

Le droit consuetudinaire de l'Église d'après la maxime augustinienne “ mos populi Dei uel instituta maiorum pro lege tenenda sunt ”

Les collections canoniques latines médiévales ont contribué à établir dans l'Église une théorie générale du Droit, dès avant la compilation de la *Concordia discordantium canonum* de Gratien. Parmi les notions essentielles de cette théorie, on cite celles de droit (*ius*), loi (*lex*), coutume (*consuetudo*¹), institut (*institutum*). Toutes ont été abondamment analysées, à l'exception peut-être de la dernière : *institutum*². Ce concept mérite un examen, dans ses rapports avec les autres éléments de la législation ecclésiastique jurisprudentielle et dans ses diverses résonances juridiques.

A cet effet, il y a un axiome augustinien, qui atteste la valeur et la

1. Pour la notion de *consuetudo*, cf. *Thesaurus linguae latinae*, IV (1906-1909), col. 553-562 ; L. PROSDOCIMI, *Observantia. Ricerche sull'aspetto consuetudinario del diritto*, Milano 1956 ; J.F. NIERMEYER, *Mediae latinitatis lexicon minus*, fasc. 3 (1956), pp. 259-260 ; K. HALLINGER, *Corpus consuetudinum monasticarum*, Siegburg 1963, I, pp. XIII-XXXI ; G. LE BRAS-Ch. LEFÈVRE-J. RAMBAUD, *Histoire du Droit et des Institutions de l'Église en Occident, t. VII. L'âge classique 1140-1738, Sources et Théorie du Droit*, Paris 1965, pp. 533-577 (bibliogr.) ; S. GIET, *Coutume, évolution, droit canon. A propos de deux passages de la Didachè*, *Revue de Droit canonique*, XVI (1966), pp. 118-132 ; A. MIER VELEZ, *La buena fe en la prescripción y en la costumbre hasta el siglo XV*, Pamplona 1968 (Cuadernos Colección canónica de la Universidad de Navarra, 10).

2. Pour la notion d'*institutum*, cf. *Thesaurus linguae latinae*, VII, fasc. 13 (1962), col. 1993-1996 ; J.F. NIERMEYER, *op. cit.*, fasc. 6 (1958), pp. 546-547. Il faut rappeler que la *consuetudo* et l'*institutum* sont source du Droit ; cf. J. GAUDEMET, *La doctrine des sources du Droit dans le Décret de Gratien*, *Revue de Droit canonique*, I (1951), pp. 5-31.

considération dont bénéficie la tradition coutumière, tout en soulignant quelques aspects du droit de l'Église au cours des siècles. Ce texte est d'autant plus intéressant qu'il a été emprunté par Gratien à plusieurs collections canoniques antérieures : Burchard de Worms, Anselme de Lucques, Grégoire, Yves de Chartres³... Mais la source première est une lettre de saint Augustin au prêtre Casulanus qui l'avait interrogé sur la convenance du jeûne le samedi, à cause de la diversité des usages adoptés par les diverses Églises locales, telles que Rome et Milan. Cette simple demande vaudra une longue réponse, qui est presque un exposé de déontologie, solidement charpenté sur de fréquentes citations scripturaires, et qui est introduit par une affirmation qui en donne la clé : « *In his enim rebus, de quibus nihil certi statuit Scriptura divina, mos populi Dei vel instituta maiorum pro lege tenenda sunt*⁴ ».

L'exégèse de ce texte augustinien ne présente guère de difficultés. Le peuple de Dieu est guidé par trois réalités : en premier lieu, la divine Écriture, *Scriptura divina* ; celle-ci est source de certitude, elle est apte à proférer une sentence valable, à statuer avec autorité. Quand l'Écriture n'a rien prescrit en toute assurance et évidence, *nihil certi statuit*, c'est-à-dire quand elle laisse pleine liberté d'initiative, le peuple chrétien établit sa ligne de conduite en fonction de deux autres critères : le *mos* qui lui est spécifique et les *instituta maiorum*. Ce peuple de Dieu est donc juridiquement capable de promulguer une loi, aux côtés des *instituta maiorum* qui sont fruit de la sagesse et de l'expérience vécue. Donc, pour tout ce qui regarde les arguments non envisagés par la Bible ni définis par elle, *in his enim rebus de quibus nihil certi statuit Scriptura divina*, ces deux derniers principes de référence sont équiparés à la loi, *pro lege tenenda sunt*. La *lex* chrétienne est ainsi constituée, en ordre d'importance, par les indications certaines de la Bible, puis par celles du droit particulier et commun, c'est-à-dire la coutume populaire et les décisions des anciens. Tels sont les lieux théologiques qui édifient l'existence du peuple fidèle.

On perçoit ici une grande variété de dispositions disciplinaires : Écriture, coutumes vécues en Église, décisions et prescriptions des anciens. Et si l'Écriture est une, nombreuses sont les coutumes, innombrables sont les anciens ; on peut pourtant, semble-t-il, estimer que ces coutumes s'inspirent déjà de la Bible, et que ces « anciens » pourraient fort bien désigner les Prophètes et les Évangélistes. En d'autres termes, il s'agit de la tradition vivante, envisagée en ses dimensions les plus

3. GRATIEN, *Décret*, dist. II, c. 7 (éd. E. FRIEDBERG, *Corpus iuris canonici*, I, Leipzig 1879, col. 25) ; cf. Dist. II, c. 10-11 ; dist. 54, c. 11. Avant Gratien : BURCHARD DE WORMS, *Décret* III, 126 ; ANSELME DE LUCQUES, *Collection* IV, 43 ; *Tripartite* III, 6, 1 ; GRÉGOIRE, *Polycarpe* III, 23 ; YVES DE CHARTRES, *Décret* IV, 68, et *Panormia* II, 158.

4. AUGUSTIN, *ep.* XXXVI, I, 2 (éd. A. GOLDBACHER, *CSEL* 34, 1895, p. 32). Sur la présence d'Augustin dans le Décret de Gratien, cf. Ch. MUNIER, *Les sources patristiques du droit de l'Église*, Mulhouse 1957, p. 162.

authentiques : la tradition biblique, l'expérience de la vie quotidienne, la fidélité sapientielle des anciens et des pères dans la foi, les sentences patristiques et canoniques.

D'autre part, la conviction d'Augustin est soulignée encore par ce gérondif : *tenenda sunt*. Il faut considérer le *mos* et les *instituta* à l'instar d'une loi. C'est une façon de mettre « hors concours » la validité des connaissances empiriques, la faculté d'observation et de discernement, *discretio*, si souvent requise par les législateurs antiques (spécialement en droit électoral) et par les maîtres spirituels. Ces *maiores* peuvent aussi représenter la *sanior pars*, celle qui est doué d'un sens spirituel aigu, privilège qui n'est pas l'apanage des seuls dignitaires ou vieillards septuagénaires et *amplius*⁵. Ainsi s'établit une jurisprudence souple, basée sur le réel, sur l'unicité des épisodes et des questions à résoudre, sur l'imprévu des événements et des situations. On est loin d'une casuistique minutieuse ou d'un juridisme artificiel qui confinerait à la cruauté mentale s'il avait été conçu en vase clos, sans contact attentif avec les nécessités de l'évolution spirituelle et sociale des individus et des communautés. Mais l'Écriture conserve ici sa place privilégiée, sa dimension normative voulue par Dieu révélateur de toute certitude. Elle est la perspective de cette constatation augustiniennne qui est aussi un avertissement : « *In Evangelio Dominus, Ego sum, inquit, veritas. Non dixit : Ego sum consuetudo*⁶ ». Ceci s'adresse à qui voudrait arbitrairement éliminer tout contact entre théologie et droit, érigeant en absolu les coutumes humaines et les émancipant de l'autorité première de la Vérité révélée. Pour Augustin, c'est évidemment la vérité du Christ qui guide l'âme de foi ; jamais la coutume ne lui sera mise sur un plan d'équipollence. Ce ne sera qu'en un second moment et à défaut seulement d'un critère évangélique explicite, qu'il sera fait appel à la loi de la vie, à l'expérience des anciens.

Ailleurs, en un texte repris lui aussi par Gratien, l'évêque d'Hippone exposera cette triple structure constitutive de l'Église catholique : « *Catholica ecclesia, per orbem diffusa, tribus modis probatur existere. Quicquid in ea tenetur, aut auctoritas est Scripturarum, aut traditio universalis, aut certe propria et particularis institutio. Sed auctoritate tota constringitur, universalis traditione maiorum nihilominus tota ; privatis vero consti-*

5. Sur les anciens qui seraient les Prophètes et les Apôtres, cf. Pachôme, *Præcepta et Instituta* (éd. CSCO, 160, p. 80). Sur la notion de *sanior pars*, quelques indications chez K. HALLINGER, *Das Wahlrecht der Benediktusregula, Zeitschrift für Kirchengeschichte*, LXXVI (1965), pp. 233-245. A propos des *maiorum exempla* de la Règle de S. Benoît (VII, 55 ; éd. R. HANSLIK, *CSEL* 75, 1960, p. 49), cf. Paul DIACRE, *In S. Regulam commentarium* : « *Illa enim sunt exempla, de quibus in ultimo capitulo dicit, id est Regula Basilii, Collationes Patrum, atque instituta et vita antiquorum monachorum* » (éd. Montecassino 1880, p. 188).

6. AUGUSTIN, *De baptismo contra Donatistas*, VI, 37, 71 (éd. M. PETSCHENIG, *CSEL* 51, 1908, p. 334). Saint Anselme sera assez éloigné de cette affirmation lorsqu'il écrira : « *Consuetudines nostri Ordinis quem es ingressus, quasi a Deo constitutas studiose serva* » (ep. 335 ; éd. F.S. SCHMITT, *S. Anselmi opera*, V, 1951, p. 272).

*tutionibus et propriis informationibus unaquaeque pro locorum varietate, prout cuique visum est, subsistit et regitur*⁷ ». Droit général de l'Écriture (*auctoritas*) et de la tradition universelle, droit particulier des *constitutiones* et des *informationes* : chacun possède sa valeur prégnante spécifique. La *particularis institutio* n'échappe pas au pouvoir de l'*universalis traditio maiorum* : ce qui veut dire que le consentement universel et longuement vérifié des anciens dépasse toute « *institutio* » particulière. L'ensemble sert de fondement à l'existence de l'Église, selon les modalités propres à chaque élément.

*

On a remarqué que la notion médiévale de droit consuetudinaire et de coutume est d'autant moins précise qu'elle est plus vaste et exprimée à l'aide de nombreux termes qui ne possèdent pas nécessairement une valeur juridique strictement définie : *consuetudo*, *decretum*, *disciplina*, *institutio*, *institutum*, *observantia*, *ordinatio*, *ordo*, *praeceptum*, *regula*, *ritus*, *statutum*... Il s'agit souvent d'une « habitude », d'une manière d'être et d'agir, de ce que la sémantique grecque désigne par « *praxis* », d'une disposition davantage descriptive que prescriptive : ce serait donc une interprétation du mot latin *mos* avec divers degrés d'incarnation juridique. Selon cette perspective, Isidore de Séville († 636) distinguait déjà divers niveaux dans la terminologie coutumière, quand il s'efforçait de préciser la nature du droit et de le définir par rapport à la loi et à la coutume : « *Ius generale nomen est, lex autem iuris et species. Ius autem dictum, quia iustum. Omne autem ius legibus aut moribus constat. Lex est constitutio scripta. Mos est vetustate probata consuetudo, sive lex non scripta. Nam lex a legendo vocata, quia scriptum est. Mos autem longa est consuetudo de moribus institutum, quod pro lege suscipitur, cum deficit lex : nec differt scriptura an ratione consistat, quando et legem ratio commendat. Porro si ratione lex constat, lex erit omne iam quod ratione constituerit, dumtaxat quod religioni congruat, quod disciplinae conveniat, quod saluti proficiat. Vocata autem consuetudo, quia in communi est usu*⁸ ». On notera

7. AUGUSTIN, *ep.* LIV, 1-2 (éd. cit., pp. 159-160). Repris par Gratien, *Décret*, dist. II, c. 8 (éd. Friedberg, I, c. 25).

8. ISIDORE, *Etymologiarum sive originum libri*, V, 3 (éd. W.M. LINDSAY, I, Oxford 1911, sans pagination) ; cité par GRATIEN, *Décret*, dist. I, c. 2-5 (éd. cit., I, c. 1-3). Au milieu du XI^e siècle, le grammairien lombard Papias reprendra la définition isidorienne de la *consuetudo* : « *Consuetudo autem ius quoddam moribus institutum* » (*Lexicum*, s.v. *Ius* ; éd. Venise 1491, fol. non num.). Analyse théologique de *regula* : A. de VOGÜÉ, *Sub regula vel abbate. Étude sur la signification théologique des règles monastiques anciennes*, *Collectanea Cisterciensia*, XXXIII (1971), pp. 209-241. D'un point de vue juridique, la *consuetudo* « è il procedimento, cioè, istituito dalla lunga reiterazione dei medesimi comportamenti, compiuta nella convinzione di ottemperare ad un obbligo giuridico. Procedimento, quindi, costituito da un duplice elemento : quello materiale, che consiste nella diuturnitas del contegno ; e quello spirituale, che risiede nella opinio iuris atque necessitatis, al quale il contegno stesso si ispira » (A. MARESCA, *Le relazioni consolari*, Milano 1966, p. 62).

les nuances qui distinguent et rapprochent *lex, mos, consuetudo, institutum*, dans le cadre général du *ius* dont ces quatre genres sont des *species*. A défaut d'une loi dûment promulguée, c'est la présence et la permanence de la coutume qui assurera un critère de jugement et de conduite. Terme de comparaison qui, il faut le souligner, est surtout descriptif. Ceci explique pourquoi saint Augustin considère sa Règle comme un miroir : « *In hoc libello tanquam in speculo...* » : le miroir fait apparaître une image, et celle-ci peut être substituée par d'autres ; cette image n'est pas imposée de façon stricte et rigoureuse, à la façon de ce que réaliserait aujourd'hui un appareil photographique qui « fixe » ce qui se présente à son objectif⁹.

L'*institutum*, toutefois, semble être déjà un acte législatif, une disposition légale, une ordonnance pourvue d'autorité. Voici à ce propos quelques témoignages caractéristiques de son emploi : *instituta canonica*¹⁰ (on dirait actuellement : la législation canonique) ; *sanctorum Patrum et canonum instituta*¹¹ (ce serait la doctrine patristique et les prescriptions canoniques) ; *sanctorum Patrum canonicis institutis inhaerentes*¹². On voit ici attestée la présence juxtaposée des *canones* et des *instituta Patrum* ; on a même des *canonica instituta* et des *canonum instituta*. Il s'agit indubitablement d'expressions pléonastiques qui désignent le droit ecclésiastique officiel, l'usage commun. Mais ce sont encore autant de façons d'indiquer la coexistence, si non l'équivalence, des « canons » conciliaires et des « *instituta* » des Pères. A ce sujet, le titre d'un recueil canonique, d'origine franque et des premières années du IX^e siècle, est indicatif : « *Institutio canonum*¹³ ». Entre *institutio* et *institutum*, la différence est légère, même si ce dernier terme est beaucoup plus rare que le premier.

Une même conception de l'*institutum* se trouve sous la plume de Grégoire le Grand († 604) : « ...hortamur ut ad nos venire omni postposita

9. AUGUSTIN, *Regula* VI, 2 ; éd L. VERHEIJEN, *La Règle de saint Augustin*, I, p. 437.

10. Concile de Ver, 755, préface ; G.D. MANSI, *Sacrorum Conciliorum nova et amplissima collectio*, XII (1766), col. 579.

11. Concile romain, 769 ; MANSI, *op. cit.*, col. 717.

12. CHARLEMAGNE, *Admonitio generalis*, 23 mars 789, c. 60 ; éd. A. BORETIUS, MGH, *Capitularia Regum Francorum*, I (1883), p. 57. Cf. les Statuts d'un Chapitre général tenu à Cluny vers 1205-1206 : « ...ea quae ab antiquis patribus nostris diligentia instituta et constantia observata audivimus » (G. CHARVIN, *Statuts, Chapitres Généraux et Visites de l'Ordre de Cluny*, I, 1965, p. 53).

13. P. FOURNIER, *Notice sur trois collections canoniques inédites de l'époque carolingienne*, *Revue des sciences religieuses*, VI (1926), pp. 78-92, 216-230, 513-526, spécialement pp. 79-92. Cette collection fut partiellement utilisée par les Capitulaires de Benoît le Diacre et par les *Statuta Bonifatii archiepiscopi*. On connaît aussi la *Institutio S. Angilberti abbatis de diversitate officiorum* (800-811) ; éd. K. HALLINGER-M. WEGENER-H. FRANCK, in *Corpus consuetudinum monasticarum*, I (1963), pp. 283-303. Sur la nécessité de suivre une *regula* et une *institutio*, comme clause indispensable de « régularité » religieuse, cf. J. DUBOIS, *Les Ordres religieux au XII^e siècle selon la Curie romaine*, *Revue bénédictine*, LXXVIII (1968), pp. 283-309.

*excusatione festines, quatenus servata iustitia haec et cognoscere, et finire secundum canonica instituta Christo revelante possimus*¹⁴ ». C'est le droit canonique qui est ici indiqué par les *canonica instituta* qui seront la base de l'activité pastorale du pontife en ce cas précis.

Ailleurs pourtant, le mot *institutum* désigne un style de vie. C'était une notion attestée dès la latinité classique. Cicéron, parmi d'autres, affirmait : « *In vita sua rationem summi officii desideremus et instituta virorum bonorum requiramus*¹⁵ » ; et encore : « *...ut ex ea totius familiae praecepta et instituta et disciplinam cognosceretis*¹⁶ ». L'expression sera reprise à propos des moines. Les disciples de Césaire d'Arles († 542) manifesteront leur admiration à l'égard de ce saint évêque en insistant sur sa fidélité aux *instituta* du monachisme lérinien, même après son accession à l'épiscopat : « *...numquam tamen canonicam modulationem monachi, numquam instituta Lirinensium vel modicum subrelinquens, ordine et officio clericus, humilitate, caritate, obsequio, cruce monachus permanebat*¹⁷ ». Même application au régime monastique chez Cassien († vers 435) : « *...tanta illorum sublimium virorum, a quibus prima anchoreseos instituta suscepimus, laude flammamini*¹⁸ ». Quand Ambroise de Milan († 397) fait l'éloge de l'évêque Eusèbe de Verceil : « *Haec enim primus in Occidentis partibus diversa inter se Eusebius sanctae memoriae coniunxit, ut et in civitate positus instituta monachorum teneret, et Ecclesiam regeret ieiunii sobrietate* », il désigne par les *instituta monachorum* les communautés monastiques elles-mêmes¹⁹.

Mais *institutum* indiquait aussi les convictions personnelles, au niveau moral. A ce sujet, Cicéron est encore un témoin précieux. « *Adductus sum, iudices, officio, fide, misericordia, multorum bonorum exemplo vetere consuetudine institutoque maiorum... Quam ob rem, quia mihi unus est accusandus, prope modum manere in instituto meo videor*²⁰ ». Ce texte offre deux plans distincts : l'*institutum maiorum* et l'*institutum meum* : le premier est la tradition des anciens, le second les convictions personnelles et le jugement propre. On aura aussi remarqué la juxtaposition de la *vetus consuetudo* et des deux sortes d'*institutum* : autant d'indices qui ne sont pas à négliger pour l'historien du droit.

14. GRÉGOIRE, *ep.* VI, 3, *ad Maximum Salonitanum* ; PL 77, 796 A.

15. CICÉRON, *Pro P. Quinctio*, 55.

16. CICÉRON, *In C. Verrem*, II, 3, 157.

17. *Vita S. Caesarii*, II ; éd. G. MORIN, *S. Caesarii episcopi Arelatensis opera omnia*, II, 1942, p. 300.

18. CASSIEN, *Conlationes*, XI, préface ; éd. E. PICHÉRY, coll. *Sources chrétiennes* 54 (1958), p. 97. Cf. BOTHON DE PRÜFENING, *De domo Dei*, III : « *Non ...ad multorum utilitatem communis vitae ordinem a maioribus nostris institutum servare contendunt, sed suae singularitatis statuta promulgare intendunt, ut tanquam novarum institutionum auctores, singularem sibi laudem ac nomen celebre acquirant* » (éd. *Maxima Bibliotheca veterum Patrum*, XXI, 1677, col. 501 F).

19. AMBROISE, *ep.* 63, 66 ; PL 16, 1207 A. Bède le Vénérable parle des *instituta monachica* (*Vita Cuthberti*, 16 ; PL 94, 755 A).

20. CICÉRON, *In Q. Caecilium*, 5.

Dans la tradition chrétienne, il suffira de rappeler Tertullien († avant 220) : « *Quid ex his disciplinae tuae conveniat quae de diversis institutis censearis, scilicet humilitatis et castitatis*²¹ ». Ou encore : « *Ista haeresis non recipit quasdam Scripturas ; et si quas recipit, non recipit integras, sed adiectionibus et detractionibus ad dispositionem instituti sui intervertit*²² ». La *dispositio instituti* se réfère à la pensée hérétique, au système doctrinal proprement dit, à l'organisation systématique de l'*institutum*, tandis que dans le premier texte cité l'*institutum* se rapporte aux résolutions morales.

La tradition canonique ancienne atteste encore la dimension juridique du mot. Par exemple, la Règle du Maître, au début du VI^e siècle (semble-t-il), cite la réalité des *institutata* liturgiques : « *In exercendo maxime divino officio prae omnibus sanctae debet militiae ordo constitui vel quibus vicibus tramis rectus observationis occurrat ul vetustatis mos est et Patrum instituta sanxerunt*²³ ». Il y a donc deux éléments dans l'*observantia* : le *vetustatis mos* et les *Patrum instituta* constituent l'ossature de l'*ordo sanctae militiae*.

Auparavant, la collection canonique dite du deuxième concile d'Arles (442-506) ne laisse aucun doute sur l'aspect prescriptif manifesté par le mot *institutum* : « *Placuit praeterea ut secundum synodi instituta non ordinentur diaconi coniugati, nisi qui prius conversionis proposito professi fuerint castitatem*²⁴ ». Les *synodi instituta* ne sont pas autre chose que les décisions approuvées par les Pères.

Le *Supplex libellus*, présenté vers 812-817 par les moines de Fulda à l'empereur Charlemagne, utilise aussi le mot dans une orientation juridique : « *Quod ipse abbas corrigatur, ne institutis sancti Bonifatii detrahat dicens, quod decreta eius synodus damnaverit...*²⁵ ». L'expression *institutata Patrum* est présente dans la tradition canonique des conciles mérovingiens et carolingiens²⁶. Chose significative : on ne voyait pas de

21. TERTULLIEN, *De cultu feminarum*, IV, 2 ; éd. E. KROGMANN, *Corpus christianorum*, I (1954), p. 347.

22. TERTULLIEN, *De praescriptione haereticorum*, 17, 1 ; éd. R.F. REFOULÉ, *Corpus christianorum*, I (1954), p. 200. Importance de cette notion au sujet de l'hérésie : « *Haeresis enim electio dicitur. Et illi merito notantur haeretici, qui praesument quod ibi melius videtur eligere : dedignantur autem in his, quae a sanctis sunt instituta doctoribus, permanere* » (PIERRE DAMIEN, *ep.* V, 18 ; PL 144, 369 D-370 A).

23. *Regula Magistri*, c. 34 ; éd. H. VANDERHOVEN-F. MASAT-P.B. CORBETT, coll. *Publications de Scriptorium*, 3, Bruxelles-Paris 1953, p. 237. INNOCENT I, *ep.* à Decentius de Gubbio (416) : « *Si instituta ecclesiastica, ut sunt a beatis apostolis tradita, integra vellent servare Domini sacerdotes, nulla diversitas, nulla varietas in ipsis ordinibus et consecrationibus haberetur* » (PL 56, 513 C-514 A). Rome est « *caput institutionum* » (id., 514 B).

24. C. 43 ; éd. Ch. MUNIER, *Corpus christianorum*, 148 (1963), p. 122.

25. *Supplex libellus*, n. 18 ; éd. J. SEMMLER, *Corpus consuetudinum monasticarum*, I (1963), p. 326. A propos de ce document qui se réfère au synode d'Aix-la-Chapelle de 816, cf. SEMMLER, *op. cit.*, p. 320.

26. Par exemple : *institutata sanctorum Patrum* : concile de Ver (755), c. 13 (éd. MANSI, *op. cit.*, XII, c. 583). Capitulaire de Salz (803-804), c. 7 ; *secundum instituta*

difficulté à laisser des Églises locales se gouverner selon le critère coutumier fixé par l'autorité des Pères conciliaires. En 381, le premier concile de Constantinople signale à ce propos : « *Ecclesias autem Dei in barbaricis gentibus constitutas gubernari convenit iuxta consuetudinem, quae est a Patribus instituta*²⁷ ». Il n'est pas question d'une quelconque coutume arbitraire ou fantaisiste, mais d'une coutume *quae est a Patribus instituta* et qui possède par là des garanties d'authenticité et de sûreté, vu que les Pères en sont les auteurs ; c'est encore leur autorité qui lui attribue force de loi.

La latinité classique signale quelques cas intéressants, relatifs au rapport existant entre la *consuetudo* et l'*institutum*. Une fois de plus, ce sera Cicéron qu'il convient de prendre à témoin. « *Hic primus instituta omnium, consuetudinem a maioribus traditam, condicionem amicitiae, ius societatis convellere et commutare ausus est* », reproche-t-il à Verrès²⁸ ; et il affirmera plus tard : « *...si nullam religionem sors habebit, nullam societatem coniunctio secundae dubiaeque fortunae, nullam auctoritatem mores atque instituta maiorum*²⁹ ». Il semble bien que les *instituta* et la *consuetudo* soient sur le même plan que le *ius societatis* et la *condicio amicitiae* : ce sont là les bases de la vie sociale que Verrès eut l'audace criminelle de vouloir modifier et renverser.

Cette coexistence de la *consuetudo* et de l'*institutum* n'est pas le fait de la seule époque classique romaine. Le moyen âge latin atteste la simultanéité de droits, de coutumes et de prescriptions basées sur des habitudes et des façons de se comporter. On retrouve cette idée dans les Statuts monastiques de Murbach (802-816) : « *Quaedam ibi secundum auctoritatem regulae, quaedam vero usu et consuetudine prolata sunt ; quae consuetudo, si aliquo vitio corrupta non fuerit, pro lege regulari inculpate retineri poterit*³⁰ ». Le style de vie claustral est donc régi par l'autorité de la Règle, mais aussi par l'usage et la coutume ; ce sont deux documents de nature diverse, la Règle étant sans doute plus officielle que l'usage et la coutume, ayant été sanctionnée par une autorité personnelle et réalisant ce passage de la tradition orale à la tradition écrite. Or, à cette coutume on accorde une valeur régulière, c'est-à-dire qu'elle est mise sur le même plan que la Règle, à condition qu'elle ne soit pas *aliquo vitio corrupta*, entachée de quelque défaut qui l'invalide ou opposée à l'énoncé même de

sanctorum Patrum seu canonicam auctoritatem (éd. A. BORETIUS, MGH, *Cap. regum Francorum*, I, 1883, p. 119). Concile romain (826), c. 12 : *per Patrum instituta* (id., p. 373). Capitulaire de Meaux (845), n. 47 : *secundum instituta beati Gregorii in libro epistolarum* (id., II, p. 410). On lit aussi *Principum instituta damnatus fiat* (Concile romain, 826, c. 8 ; éd. A. WERMINGHOFF, MGH, *Leges, Concilia aevi karolini*, II, 2, 1908, p. 557).

27. C. 2 : éd. G. ALBERIGO et coll., *Conciliorum oecumenicorum decreta*, Bologna 1962, p. 28.

28. CICÉRON, *In C. Verrem*, II, 3, 15.

29. CICÉRON, *In C. Verrem*, II, 1, 38.

30. *Statuta Murbacensia*, prol. ; éd. J. SEMMLER, *op. cit.*, p. 441.

cette Règle. Il s'ensuit alors que la coutume devient progressivement une *lex regularis*, une loi et une règle. A ce stade de son évolution juridique, elle se fige, elle perd sa capacité d'évoluer et la spontanéité qui l'avait provoquée sous la poussée des nécessités concrètes non envisagées initialement par la Règle proprement dite : ce caractère écrit modifie profondément la notion originale. Elle est dépouillée de son aspect immédiat et devient une loi intemporelle, et seule une exégèse intelligente sera capable d'en extraire le suc spirituel toujours valable au point de vue normatif, tandis que se fera sentir le besoin de l'interpréter, de la « modérer » par des *declaraciones* ou par des *constitutiones*, si ce n'est même de la compléter par des *statuta*. A ce moment, la coutume vivante n'existe plus ; l'*institutum* est une loi morte que l'on s'efforcera de « canoniser », d'ériger en norme de perfection en fonction même de son ancienneté et au dépens des nouvelles exigences du présent.

On obtient de toute façon un droit coutumier, rapidement considéré comme immémorial, après avoir été d'abord une *statuta consuetudo*, une coutume établie ou un statut coutumier, selon la qualification de la *Regula Pauli et Stephani*³¹. La loi et la coutume étaient en rapport, mais toujours à l'avantage de la loi : « *Ubi lex est, praecellat consuetudinem ; et nulla consuetudo superponatur legi*³² » : cette sentence du Capitulaire de Pépin, vers 790, constate un état de fait. Cette doctrine sera sanctionnée par le canon 27 de l'actuel Code de Droit canonique latin : « *Contra legem vero ecclesiasticam quae clausulam continet futuras consuetudines prohibentem, sola praescribere potest rationabilis consuetudo centenaria aut immemorabilis*³³ ». Les canonistes (Décret de Gratien, Extravagantes, etc.) auront soin, dès avant la Renaissance de préciser le laps de temps nécessaire pour l'obtention d'une coutume digne de résister à la loi.

Gratien lui-même admettra le bien-fondé d'une coexistence de droit et de coutume, ainsi que la multiplicité elle-même des coutumes locales, dans la mesure où cette situation ne contredit pas la *canonica auctoritas*. Telle est la conviction de l'Église romaine. « *Scit romana Ecclesia quod nihil obsunt saluti credentium diversae pro loco et tempore consuetudines,*

31. C. 17 ; éd. J.E. VILANOVA, Montserrat 1959, p. 115.

32. Capitulaire de Pépin, roi d'Italie, vers 790 ; éd. A. BORETTUS, MGH, *Cap. regum Francorum*, I (1883), p. 201.

33. *Codex iuris canonici*, c. 27, 1. On attribue au cardinal Emmanuel Suhard, archevêque de Paris († 30 mai 1949), l'affirmation suivante : « J'aime tant la tradition que j'en crée chaque jour de nouvelles... ». Honorius III, en 1221, prescrivait aux chanoines de Paris : « *Quum consuetudinis ususque longaevis non sit levis auctoritas, et plerumque discordiam pariant novitates, auctoritate vobis praesentium inhibemus, ne absque venerabilis fratris nostri episcopi vestri consilio et consensu immutetis ecclesiae vestrae constitutiones et consuetudines vestras approbatas vel novas etiam inducatis* » (éd. E. FRIEDBERG, *op. cit.*, II, c. 41).

*si illis canonica non obsistat auctoritas, pro qua eis obviare debemus : unde nil iudicamus eis debere, vel posse resistere*³⁴ ».

La validité de la coutume en face du droit positif et naturel sera enfin reconnue par la fameuse décrétale « *Quum tanto* » de Grégoire IX (1227-1234) : « *Quum tanto sint graviora peccata, quanto diutius infelicem animam detineant alligatam, nemo sanae mentis intelligit, naturali iuri, cuius transgressio periculum salutis inducit, quacumque consuetudine, quae dicenda est verius in hac parte corruptela, posse aliquatenus derogari. Licet etiam longaevae consuetudinis non sit vilis auctoritas, non tamen est usque adeo valitura, ut vel iuri positivo debeat praerudicium generare, nisi fuerit rationabilis et legitime sit praescripta*³⁵ ». Cette doctrine de la prescription fut un des principaux soucis des décrétalistes. Selon Grégoire IX, la coutume doit répondre à deux conditions de validité : son aspect *rationabilis*, sa rationalité, et sa dimension prescriptive légitime, *legitime praescripta*, ou le fait qu'elle soit reconnue et prescrite par une autorité compétente. Et, de plus, elle ne peut porter préjudice au *ius positivum*, droit naturel ou divin.

Innocent III († 1216) s'était exprimé en termes analogues, refusant toute créance à l'égard d'une coutume qui contredirait les *canonica instituta* : « *Nos igitur attendentes, quod consuetudo, quae canonicis obviat institutis, nullius debeat esse momenti...*³⁶ ». Le même pape s'était prononcé dans un sens voisin, lorsqu'il ordonnait l'abrogation d'une coutume « *minus canonice attentate* » : « *...contra consuetudinem approbatam, quae optima est legum interpres, minus canonice attentata, merito cassari debeat*³⁷ ». Ceci est tout à l'avantage de la *consuetudo* authentique, vu que c'est elle qui offre l'interprétation la plus autorisée des lois proprement dites. Innocent III reprenait ici une prescription du Digeste de Justinien, qui n'était autre qu'un emprunt au jurisconsulte romain Julius Paulus, de la première moitié du III^e siècle³⁸. Il n'est pas impossible qu'originellement cette prescription précisait surtout l'importance des coutumes pour l'exégèse des lois qui les codifieront en un second moment.

34. *Décret*, dist. 12, c. 3 ; il reprend ici le témoignage de Léon IX à Michel Cérulaire et Léon d'Achrida (ep. 1, 29), ainsi que celui de Nicolas I à Photius (éd. FRIEDBERG, I, c. 27-28). Ce texte se présente presque intégralement chez YVES DE CHARTRES, *Décret* IV, 223 (PL 161, 313 A) et *Panormia* II, 155 (PL 161, 1119 A).

35. GRÉGOIRE IX, *Décrétales* I, 4 ; éd. FRIEDBERG, II, c. 41. Texte repris par le *Codex iuris canonici*, c. 27, 1. On ne rappellera pas ici le contexte et le but de cette constitution ; il suffira de préciser qu'il s'agissait de résoudre alors diverses controverses au sujet de la coutume, notamment en fixant son critère de rationalité ; mais le texte ne donne pas absolue satisfaction en ce qui concerne la distinction entre Droit naturel et Droit positif, la détermination de ce dernier n'étant pas suffisamment illustrée.

36. A l'évêque de Poitiers ; GRÉGOIRE IX, *Décrétales* I, 4 ; éd. FRIEDBERG, II, c. 36.

37. GRÉGOIRE IX, *Décrétales* I, 4, 8 ; éd. cit., c. 40. Texte repris par le *Codex iuris canonici*, c. 29.

38. JUSTINIEN, *Digeste* I, 3, lex 37.

Les canonistes et les décrétistes discuteront longuement, à l'âge d'or du droit médiéval, pour préciser les conditions d'existence des coutumes et des lois, grâce à des clauses révocatoires, prohibitives et réprobatoires. La législation de Justinien attribuait force de loi aux usages vécus et reçus de longue date : « *Diuturni mores nisi legi sunt adversi, consensu utentium approbati, legem imitantur*³⁹ ». Par conséquent, il suffit du consentement des usagers, *consensu utentium*, qui est une approbation (au moins implicite), pour attribuer aux coutumes, qui ne soient pas directement opposées aux lois, une valeur qui imite celle de la loi, *legem imitantur*. En ce texte-ci, la coutume ne devient pas une loi, elle se limite à l'imiter : ce qui est déjà important, mais il faut constater encore que les deux niveaux juridiques sont différents, la loi étant sanctionnée au départ par l'autorité, tandis que la coutume, *mos populi Dei*, est approuvée par qui l'utilise librement et la vit. C'est uniquement cette approbation qui les distingue l'une de l'autre, mais c'est aussi la communauté des usagers qui introduit officiellement la coutume. En ce cadre s'insère le texte augustinien cité au début de cette réflexion : le *mos populi Dei* et les *instituta maiorum* n'acquièrent force de loi, que dans la mesure où, en l'absence d'une sentence biblique adéquate, ils sont reconnus par ce même Peuple de Dieu et fixés comme éléments de valeur.

Ceci vaut également pour les *instituta* qui seraient explicitement des prescriptions canoniques, étant donné qu'une loi qui n'est pas reçue, tombe progressivement en désuétude. La coutume qui, en bien des cas, reflète l'esprit ou la lettre des *instituta maiorum*, devient une loi par suite d'une ratification tacite qui est la conséquence même de son usage : « *Leges instituuntur, cum promulgantur, firmantur, cum moribus utentium approbantur* », affirmait Gratien⁴⁰. On passa donc d'une coutume de fait à une coutume de droit. L'évolution ultérieure du Droit accentuera la diminution de créance jadis manifestée aux coutumes ; on constate, par exemple, que le canoniste Bernard de Pavie les subordonne aux constitutions ; et son cas n'est pas isolé.

La Bible, la coutume habituelle des chrétiens, les décisions des anciens et l'expérience des Pères : voilà ce qui constitue le bagage normatif du Peuple de Dieu et assure la permanence d'une Tradition établie sur la vérité. Mais progressivement seulement s'est constitué ce droit nouveau qui se déterminera surtout par les canons conciliaires, les décrétales et la production des glossateurs. La source du droit, *fons iuris*, ne sera plus en premier lieu ni l'Écriture, ni le *mos populi Dei*, ni les *instituta maiorum*, mais la chancellerie pontificale qui émanera des *epistulae decretales* munies de bulles, des rescrits, des mandats, etc., où se dénote

39. JUSTINIEN, *Institutes*, I, tit. 2, de iure nat., § 9. Repris par GRATIEN, *Décret*, dist. 12, c. 6 ; éd. FRIEDBERG, I, c. 28.

40. GRATIEN, *Décret*, dist. 4, *dictum Gratiani post c. 3* ; éd. FRIEDBERG, I, c. 6. Le texte poursuit : *Sicut enim moribus utentium in contrarium nonnullae leges hodie abrogatae sunt, ita moribus utentium ipsae leges confirmantur*.

encore l'influence du droit romain et que mitigeront de nombreux actes de dispenses (indults) ; puis la source du droit sera le législateur lui-même, considéré comme ultime et décisif arbitre. Il en résultera un fouillis de textes inextricablement enmêlés, contradictoires, incertains, situation dont se plaint le décrétiste Étienne de Tournai († 1203) : parmi les maux théologiques et autres dont il déplore le développement, il signale cette « *inextricabilis silva decretalium, epistolarum...* » qui est alléguée au détriment des anciens canons⁴¹. Une soif de nouveauté, un besoin de centralisation et d'uniformité factice : voici les causes de l'abandon du respect jadis témoigné au *mos populi Dei* et aux *instituta maiorum*, comme source continue d'un droit consuetudinaire en évolution dynamique.

Ce qui se constate dans la tradition latine se retrouverait aussi dans la vie de l'Église d'Orient. On entrevoit un phénomène analogue, même si des nuances sont opportunément nécessaires⁴². Mais on retiendra de ceci, en soulignant la sentence augustinienne qui motiva les considérations exprimées ci-dessus, l'importance de l'expérience concrète, non seulement pour l'établissement des sources du Droit, mais aussi pour préciser le Droit lui-même, car, à tous points de vue, « un droit est lié à la vie de la société qu'il régit⁴³ ».

Réginald GRÉGOIRE

41. Étienne de TOURNAI, *ep.* 251 ; PL, 211, 517 BC.

42. Une analyse du concept en question, dans la tradition orientale, sera publiée ailleurs.

43. J.-F. LEMARIGNIER, *Gabriel Le Bras (1891-1970)*, *Aevum*, XLVI (1972), p. 7 (tiré à part).