semble suivre la même idée que Stickler, quand celui-ci écrivait : « Fino al Codice di diritto canonico del 1917 l'accumulo delle fonti almeno formalmente in vigore produceva certo un qualche contatto pratico del canonista con la storia, ma nello stesso tempo favoriva una mancanza di vera mentalità storica, dal momento che i vari strati delle fonti apparivano anzitutto come testi giuridici vincolanti in ciò che non fosse stato abrogato » (STICKLER, *La funzione della scienza storica*, 534).

<sup>45</sup> U. STUTZ, *Die Kirchliche Rechtsgeschichte : Rede zur Feier des 27. Januar 1905 gehalten in der Aula der Universität zu Bonn*, F. Enke, Stuttgart 1905. Cfr. les analyses de C. FANTAPPIÈ,

argument et affirmait que le nouveau code, en abolissant le droit précédent, avait en fait permis de rendre « purement historique » tout un matériel qui, avant la codification, était en même temps la discipline canonique toujours en vigueur.<sup>46</sup> En référence au canon 6 § 2-4,<sup>47</sup> Stutz précisait que cela valait pour les lois du passé en contradiction avec le nouveau code, pour les lois non mentionnées dans le code, spécialement les lois pénales,<sup>48</sup> mais aussi pour le droit en harmonie avec le nouveau code. Tout ce matériel juridique « tombait » pour ainsi dire dans le domaine de l'histoire, car il ne servait encore au droit en vigueur que dans la mesure où il pouvait aider à interpréter une nouvelle norme.<sup>49</sup> Selon Stutz, le droit passé en concordance avec le nouveau droit avait donc une vie subsidiaire, secondaire comme droit, mais pouvait acquérir une « vie nouvelle » en entrant dans l'histoire. Quant au droit qui n'avait pas été repris ou qui se trouvait en contradiction avec le nouveau code, il n'était même plus une source juridique, mais seulement un « *Rechtsdenkmal* ». <sup>50</sup> Tout le droit en vigueur jusqu'au code de 1917 appartenait désormais à l'histoire du droit et dans le meilleur ou, peut-être

*Problems of Methodology in Canon Law in the 20th Century*, dans M. FAGGIOLI, A. MELLONI (ed.), *Religious Studies in the 20th Century. A Survey on Disciplines, Cultures and Questions. International Colloquium Assisi 2003*, LIT Verlag, 2006, 121-134 ; *Storia del diritto canonico in epoca moderna : problemi e prospettive*, 485.

<sup>46</sup> STUTZ, *Der Geist des Codex*, 161 : « Der Erlass des neuen Gesetzbuchs bewirkt auch, dass eine Unmenge von Rechtsstoff, der bisher als geltend mitgeführt wurde, wiewohl er vielleicht tatsächlich nicht mehr zur *vigens disciplina ecclesiae* gehörte, in aller Form außer Geltung gesetzt und der Geschichte überwiesen, also rein historisch wird. » Stutz se réfère au can. 6 §1 : « Leges quaelibet, sive universales sive particulares, praesciptions huius Codicis oppositae, abrogantur, nisi de particularibus legibus aliud expresse caveatur. »

<sup>47</sup> Can. 6 § 2 « Canones, qui ius vetus ex integre referunt, ex veteris iuris auctoritate, atque ideo ex receptis apud probatos auctores interpretationibus, sunt aestimandi ; § 3 Canones qui ex parte tantum cura veteri iure congruunt, qua congruunt, ex iure antiquo aestimandi sunt ; qua discrepant, sunt ex sua ipsorum sententia diiudicandi ; § 4 In dubio num aliquod canonum praescriptum cum veteri iure discrepet, a veteri iure non est recedendum. »

<sup>48</sup> Can. 6 §5 : « Quod ad poenas attinet, quarum in Codice nulla fit mentio, spirituales sint vel temporales, medicinales vel, ut vocant, vindicativae, latae vel ferendae sententiae, eae tanquam abrogatae habeantur. »

<sup>49</sup> Cfr. STUTZ, *Der Geist des Codex*, 163 : « Doch nicht genug damit. Auch das ältere Gesetzesrecht, das mit den Bestimmungen des Kodex übereinstimmt, fällt tatsächlich der Rechtsgeschichte anheim. Es ist zwar nicht ausdrücklich außer Kraft gesetzt. Aber es dient höchstens noch als Auslegungsmittel. Kanones des neuen Gesetzbuches, die ganz oder zum Teil mit dem alten Rechte übereinstimmen, sollen nämlich in dessen Sinn verstanden werden. Weiter nichts. Mit anderen Worten : Das bisherige Recht führt auch in dem Regelfalle der Übereinstimmung des neuen mit ihm nur noch ein Scheindasein, es lebt bloß der Idee nach in der ursprünglichen Fassung fort, es ist nur, um die Tradition zu wahren und den Zusammenhang mit der kirchlichen Vergangenheit nicht zu stören, nicht ausdrücklich aufgehoben worden. »

<sup>50</sup> *Ibidem*, 164 : « Die vor dem Kodex ergangenen Kirchengesetze, die in dem Gesetzbuch nicht ausdrücklich aufrechterhalten sind, haben, auch soweit sie und die neuen Kanones materiell

pour Stutz, le pire des cas, il restait une source indirecte du droit en vigueur.<sup>51</sup> Ainsi naissait et pouvait se développer selon Stutz une vraie science historique du droit. D'une certaine manière, et de façon assez surprenante, la codification avait donné naissance à une science historique du droit canonique en « rejetant » le droit passé dans l'histoire :

À peu près à la même époque que la codification, se développa un mouvement scientifique qui voulait assurer à la science du droit canonique un traitement égal à celui des sciences du droit romain et du droit allemand. Il fallait pour cela opérer une division nette entre histoire, dogmatique ou systématique dans le droit canonique et promouvoir l'histoire du droit canonique au statut d'objet de recherche et de connaissance.<sup>52</sup>

Quelles sont les conséquences de cette « pure historicité » revendiquée par Stutz, et comment les qualifier ? Elles sont sans doute positives si l'on considère comme Stutz que seul un droit « mort » comme droit peut devenir un objet d'étude scientifique historique et si l'on pense en outre que la canonistique soit au fond exclusivement une science du code.<sup>53</sup> Néanmoins, la notion de « pure historicité » semble aussi liée à une vision partielle du statut épistémologique de l'histoire comme science. Rémi Brague offrait récemment une réflexion sur la science historique au cours de la Modernité, qui pourrait être parfaitement appliquée ici à notre problématique :

Nous aimons le passé historique dans la mesure où il est tenu à distance de nous par la science historique qui le « prépare » comme un animal à disséquer, et le réduit au statut d'objet de connaissance. Le passé devient alors ce qui est autre que nous.<sup>54</sup>

übereinstimmen, tatsächlich nicht mehr die Bedeutung von Rechtsquellen, sondern nur noch die von Rechtsdenkmälern. »

<sup>51</sup> *Ibidem* 164-165 : « Er wird dadurch zur Hauptquelle, zu der die älteren, nur noch für Auslegungszwecke in loser – man mochte sagen, höchst akademischer – Beziehung verbleiben. Nicht einmal als subsidiäre Quelle im eigentlichen Sinne [...] kommt das *Corpus iuris canonici* für das Recht des Kodex im Betracht [...] nur in dem oben erwähnten beschränkten Sinne, nämlich zur Auslegung, zum Verständnis übernommenen alten Rechtes tritt das *Corpus iuris canonici* noch dem Kodex hinzu, ist in diesem, und zwar nicht einmal ausdrücklich, sondern nur unter der Bezeichnung *veteris iuris auctoritas* auf jenes mit verwiesen. » L'auteur fait référence au canon 20 : « Si certa de re desit expressum praescriptum legis sive generalis sive particularis, norma sumenda est, nisi agatur de poenis applicandis, a legibus latis in similibus ; a generalibus iuris principiis cum aequitate canonica servatis ; a stylo et praxi Curiae Romanae ; a communi constantique sententia doctorum ».

<sup>52</sup> *Ibidem*, 167. La traduction est nôtre.

<sup>53</sup> *Ibidem*, 169 : « Die Kanonistik der Zukunft, wenigstens der nächsten, wird also eine durchaus exklusive Kodizistik sein. Und dennoch erhoffe ich von dem Kodex eine Förderung unserer auf die Verselbständigung der kirchlichen Rechtsgeschichte abzielenden Bewegung ».

<sup>54</sup> BRAGUE, *Modérément moderne*, 57. L'auteur ajoute : « Une formule de Nietzsche met en lumière, sans le thématiser ce parallélisme : une certaine sorte d'histoire consiste à faire « le

La « pure historicité » comprise comme altérité et éloignement du droit en vigueur confère sans doute à l'histoire une certaine autonomie et permet à la science de se développer en travaillant sur un matériel devenu inerte, mais elle perd en même temps son intérêt, précisément parce qu'elle n'est plus vivifiée par le contact avec la réalité. Les mots de Rémi Brague nous mettent en garde contre une telle tentation :

Comme pour le passé naturel, nous utilisons volontiers le passé historique comme un supermarché de modèles anthropologiques dépassés alimentant notre relativisme. En revanche, nous nous méfions du passé historique dans la mesure où nous en sentons la présence en nous comme ce qui nous détermine plus ou moins consciemment à une conduite particulière ; là aussi, nous avons trouvé un terme péjoratif et parlons du « traditionnel ». Nous nous présentons alors le devenir historique non plus comme une prolongation créatrice du passé, mais comme un dépassement qui doit progresser par rapport à celui-ci.<sup>55</sup>

Il n'est donc pas aussi certain que la « pure historicité » aide la science historique et rende aussi service à la canonistique, « dans la mesure où elle a porté à une profonde rupture ou à un divorce, comme Kuttner n'hésitait pas à le définir, entre histoire et droit. Cette scission a été remarquée à maintes reprises dans l'enseignement et dans l'application du droit canonique.<sup>56</sup> » Carlos-José Errázuriz a aussi remarqué que, « comme contrecoup presque inévitable, le recours pratique à l'histoire de la part des canonistes qui s'occupaient du droit en vigueur, sauf cas exceptionnel, a passablement diminué.<sup>57</sup> » Les sources du passé, spoliées de la valeur juridique qu'elles pouvaient encore avoir pour le présent, ne sont pas parvenues à trouver, en dépit de leur nouveau statut épistémologique d'expression proprement et seulement historique, des raisons suffisantes pour susciter l'intérêt, ni chez les canonistes et ni peut-être même chez les historiens.<sup>58</sup>

promeneur gâté dans le *jardin* du savoir » (F.W. NIETZSCHE, *Unzeitgemässe Betrachtungen*, II : *Vom Nutzen und Nachteil der Historie für das Leben*, A. Kröner, Stuttgart 1964, préface, t. 1, 245).

<sup>55</sup> BRAGUE, *Modérément moderne*, 58.

<sup>56</sup> Cfr. SEDANO RUEDA, *Dal Corpus iuris canonici*, 233-234. L'auteur fait référence à STUTZ, *Die Kirchliche Rechtsgeschichte*; *Der Geist des Codex*, 166-173; KUTTNER, *The Code of Canon Law in Historical Perspective*, 139.

<sup>57</sup> ERRÁZURIZ, *Lo studio della storia*, 118.

<sup>58</sup> Cfr. *ibidem*, 118-119 : « I progressi della scienza storica, che nel discorso di Stutz venivano caldeggiati non solo come di per sé interessanti ma anche come di grande rilevanza per meglio comprendere il diritto vigente contribuiscono spesso ad approfondire la distanza psicologica nei suoi confronti da parte dei cultori della scienza canonica sul diritto vigente. Normalmente essi ammirano il rigore del lavoro storiografico, ma non osano avvicinarsi ad esso, in quanto lo

## V. NOTION DE DROIT ET ÉTUDE DE L'HISTOIRE

Dans l'introduction de *Chiesa romana e modernità giuridica* Carlo Fantappiè insistait sur la nécessité de « récupérer la dimension historico-spatiale du droit dans l'Église catholique » afin de dépasser une vision statique et abstraite du droit, victime d'un processus de *de-historisation* et de *de-spatialisation* advenu lors de la première codification.<sup>59</sup> Comme nous l'avons vu, les raisons de la *de-historisation* du droit sont multiples : un processus de codification aux visées essentiellement pratiques, la prédominance d'une option positiviste, une méthode d'enseignement basé sur l'exégèse des seuls canons, le désir des canonistes de se libérer de l'histoire et celui des historiens de rendre autonome leur propre discipline.

Pour récupérer le lien effectif entre l'étude du droit en vigueur et l'histoire, réaffirmer l'importance de cette dernière est néanmoins aussi nécessaire qu'insuffisant. Personne ne s'oppose en fait vraiment à l'enseignement de l'histoire. Le normativisme accentuerait même paradoxalement et apparemment l'historicité du droit<sup>60</sup> au prix toutefois de sa réduction à un pur contexte culturel, social et politique. Le processus d'éloignement de l'histoire et du droit est en réalité double et concomitant : la science historique s'est centrée sur un objet purement historique, détaché du droit en vigueur et a par conséquent perdu ou renoncé à

considerano una sorta di mondo scientifico separato, molto esigente e quasi inaccessibile ai non specialisti. » L'auteur fait référence à STUTZ, *Die Kirchliche Rechtsgeschichte*, 19-27

<sup>59</sup> C. FANTAPPIÈ, *Chiesa romana e modernità giuridica*, XXVI-XXVI : « Conquistare il codice canonico al *dominio della storia* resta [...] un obiettivo di primaria importanza non solo e non tanto per gli storici delle codificazioni [...] ma anche e soprattutto per i canonisti che si trovano ad insegnare o ad interpretare il diritto della Chiesa. Dopo l'aggiornamento dei canoni e il rinnovamento dell'impostazione generale voluti dai padri del Vaticano II, essi continuano a sentirsi gravati nei loro movimenti dalla pesante tutela della Scuola esegetica e ad avere il loro orizzonte limitato dal *diaframma* del codice pio-benedettino. Un diaframma solamente in apparenza neutro e privo di retaggi dottrinali e culturali, ma in realtà densissimo di premesse filosofiche, ecclesiologiche e giuridiche che l'opera di depurazione e di formalizzazione compiuta dai redattori ha volutamente celato per poter elevare il diritto canonico all'altezza della scienza giuridica secolare. »

<sup>60</sup> Cfr. ERRÁZURIZ, *Lo studio della storia*, 112-113. Ainsi, pour le normativisme, « la storia del diritto canonico sarebbe la storia dei canoni, ossia delle norme canoniche, del loro originarsi e succedersi nel tempo. [...] Secondo questa visione del diritto, ogni norma ha certamente dei precedenti, che vanno attentamente vagliati, specialmente quando concernono la stessa nascita della norma, nonché le norme precedenti che sono state di fatto considerate nel processo di elaborazione della nuova norma. Questo normativismo, tendenzialmente positivista, accentua in qualche modo la storicità del diritto canonico, poiché lo vede anzitutto come un prodotto culturale dell'uomo, legato ad un determinato momento del pellegrinaggio storico della Chiesa. Si tratta però di una storicità piuttosto ambigua, in quanto tende a separare il diritto dalla realtà ecclesiale. »

sa capacité d'interaction avec l'aspect juridique, tandis que le droit s'est lui-même réduit au seul texte normatif, produit de la seule volonté du législateur. Histoire et droit, victimes de leur revendication de scientificité pure, ont donc de concert contribué à rendre leur rapport extrinsèque, plus décoratif qu'herméneutique.

L'histoire, privée de finalité et de contenu juridique, ne semble plus être en mesure de remplir son rôle principal : comprendre les différences entre la forme et la substance du droit, entre les normes pérennes et ce qui résulte de leur adaptation dans le temps. En d'autres termes, elle ne permet plus de comprendre, grâce à la confrontation entre les différentes périodes comment agir de façon juste dans l'Église. C'était pourtant là tout son intérêt !<sup>61</sup> Il serait ici utile de citer quelques réflexions de Benoît XVI dans le contexte plus large de l'expression de la foi. Il affirmait qu'il serait toujours opportun de se demander ce qui relève des propositions essentielles et ce qui n'est au contraire que propre à une certaine époque. Ainsi, pour savoir ce qui est vraiment essentiel au christianisme, dit Benoît XVI, il faut toujours en revenir à l'évangile et se demander en premier lieu : qu'est-ce qui en fait partie ? Ensuite : qu'est-ce qui change avec le temps ? Enfin : qu'est-ce qui ne lui appartient pas ? Le plus important est finalement toujours de savoir opérer la bonne distinction.<sup>62</sup> Il semble possible d'appliquer au droit canonique ces trois dernières demandes. Elles confèrent à l'histoire du droit un rôle de toute première importance : l'histoire du droit nous intéresse dans la

<sup>61</sup> Cfr. N. ÁLVAREZ DE LAS ASTURIAS, *Il codice di diritto canonico di 1983 : Sua storia e nella storia. - Considerazioni al margine sulla quaestio del contributo del diritto canonico alla vita della Chiesa*, « Folia theologica et canonica » 4 (2015) 250-251. À propos de l'approche fondamentale de l'histoire du droit, l'auteur écrit : « È chiaro che in essa si possono trovare sia modelli, sia precedenti o alternativi a questioni particolari della legislazione attuale. Logicamente, questi approcci offrono abbondante materiale di riflessione per il canonista. Tuttavia, se c'è qualcosa che hanno in comune la storia del diritto canonico e la storia della teologia è che in entrambi si può trovare come diverse generazioni hanno risposto alle stesse domande essenziali, e come nelle risposte successive, si siano lentamente sedimentati, come convinzioni acquisite, elementi che oggi devono essere considerati irrinunciabili. Pertanto, il grande insegnamento che offre la storia del diritto canonico si trova nella risposta alle questioni essenziali che ogni generazione si pone. Sono domande sulla modalità giusta di agire nella Chiesa e sul modo di proteggere quella giustizia. Queste risposte si sono consolidate in quella speciale saggezza giuridica che riceve il nome di tradizione canonica. »

<sup>62</sup> BENEDIKT XVI, P. SEEWALD (ed.), *Licht der Welt : der Papst, die Kirche und die Zeichen der Zeit*, Herder, Freiburg im Breisgau-Basel-Wien 2010<sup>2</sup>, 170 : « Man muss natürlich immer fragen, welche Dinge, auch wenn sie einmal als wesentlich christlich galten, in Wirklichkeit nur Ausdruck einer bestimmten Epoche waren. Was also ist das wirklich Wesentliche ? Das heißt, wir müssen immer wieder auf das Evangelium und die Worte des Glaubens zurückgehen, um zu sehen : erstens, was gehört dazu ? ; zweitens, was ändert sich rechtmäßig im Wandel der Zeiten ? ; und drittens, was gehört nicht dazu ? Der maßgebliche Punkt ist letztendlich also immer, die richtige Unterscheidung zu finden. »



mesure où elle explique la réalisation de la justice au cours de chaque époque, c'est-à-dire dans la mesure où elle nous dit quelque chose de non seulement historique, mais aussi de juridique.

Encore faut-il dans le même temps préciser ce que nous entendons par juridique ! Voilà le second défi : trouver la notion de droit susceptible d'intégrer la dimension historique. D'un côté le droit peut être vu comme norme régulatrice extrinsèque à la réalité ecclésiale, de l'autre comme une dimension constitutive de l'Église.<sup>63</sup> Limiter le juridique à la norme s'avère de ce point de vue rédhibitoire : l'histoire du droit consistera seulement à énoncer la succession des textes normatifs.<sup>64</sup> Si l'on considère au contraire que le droit est une dimension constitutive de l'Église, alors « l'histoire du droit ecclésial est l'histoire de la dimension de justice propre et constitutive de l'Église elle-même. C'est avant tout l'histoire de la compréhension d'une telle dimension, en tant qu'aspect essentiel de la vérité de l'évangile.<sup>65</sup> » C'est en effet à cette condition que les disciplines historique et juridique entretiennent un rapport intrinsèque.<sup>66</sup>

Certaines caractéristiques spécifiques du droit canonique rendent le problème du lien entre droit et histoire encore plus aigu.<sup>67</sup> Le fait que le droit canonique soit un des plus anciens droits aujourd'hui en vigueur invite aussi à réfléchir sur la signification, les raisons et les conséquences d'une expérience juridique bimillénaire qui constitue un « laboratoire social » unique, porteur de solutions en termes de coordination des traditions juridiques.<sup>68</sup> Or, l'intérêt de cette histoire

<sup>63</sup> Cfr. ERRÁZURIZ, *Lo studio della storia*, 110.

<sup>64</sup> *Ibidem*, 109-110 : « Si è soliti evidenziare ad esempio quanto il positivismo giuridico di taglio normativista e formalista abbia influito nel determinare una scissione almeno tendenziale con la storia, in diversi rappresentanti della cd. scuola laica italiana. Ritengo che sarebbe altresì opportuno meditare sugli effetti benefici che un'adeguata concezione del diritto in generale, e poi specificamente di quello esistente nella Chiesa, possa procurare nell'ambito dei rapporti tra conoscenza storica ed attuale del diritto canonico. »

<sup>65</sup> *Ibidem*, 113-114. La traduction est nôtre.

<sup>66</sup> Cfr. *ibidem*, 120. L'auteur parle d'une convergence d'intérêts qui permettrait de « evitare dannosi isolamenti, che possono portare, da parte degli storici, a trascurare gli aspetti più tecnici della storia giuridica oppure ad orientare il campo delle ricerche secondo interessi diversi da quelli dei grandi problemi giuridici permanenti nella Chiesa, e, da parte dei cultori del diritto vigente, a perdere quella sensibilità storica tanto importante per il loro lavoro scientifico e prudenziale, che sa mettere costantemente in rapporto e valorizzare il diritto umano con riferimento alle circostanze di ogni luogo e momento. »

<sup>67</sup> Cfr. FANTAPPIÈ, *Storia del diritto canonico in epoca moderna : problemi e prospettive*, 489.

<sup>68</sup> Cfr. C. FANTAPPIÈ, *Il diritto canonico : una creazione giuridica superata ?*, « Quaderni di diritto e politica ecclesiastica » (2017) 242, 248. Cette expérience bimillénaire met à notre disposition une immense réserve qui contient de nombreux champs de l'activité humaine : juridique, culturel, religieux, social, psychologique. Cfr. P. LEGENDRE, *L'histoire du droit canonique classique et la science des cultures*, dans S. KUTTNER, J.J. RYAN (ed.), *Proceedings of the Second International*

est précisément lié à la spécificité du droit canonique. Fantappiè remarquait récemment que le droit canonique est davantage fondé sur des principes que sur des normes juridiques. Selon la distinction proposée par Max Weber, il s'agit un ordre rationnel matériel, dans la mesure où il privilégie la protection des exigences ético-religieuses et pratiques, de caractère substantiel.<sup>69</sup>

L'histoire du droit est donc une histoire qui a pour objet un droit dont la rationalité est *matérielle*, substantielle.<sup>70</sup> Le droit canonique n'est pas un ensemble de lois, mais plutôt une « mentalité juridique », qui dépasse le normatif. En affirmant cela, Fantappiè se référait aussi à Paolo Grossi, qui parlait d'une « mentalité empirique, qui privilégie le particulier, les circonstances d'un acte, les circonstances humaines en premier lieu mais aussi le contexte et qui conçoit par conséquent la règle juridique comme étant naturellement élastique. Parce qu'elle se concrétise précisément dans une analyse attentive de tant d'individualités, elle donne un rôle central et moteur au juge plus qu'au législateur.<sup>71</sup> » Perdre le lien avec l'histoire ou le comprendre comme un rapport seulement extrinsèque, c'est ôter au droit canonique sa spécificité, le priver de ses avantages comparatifs vis-à-vis des systèmes juridiques modernes et priver le droit en général des richesses de l'expérience canonique.

Le droit canonique trouve la raison de son développement dans les situations réelles. Or le phénomène de la codification, combiné au renforcement du positivisme juridique l'en a éloigné pour concevoir le droit comme une norme générale et abstraite que par une suite de syllogismes déductifs on appliquerait à un cas concret. Sans doute la solution au problème méthodologique du rapport entre

*Congress of Medieval Canon Law. Boston College, 12-16 August 1963*, Biblioteca Apostolica Vaticana, Città del Vaticano 1965, 281-292 ; *L'inscription du droit canon dans la théologie. Remarques sur la Seconde Scolastique*, dans S. KUTTNER, K. PENNINGTON (ed.), *Proceedings of the Fifth International Congress of Medieval Canon Law. Salamanca, 21-25 September 1976*, Biblioteca Apostolica Vaticana, Città del Vaticano 1980, 443-454

<sup>69</sup> Cfr. FANTAPPIÈ, *Il diritto canonico : una creazione giuridica superata?*, 238 : « Ciò fa la differenza rispetto agli ordinamenti di tipo *razionale formale*, fondati sull'imperio della legge e sulle esigenze di coerenza del sistema giuridico. Qui la preminenza viene data al carattere logico, alla deduzione di norme da norme ossia alla « previsionone » e alla « calcolabilità ». »

<sup>70</sup> Les conséquences sont importantes, comme le souligne Fantappiè (*Ibidem*, 240) : « La « razionalità materiale » del diritto canonico, rivolta a combinare aspirazioni etiche e prescrizioni tecnico-giuridiche, è poi produttiva di un'altra distinzione fondamentale : quella tra *legalità* e *legittimità*. L'ordinamento della Chiesa non può essere concepito come un cosmo di regole astratte, soggette all'interpretazione puramente logica. Piuttosto esso è portatore di imperativi etici che necessariamente conducono al riconoscimento del primato di ciò che è giusto e non di ciò che è legale. »

<sup>71</sup> P. GROSSI, *Diritto canonico e cultura giuridica*, dans C. FANTAPPIÈ (ed.), *Scritti canonistici*, Giuffrè, Milano 2013, 238

droit et histoire passe-t-il de façon prioritaire à travers la redécouverte du caractère matériel et substantiel de la rationalité du droit canonique.

#### ABSTRACT

Si le code de 1917 affirme se trouver en parfaite continuité avec le droit et la tradition canonique du passé, en dotant au passage la majorité des nouveaux canons d'une référence aux lois antérieures, il semble toutefois que la première codification, l'interprétation exégétique du code liés à un certain positivisme juridique aient provoqué un éloignement entre les sciences historiques et canoniques, en rendant problématique le concept même d'histoire du droit canonique. Sans doute la solution au problème méthodologique actuel réside-t-elle dans la redécouverte du caractère matériel et substantiel de la rationalité du droit canonique.

If the code of 1917 claims to be in perfect continuity with the canonical tradition, by giving the majority of the new canons a reference to the previous laws, it seems however that the first codification, the exegetical interpretation of the code itself linked to a certain juridical positivism have generated a distance between the historical and canonical sciences, making the concept of the history of canon law problematic. The solution to the present methodological problem lies in the rediscovery of the material and substantial nature of the rationality of canon law.