IURIS SCRIPTA HISTORICA

XXVII

MODERNISME, TRADITION ET ACCULTURATION JURIDIQUE

BART COPPEIN, FRED STEVENS & LAURENT WAELKENS (eds.)

Actes des Journées internationales de la Société d'Histoire du Droit
tenues à Louvain, 28 mai - 1 juin 2008

WETENSCHAPPELIJK COMITE VOOR RECHTSGESCHIEDENIS
KONINKLIJKE VLAAMSE ACADEMIE VAN BELGIE
VOOR WETENSCHAPPEN EN KUNSTEN

BRUSSEL
2011

LA TRANSFORMATION DE LA CULTURE JURIDIQUE OCCIDENTALE DANS LE PREMIER 'TRIBUNAL MONDIAL'

Wim Decock
(K.U.Leuven & Université de Rome III)

1. Introduction

Vous le saviez d'avance: forcément, il faut que ce premier tribunal mondial se situe dans ce royaume aussi vaste que vierge qui a pour nom la scolastique tardive – ce mouvement réformateur à la fois de la théologie et du droit, culture juridico-théologique qui a dominé la péninsule ibérique et ses territoires assujettis dans le monde entier à la veille de l'âge moderne, et dont on peut déceler les traces indélébiles dans le jusnaturalisme des XVIIe et XVIIIe siècles.[1] Un nouveau monde si riche et écrasant, d'ailleurs, qu'excepté quelques cervelles brûlées, personne ne semble jamais y avoir aperçu un tribunal, et moins encore un tribunal mondial, où serait sanctionné son cocktail enivrant de *ius commune*, droit coutumier, droit commercial, droit naturel et philosophie thomiste. Cette 'brasserie' gérée par des juristes-théologiens ne s'est-elle pas contentée de préparer des boissons pures pour des intellectuels purs – loin de la pratique, isolés dans leur cabinet d'étude? C'est cette conception rouillée que cet article vous invite à mettre en cause au fur et à mesure qu'il vous dévoilera la silhouette du premier tribunal mondial. Et loin de vouloir frustrer votre curiosité, il vous fera assister, à titre expérimental, à un procès en cours mené par un de ses avocats-généraux, maître Lessius.

2. Le premier tribunal mondial

Où donc entamer la recherche de ce tribunal de caractère universel au seuil de la modernité? On aurait peine à croire que les grands organes de ce qu'on appelle le 'gouvernement-par-la-jurisprudence' du XVIe siècle, avec lesquels nous ont familiarisés nos manuels d'histoire du droit, aient été compétents au-delà d'un territoire bien

[1] Je me limite ici à renvoyer à quelques ouvrages-clés en matière de droit privé, notamment J. Gordley, *Foundations of private law. Property, tort, contract, unjust enrichment*, Oxford, 2006; J. Hallebeek, *The concept of unjust enrichment in Late Scholasticism*, (*Rechtshistorische reeks van het Gerard Noodt Instituut*, XXXV), Nimègue, 1996; M.-F. Renoux-Zagamé, *Origines théologiques du concept moderne de propriété*, (*Travaux de droit, d'économie, de sciences politiques, de sociologie et d'anthropologie*, CLIII), Genève, 1987; *La seconda scolastica nella formazione del diritto privato moderno*, (*Per la storia del pensiero giuridico moderno*, I), ed. P. Grossi, Milan, 1973.

délimité. En effet, la raison d'être même des grands tribunaux, comme le Parlement de Paris, le Reichskammergericht, ou le Grand Conseil de Malines était de pourvoir le pouvoir royal des moyens jurisprudentiels nécessaires à la fois pour unifier et circonscrire sa juridiction, justement définie par le territoire sur lequel il pouvait l'exercer.[2] Il serait également douteux d'identifier le tribunal mondial de l'époque avec le tribunal d'appel ecclésiastique suprême, la Sacra Rota Romana. Car l'état territorial qui se développa au XVIe siècle sapait justement la juridiction séculière de l'Église en adoptant ses principes de succès.[3] Ceci est évident en matière de contrats, par exemple, dans la mesure où les tribunaux civils rendirent superflus les tribunaux ecclésiastiques en appliquant eux aussi l'adage '*pacta quantumcumque nuda sunt servanda*'.[4]

L'époque aboutissant à la contre-réforme témoigne donc d'une Église contrainte à la défensive devant des pouvoirs séculiers de plus en plus audacieux qui revendiquent des domaines jadis réservés principalement à la juridiction du clergé. C'est ainsi qu'à force de débats intensifs à Trente, animés, entre autres, par Dominique de Soto (1495-1560), le créateur du genre de synthèse théologico-juridique *De iustitia et iure*, l'Église décide de redresser son navire pour aller pêcher dans des eaux nouvelles.[5] Elle effectue un repositionnement à la fois sur le marché des religions chrétiennes et sur le marché juridique de la résolution des conflits en s'offrant comme seule instance capable de réconcilier de manière certaine – à travers les sacrements – l'homme avec son Créateur et avec son concitoyen. Le mot-clef et produit par excellence de l'Église catholique devient alors le sacrement de la pénitence, cité de préférence par son nom latin : *forum poenitentiale, forum internum*, *forum sacramentale, forum conscientiae*, c'est-à-dire le for ou tribunal interne, le tribunal de la conscience.[6]

Alors que les pouvoirs séculiers se saisissent de la terre et du territoire, l'Église s'empare de la personne humaine. Chassée de ses propres tribunaux, elle mène la contre-offensive en imposant sa propre juridiction sur les personnes singulières. Désormais, cette juridiction relèvera du droit naturel dont l'Église se prétend l'unique

[2] Pour la France cette longue évolution à été illustrée de façon magistrale par B. D'ALTEROCHE, *De l'étranger à la seigneurie à l'étranger au royaume, XIe-XVe siècle*, Paris, 2002.

[3] Cf. P. PRODI, *Una storia della giustizia. Dal pluralismo dei fori al moderno dualismo tra coscienza e diritto*, Bologne, 2000, surtout le sixième chapitre.

[4] Cf. les différentes contributions et particulièrement celle de R. H. HELMHOLZ, Contracts and the Canon Law, dans *Towards a general law of contract*, (*Comparative studies in continental and Anglo-American Legal History*, VIII), éd. J. Barton, Berlin, 1990.

[5] Cf. sur Soto J. BARRIENTOS GARCÍA, *Moral económica en Salamanca (1526-1629). I. Francisco de Vitoria y Domingo de Soto*, (*Acta Salmanticensia. Filosofía y letras*, CLXIV), Salamanque, 1985, 139-278.

[6] Voilà pourquoi nombre d'historiens anglo-saxons spécialisés dans le catholicisme d'après le concile de Trente jusqu'à la Révolution française ont proposé de rebaptiser cette période 'Confessional Catholicism', cf. J. W. O'MALLEY, *Trent and all that. Renaming Catholicism in the Early Modern Era*, Cambridge, 2002, 119-145.

médiateur à travers sa nouvelle élite intellectuelle, les jésuites. Ceux-ci, il ne faut pas l'oublier, sont considérés comme les nouvelles troupes armées du pontife.[7] En outre, cette nouvelle juridiction ancre sa légitimation dans la naissance même de l'homme, auquel, indépendamment de l'état territorial où il voit le jour, sont conférés immédiatement des droits naturels.[8] Les princes ont beau posséder les terres, l'Église passe outre en abordant chaque personne dans la nature de son cœur et en lui imposant sa juridiction à travers le for interne. Comme nous le dit Juan de Valero, prieur des chartreux à Palma de Majorque et auteur d'un richissime traité sur les différences entre les régimes juridiques du for externe et du for interne: 'Le juge d'un tribunal externe séculier ou ecclésiastique ne peut prononcer une sentence en dehors de son territoire, tandis que le curé peut confesser ses ouailles dans le monde tout entier'.[9]

Voilà la naissance d'un tribunal naturellement omniprésent, qui n'exige que l'auto-incrimination du confessant qui craint l'existence d'une loi naturelle qui viendrait limiter sa liberté d'action, et qui est présidé par le directeur de conscience, instruit par des manuels sur la justice et le droit à juger de manière méthodique et très précise la recevabilité des craintes de son client. En effet, le for intérieur était conçu précisément comme un lieu d'expiation des sentiments de culpabilité. Comme le dit Juan Valero: 'Le for interne ou tribunal de la conscience a un double rôle. D'une part il concerne le sacrement de la pénitence. D'autre part, et en dehors du sacrement, il a pour but d'apaiser l'âme en la soulageant de ses scrupules et en la délivrant de ses obligations'.[10] À cet égard, il est important de noter que son éminence Jean Gerson (1363-1429) avait déjà dans sa *Doctrina contra nimis strictam et scrupulosam conscientiam*, rompu une lance pour la méthode probabiliste en tant que productrice, dans le for intérieur, d'une certitude morale capable de calmer les consciences – à l'époque tellement scrupuleuses qu'elles risquaient de tomber dans une sorte de défaitisme.[11] En même temps, Gerson est l'auteur du traité *De contractibus*, qui

[7] Ceci dit, il n'a pas manqué d'historiens qui ont souligné le caractère hétérodoxe des jésuites vis-à-vis de la ligne institutionnelle de l'Église au XVIe siècle, cf. M. Bataillon, *Les Jésuites dans l'Espagne du XVIe siècle*, édition établie, annotée et présentée par P.-A. Fabre, préface de G. Bataillon, Paris, 2009.

[8] Pour ce qui est de la mise au point de l'idée des droits subjectifs dans l'œuvre des jésuites Luís de Molina, Francisco Suárez et Lenaert Leys (Lessius) et de sa récapitulation chez Grotius, cf. entre autres P. Haggenmacher, *Droits subjectifs et système juridique chez Grotius*, dans *Politique, droit et théologie chez Bodin, Grotius et Hobbes*, éd. L. Foisneau, Paris, 1997, 73-130.

[9] J. Valero, *Differentiae inter utrumque forum, iudiciale videlicet et conscientiae*, Valldemosa, 1616, s.v. *sententia*, num. 1, 323: 'Iudex ferens sententiam extra locum consuetum et territorium proprium nulliter agit. […] At parochus ubicumque locorum et terrarum potest audire confessiones suorum parochianorum et eos absolvere. […]'. De la dédicace de Michael Julian s.j. à Valero on peut déduire que notre chartreux était très proche des jésuites. Par ailleurs, tout au long de ses discussions, il renvoie constamment au jésuite Leonardus Lessius.

[10] Valero, *Differentiae*, praeludia, rubr. ad num. 2, 1 : 'Forus interior et conscientiae est duplex, alter spectans ad sacramentum poenitentiae, alter ad sedandam animam ab scrupulis et eius obligationibus extra sacramentum'.

[11] Cf. *Contexts of conscience in Early Modern Europe*, 1500-1700, éd. H. Braun et E. Vallance, Londres, 2004, 4.

devait servir aux juges du tribunal de la conscience, et qui s'est avéré très fructueux pour la pensée de l'École de Salamanque.

À ce point, il nous est indispensable de subir un processus de 'dé-culturation', afin que nous puissions saisir la portée exacte du phénomène d'assimilation de la culture juridique occidentale dans le premier tribunal mondial dans toute sa profondeur et sa diversité. Nous risquons en effet de sous-estimer la réalité de ce for interne, à moins que nous ne renoncions aux représentations contemporaines du mot 'conscience', et à la définition stricte de ce qu'est le 'contentieux juridique'. Certes, on considère aujourd'hui un tribunal comme le lieu de résolution des conflits entre deux parties opposées qui revendiquent l'une envers l'autre leur droit subjectif dérivant d'un système de droit objectif – un droit objectif installé et sanctionné par un état qui vise à régler dans une perspective minimaliste les actes externes de ses sujets. Mais ce sont bien à peu près ces caractéristiques que l'on observe dans le tribunal de la conscience envisagé par la contre-réforme.

Le for interne se veut en effet un tribunal ferme et efficace, qui sanctionne les transgressions des normes provenant du droit naturel. Il faut d'abord remarquer que le for interne n'est pas censé sanctionner ce qui relève de la morale. Certes, on reconnaît que des obligations naturelles découlent des dettes dites morales (*debitum morale/ debitum ex honestate*). Toutefois, seules les obligations naturelles relevant du *droit* naturel (*ius naturae*) sont assorties de sanctions devant le tribunal de la conscience. Ainsi, la distinction entre droit et morale est-elle née au cœur même du for interne, et chez les théologiens de la contre-réforme au plus tard.[12] En outre, le tribunal de la conscience sanctionne non seulement par des sanctions dans l'au-delà, mais aussi et surtout par des obligations de restitution dans ce monde-ci. Il reste vrai, bien entendu, que c'est le tribunal externe qui s'occupe en premier lieu de la protection des droits patrimoniaux, tandis que le for interne se propose d'abord de protéger le salut de l'âme. Néanmoins, la restitution et l'équilibre des droits patrimoniaux font de leur côté intégralement partie des sanctions décrétées par le juge du for interne.[13] En effet, nul péché ne peut être remis sans restitution appropriée d'après saint Augustin.[14] Plus symptomatique encore de l'impact réel des jugements émis dans le

[12] Cf. Valero, *Differentiae*, praeludia, num. 24-25, 3: 'Naturalis tantum obligatio est duplex, ut constat ex D. Thoma 2.2., quaest. 106, art. 4, 5, 6. Una, quae est vera et propria, ex iure et lege naturae producta, quae in re gravi obligat in conscientia sub poena peccati mortalis. […] Altera est naturalis obligatio, quae ab honestate morali deducitur, insurgitque ex honestate et debito morali, ut est illa recipientis beneficium qua quis tenetur ad antidora et ad gratam remunerationem loco et tempore convenienti'.

[13] Valero, *Differentiae*, praeludia, num. 4-5, 1: 'Observa quod lex civilis seu forus contentiosus solum intendit conservationem patrimonii, et non curat de salute animae, ut docet Innocentius in c. sicut dignum, num. 5 de homicidio [Decretales 5, 12, 6]. Et ideo non mirum si multis differentiis (de quibus infra late agetur) differat forus contentiosus a foro animae et interiori, cum contentiosus, ut praediximus, non curet nisi de reservando patrimonio. Forus vero animae solum et principaliter intendat servare animam a peccato. Et etiam curat de restitutione alieni patrimonii, si casus talis sit, quod ad liberandum animam a peccato, sit ei necessarium restituere aliquid, cum dimitti nequeat peccatum, nisi restituatur ablatum, cap. si res aliena, 15 [sic], q. 6 [Decretum C. 14, q. 6, c. 1]'.

[14] Augustinus, *Epistula* 153, num. 20 [PL 33]: 'Si enim res aliena, propter quam peccatum est, cum reddi possit, non redditur, non agitur poenitentia, sed fingitur: si autem veraciter agitur, non remittetur peccatum, nisi restituatur ablatum; sed, ut dixi, cum restitui potest'.

tribunal de la conscience sont les voies de recours qui en découlent dans les tribunaux externes. Juan de Valero nous met explicitement en garde contre les sanctions externes *hic et nunc* qu'entraîne une infraction à la loi naturelle: à chaque fois qu'une partie ne remplit pas l'obligation prescrite par la loi naturelle, la partie adverse peut user d'un recours auprès du tribunal externe ecclésiastique. La dénonciation évangélique (*denuntiatio evangelica*) et l'office du juge (*officium iudicis*) sont à sa disposition devant le tribunal ecclésiastique.[15] En outre, la partie adverse peut à tout moment contrer les actions de la partie en cause par voie d'une exception de mauvaise foi (*exceptio malae fidei*). Ceci vaut même devant les tribunaux externes séculiers, puisque le juge séculier est censé reconnaître les exceptions qui relèvent de l'équité canonique.[16]

Malgré une lecture des sources scolastiques – aussi méconnues qu'elle puissent être – cette démonstration risque toujours de paraître invraisemblable aux héritiers que nous sommes de la réforme protestante d'une part et des philosophes modernes comme Immanuel Kant d'autre part.[17] La scolastique d'orientation thomiste concevait la conscience (*conscientia*) comme la facette de la raison pratique qui permettait à l'homme d'appliquer aux cas concrets les principes généraux que l'autre facette de cette raison pratique, c'est-à-dire le *synderesis*, avait perçus dans leur vérité théorique. Cette conception nécessitait l'intervention de théologiens experts, comme Valero et Lessius, qui devaient assister la conscience de l'individu dans son déchiffrement des principes généraux et leur application au cas par cas. La réforme attaque cette culture d'une science de la morale contrôlée par des théologiens représentants de la hiérarchie romaine en la remplaçant par l'idée que l'individu doit rendre compte de ses décisions morales immédiatement à Dieu. Ajoutons à cette individualisation de la morale la mise en place kantienne d'une nette distinction entre le monde extérieur d'une part (vide de tout sens interne et auquel l'homme est appelé à imposer ses propres structures mentales) et le monde intérieur d'autre part (dans lequel règne la raison

[15] Valero, *Differentiae*, praeludia, num. 15, 2 : 'Ubicumque quis est ligatus et tenetur aliquid restituere vel facere in foro conscientiae, si id non faciat vel restituat – licet ad id non teneatur in foro iudiciali nec compelli in eo possit – remedium esse adire Ecclesiam per denunciationem evangelicam seu iudicialem. Ut deducitur ex Abba [Panormitano] in c. quia plerique, num. 17 ante secundum casum, de immunitate ecclesiarum [Decretales 3, 49, 8]. Ad iudicem quippe ecclesiasticum spectat impedire peccatum vel ab eo liberare, cap. novit, de iudiciis [Decretales 2, 1, 13], Abbas [Panormitanus] in cap. 1, num. 2 de pactis [Decretales 1, 35, 1].

[16] Valero, *Differentiae*, praeludia, num. 16, 2: 'Et ad istam denunciationem tradit regulam notabile Petrus de Ancharano consilio 5, incip. Pro parte, ubi dicit quod ubi quis potest conveniri in foro ecclesiastico per dictam viam denunciationis, multo magis poterit excludi exceptione malae fidei in foro civili. Quia exceptiones descendentes ex aequitate canonica debet secularis iudex admittere, cap. licet de iureriurando, lib. 6 [VI, 2, 11, 2], cap. 2 de exceptionibus eodem libro [VI, 2, 12, 2]. Quod commendat Felinus [Sandaeus] d. cap. fin. num. 3 in fin. de praescriptionibus [Decretales 2, 26, 20]'.

[17] Il ne peut être question ici d'écrire une petite histoire du développement de la notion de conscience. Un excellent tour d'horizon est offert par l'œuvre magistrale de R. Schüssler, *Moral im Zweifel. II. Die Herausforderung des Probabilismus*, (*Perspektiven der Analytischen Philosophie, Neue Folge*), Paderborn, 2006, 182-188.

auto-déterminante non percevable de l'extérieur), et on en arrive à la nette distinction entre droit et conscience à laquelle nous sommes si attachés aujourd'hui. Puisque le monde extérieur seul est accessible aux scrutations d'un tiers observateur (soit d'un scientifique pour ce qui concerne les mouvements de la nature, soit d'un juriste en fait d'actes extérieurs de l'être humain) les motivations et les raisons internes de l'homme échappent à tout contrôle externe. Elles deviennent l'affaire privée de l'individu qui se sert de sa raison individuelle pour trouver l'impératif catégorique qui doit décider de son mode d'agir. Ainsi se trouve graduellement établie notre conception moderne de la conscience comme un univers de jugements privés et externes à la jurisprudence, c'est-à-dire étranger à l'univers du droit 'pur'.

Le juriste, entre-temps, s'est transformé, grâce à la Révolution française, en pontife de plus en plus autonome et puissant d'un état souverain.[18] Il se substitue dorénavant au théologien et se veut, comme François Gény, l'exégète absolu d'une Bible laïque. L'état, en effet, se conçoit explicitement comme non-religieux.[19] En même temps, l'état et son principal organe, le juriste, se sont revêtus de l'auréole transcendante et omniprésente qui, justement, avait failli s'évanouir au moment de l'effondrement de l'univers normatif de l'Église. Cette capitulation eut lieu cent ans au plus tard après que l'Église se soit repositionnée comme une structure normative alternative à la régularisation croissante des états territoriaux.[20] En 1665, en pleine période absolutiste, le pape Alexandre VII condamne le droit de désobéissance des catholiques défendu par les jésuites. Plus significative encore de la défaite de l'Église fut la décision prise en 1696 par la Compagnie de Jésus de supprimer de son programme pédagogique la proposition suivante: 'un citoyen n'est pas tenu d'obéir à son supérieur s'il est probable que le précepte est illicite [c'est-à-dire contraire au droit naturel]'.[21] Ici, les tribunaux du contentieux alternatif que l'Église s'était construit s'écroulent définitivement.[22]

[18] Pour les lecteurs non juristes je tiens à signaler qu'une description à la fois très didactique et pertinente de la rupture que constitue la Révolution française par rapport au pluralisme juridique des époques précédentes est inclue dans J.-M. Carbasse, *Manuel d'introduction historique au droit*, Paris, 2007, 2e édition, 241-300 avec des renvois à des travaux plus spécialisés.

[19] C'est sans doute l'une des principales raisons pour lesquelles les historiens du droit, en bornant trop souvent la portée de leur objet d'études à sa conception post-révolutionnaire, ont jusqu'ici pratiquement ignoré l'apport des traditions théologiques post-médiévales à l'élaboration du droit moderne. Cf. la critique de G. Dolezalek, The moral theologians doctrine of restitution and its juridification in the sixteenth and seventeenth centuries, dans *Acta Juridica. Essays in Honour of Wouter de Vos*, ed. T. W. Bennett et al., Le Cap/Wetton/Johannisbourg, 1992, 104-105.

[20] Prodi, *Una storia della giustizia*, 349.

[21] Cf. V. Lavenia, *L'infamia e il perdono. Tributi, pene e confessione nella teologia morale della prima età moderna*, Bologne, 2004, 389-390.

[22] J'ai décrit cet affaiblissement du contre-courant catholique en prenant comme exemple l'évolution de l'*occulta compensatio*, à savoir une technique du droit des obligations assez subversive vis-à-vis du monopole juridique de l'État: W. Decock, Secret compensation. A friendly and law-ful alternative to Lipsius' political thought, dans *(Un)masking the realities of power. Justus Lipsius and the dynamics of political writing in Early Modern Europe*, (*Brill Studies in Intellectual History*), ed. E. De Bom, M. Janssens, J. Papy et T. Van Houdt, Boston/Leyde, 2011, 263-280.

3. Lessius et les contours du for interne

En quelque sorte, le juriste a donc réussi à s'emparer du pouvoir suprême aux dépens du théologien. N'empêche, il peut se permettre le plaisir d'apercevoir les fondements de son propre tribunal dans les ruines du dernier. C'est ce que nous allons faire maintenant en considérant l'une des 'codifications' de la législation les plus importantes en matière de droit privé, dictée par le droit naturel et à sanctionner devant le for interne.

Je vous invite à parcourir la table des matières du livre sur la justice et le droit du jésuite Léonard Lessius.[23] Celle-ci nous révèle l'architecture du premier tribunal mondial dans toute son ampleur. À l'entrée du palais du for interne, Lessius s'adresse directement aux futurs avocats-conseils ou juges du tribunal de la conscience.[24] Ceux-ci entrent ensuite dans un vestibule au milieu duquel trône une fontaine de sagesse soutenue par des statues d'Aristote et Thomas d'Aquin, attirant chacun l'attention vers deux longs couloirs: l'un, à gauche, intitulé 'affaires de justice commutative', l'autre, à droite, réservé aux 'affaires de justice distributive'. Remarquons qu'entre les entrées des deux couloirs se trouve une petite pièce bourrée de principes généraux annexés à la vertu de justice, ordonnés selon qu'ils sont sanctionnables (*debitum legale*) ou non (*debitum morale*) devant le tribunal de la conscience.[25] Mais explorons un peu le couloir de droite. Visiblement, il contient trois salles, où sont tranchés des litiges concernant respectivement le droit judiciaire (avec affichée sur les murs la déontologie de toutes les parties participant à un procès),[26] le droit fiscal et administratif (une sale dominée par les portraits de Zachée et des papes népotistes),[27] et finalement le droit canonique (un vaste espace partagé à son tour en diverses chambres pour le traitement des vœux monastiques, des heures canoniques, du serment, des dîmes, etc.).[28] Un couloir composé de salles assez hétérogènes donc, qui contraste avec l'aspect homogène que présente le passage de gauche.

[23] Pour des repères bio- et bibliographiques, cf. la monographie de C. Van Sull, *Léonard Lessius de la Compagnie de Jésus (1554-1623)*, (*Museum Lessianum, Section Théologique*, XXI), Louvain/Paris/Bruxelles, 1930. Cette publication n'offre plus le dernier portrait de ce fameux jésuite après la parution de T. Van Houdt et W. Decock, *Leonardus Lessius: traditie en vernieuwing*, Anvers, 2005.

[24] L. Lessius, *De iustitia et iure ceterisque virtutibus cardinalibus*, Anvers, 1621 [editio princeps: Louvain, 1605], lib. 2, 13: 'Explicata prudentia sequitur iustitia cum suis partibus, virtus latissime patens, ut quae in omnibus hominum negotiis quibus inter se communicant, cernatur. Itaque huius virtutis in quovis negotii genere leges et rationes cognoscendae sunt, maxime iis qui aliorum directores vel iudices aliquando futuri'.

[25] Lessius, *De iustitia et iure*, lib. 2, sect. 7 (de ceteris virtutibus iustitiae annexis), cap. 46 (de reliquis virtutibus iustitiae annexis in quibus est debitum legale) et cap. 47 (de virtutibus iustitiae annexis in quibus est debitum morale).

[26] Lessius, *De iustitia et iure*, lib. 2, sect. 4 (de iniuriis in iudiciis et tribunalibus).

[27] Lessius, *De iustitia et iure*, lib. 2, sect. 5 (de iustitia distributiva).

[28] Lessius, *De iustitia et iure*, lib. 2, sect. 6 (de religione quae est prima pars iustitiae). Les doctrines canoniques présentes dans l'œuvre de Lessius ont fait l'objet d'une étude par A. Frühauff, *L'œuvre canonique de Léonard Lessius, S.J. (1554-1623),* (*Excerpta ex dissertatione ad lauream in facultate juris canonici Pontificiae Universitatis Gregorianae*), Rome, 1949.

Enracinés comme nous le sommes dans le modèle du Code civil, le couloir de gauche nous apparaît carrément comme la préfiguration de notre droit des biens et des obligations, d'autant plus que la propriété privée (*dominium*) s'avère le concept primordial, avec les contrats conçus comme les instruments d'acquisition ou d'aliénation de droits entiers ou partiels sur les biens.[29] Les trois salles de cette partie stupéfiante du tribunal de la conscience sont dédiées respectivement aux droits des biens, au droit de la responsabilité civile extracontractuelle, et au droit des contrats. À l'intérieur de chacune d'entre elle on trouve le vaste arsenal d'outils et de techniques romano-canoniques (dans leur état perfectionné suite au travail de bénédictin des post-glossateurs et décrétalistes).[30] La pluralité des sources juridiques et non-juridiques auxquelles Lessius fait référence est stupéfiante.[31] Ce qui est encore plus impressionnant, pourtant, c'est de voir toute cette armature de concepts développés par le *ius commune* bien rangés et ordonnés dans un cadre tout nouveau. Se détachant de l'ordre des textes romains et canoniques, Lessius les réorganise dans chacune de ces salles du palais du for interne autour de théories générales dérivant de la philosophie aristotélicienne et du droit naturel. En regardant attentivement, on constate en effet que la salle du droit des biens est construite sur la base d'une définition générale du droit dans le sens objectif et subjectif.[32] Ce n'est qu'ensuite que sont tranchés les litiges concrets concernant la propriété, les servitudes, la prescription, etc.[33] Arrivons à la seconde salle, qui s'ouvre elle aussi par une théorie générale, celle de l'acte illicite cette fois.[34] Suivent les disputes particulières sur la responsabilité civile en cas de

[29] La force structurante des différents degrés de propriété pour le traitement des contrats apparaît dans Lessius, *De iustitia et iure*, lib. 2, sect. 3, cap. 17, dubit. 3, num. 16; et cap. 26, prooem. Le concept de propriété est encore plus central, si c'est possible, dans l'œuvre du jésuite P. de Oñate (1568-1646), *De contractibus*, Rome, 1646, I, tract. 2, disp. 5, sect. 9.

[30] Lessius, comme ses collègues jésuites, fait amplement référence aux canonistes comme Sinibaldo dei Fieschi (Innocent IV), Henricus de Segusio (Hostiensis), Guillaume Durand, Giovanni d'Andrea, Guido de Baysio, Nicola de Tudeschis (Abbas Panormitanus), Felinus Sandaeus, Martin de Azpilcueta (Dr. Navarrus), Diego de Covarruvias y Leyva, et Thomas Sanchez. Parmi les civilistes, on compte Pierre de Belleperche, Bartole, Balde, Paulo de Castro, Jason de Mayno, Julio Claro et Antonio Gomez. Lessius renvoie aussi, quoique rarement, aux humanistes français, comme Charles Dumoulin.

[31] À part la tradition du *ius commune* (voire la note précédente), la tradition des pénitentiels est présente avec les sommes de Raymond de Peñafort, Hostiensis, Angelo Carletti a Chivasso, Silvestro da Prierio (Mazzolini), Antonio de Corduba et Emmanuel Sà. Parmi les auteurs de traités de droit commercial figure Tommaso Buoninsegni. Les théologiens sont représentés, entre autres, par Thomas d'Aquin, Jean Duns Scot, Antonino di Firenze, Bernardino di Siena, Gabriel Biel, Conrad Summenhart, John Mair, Adriaan Florisz Boeyens (Adrianus VI), Francisco de Vitoria, Tommaso da Vio (Cajetanus), Domingo de Soto, Juan de Medina, Bartolomé Medina, Francisco Garcia, Luis Lopez, Luis de Molina, Francisco de Toledo, Pedro de Aragon, et Gregorio de Valencia. Ses philosophes antiques de prédilection sont Aristote et Cicéron, bien évidemment. Il importe de souligner aussi les références fréquentissimes aux us et coutumes des hommes d'affaires à Anvers et dans le reste de l'Europe (*usus vel consuetudo mercatorum*).

[32] Lessius, *De iustitia et iure*, lib. 2, sect. 1, cap. 1 (de iustitia in genere) et cap. 2 (de iure in genere).

[33] Lessius, *De iustitia et iure*, lib. 2, sect. 1, cap. 3-6.

[34] Lessius, *De iustitia et iure*, lib. 2, sect. 2, cap. 7 (de iniuria et restitutione [quae est actus iustitiae] in genere).

lésion de biens et de personnes, et la restitution ou indemnisation qui doit y correspondre.[35] On assiste ici, comme l'a noté Jan Hallebeek, à la naissance de l'obligation généralisée de restituer ou d'indemniser en tous cas d'injustice, basée sur l'idée qu'il doit y avoir un mécanisme général pour restaurer chaque déséquilibre ou inégalité survenue entre deux patrimoines.[36]

Il nous reste à faire une visite de la dernière salle du couloir de gauche du tribunal de la justice, toujours sous le règne de la justice commutative. Cela ne devrait pas nous surprendre que l'on y observe partout la présence de la doctrine du juste prix. Néanmoins, avant d'obtenir l'accès aux contrats spéciaux, le futur juge-conseiller est obligé de passer par un hall où sont illustrés des principes encore plus fondamentaux pour le développement futur d'une théorie générale des contrats.[37] C'est en passant par ce hall que le Professeur Gordley, totalement déconcerté, a cru se trouver dans une chambre de prophétie. Que ce soit la théorie de l'offre et de l'acceptation comme base de l'obligation contractuelle, ou la discussion systématique des vices de la volonté, le régime général des contrats tel que Lessius l'a mis en place dans son chapitre '*De contractibus in genere*' semble appartenir au futur. Une expérience inoubliable qui a mené James Gordley à publier en 1991 un livre sur les racines tardo-scolastiques de notre droit des contrats. Dans son *Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, il va même jusqu'à considérer les théories contractuelles ultérieures, telles que formulées par les jusnaturalistes des XVIIe et XVIIIe siècles (Grotius, Pufendorf, Domat, Pothier) comme une simplification, c'est-à-dire une vulgarisation de la richesse intellectuelle produite par les coryphées tardo-scolastiques, et notamment le dominicain Soto et les jésuites Molina et Lessius.[38] Une thèse audacieuse, bien sûr, qui, par manque ou justement par abondance de force de persuasion – qui va le dire? – ne semble pas en général avoir eu la fortune de pouvoir pénétrer dans les manuels de l'histoire du droit. Raison pour laquelle Gordley vient de publier un autre volume, dans lequel, loin de retirer ses points de vue peu conventionnels, il les généralise à quasiment tout le champ du droit privé.[39]

Une surprise nous attend à la fin de cette visite du palais du for interne: une des subdivisions de la salle des contrats, réservée au contrat de rente (*census)*, nous laisse

[35] Lessius, *De iustitia et iure*, lib. 2, sect. 2, cap. 8-16.

[36] Cf. J. Hallebeek, *Fons et origo iuris. Een historische inleiding tot het vermogensrecht*, Amsterdam, 2007, 345-347.

[37] Lessius, *De iustitia et iure*, lib. 2, sect. 3, cap. 17 (de contractibus in genere) ainsi que cap. 18 (de promissione et donatione).

[38] Cf. absolument J. Gordley, *The philosophical origins of modern contract law*, Oxford, 1991, surtout 69-133. Dans sa récension plutôt sceptique, I. Birocchi a vu dans l'œuvre de Gordley une sorte de nivellement inexcusable dans la mesure où il tend à diminuer les contributions de l'*usus modernus pandectarum* et de l'humanisme juridique au régime moderne des contrats: I. Birocchi, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 1993, 132-137. En revanche, D. Ibbetson semble avoir été très convaincu par la thèse de Gordley: D. Ibbetson, *The Journal of Legal History* 1996, 188-191.

[39] Gordley, *Foundations of private law*.

entrevoir maître Lessius en pleine défense de l'un de ses clients.[40] La lettre de rente fut – la lettre de change mise à part – l'instrument financier le plus important à la bourse d'Anvers au XVIe siècle. C'était une espèce de lettre obligataire émise par un vendeur qui, contre monnaie sonnante, promettait à l'acheteur de lui verser une pension annuelle, perpétuelle ou à terme. Depuis le bas Moyen Âge était acceptée la vente à réméré en faveur du débiteur de ces rentes. Par contre, la clause de rachat en faveur et selon le gré du créditeur, compte tenu de la similitude qu'une telle opération représenterait avec un prêt de consommation à intérêt, ne fut jamais acceptée. Dans le procès en cours, l'accusé est précisément dénoncé pour avoir inséré une clause de réméré dans le contrat de rente, en vertu de laquelle le vendeur de la lettre de rente pourrait être contraint de la racheter au gré du créditeur. À l'époque, toute autorité, qu'elle soit de nature théologique, juridique ou législative (relevant donc du droit positif tant civil que canonique), était prête à condamner cette pratique. Lessius, en revanche, prononce un discours résolument en défense de cette clause, sur la base d'une argumentation purement logique et rationnelle. D'après lui, la '*paritas rationis*' demande que la liberté contractuelle soit infinie, à la seule condition que les prestations respectives soient en équilibre, à savoir que la gravité ou la légèreté de l'obligation que s'impose l'un, soit compensée par le prix payé par l'autre.[41] Avec une souveraine clarté, comme l'a remarqué déjà le Professeur Schnapper, Lessius réclame que cette logique soit entièrement valable devant le tribunal de la conscience.[42] Car, ultimement, le for interne doit s'orienter vers le droit naturel. Le droit naturel, lui, obéit à la voix de la raison, et non pas à la législation positive.

4. Conclusion

Une discussion plus profonde du traitement extraordinaire que Lessius nous a laissé sur la lettre de rente et tant d'autres pratiques et instruments financiers de son temps nous porterait trop loin.[43] En guise de conclusion, je rappellerai seulement quelques caractéristiques fondamentales du premier tribunal mondial. La rigueur des argumen-

[40] Lessius, *De iustitia et iure*, lib. 2, sect. 3, cap. 22, dubit. 10 (utrum licita sit emptio census utrimque redimibilis).

[41] Lessius, *De iustitia et iure*, lib. 2, sect. 3, cap. 22, dubit. 10, num. 58, p. 304: 'Secundo probatur, ideo venditor iuste potest emptori imponere obligationem revendendi, quia hoc onus potest compensari tanto minoris rem vendendo. Atqui obligatio quam emptor imponit venditori ad rem redimendam potest similiter compensari ad aequalitatem tanto pluris emendo (non enim est infiniti pretii) ergo similiter potest imponi. Confirmatur, quia emptor census potest pacisci cum tertio, ut ille teneatur censum a se emere quando placuerit. Ergo simile pactum potest inire cum venditore'.

[42] Cf. B. Schnapper, Les rentes chez les théologiens et les canonistes du 13e au 16e siècle, dans *Études d'histoire du droit canonique dédiées à Gabriel le Bras*, Paris, 1965, II, 995.

[43] Cf. p. ex.: W. Decock, L'usure face au marché: Lessius (1554-1623) et l'escompte des lettres obligataires, dans *Le droit, les affaires et l'argent. Célébration du bicentenaire du code de Commerce*, (= *Mémoires de la Société pour l'histoire du droit et des institutions des anciens pays bourguignos, comtois et romands*, LXV), éd. A. Girollet, Dijon, 2008, 221-238.

tations, la référence à toute l'ossature conceptuelle romano-canonique enrichie par l'analyse strictement rationnelle, l'engagement intense envers la pratique quotidienne des commerçants et de l'homme en général: ce sont autant de preuves que l'on ne peut saisir l'impact immense de ce for interne qu'à condition de se défaire de notre conception a-juridique et entièrement affaiblie de la notion de 'conscience'. Contrairement à la réalité contemporaine, avant la fin du XVIIe siècle il faut absolument tenir compte de l'existence d'une pluralité de tribunaux. Une pluralité de tribunaux qui rivalisèrent pour régler ce que l'on appellerait aujourd'hui le contentieux juridique. Si au cours du XVIIe siècle les tribunaux du roi ont remporté la victoire dans cette compétition, auparavant la résolution des conflits n'était certainement pas son seul privilège. En écrivant l'histoire de la justice à la veille des temps modernes, à moins de tenir compte du for interne, on risque donc de perdre de vue ce qui est peut-être une des plus importantes instances de sanction et de médiation des conflits. C'est dans ce premier tribunal mondial qu'on assiste à la synthèse de toutes les traditions normatives dont est composée notre pensée juridique européenne. Transposées devant Dieu et la raison naturelle, elles ont été forgées en image préfigurative du droit des codifications.