

JOURNAL

Sur les origines canonicales des techniques constitutionnelles modernes

STÉPHANE RIALS*

Pour Sophie-Anastasia

Il n'est plus guère original aujourd'hui — mais il demeure fécond — d'insister sur les racines théologiques de la « modernité » (1). Le « nominalisme » du XIV^e siècle, illustré au premier chef par Ockham, portait en lui, on le sait, les questions fondatrices de la philosophie occidentale des XVII^e et XVIII^e siècles. Ses flancs abritaient l'embryon de la méthode de résolution et composition d'un Galilée et, partant, la science moderne. Ils étaient gravides encore de la révolution galiléenne du politique portée à sa plus forte incandescence par Hobbes. De façon moins radicale, la rupture nominaliste autorisait l'éclosion des modernes « droits de l'homme » conçus sur le modèle — laïcisé — du *dominium* divin sur le monde (2). Interrompons ici une énumération dont chaque terme a fait l'objet de savantes études. Et retenons simplement qu'on trouve au principe de la remise en cause du mode d'intelligence du monde comme *cosmos* (3) qu'avaient les « Anciens », d'Aristote à saint Thomas, le postulat de la théologie franciscaine, mère du nominalisme, d'une *Potentia Dei absoluta*, d'une totale liberté divine incompatible avec un quelconque « ordre naturel » des choses : l'ordre que croient appréhender à un moment donné nos raisons déchuës est contingent comme tout ce qui n'est pas Dieu lui-même ; on ne saurait admettre un ordre qui puisse constituer, en quelque sorte, une forme de norme de l'action divine.

* Professeur agrégé des Facultés de droit à l'Université de Paris 2, directeur de *Droits. Revue française de Théorie juridique*, PUF.

(1) V. ainsi Rials, Des droits de l'homme aux lois de l'homme. Aux origines de la pensée juridique moderne, *Commentaire*, été 1986, n° 34, p. 281 s.

(2) Renoux-Zagamé, Du droit de Dieu au droit de l'homme : sur les origines théologiques du concept moderne de propriété, *Droits. Revue française de Théorie juridique*, PUF, 1985, n° 1, p. 17 s.

(3) I.e., étymologiquement, *ordre*, système ordonné.

A un échelon un peu moins spéculatif, encore que très étroitement lié à ce qui précède, il y aurait beaucoup à dire aussi sur le poids des modèles ecclésiologiques dans l'élaboration de l'Etat moderne.

Modèles ecclésiologiques et Etat moderne

En simplifiant, ces grands modèles ont été au nombre de deux — dont la concurrence se poursuit à bien des égards aujourd'hui — un modèle dominant, celui du *corpus mysticum* — entendu sur le mode hiérarchique, en faveur de la monarchie pontificale —, et un modèle de contestation, celui de la *collectio* ou de la *congregatio fidelium* — exaltant en principe le « peuple » de Dieu et en pratique le concile universel.

Saint Paul, on le sait, avait défini l'Eglise comme le *Corpus Christi* — les fidèles formant les membres et le Christ la tête, le *caput*. Cette métaphore a joué le rôle d'une représentation contraignante au Moyen Age. Et ce d'autant qu'elle s'est enrichie du glissement qui l'a affectée : le *corpus mysticum* avait d'abord surtout désigné l'Eucharistie, le corps sacramentel. A partir du XII^e siècle, il vise au contraire au premier chef l'Eglise visible, dans sa dimension sociale et juridique. Au temps d'un Boniface VIII, l'idée de corps mystique est moins utilisée ainsi en vue d'exalter l'unité spirituelle de l'Eglise que de magnifier la plénitude de la puissance pontificale. Or on retrouve — avec même vocation — la métaphore du *corpus* chez les grands juristes capétiens au couchant du Moyen Age (4). Après avoir identifié le roi au cœur mystique de l'Eglise (aussi important que sa tête, le pape), ces juristes finissent par distinguer le *corpus mysticum regni* du *corpus mysticum ecclesiae*. Un Terrevermeille, au début du XV^e, conçoit ainsi le *regnum*, le royaume, comme un *corpus mysticum* dont le *rex* est le *caput* (5). Il déploie toutes les implications d'une telle qualification et débouche sur l'exaltation de l'*Unica voluntas* du roi. *Corpus mysticum*, *Unica voluntas* : c'est dans un climat saturé de religion que se déploie pour la première fois de façon cohérente, encore qu'à tous égards fort traditionnelle, le discours, promis à l'avenir que l'on sait, de l'Etat et de la Volonté.

On ne saurait, de la même manière, s'exagérer l'importance, sur la longue durée, de la crise conciliaire des XIV^e-XV^e siècles. Certes — pour aborder la question en termes délibérément généraux et non spécifiques

(4) V. notamment le *Songe du Vergier* ou Gerson.

(5) V. la belle thèse de Jean Barbey, *La fonction royale, essence et légitimité, d'après les Tractatus de Jean de Terrevermeille*, Paris, Nouvelles Editions Latines, 1983 (et note Rials, *Revue du Droit public*, 1984, n° 5, p. 1417-1426). V. aussi, naturellement, Kantorowicz, *The King's two Bodies. A study in medieval political theology*, Princeton, 1957, dont la traduction est attendue chez Gallimard ; et la présentation de Kantorowicz par Marcel Gauchet, *Des deux corps du roi au pouvoir sans corps. Christianisme et politique, Le Débat*, 1984, n° 14, p. 133 s., et n° 15, p. 147 s. Importante bibliographie sur tous les thèmes abordés ici dans Rials, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, PUF, coll. « Droit fondamental », à paraître.

à l'Eglise —, cette dernière, se pensant, n'a pas eu le monopole de la réflexion sur la fameuse formule de saint Paul selon laquelle le pouvoir gît en Dieu (6) ; toutes les constructions occidentales sur la souveraineté sont en vérité entées sur cette formule et ne peuvent s'expliquer, dans leur radicalité, en dehors d'une telle origine. C'est pourtant dans la société religieuse que les implications de la référence complexe de saint Thomas à la « multitude » (7) ont eu le plus immédiat retentissement institutionnel. En complétant la proposition de Paul — en des termes qui autoriseront plus tard la formule *Nulla potestas nisi a Deo PER POPULUM* —, l'Aquinat ne faisait, en toute modération et au rebours des excès de l'augustinisme politique, qu'affirmer le caractère humain (*a jure humano*) de la détermination des modalités du pouvoir : il ne songeait naturellement pas à une quelconque souveraineté du peuple, lui pour qui il n'y avait d'autre souveraineté — terme inadéquat — que celle du « bien commun ». Mais le travail de la formule a été, comme cela n'est pas rare, tout autre que celui envisagé par son auteur. L'œuvre de Marsile de Padoue, au début du XIV^e siècle, est significative à cet égard (8). Plus archaïque (et virtuellement totalitaire) que moderniste, point vraiment démocratique au demeurant, elle esquisse la possibilité que la souveraineté terrestre puisse n'être pas le simple reflet de la souveraineté divine : le thème est promis à un brillant avenir, mais en attendant, Marsile est surtout revendiqué par ceux qui souhaitent voir gésir le pouvoir ultime dans l'Eglise non dans la personne du successeur de Pierre mais au sein du « peuple de l'Eglise » ; celle-ci apparaît alors à beaucoup davantage comme une *collectio fidelium* qu'à l'image d'un *corpus mysticum* organiquement hiérarchisé. Pour nombre de grands canonistes, Zabarella au premier chef, la source du pouvoir ne saurait être située ailleurs que dans la collectivité des fidèles : la puissance du peuple est supérieure à celle de son magistrat, fût-il le pape, et le concile, qui est l'organe tout désigné de la *collectio fidelium*, qui « représente » celle-ci et légifère sous l'impulsion de l'Esprit, a la plénitude du pouvoir (9). Ce sont de telles idées — lancées pour l'essentiel par Ockham un siècle plus tôt — qui culminent au concile de Bâle (commencé en 1431) qui s'érige en véritable assemblée constituante et législative de l'Eglise avant de se dissoudre

(6) Selon la *Vulgate* : *Non enim est potestas nisi a Deo*.

(7) *Somme théologique*, Ia, IIa, 90, 3.

(8) De Marsile, v. *Le défenseur de la paix*, trad. Quillet, Vrin, 1968 ; v. aussi Quillet, *La philosophie politique de Marsile de Padoue*, Vrin, 1970.

(9) Sur la crise de l'Eglise au XIV^e siècle, on s'instruira en s'amusant en lisant le roman d'Umberto Eco, *Le nom de la rose...* Sur les thèses « conciliaristes », *Histoire de l'Eglise* de Fliche et Martin, t. XIV : *Le Grand Schisme d'Occident et la crise conciliaire (1378-1449)*, par Delaruelle, Ourliac et Labande, Bloud & Gay, 2 vol., 1962 ; v. aussi deux précieux recueils : Brian Tierney, *Church law and constitutional thought in the middle ages*, Londres, Variorum reprints, 1979 ; et Francis Oakley, *Natural law, conciliarism and consent in the late middle ages*, Londres, Variorum reprints, 1984 ; et encore : Paul Ourliac, *Etudes d'histoire du droit médiéval*, Picard, t. I, 1979, not. p. 331 s. et 529 s.

dans l'anarchie. De même que le pape prétendait, dans les siècles précédents, pouvoir mettre en œuvre le pouvoir de « lier et délier » que le Christ a donné à Pierre y compris à l'encontre des princes, de même le concile s'estime alors en droit de juger les papes et même de les déposer. De tels thèmes, appelés dans l'ensemble à reculer dans l'Eglise, du fait même des outrances du concile de Bâle, portaient en eux — on le discerne sans peine — nombre de développements ultérieurs, politico-religieux sans doute mais aussi institutionnels (on songe naturellement à la responsabilité pénale des ministres — l'*impeachment* — en Angleterre). On y verra volontiers une source du constitutionnalisme moderne.

A bien des égards ainsi, la « modernité » ne semble pas autre chose que la laïcisation d'une théologie et d'une ecclésiologie. Là est d'ailleurs, d'une certaine façon, la tension la plus taraudante de cette modernité : ses concepts et ses logiques tirent de leur origine religieuse un caractère absolu que la religion verrouillait et dont elle assurait — dans une certaine mesure — la régulation, tandis que la laïcisation, de façon un peu effrayante, l'a débordé. Mais notre propos est beaucoup moins ambitieux que ces premières lignes, soucieuses tout au plus d'introduire à un climat, pourraient le laisser entendre. Nous souhaitons simplement ici donner un aperçu de certaines recherches relativement récentes qui permettent de mieux évaluer l'importance du laboratoire canonial dans la mise au point des techniques du constitutionnalisme moderne.

Le laboratoire canonial

En simplifiant, on peut considérer à bon droit que cinq « espaces » ont fonctionné comme des laboratoires privilégiés pour l'élaboration des techniques du droit constitutionnel moderne : l'espace « canonial », sur lequel nous allons revenir, l'espace des « anciens régimes » (10), l'espace du droit privé (11) et enfin ces espaces géographiques majeurs que sont l'Angleterre et l'Amérique (coloniale puis indépendante).

(10) En termes simplificateurs, on fera observer la grande importance du « pré-constitutionnalisme » municipal, des institutions représentatives prédélibératives du type états généraux (on parle parfois, d'une formule trop générique, des « assemblées d'Etats ») ou encore de la diplomatie et des techniques de chancellerie. La bibliographie est ici énorme : citons simplement la remarquable publication sérielle belge (mais dont la rédaction est internationale) : *Anciens pays et assemblées d'Etats* (Louvain-Paris, Nauwelaerts) : v. aussi une intéressante problématique d'ensemble : Marongiu, *Préparlements, parlements, Etats, assemblées d'Etats*, *Revue historique du Droit français et étranger*, 1979, p. 631 s.

(11) Si le droit constitutionnel est fruit de l'autonomisation d'un droit public spécifique, certains de ses éléments sont étroitement dépendants de techniques (ex. : le mandat), de modèles (ex. : le contrat), voire de paradigmes (ex. : la représentation de la société civile comme une société commerciale) privatistes. Il est hors de doute que l'institutionnalisation étatique n'a pu que faciliter le développement de types de plus en plus sophistiqués de sociétés commerciales ou d'associa-

Par référence à la notion de droit canonique au sens large de droit d'Eglise, nous entendons par « laboratoire canonial » le gigantesque champ d'expérimentation juridique qu'ont constitué l'Eglise catholique en général et les ordres religieux en particulier. Ce champ, naturellement, n'est pas resté clos : l'interpénétration des instances religieuses et civiles, l'emploi dans l'Etat d'ecclésiastiques, voire — sous la Révolution — l'abandon de l'état ecclésiastique par un certain nombre d'hommes qui firent de brillantes carrières dans le nouveau système, tout put contribuer à ce que les techniques élaborées dans le cadre des institutions religieuses influençassent la recherche de techniques adéquates pour le Gouvernement civil.

On ne saurait toutefois faire l'économie de quelques observations préliminaires de méthode : la réflexion en termes d'*influence historique* ne doit jamais faire oublier que certaines réponses techniques à des questions d'organisation peuvent être le fruit de *logiques parallèles*. Face à un type de difficulté, il peut n'exister qu'un petit nombre de solutions alternatives — voire une seule. Ceux qui leur sont confrontés, tout en s'ignorant réciproquement, peuvent aboutir aux mêmes conclusions. Il y aurait pourtant quelque naïveté anthropologique à s'arrêter à une telle considération. Ce serait faire fi des nombreux obstacles culturels et épistémologiques qui font de la logique — particulièrement dans son application aux institutions... — une catégorie historique, une valeur dont le seul fait qu'elle soit reconnue comme pertinente est déjà un fait de culture (sans connotation laudative). Ce serait surtout négliger que les techniques institutionnelles ne sont pas transparentes et purement instrumentales : elles reposent le plus souvent sur des croyances plus ou moins clairement perçues — et dont la supériorité intrinsèque sur d'autres croyances est mal démontrable. On en donnera un seul exemple : la règle de majorité, beaucoup moins « évidente » qu'il y paraît (12) et qui recèle d'ailleurs des difficultés logiques trop souvent ignorées (13). C'est dire que le recours durable à certaines techniques par des institutions aussi

tions et qu'inversement la mentalité commerciale de type sociétaire n'a pu être sans influence sur certains traits du constitutionnalisme classique, individualiste et volontariste. Il serait passionnant — mais prématuré — d'esquisser un *droit constitutionnel comparé général* embrassant l'ensemble du champ « institutionnel », privé et public, laïc et religieux.

(12) A preuve, même si les Romains la connaissaient, sa redécouverte tardive en Occident et son rejet viscéral par les Polonais du XVIII^e ; v. L. Konopczynski, *Le liberum veto. Etude sur le développement du principe majoritaire*, Champion, 1930.

(13) Sur le principe majoritaire : C. Leclercq, *Le principe de majorité*, Colin, coll. « U », 1971 ; J. Stawski, *Le principe de la majorité (son histoire, son fondement et les limites de son application)*, Genève, Gedani, 1920. Sur ses difficultés et notamment le « paradoxe de Condorcet » : Condorcet, *Sur les élections et autres textes*, Fayard, coll. du « Corpus », 1986 ; P. Favre, *La décision de majorité*, Presses de la ENSP, 1976 ; F. Alengry, *Condorcet, guide de la Révolution française, théoricien du droit constitutionnel (...)*, Giard & Brière, 1904 ; H. Archambault de Montfort, *Les idées de Condorcet sur le suffrage*, Société Française d'Impression et de Librairie, 1915.

impressionnantes que les institutions religieuses a dû contribuer à leur acclimatation (14).

Il est naturellement impossible ici d'être exhaustif, même dans le résumé. Nous nous contenterons donc de dégager quelques grandes lignes particulièrement explorées par les pionniers de ces études que sont Léo Moulin et Jean Gaudemet (15).

*Les techniques électorales et de votation :
de la sanior pars à la maior pars*

On ne saurait certes attribuer aux institutions religieuses une exclusivité aux origines des techniques électorales modernes. Certaines institutions civiles n'ont pu éluder, précocement, des préoccupations du même ordre. Ainsi, au premier chef, les communautés urbaines (formule délibérément floue, tant appellations et statuts ont varié). On idéaliserait pourtant à tort certaines réalités locales prédémocratiques du Moyen Age. Dans la plupart des cas, seuls les propriétaires, les « bourgeois », participaient plus ou moins effectivement aux affaires. Et si l'élection jouait un rôle certain, il ne s'agissait en général que d'un suffrage restreint, à plusieurs degrés (jusqu'à neuf à Venise...), complété par de puissants mécanismes de cooptation. L'intervention ponctuelle de l'assemblée des habitants pour certaines décisions semble avoir été irrégulière. Bref, au regard de ce que va nous révéler l'espace canonial, l'espace municipal apparaît clairement « en retard ». La règle d'unanimité — conforme à l'intégration, au moins voulue, de la Cité médiévale — s'y maintient assez tardivement, par le truchement de la technique de l'acclamation, tant pour les élections que pour les délibérations. L'archaïque tirage au sort y conserve longtemps un rôle. La règle de majorité (parfois qualifiée) ne s'y introduit que lentement à partir des XII^e-XIII^e siècles. Même alors, le scrutin secret y demeure rare (avec des fèves, des billes et autres « ballottes »...). Peu à peu, toutefois, seront précisées la durée des mandats et édictées des interdictions de cumul ou encore certaines incompatibilités. Mais l'évolution se fera de façon générale dans le sens du renforcement des pratiques oligarchiques, voire, notamment en France avec les progrès de la « souveraineté » royale, de la compression pure et

(14) On observera que des développements tout à fait parallèles pourraient être consacrés à la genèse des techniques du droit administratif ; v. notamment G. Le Bras, *Les origines canoniques du droit administratif*, in *Etudes offertes à Achille Mestre*, 1956, p. 395 s. ; G. Langrod, *Pour une étude des aspects administratifs de l'Eglise catholique*, *Revue administrative*, 1972, p. 647 s. ; J.-L. Mestre, *La contribution des droits romain et canonique à l'élaboration du droit administratif*, *Annuaire européen d'administration publique*, 1982, t. V ; du même, *Les racines canoniques du droit administratif français*, in *Religion et droit*, Actes du IV^e Colloque des juristes catholiques (1983), Téqui, 1985 ; du même, *Introduction historique au droit administratif*, PUF, coll. « Droit fondamental », 1985.

(15) Voir une bibliographie élémentaire des travaux de ces auteurs et de quelques autres *in fine*.

simple de l'autonomie locale et, partant, de l'affadissement de ses techniques privilégiées.

C'est donc plutôt dans l'histoire des institutions religieuses qu'on recherchera les étapes de la mise au point des techniques électorales et de votation. L'Eglise a toujours ménagé une large place à l'élection (16) et au vote même si — du moins M. Moulin le pense-t-il — elle n'a guère subi l'influence de techniques électorales antiques déclinantes lors de sa phase d'organisation. Elle a, pour l'essentiel, devancé sur ce chapitre les communautés locales et, lorsque celles-ci sont entrées en décadence, les institutions religieuses — tout en enregistrant un certain recul des pratiques — n'ont cessé de perfectionner la réflexion afférente à ces questions. D'ailleurs, dans un monde accordant une place croissante à l'hérédité, le célibat des clercs, s'il n'interdisait pas le népotisme et l'accaparement familial des places, impliquait malgré tout le maintien de techniques de désignation spécifiques.

Le principe électif est — à tous les degrés (17) — solidement ancré dans l'Eglise antique. Certes, les pratiques « électorales » ecclésiastiques ne répondent-elles guère, à la fin de l'Empire romain, aux critères modernes de l'élection. Le rôle du peuple des fidèles est inégal. Surtout, la voix de ce peuple étant supposée être celle même de Dieu, l'unanimité s'impose en théorie : l'adhésion populaire au candidat (de préférence unique, au moins au terme d'une tractation) n'est qu'un signe de l'« élection » (du choix) de Dieu. Toute dispersion serait contradictoire avec l'exigence d'unité de l'Eglise et vraie déchirure de la « tunique sans couture » du Christ. L'intervention croissante des puissances séculières finira cependant par fausser tout à fait le système et par le faire tomber en désuétude. Même un Grégoire VII — qui voudra d'ailleurs aussi affermir l'emprise pontificale sur les désignations épiscopales — échouera à le restaurer. Et l'Eglise préférera désormais — notamment à partir du XIII^e siècle — confier l'élection à des collèges soigneusement triés pour éviter le pire (18). Cela n'empêchera pas le Décret de Gratien de consacrer d'amples développements à l'élection (tout en la réservant aux clercs à l'exclusion du « peuple ») et d'alimenter l'abondante réflexion des « décrétistes » à ce propos (19). Ni les canonistes plus tardifs, ceux notamment de la crise conciliaire, dont nous avons parlé, de juger que l'élection est une technique supérieure à toute autre.

D'ailleurs, le déclin de l'élection pour les fonctions séculières (les

(16) Encore qu'il faille se méfier du mot : en latin, ainsi qu'y insiste justement M. Gaudemet, *electio* veut simplement dire choix.

(17) Surtout pour les évêques et le pape — qui n'est que l'un d'entre eux et est soumis au droit commun.

(18) Ainsi aux chanoines, avec des pouvoirs d'ailleurs restreints, pour les élections épiscopales.

(19) Un point de vocabulaire : la codification des textes canoniques ne sera achevée qu'au début du XIV^e siècle, formant le *Corpus juris canonici*, rassemblant notamment le Décret de Gratien et les collections le complétant (XI^e), les Décrétales (XIII^e), les Clémentines et les Extravagantes (début XIV^e).

évêques notamment) ne doit pas masquer son essor pour les fonctions régulières, au moins jusqu'au ^{xv}^e siècle (20). Si certaines règles monastiques prévoyaient le choix de l'abbé par son prédécesseur, celle de saint Benoît (^{vi}^e siècle) — qui aura l'influence la plus grande — affirmait, à l'instar de quelques autres, le principe de son élection par la communauté tout entière. Là encore, et pour les mêmes raisons qu'indiqué précédemment, l'unanimité était requise en principe. Mais saint Benoît envisageait qu'elle ne pût être réunie. Rompant avec la simple exigence d'une majorité absolue qui prévalait en pratique à défaut d'unanimité, il considéra qu'il appartenait à la partie « la plus saine » (au sens de la plus sage) de l'assemblée d'opérer la désignation — fût-elle quantitativement une petite minorité (principe de la *sanior pars quamvis parva*). Mais en réalité, pendant des siècles, l'unanimité tendra — plus ou moins spontanément... — à prévaloir en pratique, se manifestant par l'acclamation, et les théoriciens se contenteront de disserter sur une notion si difficile qui n'excluait d'ailleurs pas l'élection par une majorité mais se contentait de ne pas faire de celle-ci un critère déterminant. La notion de *sanior pars*, en dernière analyse, avait vocation à jouer le rôle d'une arme de la hiérarchie contre d'éventuelles majorités « contestataires ».

Pourtant, comme le montre Léo Moulin, les ^{xii}^e-^{xiii}^e siècles voient la profonde inflexion d'une doctrine jusque-là incontestée. Dans un premier temps, le principe de saniorité et celui de majorité se combinent : on parle de *sanior* et *maior pars*, présumant en quelque sorte que la partie la plus nombreuse est nécessairement la plus sage. Puis il arrive de plus en plus souvent que la *maior pars* soit seule visée. Il faut, semble-t-il, placer l'origine d'une telle évolution dans l'élection non unanime de certains papes par le collège des cardinaux (21) qui avait conduit le ⁱⁱⁱ^e concile de Latran (1179) à n'exiger que les deux tiers des voix pour l'élection pontificale. Pourtant, le principe de saniorité conservera longtemps encore des partisans, à l'intérieur comme à l'extérieur de l'Eglise, et c'est le concile de Trente, au milieu du ^{xvi}^e siècle, qui imposera définitivement à toute l'Eglise, sauf rares exceptions, les techniques de la majorité (souvent qualifiée, au moins absolue) et du scrutin secret (ce dernier excluant évidemment toute appréciation de la saniorité...).

Toute une série de perfectionnements avaient par ailleurs peu à peu été mis au point, sur lesquels il est impossible de s'attarder ici (tours de scrutin, quorum, incompatibilités, etc.).

Les techniques délibératives

On a ahordé leur stade terminal en traitant des modes de votation. Mais elles embrassent toute la procédure en amont du vote, depuis l'ini-

(20) Alors un déclin s'amorça pour celles-ci aussi du fait de la centralisation pontificale puis de son détournement par le roi — par le jeu de la *commende*, c'est-à-dire de l'allocation de bénéfices réguliers à des séculiers, voire à des laïques.

(21) Auquel cette mission avait été reconnue en 1059.

tiative en passant par les méthodes de travail (ordre du jour, rapports entre commissions et assemblée plénière, etc.). Un dominicain a pu écrire un article sur « L'exercice du droit d'initiative législative dans l'ordre des Frères prêcheurs » (22). Mais c'est l'ensemble des délibérations des collèges religieux — conciles, assemblées des ordres, assemblées locales du clergé... — qui fut précocement marqué du sceau d'une grande élaboration.

Retenons, à titre d'illustration — en vérité pathologique —, le cas du concile de Bâle (1431-1449), que l'on connaît bien et dont la réunion marque l'apogée de la crise conciliaire. L'assemblée en est nombreuse — elle abritera souvent plus de 400 votants — car les doctrines « populaires » ont conduit à noyer les évêques au sein d'une multitude de clercs inférieurs. Elle se divise en conséquence en quatre commissions (dites « députations ») dotées d'un objet spécifique — la foi, la paix, la réforme et les affaires générales. Chacune élit un président dont le mandat est d'un mois, ainsi qu'un « promoteur », un secrétaire et un commis chargé d'assurer la liaison avec les autres commissions. Au sein de chaque commission, les questions sont examinées par un groupe de trois délégués. Un certain délai s'écoule avant que la discussion en commission ne s'ouvre, sur la proposition de ce groupe. En cas d'unanimité, les conclusions motivées de la commission sont transmises aux autres commissions. Dans le cas contraire, le désaccord est communiqué de la même façon, accompagné d'un exposé des thèses en présence.

Chaque semaine, l'assemblée générale — plénière — se réunit sur un ordre du jour élaboré par les douze délégués (23). Cet ordre du jour ne peut comporter que des questions étudiées par les quatre commissions — à la demande, en cas d'absence d'unanimité, d'au moins deux d'entre elles. Lors des débats en assemblée générale, chacun doit pouvoir s'exprimer mais sans répéter ce qui a déjà été dit. En fin de compte, si trois commissions sont d'accord, de deux choses l'une : ou bien l'argumentation de la commission minoritaire ébranle l'assemblée et la question est renvoyée aux trois commissions majoritaires ; ou bien la minorité ne parvient pas à affaiblir la position majoritaire et la motion est réputée adoptée (24).

Un système aussi lourd ne fut pas efficace — et les excès du concile du « conciliarisme » entraînèrent le déclin de cette dernière doctrine. Mais il met en évidence — sur le mode du dévoiement — la sophistication

(22) Raymond Creytens, in *Les églises comme institutions politiques*, sous la dir. de Léo Moulin, Institut belge de Science politique, 2 vol., 1971, t. 2, p. 469 s.

(23) Trois par commission ; quatre commissions.

(24) On notera ainsi qu'en théorie la règle majoritaire prévalait : majorité absolue dans chaque commission et, en fin de compte, majorité de trois commissions sur quatre. Mais, en pratique, le concile manifesta les traits totalitaires que l'on observera généralement dans les assemblées révolutionnaires ultérieures : les opinions minoritaires entravant l'unanimité y furent volontiers considérées comme hérétiques et, comme telles, poursuivies, en dépit des immunités dont jouissaient en principe les pères conciliaires.

précoce du « droit parlementaire » d'Eglise. Il va de soi que celle-ci aurait pu aussi bien être illustrée, entre autres, d'exemples tirés du droit des assemblées des ordres religieux.

*L'agencement « constitutionnel » des pouvoirs :
les « cathédrales du droit constitutionnel » (Léo Moulin)*

L'Eglise a été très tôt conduite à résoudre les questions majeures de l'agencement des organes et des fonctions juridiques : relation « peuple » - « gouvernants » d'une part, relations « constituant » - « législatif » - « exécutif » d'autre part — pour employer délibérément des termes anachroniques et partiellement impropres, en eux-mêmes comme au regard de la question étudiée.

La *Carta caritatis* de l'Ordre de Cîteaux (vers 1100) est une véritable constitution (25). Le « régime » qu'elle instaure — quelle que soit sa nature, nous allons y revenir — est une contribution aux idées de représentation et de « souveraineté parlementaire » en même temps qu'aux techniques fédératives (puisque'il s'agit d'associer les diverses abbayes de l'ordre qui, chacune, sont dotées d'un abbé et d'un chapitre). L'affirmation de la *summa potestas*, de la « souveraineté » de l'assemblée générale, quelle que soit son appellation (chapitre général, congrégation...), semble d'ailleurs une caractéristique de la plupart des ordres religieux. Elle n'a pas dû jouer un mince rôle dans le déploiement des thèses « conciliaristes ». M. Moulin insiste d'ailleurs dans un récent article sur la « philosophie politique incluse dans les structures constitutionnelles des (...) ordres religieux » : il y voit, de façon très plausible, « une source méconnue » de celle de Marsile de Padoue.

Le même Léo Moulin n'hésite pas à définir le « Gouvernement des jésuites » comme un « système présidentiel équilibré » — équilibré en vérité au détriment du « président », le général, et au profit du « Parlement », la Congrégation. Il applique semblable qualification à l'ordre des Chartreux et elle lui semble très généralement adéquate pour définir le « régime » de la plupart des ordres. La notion qu'il donne du « régime présidentiel » n'est cependant pas très convaincante. Le grand théologien-juriste espagnol de la fin du XVI^e siècle, Suarez, jésuite lui-même, voyait, lui, dans la Société de Jésus une *monarchia restricta* (par opposition à la *monarchia perfecta*) (26). Cette conceptualisation, elle aussi, ne séduit qu'à moitié : si une certaine « monarchie » de fait pouvait être observée, elle n'avait pas de véritables fondements institutionnels. Les régimes des ordres — marqués en général par l'élection de l'« Exécutif » par le « Législatif » et par la possibilité d'une révocation symétrique — ressemblent

(25) Le terme « constitutions », au pluriel — terme dont l'acception est toutefois plus large alors que celle dans laquelle le constitutionnalisme moderne finira par le confiner —, est d'ailleurs fréquent pour définir les règles des ordres.

(26) Termes volontiers repris par le constitutionnalisme classique qui oppose la « monarchie limitée » à la « monarchie pure ».

en vérité davantage au parlementarisme anglais contemporain, au sein duquel une « souveraineté parlementaire » théorique s'accompagne de la domination pratique du Premier ministre, précaire en droit mais pas en fait. A une différence près, de taille, et qui « présidentialise » effectivement le gouvernement des ordres : la révocabilité du supérieur, qui jouit, sauf exception, d'un mandat viager, ne peut jouer que lors des « sessions », souvent espacées, de l'assemblée. Entre-temps, il remplit un rôle qui peut être dit monarchique.

Léo Moulin étudie encore cette « cathédrale du droit constitutionnel » qu'aurait constituée l'« organisation dominicaine ». Chez les prêcheurs en effet, le pouvoir est très savamment agencé (27) selon des modalités qu'on a pu juger « démocratiques » (28) : élections fréquentes au scrutin secret et concernant de nombreuses fonctions, corps électoral étendu mais fréquence des élections à plusieurs degrés, forme de droit de révocation des élus par les électeurs — ce qu'on appelle aujourd'hui *recall* —, pouvoir gouvernemental fort au bénéfice du Maître général, pluricaméralisme...

On s'attardera un peu sur ce pluricaméralisme dominicain, d'un raffinement tout à fait exceptionnel. Alors que tous les ordres religieux ont pratiqué le système de l'assemblée unique, les prêcheurs ont en effet éprouvé avec succès un système comportant cinq chambres, qui révèle une profonde intelligence de la distinction des fonctions juridiques. Une formation particulière était prévue pour l'élection du Maître général. Pour l'adoption des « lois », trois chambres non pas simultanées mais espacées dans le temps étaient instituées : un projet n'acquerrait force « législative » qu'après avoir été adopté par trois chapitres généraux successifs (29). Or ces trois chapitres étaient — et demeurent — désignés selon des méthodes différentes : les deux premiers étaient composés de « définites » (législateurs) élus au nombre d'un par province par les chapitres provinciaux (30) ; le troisième regroupait les « Prieurs provinciaux », eux-mêmes élus par leurs frères à la tête de chaque province de l'Ordre. On ajoutera que la représentation des provinces, quelle que fût leur importance, était égalitaire. Il y avait là l'annonce du principe d'« égalité fédérale » des Etats fédéraux classiques. Enfin, la distinction du « pouvoir constituant » et du « pouvoir législatif » était clairement perçue. Il n'appartenait en effet qu'au *Capitulum generalissimum* (chapitre généralissime) — formation résultant d'une sorte de synthèse entre chapitre général des Provinciaux et chapitres généraux des Définites — d'exercer la fonction « constituante » (31). Un tel agencement favorisait la continuité

(27) Par la volonté même de saint Dominique et de ses compagnons, juristes bolognais et théologiens parisiens (vers 1220).

(28) De façon moins élaborée, une telle exigence de participation se retrouve dans les autres ordres mendiants et notamment chez les mineurs (franciscains).

(29) Un par an au début, tous les trois ans à une époque plus récente.

(30) Ceux qui avaient été élus « définites » au premier chapitre général ne pouvaient l'être à nouveau au second.

(31) Avec des limites : certaines propositions de « révision constitutionnelle » étaient en effet définitivement interdites, de la même façon que certaines constitu-

et la maturation du travail législatif. Il évitait par ailleurs le risque d'inefficacité, puisque certaines procédures d'urgence étaient prévues permettant, notamment, sous certaines réserves, au Maître général ou à un chapitre général de procéder par « ordonnances » (*ordinationes*)...

On pourrait naturellement creuser tous ces points et en évoquer quelques autres (32). Mais ce tableau hâtif convaincra, espérons-nous, notre lecteur de la fécondité des pistes explorées par quelques pionniers.

Blanc de Saint-Bonnet, contre-révolutionnaire bien oublié du milieu du siècle dernier, écrivait : « La société moderne repose sur la théologie. Elle en a reçu son idée de Dieu, son idée du pouvoir, son idée de la justice, son idée du droit, son idée du bien et du mal, son idée du vrai, son idée de l'homme, de son origine, de son but, de la loi, de la liberté, de l'imputabilité, de l'inviolabilité humaine (...) ; elle en a reçu ses mœurs, sa philosophie et ses lois » (33). Cette proposition plus ou moins intuitive — et sans doute perçue en son temps par beaucoup comme le paradoxe d'un provocateur — apparaît aujourd'hui comme une hypothèse scientifique d'une extrême pénétration (34).

BIBLIOGRAPHIE ÉLÉMENTAIRE DES TRAVAUX DE LÉO MOULIN ET JEAN GAUDEMET SUR LA QUESTION

Les pages qui précèdent ont voulu notamment présenter les recherches du Belge Léo Moulin. De ce dernier, on lira : *Les formes du gouvernement local et provincial dans les ordres religieux*, Bruxelles, Ed. de la Lih. encyclopédique, 1956 (v. aussi *Revue internationale des Sciences administratives*, 1955, p. 1 s.) ; *Le monde vivant des religieux*, Calmann-Lévy, 1964 ; *La vie quotidienne des religieux au Moyen Age*, Hachette, 1978 ; *Le gouvernement des Instituts religieux et la science politique*, *Revue internationale des Sciences administratives*, 1951, p. 42 s. ; *Le gouver-*

tions, à l'époque contemporaine, prohibent toute révision tendant, par exemple, à la remise en cause de la forme républicaine du régime ou à l'abolition de la forme fédérale de l'Etat.

(32) Ainsi la réflexion sur les rapports du centre et de la périphérie, si décisive dans l'histoire de l'Eglise en général et dans l'articulation des ordres, notamment mendiants, en particulier, et qui n'a pu manquer de nourrir la réflexion laïque.

(33) Blanc de Saint-Bonnet, *L'infailibilité*, Paris, Dentu & Gaume, 1861, p. 349.

(34) Tout au plus faudrait-il se hasarder à suggérer que la proposition symétrique n'est pas non plus dénuée de pertinence. Le modèle de l'Etat laïc a précocement « informé » l'Eglise (v. par ex. P. Prodi, *Il Sovrano Pontefice. Un corpo et due anime : la Monarchia papale nella prima età moderna*, Bologne, Il Mulino, 1982). Si par ailleurs le droit parlementaire ecclésiastique a sans nul doute influencé le développement du droit parlementaire laïc, il semble qu'inversement le modèle parlementaire ait pu peser sur les procédures du concile Vatican II (v. Levillain, *La mécanique politique de Vatican II. La majorité et l'unanimité dans un concile*, Beauchesne, 1975). Enfin, les meilleurs canonistes actuels soulignent volontiers l'influence des institutions laïques sur les institutions religieuses et sur le nouveau code de droit canonique. Mais l'analyse de cette rétroaction du laïque sur le religieux relèverait d'un autre article...

nement des communautés religieuses comme type de gouvernement mixte, *Revue française de Science politique*, 1952, p. 335 s. ; Les origines religieuses des techniques électorales et délibératives modernes, *Revue internationale d'Histoire politique et constitutionnelle*, 1953, p. 106 s. ; La primauté de l'exécutif et la notion de collégialité dans le gouvernement des religieux, *Revue internationale des Sciences administratives*, 1954, p. 112 s. ; Une solution originale du gouvernement des hommes : le gouvernement des ordres religieux, *Revue internationale de Droit comparé*, 1955, p. 1 s. ; Aux sources des libertés européennes. Réflexions sur quinze siècles de gouvernement des religieux, *Les Cahiers de Bruges*, juillet 1956, p. 97 s. ; *Sanior et maior pars*, note sur l'évolution des techniques électorales dans les ordres religieux du VI^e au XIII^e siècle, *Revue historique de Droit français et étranger*, 1958, en deux livraisons, p. 368 s. et 491 s. ; Le pluricaméralisme dans l'ordre des Frères prêcheurs, *Res Publica*, 1960, p. 50 s. ; L'assemblée, autorité souveraine dans l'ordre des Chartreux, *Res Publica*, 1970, p. 7 s. ; Une source méconnue de la philosophie marsilienne : l'organisation constitutionnelle des ordres religieux, *Revue française de Science politique*, 1983, n° 1, p. 5 s.

Les écrits de l'historien du droit Jean Gaudemet sont aussi d'une extrême importance. Il nuance dans l'ensemble — avec toute la prudence scientifique qui est la sienne — les thèses parfois un peu ambitieuses de Léo Moulin. V. particulièrement : *Les élections dans l'Eglise latine des origines au XVI^e siècle*, avec la collaboration de J. Dubois, A. Duval et J. Champagne, Lanore, 1979 ; Unanimité et majorité (observations sur quelques études récentes), *Etudes à la mémoire de N. Didier*, Montchrestien, 1960, p. 149 s. ; La participation de la communauté au choix de ses pasteurs dans l'Eglise latine. Esquisse historique, *Ius canonicum*, XIV, n° 28, Pamplone, 1974. On trouvera ces contributions et d'autres in Gaudemet, *La société ecclésiastique dans l'Occident médiéval*, Londres, Variorum reprints, 1980. Deux autres recueils du même : *La formation du droit canonique médiéval* et *Eglise et société en Occident au Moyen Age*, Londres, Variorum reprints, 1980 et 1984.

En dehors des études citées en notes, on retiendra notamment : A. Esmein, L'unanimité et la majorité dans les élections canoniques, *Mélanges Fitting*, Montpellier, 1907, t. 2, p. 354 s. ; F. Olivier-Martin, Quelques exemples de l'influence du droit canonique sur le droit public de l'ancienne France, *Cinquantenaire de la Faculté de droit canonique de Paris*, Paris, 1947, p. 24 s. ; Jean-Berthold Mahn, *L'ordre cistercien et son gouvernement des origines au milieu du XIII^e siècle*, Bocard, 2^e éd., 1982. Une étude récente appliquant la conceptualisation du constitutionnalisme à l'étude d'une institution religieuse : E. P. Burki, Une institution originale de droit constitutionnel religieux : le collège des assistants généraux de l'ordre des Jésuites, *Revue de Droit canonique*, t. XXXV, décembre 1985, p. 267 s. Une utile vue d'ensemble : Ferdinand Lot et Robert Fawtier, *Histoire des institutions françaises au Moyen Age*, t. 3 : *Institutions ecclésiastiques*, PUF, 1962.

Adde : le recueil d'Y. Congar, *Droit ancien et structures ecclésiastiques*, Londres, Variorum reprints, 1982 ; *Etat et Eglise dans la genèse de l'Etat moderne*, Actes du colloque CNRS-Casa de Velázquez, Madrid, 1986 (Diff. De Bocard).