

Luca Parisoli

Antinomie et hiérarchie  
dans la philosophie du droit médiévale.  
De la dissonance des normes  
à l'émergence de la hiérarchie

*Si in volumine statutorum sunt duo statuta contraria*  
Si dans un recueil de lois publiques il y a deux lois contraires  
*et potestas iuravit servare statuta, quod servabit*  
et le pouvoir s'est obligé à respecter toute loi publique, il doit les respecter  
(ALBERTUS DE GANDINO, *Quaestiones Statutorum*, XIII)

1. *Délimitation du domaine de recherche*

Je me propose d'attirer votre attention sur la construction de la notion de droit proposé au Moyen Age par des auteurs qui vont bâtir ce qui va être le droit canonique. La date de référence est celle du recueil du moine Gratien, autour de 1140, qui intitule son ouvrage *La concordance des canons difformes*, ensuite transmis à l'histoire par le titre *Decretum Gratiani*. Il ne s'agit pas simplement du droit de l'Eglise, à savoir du droit ecclésiastique, car l'enjeu ne se limite pas à celui d'une analyse des normes régissant la vie de l'Eglise catholique médiévale, mais celui de la compréhension d'une nouvelle notion de droit proposée en alternative à la notion de droit héritée par la tradition romaniste, redécouverte au début du XIIe siècle par l'Ecole bolonaise. Je me place dans la sillage des analyses avancées par Harold J. Berman dans son ouvrage *Law and Revolution* (Cambridge Mass. 1983), qui a connu une précieuse traduction en langue française (*Droit et Révolution*, Aix-en-Provence 2002) : je tire des analyses de Berman trois thèses principales, à savoir 1) le caractère alternatif de la construction canoniste à la conception romaniste du droit, donc la thèse que le droit canonique est bâti contre le (et non pas à la suite du) droit romain, 2) la notion du droit proposée par les canonistes a façonné la notion de droit consacré dans la pensée moderne de l'Occident européen – en dépit des constructions historiographiques du XIXe siècle et des nationalismes du XXe siècle, et 3) la notion de hiérarchie normative est l'issue de cette construction canoniste qui transfère dans

l'interprétation juridique un élément spécifique de la croyance dans un Dieu personnel transcendant – la hiérarchie des étants et des normes. Tout d'abord, la référence à Berman est pour moi une bonne raison pour me limiter au droit canonique : en effet, le Moyen Age européen a connu des grandes familles de réflexion et d'analyse juridique. Tout en étant simpliste dans la catégorisation, il y a eu au moins une famille romaniste – le revival du droit romain impérial ; une famille juive – le français Rashi commente le Talmud ligne par ligne au XIe siècle ; une famille islamique – à la même période Al-Razi élabore une théorie de l'interprétation normative ; une famille catholique – Gratien, nous l'avons dit, mais aussi le Pape Grégoire VII et ses *Dictatus Papae*<sup>1</sup>. Ce n'est pas nécessaire d'être des spécialistes de ces domaines historiques, vous pouvez bien imaginer que chacune de ces familles peut se différencier dans des écoles proposant des outils théoriques et méthodologiques différents, et pourtant il convient de les considérer *prima facie* comme des familles séparées, au moins par le contexte historique et culturelle de chacune d'entre elles. La tradition occidentale a fait de la conception romaniste du droit le modèle même du droit ; ainsi, quand nous disons “le droit musulman”, nous tendons à penser à un objet proche du droit romain dans la tradition musulmane, tandis que certains peuvent prétendre qu'il n'y a pas un véritable objet droit musulman, car une fois que nous avons assimilé la définition du droit comme biunivoque avec les caractéristiques du droit romain il n'y a pas qu'un droit romaniste. Malheureusement, par cette voie il n'y a jamais du droit dans n'importe laquelle civilisation dépourvue d'héritage romaniste ou d'hommage à l'idole romaniste. La constatation banale que la conception du droit musulman n'est pas conforme à celle romaniste nous impose d'éliminer le mot “droit” de notre compréhension de la civilisation islamique ; même discours pour le droit juif, et je crois qu'il n'y a non plus un droit chrétien à ces conditions là. Or, en essayant une démarche d'histoire des idées et chargée de la nécessaire dimension anthropologique, je préfère assumer en tant que présupposé que l'objet du mot “droit” est la normativité, notion simple renvoyant à la prescription et à l'interdiction, au permis et à l'obligation : dans cette perspective, il y a une pluralité de phénoménologies juridiques dans le monde médiéval, et notamment les analyses de Berman nous montrent que le droit canonique, en dépit de certaines similarités avec l'héritage romaniste (et par ailleurs avec les traditions juives ou musulmanes), se propose en tant

<sup>1</sup> Je veux proposer une périodisation, à l'instar d'Harold J. Berman, en vous offrant la date symbolique à partir de laquelle on peut parler de la réalité d'une pensée juridique occidentale qualifiée par des propriétés essentielles qui se conservent jusqu'à aujourd'hui. Il s'agit là, pour utiliser les mots de Berman, des racines de la tradition juridique Occidentale plongeant dans une radicale séparation du pouvoir ecclésiastique de l'autorité laïque et la formation à l'intérieur de l'Eglise catholique du premier système juridique Occidental. Cette date est l'année 1075, connaissant la rédaction d'un acte apparemment destiné à l'usage privé de son auteur, s. Grégoire VII, Pape protagoniste d'une lutte ferme contre l'Empire et d'un processus de réforme de l'Eglise romaine. Il s'agit des *Dictatus Papae* – les *Préceptes du Pape* – pouvant être considérés, pourvu que les très fines et pointues analyses de Berman soient persuasives au point de vaincre des idéologies adversaires (p.e., la théorie soviétique du droit), comme le contenu de l'agenda essentielle de la révolution d'un nouveau discours normatif incluant le droit, la politique et l'économie.

qu'alternative au droit romaniste. Il s'agit donc de comprendre comment au Moyen Age il y a des familles d'approche à la normativité *prima facie* différentes, pouvant quand même partager des éléments communs, mais sans une suprématie *apriori* des éléments d'une traditions sur ceux d'une autre. Affirmer cette suprématie est toujours envisageable : ce n'est plus une démarche d'histoire des idées, il s'agirait d'une démarche de philosophie juridique tout court.

Une fois reconnu qu'il y a plusieurs familles de pensée juridiques médiévales (à leur tour caractérisées par une pluralité de sous-familles), je choisis, d'une part par son importance dans l'histoire de la pensée juridique de l'Occident européen, d'autre part par compétence personnelle, de me consacrer à la famille du droit canonique, avec deux éléments essentiels : la résolution des contradictions *prima facie* et la hiérarchie normative, en suggérant aussi que la méthode canoniste ouvre une fenêtre sur un chantier encore plus que controversé que celui de la thèse historiographique de Berman, à savoir le chantier d'une pensée juridique paraconsistante, reconnaissante l'existence de contradictions vraies. La notion hébraïque de *teyku*, présente grosso modo 319 fois dans le *Talmud* de Babylone<sup>2</sup>, pourra nous conforter dans la compréhension de la contradiction vraie, ce qu'on appelle aussi un vrai dilemme moral – non pas un problème moral difficile à résoudre, mais une alternative entre A et non-A où A est vraie<sup>3</sup> et non-A est vraie : il ne s'agit pas pour nous d'examiner les contradictions vraies dans le *Talmud*, mais il s'agit de prendre acte de la confiance de la part d'un courant rabbinique dans la valeur ontologique de l'existence de normes contradictoires vraies. Cette ontologie est celle du Dieu transcendant biblique, et elle est donc aussi celle du catholicisme conscient de la valeur ontologique de la volonté divine. Par ailleurs, j'ai essayé de montrer la fécondité de la perspective paraconsistante en proposant une lecture de la pensée de Duns Scot – de la métaphysique à la

<sup>2</sup> Louis JACOBS, *Teyku. The Unsolved Problem in Babylonian Talmud*, London 1981. Il y a des stratégies visant à banaliser la notion de 'teyku' en tant que 'question non résolue à l'état actuel' (cette stratégie, sous le nom d'élimination de monstruosité, a été pratiquée notamment dans l'histoire des sciences mathématiques, en défense du paradigme dominant). Or Jacobs montre de façon convaincante qu'il s'agit au contraire d'une 'question absolument non résolue', dont l'alternative A est vraie et l'alternative contraire non-A est vraie aussi. La pluralité et la variété des cas d'espèces marqués par 'teyku' nous amènent à plaider pour une stratégie prête à accepter l'existence de contradictions normatives vraies : le dilemme moral, en tant que norme vraie-et-fausse, existe *stricto sensu*.

A titre de suggestion, il convient de se rappeler que Hans Kelsen, dans la *Théorie générale des normes*, soutient que la valeur de vérité ne concerne pas les normes, et suggère que la logique ne s'applique pas aux normes. Un penseur paraconsistant concorde avec Kelsen sur les faits (la logique classique ne permet pas de manipuler les normes), non pas en ce qui concerne la solution : il va affirmer que la valeur de vérité concerne les normes et que la logique classique n'est pas universellement applicable aux normes, tandis que la logique paraconsistante (ignorée par Kelsen) est la véritable logique des normes.

<sup>3</sup> Je suis conscient que l'attitude très majoritaire dans la théorie du droit est de considérer les propositions normatives dépourvues de valeur de vérité, mais licites ou non-licites, valides ou non-valides. Dans la perspective de la logique paraconsistante (selon laquelle, il y a dans le monde des contradictions vraies) cette thèse est fautive : dans la sillage du réalisme ontologique des universaux, moi aussi je crois qu'il faut abandonner la stérilité du positivisme linguistique du XXe siècle.

morale – lui attribuant la croyance dans l'existence de contradictions vraies<sup>4</sup> : il s'agit d'une proposition historiographique, mais aussi d'une contribution à l'érosion du dogme de la logique classique.

## 2. Une autre Référence fondatrice : le droit naturel en tant que hiérarchie des volontés

La notion de «ce qui a été posé ensemble dans la cité, selon quoi tous doivent vivre» (*Digestum*, 1, 3, 2, fragment grec de Marcianus) est au centre de la stratégie du droit civil romain, puis du droit romain médiéval. Il s'agit d'une conception technique du droit, paradoxalement alimentée même par l'essor médiéval du droit canonique. Ce développement permet d'inclure la Référence fondatrice au cœur du système juridique, par une stratégie qui favorise sans surprise la dominance actuelle du juspositivisme et de toute attitude philosophique nominaliste. L'inclusion du fondement dans la sémantique du discours est la technique permettant une conception exclusivement formelle du métalangage : une fois que le fondement est bien caché au sein de la structure lexicale, on peut même avancer qu'il n'y a pas lieu de s'interroger sur le fondement, hiérarchique ou pas. Toute suspicion à l'égard du discours du droit naturel est une issue de ce refoulement de la Référence fondatrice : selon certains juristes, le discours juridique serait le plus parfait, supérieur même au formalisme de la mathématique. En effet, le logicien Kurt Gödel a démontré que la sémantique du discours mathématique ne peut être complète sans un appui extérieur au discours lui-même : or, son théorème connaît une popularité certaine, tandis que son réalisme métaphysique (à la manière de Platon) ne connaît pas du tout une popularité comparable. Pour ces juristes, en revanche, l'inutilité *a priori* de la référence au droit naturel (ou à toute norme extérieure au système juridique) est finalement le signe de l'autonomie sémantique du discours juridique. Je crois que l'outil essentiel (principal aussi, mais non pas le plus utilisé) par le droit canonique médiéval pour résoudre les contradictions *prima facie* est celui de montrer qu'au-delà du système juridique positif (créé par les hommes) il y a des normes qui sont nécessaires à la signification du système juridique. La contradiction est un danger pour la signification d'un système juridique : et en ce sens il ne s'agit pas de normes extra-juridiques (même s'elles sont extérieures au système juridique positif); il s'agit de normes juridiques, il s'agit des normes du droit naturel – sphère de rationalité, peut-être, mais tout d'abord sphère de volonté normative.

Or, l'anthropologie chrétienne propose par la notion de personne une Référence fondatrice qui échappe aux manipulations formelles du discours juridique: la personne est tout d'abord un étant métaphysique, doté d'une réalité avant la naissance en ce monde actuel et après la mort en ce monde actuel. La personne est asso-

<sup>4</sup> L'ouvrage est *La contraddizione vera. Giovanni Duns Scotto tra le necessità della metafisica e il discorso della filosofia pratica* (Roma 2005).

ciée à un étant biologique (l'être humain), car c'est sa façon d'être une personne dans notre monde, mais la personne ne se réduit pas à l'être humain, car elle existe en chaque monde possible après la création et seul Dieu peut la réduire au néant. Les propriétés de la personne sont donc nécessaires: tandis que la dignité de l'être humain est une notion à degré – comme l'honneur, elle peut augmenter ou diminuer –, la dignité de la personne est immuable – elle coexiste avec la personne, elle disparaît avec la personne. Tout en s'appuyant sur des fondements métaphysiques remontant à Platon, ce schéma était étranger à la civilisation sociale du monde romain. Il y a un caractère paradoxal de la science canoniste, car la tentative de se débarrasser de l'anthropologie païenne romaine a produit un assujettissement aux techniques formelles du discours juridique romain, capables de dénaturer toute référence au fondement anthropologique. Il s'agit de reconnaître les normes découlant de la nature humaine, tout en sachant que l'homme est une créature, non pas un créateur. La notion de *vitam decernere*, par sa référence nécessaire à la Référence fondatrice – le divin, s'oppose à la notion de *vitam instituere*<sup>5</sup>. La morale, ou mieux un système de normes morales, a pour but d'opérer un choix (*decernere*) à l'intérieur de cet ordre de la nature : la pluralité des systèmes juridiques est absolument compatible avec la reconnaissance de cet ordre naturel. Les divergences concernant l'ensemble des normes du droit naturel, reproche maintes fois avancé par les juspositivistes contre les jusnaturalistes, sont en réalité des divergences concernant le système moral utilisé comme critère de sélection à l'intérieur de l'ordre naturel pour bâtir le système juridique positif. Mais ces divergences (la loi de l'Ancien Testament n'est pas identique à celle du Nouveau, le droit naturel de Pufendorf n'est pas conforme à celui de Wolff) sont toujours à l'intérieur d'une stratégie de *vitam decernere*, par opposition à la conventionnalité du *vitam instituere*. En effet, cette notion rencontre au Moyen Age la stratégie alternative du droit canonique, qui opère une manifestation du fondement religieux par des textes comme *Duo sunt genera Christianorum* (C. 12, q. 1, c. 7).

Ce fondement a été ensuite l'objet d'un refoulement par la civilisation juridique occidentale en vertu d'une transformation sémantique de la différence entre laïcs et religieux envisagée par ce texte : «il y a un genre de personne, consacré aux offices divins, à la contemplation et à la prière, qu'il convient d'éloigner de tout bruit du monde, car il s'agit des clercs, fidèles à Dieu, ou bien des convers ... choisis par hasard ... il y a les laïcs ... qui peuvent posséder des biens temporels, même au delà de l'usage ... ils peuvent se marier, cultiver la terre, juger dans les tribunaux, se défendre dans un litige, offrir de sacrifices sur l'autel, rendre les impôts, et ils peuvent ainsi se sauver, s'ils fuiront les vices et feront le bien»<sup>6</sup>. L'objet du refoulement est no-

<sup>5</sup> Je renvoie à mon article *Vitam instituere : la portée fondamentale du droit de vie et de mort dans un cadre d'histoire de la pensée juridique*, in «Politeia. Les Cahiers de l'Association Française des Auditeurs de l'Académie Internationale de Droit Constitutionnel» 3, 2003, pp. 81-90.

<sup>6</sup> *Est autem unum genus, quod mancipatum divino officio, et deditum contemplationi et orationi, ab omni strepitu temporalium cessare convenit, ut sunt clerici, et Deo devoti, videlicet conversi ... id est, sorte electi ... ut sunt laici ... His licet temporalia possidere, sed non nisi ad usum ... His con-*

tamment l'unité de la fin liant les deux genres d'êtres humains, à savoir le salut éternel : en dépit des différences dans la vie quotidienne, il y a cette unité téléologique. La mythologie de l'Etat national a prétendu remplacer cette référence naturelle (présente par ailleurs dans d'autres systèmes culturels, par exemple dans l'Islam, mais aussi dans toute forme de société non-conventionnaliste) par la déification de l'Etat.

Il y a ici deux grandes conceptions de l'anthropologie humaine et du système normatif qui vont instaurer une dialectique, indiquée par Harold Berman comme le moteur de la naissance de ce qu'on appelle le droit moderne. D'une part, la civilisation romaine a connu une conception du droit issue du phénomène religieux, le *fas* – au fur et à mesure elle s'est toujours plus laïcisée, et une autre, le *jus*, associée à une religiosité de type 'contractuel', où la dévotion populaire joue un rôle non-homogène par rapport à la religion d'Etat. Ainsi, le *jus* était censé régler la vie sociale par une stratégie autonome et déterminer les limites de la personne elle-même, trop souvent réduite à être un objet de fiction juridique.

D'autre part, le droit canonique médiéval emprunte l'héritage formel du droit romain, sans pour autant en assumer les conceptions-clefs : le fondement religieux du droit est un élément central de cette nouvelle conception du droit, où le naturalisme anthropologique d'origine aristotélicienne (non-romaniste) et le normativisme d'origine juive instaurent une dialectique incessante. L'un privilégie la recherche des bonnes raisons dans l'ordre naturel pour soutenir une certaine norme ; l'autre considère que la volonté divine est une bonne raison pour une certaine norme. Il y a là la dialectique de la théorie du droit jusqu'à aujourd'hui : d'une part, ceux qui admettent l'interprétation des faits, de l'ordre de la nature ; d'autre part, ceux qui admettent l'interprétation des énoncés émanant de la source normative (en dernier ressort, Dieu – dans un système humain, le législateur).

La Référence fondatrice inhérente à l'anthropologie humaine est commune aux deux approches : les uns l'attribuent au législateur, les autres l'attribuent au juge (qui était parfois la même personne physique). Mais il convient de souligner que la personne humaine ne peut être réduite à l'issue d'une fiction arbitraire : les notions de personne métaphysique (*imago Dei*) et de personne naturelle (*ordo creationis*) sont les bornes apposées contre toute dérive formaliste. L'une est unité personnaliste qui va au delà des limites de l'expérience sensorielle de l'être humain, la personne métaphysique est l'unité faisant la continuité entre le Je de cette vie terrestre et le Je de notre vie après la mort terrestre ; l'autre est la manifestation de la personne métaphysique dans notre monde actuel, régi par les lois physiques et biologiques de la nature terrestre, et cette manifestation est signe de l'intervention de Dieu dans la création du monde actuel, mais elle va changer après la fin de notre vie en ce monde, tout en restant la réalité métaphysique de notre personne 'image de Dieu'.

*cessum est uxorem ducere, terram colere, inter virum et virum judicare, causas agere, oblationes super altari apponere, decimas reddere, et ita salvari poterunt, si vitia tamen beneficiendo evitaverint.*

### 3. *Harmoniser les textes normatifs*

Gratien avait en face un problème qu'il faut essayer de bien comprendre : en absence de toute codification consciente, les normes régissant la vie de l'Eglise catholique étaient dispersées dans une pluralité de sources, dont on ne pouvait pas identifier un ensemble spécifique en l'absence de tout critère univoque d'identification. Il y avaient des recueils l'ayant précédé, par exemple celui d'Ive de Chartres (1095, ensuite le *Panormia* en 1096<sup>7</sup>) ou de Burchard de Worms (1012), mais il s'agissait d'ouvrages dépourvus d'une autorité ou *apriori* (habilitation normative) ou *aposteriori* (reconnaissance d'une force tranchante). Même Gratien, dont par ailleurs nous ne connaissons pas de détails de la vie et de l'action scientifique, n'agissait pas par un mandat normatif de la part de l'autorité ecclésiastique ou de toute autre autorité : son recueil, simplement, aura la reconnaissance de la part de l'unanimité de ses lecteurs d'une autorité normative *ex post*, tout en étant conscients du fait qu'il ne s'agissait pas de normes promulguées, mais en revanche de normes reconnues. Il s'agissait de montrer la cohérence de la production normative de l'Eglise catholique pendant les siècles de sa vie : il y a là la source de la faiblesse de l'argument *lex posterior derogat*, car la naissance de la conception du pouvoir nomothétique du Siège apostolique, jurislatureur suprême, ne pouvait pas entamer la conception d'une stratification de la normativité de l'Eglise, où il y a accumulation et non pas remplacement, au moins en ce qui concerne le noyau dur de cette normativité (sans préjuger l'existence de l'abrogation pour des matières législatives non-essentielles).

Avant d'essayer de comprendre les éventuelles raisons du succès de Gratien, il faut comprendre que sa tâche n'était pas identique à celle d'un rabbin à lui contemporain commentant le *Talmud* ou la *Torah* ; elle n'était non plus comparable à celle d'un docteur de la loi islamique (*shari'a*). Un rabbin était conscient de manipuler un texte avec un caractère normatif bien déterminé : le *Talmud* est composé de *mishvot*, paragraphes dont l'ensemble représente la Parole de Dieu mise par écrit, et de *guemara*, les commentaires de la Scolastique juive des premiers siècles après la naissance du Christ. Dans la *guemara* il pouvait déjà trouver élaborée une puissante théorie de l'interprétation, mais il ne pouvait absolument pas confondre le niveau normatif entre une *mishna*, placée au niveau suprême étant la Parole de Dieu, et la *guemara*, placée au niveau inférieur de la hiérarchie étant paroles des hommes. Le rabbin du XI<sup>e</sup> siècle était en face d'une théorie hiérarchique bien structurée, qu'il pouvait toujours nuancer ou contester, mais qui était partie du patrimoine de la culture juive. Le docteur de la loi islamique était en face d'un texte, celui du *Coran*, encore plus exclusif que tout autre texte sacré : le *Coran* n'était pas simplement la Parole de Dieu, ce texte était la seule Parole de Dieu à défaut de la soi-disant perversion de cette Parole opérée par les Chrétiens et les Juifs. Un chrétien pouvait considérer les *Evangelies* comme Parole de Dieu, un juif pouvait considérer la *Torah* comme Parole

<sup>7</sup> Cet ouvrage s'ouvre par un paragraphe intitulé *De concordantia canonum*, donc Gratien n'a pas bâti son entreprise dans le vide conceptuel.

de Dieu, et le deuxième ne reconnaissait pas aux *Evangelies* le même statut, tandis que le premier ne reconnaissait pas au *Talmud* le même statut. Or, le docteur islamique qualifiait son texte sacré par une sacralité qui était dénégation de la valeur normative de tout autre texte : si l'*Evangile* était accomplissement de la Loi Ancienne pour un chrétien, le *Coran* était remplacement absolu de toute Parole de Dieu par un musulman. Il s'ensuit une valorisation du texte qui peut prendre allure de fétichisme : si le juif pouvait considérer que la Parole de Dieu (par excellence, le Décalogue) était cédée aux hommes pour la faire vivre à la recherche de la vie, pour le musulman la Parole de Dieu était toujours à Lui. Dans ce climat, les docteurs de la loi islamiques élaborèrent une théorie de la hiérarchie des volontés posant la loi, manifestant au XI<sup>e</sup> siècle l'avis majoritaire que toute analyse utilitariste de la loi (à savoir, les bonnes raisons de la loi) est fausse<sup>8</sup>.

Aujourd'hui les penseurs musulmans ont la tendance même à nier la pleine réalité du phénomène de l'abrogation dans la *shari'a* ; en revanche, au Moyen Age ils avaient développé une théorie de l'abrogation normative, en tant qu'outil pour rendre compte d'apparentes contradictions *prima facie*<sup>9</sup>, même avant la révolution introduite par Al-Ghazali en acceptant l'outil de la logique aristotélicienne remplaçant, au moins en partie, l'ancien système de signes et définitions inspiré par la logique stoïcienne<sup>10</sup>. Moïse Maimonides pouvait détailler les critères de l'interprétation normative, et il faisait de l'interprétation dans sa *Mishné Torah* : son adversaire posthume Moïse Nachman se montrait plus méfiant à l'égard de la tradition grecque, proposant une approche plus traditionaliste à l'interprétation par son commentaire au *Pentateuque*<sup>11</sup>. En face de Gratien il n'y avait rien de comparable : le droit romain était découvert depuis bien peu d'années à Bologne, mais ce n'était pas l'objet de sa démarche. La *Bible* n'avait pas le statut du *Coran* (même si la Loi Nouvelle était synonyme de la loi tout court pour certains, comme c'était le cas d'Abélard), et il n'y avait pas dans les textes chrétiens quelque chose de comparable au *Talmud*. Gratien cherche de composer un recueil où les normes régissant la vie de l'Eglise catholique puissent s'harmoniser, la *Bible* étant une source parmi les autres : il n'y a pas une source exclusive et autorisée où retrouver les normes de l'Eglise, ce n'est pas la *Bible*, ce n'est pas l'activité des évêques et des papes. Gratien puise dans la *Bible*, mais surtout en tant qu'argument renforçant la norme canonique, il puise dans les actes, normatifs et non-normatifs (lettres...), des responsables de la vie de l'Eglise – parmi lesquelles la

<sup>8</sup> Cf. Fatallah KHOLEIF, *A Study on Fakhr Al-Din Al-Razi and his Controversies in Transoxiana*, Beyrouth 1984, p. 156.

<sup>9</sup> Robert BRUNSCHVIG, *Logic and Law in Classical Islam*, in G. E. VON GRUNEBaum, *Logic in Classical Islamic Culture*, Wiesbaden 1970, p. 10. Concernant l'importance essentielle des critères logiques pour un musulman étant donné le statut exceptionnel du *Coran*, dans le même recueil Josef VAN ESS, *The Logical Structure of Islamic Theology*, p. 21 (cf. à p. 44 pour l'importance exclusive de la volonté dans la force d'une norme).

<sup>10</sup> Josef VAN ESS, *The Logical Structure*, p. 47.

<sup>11</sup> Cf. la traduction en langue anglaise, RAMBAN (à savoir NACHMAN), *Commentary on the Torah*, New York 1999, 5 volumes. Par exemple, le commentaire à l'ordre de sacrifier Isaac, *Genesis*, p. 275-279.

production des conciles, il puise notamment dans le grand réservoir des Pères de l'Église. La concordance des canons de l'Église est tout d'abord une concordance doctrinaire : des cas concrets problématiques sont abordés (en latin, *causa*), mais la démarche de composition des divergences s'appuie tout d'abord sur les paroles d'auteurs chrétiens dont l'autorité est reconnue par l'Église catholique. La notion de Magistère se dessine ainsi avec une différence sensible avec la *guemara* du *Talmud* ; tandis que la *guemara* se greffe directement sur la Parole de Dieu, le Magistère se propose aussi comme parfaitement conforme à la Parole de Dieu, mais il se développe par une forme non-codifiée d'interprétation du texte sacré. À l'état du *Décret* de Gratien, le droit canon fait partie du Magistère de l'Église, il est conforme à la Parole de Dieu, il est capable d'évacuer les apparentes contradictions dans les paroles des hommes de l'Église catholique, mais il ne se développe pas (comme en revanche il le font la *guemara* ou le *kalam*) par une forme rhétorique de lien très étroite avec la Parole de Dieu. Dans d'autres termes, la construction par Gratien du droit canon demande dès le début, plus ou moins explicitement, un homme pouvant prendre le rôle de Législateur suprême à la place de Dieu : même si cette théorie doit se développer grâce aux théoriciens de la toute-puissance législative, cet homme ne peut qu'être le vicaire du Christ, Incarnation humaine de Dieu. Cet homme est le Pape, une figure *prima facie* absent dans les deux autres religions : chez Gratien il n'y a pas encore une théorie du rôle du Pape en tant que producteur principal des normes canoniques, mais il y a déjà très clairement affichée la suprématie normative du chef suprême du Siège apostolique. Notamment, le Pape tranche en matière d'interprétation, comme l'affiche l'un des premiers commentateurs du texte de Gratien, en posant la différence entre la *ratio recte vivendi* (la détermination de la norme de vie) d'un côté 'magistral', à savoir déterminée par les maîtres de l'Église, et 'authentique', déterminée par le Pape, en reprenant de façon explicite un adjectif tiré du droit laïc<sup>12</sup>. Chez Gratien la source de production d'une norme n'est pas encore un guide sûr pour établir la norme s'imposant à une autre en cas de discordance : il s'agit d'un développement dont tous les éléments sont présents, mais l'outil majeur pour composer une contrariété entre canons, à défaut de l'efficacité des stratégies interprétatives montrant qu'il n'y a pas en réalité de contrariété (les canons parlent des choses différents, ils s'appliquent dans des territoires différents...), c'est le droit naturel, avec la précision de le considérer en comparaison à l'argument contemporain du recours aux principes généraux du système juridique<sup>13</sup>. Mais il convient tout d'abord d'analyser la structure formelle de la méthode favorisant l'interprétation capable d'évacuer les contradictions apparentes, car cette méthode a une portée générale très importante, comme le remarque Berman, pour s'adresser ensuite au rôle résiduel du droit naturel comme sphère normative hiérarchiquement supra-ordonnée au droit humain étant par

<sup>12</sup> *Summa Elegantius in iure divino* (après 1169), Vienne MS lat. 2125, f. 11r.

<sup>13</sup> Stephen KUTTNER, *Harmony from Dissonance. An Interpretation of Medieval Canon Law*, Latrobe Pennsylvania 1960, ensuite *The History of Ideas and Doctrines of Canon Law in the Middle Ages*, London 1980.

définition “posé”, à savoir droit positif<sup>14</sup>. Je dis ‘résiduel’ car la sphère supra-ordonnée du droit naturel ne peut être que la dernière ressource – tout en étant pour les hommes la plus importante, car il faut épuiser tous les arguments envisageables avant d’avoir recours au droit naturel : Gratien veut bâtir un corps de lois de l’Eglise, ce corps se veut unitaire et cohérent, le droit naturel n’est appelé que à résoudre les contradictions faisant résistance à tout effort de conciliation interprétative.

Tout d’abord, l’émergence des contradictions apparentes est favorisée par l’intention de réunir les normes de l’Eglise dans un ensemble unitaire : Gratien ne suit pas un critère général par matière, la matière n’est qu’un critère de sous-division de la deuxième partie de son ouvrage, les *Causae*. La première partie est répartie en 101 ‘distinction’, dont celles de 1 à 20 concernent la nature des sources du droit et leurs relations<sup>15</sup> : nous avons là la préparation d’une théorie de la hiérarchie des normes<sup>16</sup>. La deuxième partie est répartie en 36 cas d’espèces généraux analysés avec beaucoup des précisions, par l’exposé de différents avis : nous avons là la mise à l’oeuvre des critères de résolution des contradictions. L’apologie théorique du droit naturel est dans la partie doctrinaire, les distinctions de 1 à 20, mais il faudrait y inclure aussi les distinctions de 21 à 25, posant la suprématie du Pape. Je veux souligner qu’il s’agit d’une apologie théorique et doctrinaire, car dans la deuxième partie, celle consacrée aux cas d’espèces généraux, la résolution des contradictions est notamment confiée à d’autres outils d’interprétation normative. Berman prend l’exemple de la dist. 37 : d’une part, il y a une pluralité d’autorités (conciles, pères de l’Eglise, cas historiques de l’Eglise...) disant que les prêtres ne doivent pas lire la littérature mondaine (celle des gentils) ; mais une autre pluralité affirme le contraire. Afin de résoudre la question, il souligne un décret d’un concile (c. 1 *Episcopus gentiliium*, Carthage IV, a. 398, chap. 16) où il n’y pas d’interdit en ce qui concerne les livres des hérétiques, livres qui doivent au contraire être lus, il remarque lui-même (ante c. 9), avec une grande attention pour le combattre – post c. 7 *Legimus de* : en effet le livre de Daniel, 1, témoigne de la connaissance de la part de Moïse et de Daniel de la science des Egyptiens, et aussi le livre de l’Exode, 3, 22, témoigne de l’ordre divin de dépouiller les Egyptiens des leurs biens, dont les biens de la connaissance ; les trois Mages ont été lus par Rabanus Maurus comme les trois parties de la philosophie ; Cassiodore a fait l’éloge de la rhétorique ancienne ; et le suivant c. 8

<sup>14</sup> Ce n’est pas une conception exclusive des canonistes, ma je crois que les canonistes ont travaillé à leur consécration dans la civilisation juridique médiévale : ainsi, Albertus de Gandino peut écrire, dans ses *Quaestiones Statutorum*, VIII (in *Scripta Anecdota Glossatorum*, III, Bologna 1901, p. 159) que la législation civique contraire au droit naturel n’est pas valable, car *iura naturalia sunt immutabilia* (*Institutiones*, 2, 11), tandis qu’elle s’impose au droit civil.

<sup>15</sup> Jean GAUDEMET, *La doctrine des sources dans le Décret de Gratien*, in «Revue de droit canonique», 1 (1951), pp. 5-31, ensuite *La formation du droit canonique médiéval*, London 1976.

<sup>16</sup> Il faut évoquer la distinction entre *ius fori* (droit du tribunal) et *ius poli* (droit du Ciel), encadrée dans le *Décret* de Gratien à partir d’un texte de Saint Augustin. Elle a connu beaucoup plus de succès chez le théologien-juriste que chez les juristes professionnels. Le droit du Ciel est le droit naturel radicalement non-humain, il va devenir chez Occam le droit divin naturel, source des droits universaux des hommes.

*Turbat acumen* tiré de s. Bède le Vénérable (in lib. II *Regum*, c. 9) consacre la référence à Moïse et dénie toute interdiction pour les ministres de l'Eglise. Il affirme aussi (ante c. 9 *Legimus aliqua*) que ce qui semble être interdit dans la littérature mondaine est notamment le plaisir pour le plaisir de la lecture, et non pas la lecture en soi du texte – par exemple, le c. 2 *Sacerdotes Dei* interdit de lire «les comédies en omettant les Evangiles», le c. 4 *Vino inebriantur* est une mise en garde contre la compréhension de la Bible par la science mondaine –, et non pas l'usage avisé en direction de l'érudition sacrée. Ainsi on peut comprendre s. Ambroise, c. 9 *Legimus aliqua*, “*ne negligantur ; legimus, ne ignoremus ; legimus, non ut teneamus, sed ut repudiemus*” (lire pour être conscient, pour connaître, pour refuser et condamner) ; s. Jérôme, c. 10 *Si quis artem* et c. 11 *Qui de mensa* – reprenant l'exemple de Daniel et Moïse ; et le Pape Clément I, c. 14 *Relatum est nobis* (lettre pontificale). Finalement, par une reconstruction de la signification valable (ante c. 16 *Non omnis ignorans*), il a bâti une troisième position, capable de montrer qu'il n'y a pas d'incompatibilité entre les deux ensembles d'autorités, sous la condition de les comprendre à la lumière de leur vraie signification (pas de permission sans nuances, pas d'interdiction sans nuances). Tous les canons exposés prohibent la même chose, à savoir la négligence technique des ministres, l'*imperitia* qui mène à l'ignorance. Il peut se relier ainsi à la suivante dist. 38, s'ouvrant par un canon du Concile Toletène IV (a. 633, chap. 24), c. 1 *Ignorantia mater*, soulignant comment l'ignorance est le plus grand danger pour les ministres ; par cette distinction Gratien n'opère pas une synthèse entre les autorités divergentes, car en réalité les canons 12-16 se bornent à souligner que «les vices moraux doivent être réprimés avec plus de force que les vices des connaissances» (ante c. 12 *Sedulo monendi*).

Le cas de la “juste guerre” est résolu sans avoir recours au droit naturel, ni à une hiérarchie des normes – refus de la hiérarchie matérielle par le refus de l'argument d'utilité et aussi refus de la hiérarchie chronologique en tant que référence privilégiée au droit romain, même si le texte évangélique penche pour une solution radicale ; il s'agit en revanche d'une hiérarchie axiologique, soulignant la valeur de la manifestation positive de la Parole divine, capable de contester la légitimité des pouvoirs humains violant le droit naturel, mais tout à fait impuissante à contester légalement les lois – même jugée immorales – émanant de ces mêmes pouvoirs humains (car il faudrait accepter a priori leur légitimité, justement niée par l'émanation de lois immorales et notamment contraires au droit naturel). Les mots de Gratien arrivent après une séquence impressionnante d'autorités : C. 23, q. IV, ante c. 16 *Cum in lege malorum vindicta Deo reservanda est* (Dieu a le privilège de venger les crimes) ; q. IV, ante c. 26 *Quod Christus “crimina sunt punienda, quando salva pace ecclesiae fieri possunt, in quo tamen discretio adhibenda est”* (la sanction des délits ne doit pas préjuger la paix publique de l'Eglise, et cette sanction ne doit jamais être spectaculaire) ; q. IV, post c. 32 *Non potest esse* (la norme évangélique de l'amour n'est pas un déni de la sanction contre les crimes, elle devient chez Gratien le fondement de l'autorité exclusive des tribunaux dans l'administration de la justice, sous l'aide constant de la vertu de la miséricorde) ; q. IV, post c. 54 *Mali sunt, “vindicta est inferenda non amore ipsius vindictae, sed zelo justitiae ; non ut odium exercea-*

*tur, sed ut pravitas corrigatur*” (l’exercice de la vengeance n’est pas poussé par le désir de vengeance, mais par le souhait de justice, non pas par la haine, mais pour le redressement de mauvaises situations) ; q. V, post c. 49 *Remittuntur peccata, “aliquando per legitimam potestatem gerentes, aliquando per populo divino jussu excitato, mali pro peccatis suis non solum flagellantur, sed etiam rite perduntur”* (à conclusion d’un long commentaire, il s’affirme la nécessité parfois d’une grave sanction, légalisée ou spontanée, contre les méchants) ; q. VI, post c. 4 *Jam vero, “si bonum, ad quod mali coguntur, semper inviti tolerarent, et numquam voluntarii servirent, inutiliter cogentur ad illud. Sed quia humanae naturae est et ea, quae in desuetudinem ducuntur, abhorre et consueta magna custodia diligere, flagellis tribulationum mali sunt cohibenda a malo, et provocandi ad bonum, ut, dum timore poenae malum in desuetudinem ducitur, abhorreatur, bonum vero ex consuetudinem dulcescat”* (il s’agit de l’explication de la contrainte vers le bien qui doit être imposé au méchant – son utilité n’est pas de principe, cette utilité réside dans le fait que celui qui pratique le bien, même forcé, glisse lentement vers l’amour pour le bien). La même stratégie de la reformulation sémantique est présente dans la question de la célébration par un hérétique d’un sacrement (C. 1, q. I) ; il convient d’éviter la célébration par un hérétique (c. 28 *Fertur simoniaca*, lettre de l’évêque Grégoire), mais les qualités morales d’un ministre ne préjugent pas l’effet de la grâce (c. 30 *Si justus fuerit*, s. Augustin, mais aussi du même Augustin les c. 31-39). A ce point, Gratien pose la différence entre un sacrement nécessaire au salut et ne pouvant pas être réitéré – le baptême (c. 46, *Dedit baptismus*, s. Augustin), par exemple, et un sacrement attribuant une qualité normative, une *dignitas* (ante c. 40 *Si qui clerici*). Le premier ensemble est toujours valide – ici opère un principe de droit naturel, la nécessité s’impose aux règles positives, mais de façon implicite (le baptême est une nécessité en soi) – sous condition de respecter un minimal critère d’identification du sacrement lui-même ; le deuxième ensemble n’opère valablement que sous conditions de procédures (administrées par la personne habilitée de la façon due) et ensuite limitatives des évolutions de lieu, de temps, de successive promotion hiérarchique. La question du critère minimal revient à plusieurs reprise, mais elle peut être facilement comprise avec la théorie des conditions minimales pour une tentative d’action. Si l’hérétique baptise en nom de l’Esprit Saint, il s’agit d’un baptême valide, car on peut dire qu’il y a eu un baptême (même si l’hérétique est un ministre indigne qu’il faudrait éviter) ; si le ministre catholique baptise en nom de Satan, le baptême n’est pas valide, car il n’y a pas de baptême (peu importe l’autorité légitime du ministre). Gratien se borne à parler d’hérétique violant le caractère minimal du baptême (ante c. 52 *Si qui confugerit*), à savoir les Ariens et le Sabelliens : il peut conclure (ante c. 98 *Per Esaiam*, s. Augustin) que les sacrements administrés par des apostates et des hérétiques sont vrais en soi, mais il leur fait défaut l’effet émanant de la communauté dans l’Eglise romaine. L’harmonisation des contradictions est dans la compréhension des procédures humaines, et non pas dans l’appel au droit naturel.

Mais le droit naturel est la véritable force du droit canonique, car il devient cette sphère absolument juridique, mieux normative au même titre de la sphère morale, dont la force est issue de la volonté divine et non pas d’une générique réflexion ra-

tionnelle des hommes. Nous ne pouvons pas retrouver chez Gratien un processus déjà accompli, mais chez lui nous retrouvons les éléments préalables pour une conception du droit naturel qui va au delà de la vague signification dans la civilisation juridique romaine, où Cicéron est beaucoup plus attiré par le droit naturel que la plus grande partie des jurisconsultes. Dans la première partie du *Decretum*, Gratien analyse différentes espèces de loi (la loi divine, la loi naturelle, la loi humaine – dont sont éléments en tant que loi positive la loi ecclésiastique et la loi des empereurs, mais il y a aussi la loi humaine coutumière) et leurs relations. Notamment, la hiérarchie entre ces sources est établie :

1) Loi divine (émanant de la volonté divine, manifestée par la Révélation) : elle est le sommet de la hiérarchie. La question philosophique concernant la mutabilité de la loi divine est étrangère à Gratien, mais elle est cruciale pour la question du dilemme moral. Aucune norme peut être gagnante sur la loi divine, toute norme s'incline à la loi divine. Mais Gratien a recours aux définitions de s. Isidore de Séville, grand producteur de collages lexicaux et sémantiques, qui ne peuvent produire aucune théorie cohérente (cf. dist. 1, c. 1 *Omnes leges* ; c. 7 *Jus naturale*) : pour Gratien il s'agit de puiser dans l'héritage du monde occidental, mais ses petits commentaires sont la véritable source du droit canon. Ainsi, ante c. 1, il affirme l'équivalence entre le droit naturel et l'ensemble de l'Ancien Testament et des Evangiles (*jus naturale est quod in lege et Evangelio continetur*), passage qu'il faut comprendre comme affirmant la naturalité du droit divin. Par ailleurs, le droit naturel ne se limite pas au droit divin, car – dist. 7, ante c. 1 *Quo jure* – Gratien se doit de préciser que le droit naturel est différent de la coutume et de la loi positive : précision banale en ce qui concerne le droit divin, essentielle en ce qui concerne le droit naturel qui n'est pas divin<sup>17</sup>.

2) Loi naturelle (conforme à la volonté divine et découverte par les – raison et conscience humaines) : ici Gratien n'est pas tranchant, car ses autorités sont liées à l'héritage, juridique et culturel, romain. D'une part, la loi naturelle est subordonnée à la loi divine, d'autre part le droit naturel est loi divine : on peut interpréter que sans Dieu, il n'y a pas de droit naturel, ou bien que le droit naturel peut être compris même sans recours à l'illumination divine. Encore une fois, Gratien ne se soucie pas de questions philosophiques : l'école franciscaine va soutenir une théorie du droit naturel proche au volontarisme de la tradition juive de Salomon ibn Gabirol et de Moïse Nachman ; l'école thomiste va soutenir une théorie du droit naturel proche à l'aristotélisme et à l'héritage romain (je ne dis pas à l'héritage des juristes romains, car il s'agit d'une théorie trop mince).

<sup>17</sup> Je crois que Stephen KUTTNER (*Gratian and Plato, in Church and Government in the Middle Ages*, Cambridge 1976, 93-118, ensuite *The History of Ideas and Doctrine*) montre, par une analyse ponctuelle des premiers commentateurs du *Décret*, comment la référence à la communauté de biens envisagée par Platon est une simple référence au monde classique, et non pas à sa doctrine.

3) Loi humaine positive (posée par l'homme, peu importe s'il s'agit d'homme laïc ou homme d'église) : elle s'incline toujours au droit naturel (*dignitate vero* – par hiérarchie, dist. 8, ante c. 2 *Quae contra mores*), *ipso facto* au droit divin. Mais la loi ecclésiastique s'impose toujours à la loi laïque (dist. 10, ante c. 1 *Lege imperatorum*).

4) Loi humaine coutumière (absence de sujet l'ayant posée, mais reconnue par dispositions des assujettis) : elle s'incline au droit naturel (toujours – dist. 8, post c. 9 *Si solus*) et au droit positif (sous condition). Ce qui est important, étant donné que les critères de subordination de la loi coutumière au droit positif sont assez compliqués et en évolution depuis Gratien, réside dans la négation de la valeur absolue de la coutume, état juridique devenant standard au XIIe siècle.

Un point fondamental est le rapport entre hiérarchie et interprétation. A la dist. 20, ante c. 1 *De libellis*, Gratien déclare que les affirmations des Pères de l'Eglise (s. Augustin, s. Jérôme, etc.) concernant les Ecritures doivent être préférées à d'autres normes du droit de l'Eglise, comme les canons des Conciles ou des Papes. Mais il y a une différence essentielle entre la compréhension du texte sacré et la décision concernant un cas d'espèce : en ce dernier cas, il ne suffit pas la science de l'auteur, il faut posséder le pouvoir nécessaire. L'appui biblique est le passage de Math., 16, 18 : la décision d'un Pape, même s'elle est apparemment moins éclaircissant de l'esprit évangélique d'un passage de s. Augustin, s'impose à tout passage d'un Père de l'Eglise. Ce passage, en revanche, s'impose tout d'abord dans la compréhension non-normative des Ecritures. Dans un sens, la rationalité de la norme, ou sa conformité intellectuelle aux Evangiles, n'est pas en relation proportionnelle à la hiérarchie normative : la norme découle de l'habilitation à la produire, la compréhension du texte sacré de l'illumination de l'Esprit Saint. Le Siège apostolique possède la clef de l'interprétation normative des Ecritures (comme le dit la dist. 21, c. 3 *Quamvis universae* – par Gélase II, la primauté de l'Eglise de Rome a été instituée par Jésus Christ, et non pas par les hommes<sup>18</sup>) : elle peut dire ce qui est conforme aux Ecritures. Les théologiens possèdent la clef de la compréhension non-normative des Ecritures : ils peuvent discuter de la signification, non pas de la vérité normative. L'histoire du droit canon est là.

Dans la suite de la distinction 20 le c. 1 affirme la primauté des normes émanant du Pape, le suivant c. 3 *De quibus causis* (attribué à pape Innocent I) affirme la hiérarchie suivante, à comprendre avec les précisions de Gratien : tout d'abord il faut puiser dans la Bible, ensuite dans les canons du Siège apostolique, enfin dans l'histoire de l'Eglise catholique et de ses théologiens, pour terminer, en avant dernier recours, aux mots des saints. A défaut et en tant que dernier recours, il y la référence

<sup>18</sup> Il faut voir aussi les d. 15, c. 2 *Sicut sancti Evangelii* – affirmant l'équivalence de valeur normatif entre les Evangiles et les quatre premiers Conciles Ecumeniques ; d. 15, c. 3 *Sancta Romana Ecclesia* ; le d. 22, c. 2 *Sacrosancta Romana*.

aux anciens et aux habilités à délibérer (les *seniores*) et à l'esprit du Seigneur (Math. 18, 19).

#### 4. *Théorie volontariste de la norme et possibilité de la contradiction vraie*

Pendant l'âge d'or de la Scolastique médiévale, les philosophes franciscains se dégagent assez rapidement de l'influence aristotélicienne. Cette influence devient en revanche le matériel manipulé par l'école thomiste à la recherche d'une philosophie chrétienne harmonisée avec l'héritage du Philosophe.

Une expression symbolique de la portée de la notion de primauté de la volonté est manifeste chez s. Gauthier de Bruges, contemporain de s. Bonaventure et de l'intellectualiste Godefroid de Fontaines: la volonté est telle que, en présence de A et B, tout en sachant qu'A est meilleur de B, et que C est pire d'A et de B, elle choisit C. Il n'est pas question de nier à l'intellect tout rôle dans la délibération humaine : il s'agit tout simplement d'un rôle auxiliaire, comme une lucarne éclairant la route nocturne d'un pèlerin. Les informations de cette lucarne ne sont jamais contraignantes pour le pèlerin (évidemment, une fois que le précipice est bien vu, on s'y jette en le choisissant). Il convient de souligner que cette approche, avec des nuances, est commune à chaque philosophe de l'école franciscaine : certains, comme Pierre de Jean Olivi, vont développer des analyses phénoménologiques de l'esprit humain pour renforcer ce pouvoir décisif de la volonté ; d'autres, comme Duns Scot, vont bâtir un entier système philosophique sur la primauté de la volonté en tant qu'axiome.

Je veux souligner les éléments essentiels de la stratégie scotienne. Comme l'école de Knuutila et notamment l'école d'Antonie Vos l'ont bien montré, Scot abandonne une conception diachronique de la contingence, en faveur d'une conception synchronique. Le caractère contingent d'un état de choses est dans la nature contingent de la modalité causale l'ayant produit : Dieu a *contingenter* créé le monde et la contingence est dans le monde, l'homme agit *contingenter* et contribue à la contingence dans le monde. Il y a une différence entre la volonté divine et celle humaine : Dieu peut par un même et unique acte de volonté vouloir A et non-A (mais par l'acte de création du monde actuel il a réalisé des états des choses soumis au principe de bivalence), tandis que l'homme par un même et unique acte peut vouloir B, mais non non-B. Or, tout en assurant cette limitation à charge de la volonté humaine, la liberté de l'homme est déliée de toute indication contraignant provenant de l'intellect. Scot reprenne et fait sienne une classification conceptuelle déjà présente chez ses confrères l'ayant précédé. Il s'agit de la différence entre liberté morale, libre arbitre, liberté métaphysique : cette troisième espèce de liberté, liée à la nature même de la personne métaphysique, assure la liberté absolue de l'agent moral, tandis que la liberté morale (paulienne) est reliée au bien, et le libre arbitre est relié aux capacités de choix intellectuel<sub>s</sub> (les enfants n'ont pas de libre arbitre, les aliénés l'ont perdu). L'espace infini de la liberté de la volonté est renforcé par le refus radical du principe aristotélicien selon lequel *in quantum simul natu est, nihil patitur ipsum a se ipso* (*Metaphysica*, IX, 1, 1046 a 12-16) : la perfection métaphysique veut qu'une chose

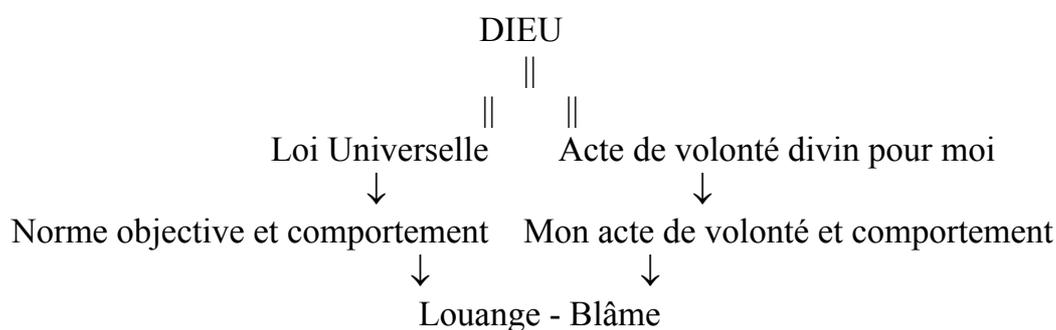
puisse être son propre principe d'action, la volonté est parfaite, donc elle est principe d'action à elle-même (mais en général le principe aristotélicien est faux). Et Scot peut conclure : *intellectu ostendente aliquid, voluntas potest illud non velle* (*Quaestiones Metaphysicorum*, IX, q. 14, 126). La finalité ne peut nullement déterminer le choix par la volonté (*Ordinatio*, I, d. 1, p. 2, q. 2, 82-158, ex q. 4 ; *Opus oxoniense*, IV, d. 49, q. 9-10) : l'*appetitus* naturel est soigneusement différencié de l'*appetitus* libre, seul à caractériser la liberté de la volonté. La volonté produit la contingence, donc elle est par définition libre.

J'ai déjà abordé la question du volontarisme de l'école franciscaine, en tant que thèse affirmant que le fondement ontologique de la norme ne réside que dans la volonté. Chez Scot, l'affirmation de la liberté absolue de la volonté conduit naturellement à une éthique normative<sup>19</sup>, pas nécessairement à une *divine-command theory* comme chez Ockham ou André de Neufchâteau, mais certainement une éthique marquée par la hiérarchie des sources normatives et l'obéissance des assujettis. Il convient de remarquer comment l'acceptation d'actes moralement indifférents s'encadre dans un refus du principe de bivalence dans le domaine moral, et on pourrait aussi parler d'un refus général de la logique classique de la part de Scot. Dans ce contexte, les critères ultimes de la sanction d'une action ne coïncident pas avec la norme objective, voulue par Dieu, et ainsi le choix humain ne peut être soumis à l'intellect. Il y a un jeu apparemment contradictoire entre la volonté fondant une norme objective (Dieu ou homme-législateur) et la volonté exigeant la conformité de la volonté de l'assujetti à ce qu'elle veut pour lui (Dieu ou homme-juge) : l'objection selon laquelle 'Dieu ne peut pas changer d'avis' ne mène pas à un contexte chrétien, car en la prenant au pied de la lettre en tant que proposition ontologique elle conduit à l'athéisme, à savoir au Dieu-outillage de Descartes. En revanche, en la prenant dans une dimension non-ontologique, elle conduit à une théorie de la loi intellectualiste : ce n'est pas le cas de l'école franciscaine, menant aux contradictions vraies, tandis que l'intellectualisme chrétien nous ramène à la logique aristotélicienne. La dialectique entre les deux espèces de manifestations de la volonté divine (en tant que loi pour chacun et en tant que norme pour moi) fonde la possibilité de l'existence de contradictions vraie : ensuite, notre expérience morale nous montre l'existence de ces contradictions vraies, dont il ne faut pas s'acharner à dénier l'existence, car elles sont ontologiquement possible. Enfin, le dilemme moral, en tant que norme vraie-et-fausse (troisième valeur de vérité, autre du vrai et du faux), existe *stricto sensu*.

Le schéma suivant peut éclaircir la possibilité ontologique de l'existence de contradictions vraie, sans pour autant résoudre le problème épistémologique de la distinction entre contradictions vraies et contradictions fausses. Il paraît évident que Scot et Al-Ghazali ont des avis différents sur l'existence d'une bien déterminée contradiction vraie, par exemple la Trinité, s'agissant d'une contradiction vraie pour Scot, et d'une contradiction fausse pour Al-Ghazali. De même, Scot et Occam ont des avis différents sur l'existence d'une bien déterminée contradiction vraie, par exemple

<sup>19</sup> Luca PARISOLI, *La philosophie normative de Jean Duns Scot*, Roma 2001.

réalité de la relation (A est plus blanche de B), s'agissant d'une contradiction vraie pour Scot – la relation est une chose réelle, et d'une contradiction fausse pour Occam, car la relation n'est pas une chose, son existence est purement intellectuelle. Il s'agit du problème de proposer la meilleure théorie paraconsistante du monde : ici, je ne me propose que de montrer la fécondité de l'approche paraconsistante, donnant lieu sûrement à théories philosophiques fort différentes (par exemple, Platon, Hegel...). Il me suffit de remarquer que l'approche paraconsistante est en principe anti-nominaliste et penche fortement pour le réalisme des universaux (et donc de la vérité de certaines propositions normatives). Dans le cas du volontarisme ontologique chrétien, la volonté nomothétique divine fonde la possibilité de la norme contradictoire vraie :



La délibération rationnelle aristotélicienne voit son espace rétrécir à cause de cette dialectique, dont il convient d'explorer la portée logique : plus en général, les émotions et les passions, aspects de la nature humaine après la Chute, ne peuvent jouer un rôle important dans une éthique franciscaine. A cause de sa nature profondément théologique, l'éthique de Scot ne néglige pas ces émotions et passions, mais elle les confie à une autre branche de la réflexion humaine, la pastorale de la *cura animarum* – finalement, une pratique raisonnée de la morale et non pas une théorie de la morale pratique. Or, elle ne peut qu'être comprise dans le cadre de la transmission de la foi : les recueils de sermons de frères mineurs sont nombreux et riches d'exemples détaillés de la vie quotidienne, mais en tant que sermons dans un contexte pastoral ne produisent pas une théorie éthique. Le droit canonique, en tant qu'alternative au droit romain, connaît la même finalité de transmission de la foi, produisant une pratique raisonnée du droit, mais aussi une théorie du droit.

En ce sens, une transposition des analyses scotiennes dans le monde contemporain nous amène à considérer que sa théorie éthique demande une séparation assez nette entre la machine normative produisant les normes et les cas d'espèces concrets soumis à la réaction du système. La rigidité de la norme objective (fixée par une exploration de la manifestation de la volonté normative dans une hiérarchie remontant jusqu'à Dieu) se marie à la souplesse du choix dans un cas spécifique, car la réaction du cas d'espèce est façonnée par la miséricorde, comme le disent les canonistes : c'est une façon de conceptualiser une attitude ancienne du christianisme (taxée par ses critiques d'hypocrisie), mais c'est aussi une façon de réduire la notion de délibé-

ration rationnelle aristotélicienne à la marge de la théorie éthique. L'existence de contradictions vraies est la justification théorique de l'assouplissement de la rigueur de la justice mécanique quand il s'agit de sanctionner un coupable : il n'y a que la volonté divine à pouvoir résoudre au moment du Jugement Dernier une contradiction vraie. Or, la Justice divine est façonnée de par Sa Miséricorde : a fortiori, il convient que l'homme exerce la plus grande miséricorde dans l'administration des sanctions, car il peut bien sûr s'efforcer de connaître la normativité du monde, mais il ne sera jamais Dieu.