Le droit au creuset de la théologie morale (1500-1700)

Wim Decock[1]

I. — Introduction : des tensions entre la vie active et la vie contemplative

En 1606, le général des jésuites, l'Espagnol Claudio Acquaviva, reçut les résultats d'une enquête sur l'état de « santé mentale » de la Société de Jésus. Le titre de ce document est révélateur d'une nette inquiétude vis-à-vis de certaines tendances destructrices à l'intérieur de l'ordre des jésuites : *De detrimentis Societatis* (« Sur ce qui est en train de détruire la Société de Jésus »). Dans l'ensemble, cette enquête révéla la crise d'adolescence dont souffrait la jeune Société. Ayant pour but de déceler les traces omniprésentes de Dieu dans le monde séculier, de réconcilier la vie contemplative avec la vie active, de lier la prière aux affaires, la jeune Société (°1540) se trouvait maintenant dans une situation où elle se sentait déchirée entre les deux extrêmes de son idéal. Les jésuites étaient devenus des juristes et des économistes chevronnés et appréciés, mais personne ne savait dire s'ils se consacraient encore avec autant d'enthousiasme à Dieu. Cette crise a été décrite dans tous ses détails par le fameux historien Michel de Certeau[2]. Il suffit de dire ici que la crise que traversèrent les jésuites était exemplaire de la sorte d'effusion plus générale envers le monde extérieur (*effusio ad exteriora*) qui fut caractéristique du monde

[1] Nous tenons à remercier les participants aux « Cafés des droits anciens » et particulièrement ses organisateurs M. E. Falzone ainsi que Mlle M. Moulart. Une version plus élaborée du présent texte paraîtra en Anglais : « From Law to Paradise: Confessional Catholicism and Legal Scholarship », *Rechtsgeschichte*, t. 18, 2011, p. 12-34.

[2] Voir M. DE CERTEAU, « Histoire des Jésuites », dans ID., *Le lieu de l'autre, histoire religieuse et mystique*, éd. L. GIARD, Paris, 2005, p. 155-194.

catholique post-tridentin dans son ensemble. Non seulement les jésuites, mais aussi les Dominicains, les Franciscains et même les Chartreux s'occupèrent de problèmes juridiques et séculiers en tant que conseillers des hommes d'affaires, des hommes politiques et du peuple chrétien en général.

La théologie morale catholique à l'aube des temps modernes était devenue une vraie jurisprudence, à l'instar des jurisprudences séculières. Nous allons pourtant nous borner ici à la production juridique des théologiens de la Société de Jésus. Ainsi le texte gagnera en clarté. C'est pour cette même raison que nous avons décidé de ne pas vous assommer avec une intervention sur les aspects techniques du droit des théologiens[3]. Le but principal de cette contribution sera donc d'attirer votre attention d'historien et de juriste sur une lacune de la recherche dans ces deux disciplines. En effet, peu d'études mentionnent que les théologiens moraux, et les jésuites en particulier, ont produit une littérature juridique de la plus fine qualité tout au long des XVIe et XVIIe siècles[4]. Nous aborderons successivement deux questions. D'abord, nous allons nous interroger sur les raisons pour lesquelles les jésuites se sont investis si ardemment dans l'étude du droit. Ensuite, nous nous attarderons sur quelques jésuites qui ont écrit des traités exemplaires au confluent du droit et de la théologie morale.

II. — Les jésuites et le droit : raisons politico-religieuses

Il est évident que les ordres monastiques et les théologiens employés dans les universités se sont occupés des affaires séculières et, par conséquent, du droit, dès leurs origines. Si l'utilisation de césures trop schématiques n'était pas interdite à l'historien, on pourrait presque dire que le moyen âge commence avec l'adage bien connu de Benoît de Nursie, *ora et*

---

[3] Pour deux approches plus techniques, permettez-nous de renvoyer à W. DECOCK et J. HALLEBEEK, « Pre-Contractual Duties to Inform in Early Modern Scholasticism », *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, t. 78, 2010, p. 89-133 ; et W. DECOCK, « L'usure face au marché : Lessius (1554-1623) et l'escompte des lettres obligataires », *Mémoire de la Société pour l'Histoire du droit et des institutions des anciens pays bourguignons, comtois et romans*, t. 65, A. GIROLLET (éd.), *Le droit, les affaires et l'argent. Célébration du bicentenaire du code de commerce*, Dijon, 2008, p. 221-238.

[4] N'oublions pas, cependant, des études fondamentales telle J. THEINER, *Die Entwicklung der Moraltheologie zur eigenständigen Disziplin*, Regensburg, 1970.

labora, et se termine avec la destruction par le feu du manuel pour confesseurs du théologien-juriste Angelo Carletti de Chivasso (ca. 1414-1495). C'est son manuel, la *Summa Angelica*, qui fut brûlée, en effet, par Martin Luther en 1520 lorsqu'il dénonça la dégénération de la foi chrétienne. Les références contenues dans la somme de casuistique d'Angelo de Chivasso étaient pour la plupart des références au droit romain et au droit canonique. Réfléchissons un moment là-dessus. L'église croyait donc qu'elle pouvait déduire les réponses aux questions morales et aux problèmes de conscience de la jurisprudence romano-canonique. Autrement dit, elle était convaincue avec Thomas d'Aquin, bien que sur un plan très concret, que la grâce perfectionne la nature. Ce qui implique, d'ailleurs, qu'on a en premier lieu besoin de la nature, c'est-à-dire de la pensée qui découle de la raison propre à la nature humaine et dont disposèrent également les juristes et philosophes de l'époque romaine, pour construire une vie et une société chrétiennes. Pour Luther, cette foi en l'homme n'était rien d'autre qu'une dérive. L'Evangile était l'unique médiateur entre Dieu et l'homme. Seuls l'Evangile et une foi authentique pouvaient montrer à l'homme quel était le chemin vers le salut. La somme d'Angelo Carletti de Chivasso n'était, selon Luther, qu'un rassemblement de sagesse et de travail humains. Le droit des romains ne pouvait nous aider à développer une morale authentiquement chrétienne[5].

Luther semble avoir réussi son coup. Non seulement il a brûlé la *Summa Angelica* en 1520. Mais il semble aussi l'avoir effacée définitivement de la mémoire collective de l'Occident, à l'exception de celle de rares historiens comme Pierre Michaud-Quantin[6]. Et pourtant, c'est exactement en essayant de renforcer encore le modèle de la conjonction entre droit séculier et morale évangélique, que l'on retrouve

---

[5] Faut-il s'en étonner si l'Église luthérienne s'est rapidement vue contrainte à adopter une théologie moins hostile vis-à-vis du droit en sorte que sa contribution au développement de la tradition juridique puisse même être qualifiée comme fondamentale ; cf. H.J. BERMAN, *Law and Revolution (2): The Impact of the Protestant Reformations on the Western Legal Tradition*, Cambridge (Mass.), 2003.

[6] P. MICHAUD-QUANTIN, *Sommes de casuistique et manuels de confession au moyen âge (XIIe-XVIe siècles)*, Louvain/Lille/Montréal, 1962. À consulter aussi : M. TURRINI, *La coscienza e le leggi. Morale e diritto nei testi per la confessione delle prima età moderna*, Bologne, 1991 ainsi que J. GOERING, « The Scholastic Turn (1100-1500) : Penitential Theology and Law in the Schools », dans A. FIREY (éd.), *A New History of Penance*, Leyde/Boston, 2008, p. 219-238.

chez le franciscain Angelo Carletti de Chivasso, que l'Église tridentine avait essayé de lancer sa contre-réforme. Une contre réforme qui, du moins sur le plan juridico-théologique, semble avoir échoué à la fin du XVIIe siècle au plus tard. Les principaux acteurs de cette contre-réforme avaient été les jésuites, comme vous le savez. Voilà pourquoi ces jésuites se sont investis si profondément dans l'étude des droits anciens. Principaux porteurs d'une renaissance du modèle de théologie morale représenté emblématiquement par Angelo Carletti de Chivasso, les jésuites furent en outre les restaurateurs fervents de l'idéal bénédictin de la synthèse entre prière et travail. Dès lors, une explication majeure de l'engagement juridique des jésuites réside dans le charisme et dans la spiritualité propre à la Compagnie de Jésus : réconcilier l'action et la contemplation.

Comme l'a décrit de façon merveilleuse l'historien et jésuite John O'Malley, aux origines de la Société de Jésus on retrouve l'ambition sans pareille de jeunes Espagnols prêts à mourir pour ramener la Création à son Créateur[7]. Une ambition qui allait les mener jusqu'au bout du monde pour répandre l'Evangile auprès de gens de toute espèce et de toute culture. L'« Evangile » prêché par les jésuites, la « bonne nouvelle » répandue par la Société de Jésus, ne fut pourtant pas pareille à l'Evangile prêché par Luther. Là où Luther avait insisté sur le lien direct entre l'âme et son Créateur, pour les jésuites la bonne nouvelle consistait dans le fait que les hommes pouvaient être réconciliés avec Dieu par l'intermédiaire des pères jésuites et par le biais du sacrement de pénitence. Qu'elle est belle, cette nouvelle : vous pouvez gagner votre salut en vous confiant à un jésuite. Dans tous les cas, l'âge où naît l'ordre des jésuites est aussi l'âge du capitalisme commercial, comme l'a clairement démontré par rapport aux Pays-Bas Méridionaux l'historien Herman van der Wee[8]. Cette nouvelle ère pose maints problèmes de conscience aux hommes d'affaires qui traversent l'Atlantique à la recherche de l'or perdu. Les jésuites se sont vite aperçus de ce créneau commercial et moral. Et ils se sont plongés courageusement dans la tâche de donner des conseils et des réponses aux questions morales auxquelles les hommes d'affaires devaient faire face. En tant que conseillers et directeurs spirituels, ils se sont vite établis comme les personnes de référence pour les hommes d'affaires, les

[7] J.W. O'MALLEY, *The First Jesuits*, Cambridge (Mass.)/Londres, 1993.
[8] H. VAN DER WEE, « Anvers et les innovations de la technique financière aux XVIe-XVIIe siècles », *Annales ESC*, 1967, p. 1067-1089.

hommes politiques ainsi que le commun des mortels. Ils avaient comme vocation de montrer aux gens comment ils devaient se comporter dans des situations très concrètes pour ne pas perdre l'espoir de pouvoir passer l'examen du Jugement Dernier après la mort[9].

Le principe de base est donc très simple : en tant que théologiens, les jésuites veulent conseiller les gens afin qu'ils restent sur le droit chemin qui mène vers Dieu. Pour que cette idée puisse se concrétiser, il faut toutefois faire appel à des concepts opérationnels. C'est pourquoi les jésuites ont vite compris qu'il fallait appliquer la raison juridique aux cas de conscience. Afin de pouvoir analyser des comportements et des relations concrètes il faut analyser l'agir humain en termes de droits et d'obligations. Contrairement à ce que prétendait Luther, les jésuites ne croyaient pas que la «Loi nouvelle», le Nouveau Testament, l'Evangile, était source de normes suffisamment opérationnelles. À côté de ce qu'ils considéraient comme étant le droit positif divin (l'Evangile et l'Ancien Testament), les jésuites reconnurent l'existence d'autres «systèmes juridiques », pour ainsi dire, dont découlent des droits et des obligations, notamment le droit positif humain et le droit naturel. Le droit positif humain comprend toutes les lois qui ont été établies par une autorité humaine, par exemple le droit romain et le droit canonique. Les jésuites étaient convaincus qu'il fallait connaître toutes ces lois différentes pour être capable de juger quelle était la bonne manière d'agir dans des circonstances concrètes. Pour être un bon jésuite il n'était pas suffisant de prier et de méditer l'Evangile. Avant tout, il fallait acquérir une connaissance solide du droit naturel (le droit de la raison), du droit civil (le droit romain, les statuts locaux, les coutumes), et du droit canonique (les décrets pontificaux, les ordonnances d'évêques, etc.). Bref, « les bons juristes font les bons théologiens », pour paraphraser l'oeuvre de l'un des jésuites les plus fameux, Francisco Suárez dans son traité *Des lois et de Dieu législateur* (*De legibus ac Deo legislatore*). Dans l'introduction de cette vaste oeuvre, il ne défend pas seulement le droit des théologiens de s'occuper du droit en tant que tel. Il va jusqu'à en faire une obligation[10].

---

[9] Une réalité profonde pour l'homme chrétien dont la conscience est nécessaire pour la bonne compréhension du champ normatif surtout au moyen âge ; cf. E. COCCIA, « La legge della salvezza. Bernardo e il diritto monastico », *Viator*, t. 41/3, 2010, sous presse.

[10] F. SUAREZ, *De legibus ac Deo legislatore*, dans *Opera Omnia*, editio nova a Carolo Berton, t. 5, Paris, 1856, *Prooemium*, p. IX-X.

D'abord, toutes les lois civiles découlent de Dieu en tant que cause première (*causa prima*) de tout ce qui existe par nécessité (les lois étant nécessaires par nature pour instaurer l'ordre et la paix). Ensuite, le droit positif divin et le droit naturel ne suffisent pas à savoir comment on doit agir dans telle ou telle situation. Pour le dire concrètement, le droit naturel et les Evangiles peuvent parfois laisser aux autorités publiques le loisir de décider comment il faut mettre en œuvre dans la pratique une loi évangélique ou une loi naturelle. Le droit naturel a beau stipuler que l'assassinat est interdit, ce n'est que par le biais d'une loi positive que l'on peut essayer de mettre en œuvre cette règle évangélique et naturelle, par exemple en interdisant le port d'armes pendant la nuit. C'est ainsi que Suárez a réfléchi déjà à l'époque sur les différentes relations, hiérarchisées ou non, entre certaines normes, préfigurant ainsi du point de vue structurel plusieurs débats que l'on entame toujours en droit sur la relation entre des décrets et des arrêtés royaux, entre législation nationale et législation internationale, entre coutume et décret pontifical[11].

Bref, la Société de Jésus réclama pour ses pères une bonne formation en droit afin qu'ils puissent guider de manière efficace les hommes vers Dieu pendant leur pèlerinage sur terre. C'est la raison principale pour laquelle la théologie morale catholique à l'aube des temps modernes et les jésuites en particulier, se sont occupés si ardemment de droit.

III. — Quelques coryphées jésuites en matière de droit

Ce que nous vous proposons de faire maintenant, c'est de voir comment cette attitude de base vis-à-vis du droit a amené les jésuites à produire une littérature très vaste concernant des thèmes juridiques. Nous vous proposons de faire un petit tour d'horizon des principaux auteurs et de leurs oeuvres.

Parmi les jésuites-juristes les plus connus, on compte Francisco Suárez, né à Cordoue en 1548 et mort à Lisbonne en 1617. En réalité, c'est à peu près le seul jésuite de l'époque qui fut juriste de formation avant même de devenir théologien. Qui plus est, il a failli se voir refuser une place de novice au sein de l'ordre, sous prétexte qu'il n'était pas assez

[11] D'où son intérêt pour le philosophe du droit contemporain; cf. J.-F. SCHAUB, « Súarez. Les lois », dans O. CAYLA et J.-L. HALPERIN (éds), *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Paris, 2008, p. 565-570.

intelligent. Il semble que même la Société de Jésus peut se tromper... Bientôt il allait faire figure de plus grand métaphysicien de son temps. Ce qui ne l'a pas empêché toutefois d'écrire de majestueux ouvrages abordant des sujets de droit. J'ai déjà mentionné son *De legibus*, publié en 1612, qui fut influent pendant des siècles sur la pensée juridique dans des pays catholiques ainsi que protestants. Ses observations sur des idées clés de notre système de droit actuel, telles que le principe de territorialité, le droit subjectif, la différence entre nullité absolue et nullité relative ou les conditions d'existence d'une obligation juridique (par exemple la promulgation nette et claire de la loi) n'ont rien d'étrange à nos yeux. Son classique sur les relations entre l'Eglise et l'Etat, la *Défense de la foi catholique* (*Defensio fidei catholicae*), contient sa théorie des origines contractuelles du pouvoir public. Son élève Lessius avait déjà analysé quelques années auparavant la relation entre le souverain et le citoyen selon les termes d'un contrat de travail. En découlait, entre autres, le droit de rébellion contre les tyrans qui remplissent leur tâche de manière destructive. Après tout, la *Défense de la foi catholique* fut publié par Suárez en 1613 en réaction aux événements politiques survenus en Angleterre, notamment l'accession au trône de Jacques Ier en 1603[12].

Suárez est sans doute le jésuite dont la contribution à la pensée politique et juridique est la plus commémorée. Néanmoins, la contribution de Suárez fut loin d'être unique. Il y a deux ans nous avons été surpris en trouvant une anthologie qui devait servir de manuel d'introduction à la pensée juridique dans les collèges des jésuites avec une note éditoriale que l'on pourrait paraphraser de la manière suivante : « ce livre ne contient pas seulement un abrégé de la pensée de Suárez, car l'esprit de Suárez fut beaucoup trop élevé pour pouvoir servir de guide dans des matières plus pratiques telles que le droit matrimonial et le droit commercial, c'est pourquoi on a ajouté une synthèse du *De matrimonio* de Thomas Sánchez et un abrégé du *De iustitia et iure* de Léonard Lessius afin de vous fournir un manuel plus complet »[13]. Sánchez et Lessius comptaient, en effet, parmi les jésuites les plus importants au tournant des XVIe et XVIIe siècles. Ils ont été fréquemment lus dans des milieux catholiques jusqu'au début du XXe siècle.

---

[12] Voir J.-F. COURTINE, *Nature et empire de la loi. Études suaréziennes*, Paris, 1999.

[13] F. NOËL, *Theologiae Francisci Suarez e Societate Jesu summa seu compendium in duas partes divisum, duobusque tractatibus adauctum ; primo de justitia et jure, secundo de matrimonio*, Coloniae, 1732, *Appendix ad Suarez*, p. 1-2.

Thomas Sánchez était canoniste de formation. Né à Cordoue en 1550, mort à Grenade en 1610, il nous a laissé un ouvrage sur le mariage (*De matrimonio*) qui impressionne par son ampleur et son niveau de détails. Nous nous demandons honnêtement si un autre traité aussi vaste et riche sur le mariage a jamais été écrit. Dans tout les cas il n'y a rien d'étonnant à constater que Pietro Gasparri, le principal rédacteur du nouveau Code de droit canonique (1917), ait abondamment puisé dans le traité de Sánchez[14]. Il faut avouer que la lecture du *De matrimonio* de Sánchez demande une certaine audace, d'autant que ses pensées sont parfois un peu flottantes et même inconsistantes. Mais personne ne court le risque d'être déçu par les réflexions et les conseils pratiques formulés par Sánchez. Les uns y chercheront une alternative à la lecture de leur playboy habituel, tant les descriptions des empêchements du mariage sont détaillées et plastiques[15]. D'autres y retrouveront avec plaisir les théories les plus techniques et systématiques sur les vices du consentement. Personnellement, nous croyons que Sánchez est un des premiers à arguer de manière systématique qu'un régime de nullité relative doit être appliqué aux contrats viciés par la crainte ou la contrainte (*metus*). Dans ce contexte il va largement se servir du droit romain, bien évidemment. Toutefois il reste attaché à un régime de nullité absolue en matière de contrats viciés par l'erreur. Ce n'est qu'avec Léonard Lessius d'Anvers que l'on en arrive à la conception moderne d'une sanction de nullité relative liée à toute sorte de vice du consentement contractuel.

Lors de la renaissance du thomisme dans le sillage de l'encyclique *Rerum Novarum* (1891) du Pape Léon XIII, de fameux intellectuels belges tels Victor Brants ont commencé à examiner de près l'immense oeuvre du jésuite anversois Léonard Lessius. Depuis, il n'a plus jamais été perdu de vue à l'Université de Louvain. Né en 1554 à Brecht-l'Anvers, il finit ses études à l'Université de Louvain à l'âge de 18 ans. Enthousiasmé par le jésuite Robert Bellarmin, il entre dans la Société de Jésus. Il s'y consacre immédiatement à l'étude du droit canonique et du droit romain pendant qu'il enseigne la philosophie aristotélicienne à l'Université de Douai. Suivent des séjours à Rome et à Liège pour compléter ses études de théologie. À partir de 1585, il enseigne au collège des jésuites de Louvain la théologie morale sur la base de Thomas d'Aquin. En 1600 il est

[14] C. FANTAPPIE, *Chiesa Romana e modernità giuridica*, Milan, 2008.
[15] M. MADERO, « Peritaje e impotencia sexual en el De Sancto Matrimonio de Tomás Sánchez », *Eadem utraque Europa*, 2008, p. 105-136.

dispensé de donner des cours, mais il continue à diriger le séminaire de casuistique pratique. Pour ces exercices, il se sert du *Manuel pour confesseurs* du canoniste espagnol Martin de Azpilcueta (Dr Navarrus, qui avait étudié le droit canonique à Toulouse). Même si Lessius est surtout connu parmi les théologiens pour ses opinions controversées sur la grâce et le libre arbitre, son chef d'oeuvre juridique est son ouvrage sur *La justice et le droit* (*De iustitia et iure*), paru pour la première fois à Louvain en 1605. De nombreuses rééditions ont paru à Anvers, Lyon et Milan jusqu'au XIXe siècle.

Cette oeuvre a joué un rôle primordial dans l'histoire du droit des obligations. Plus d'une fois le prétendu fondateur du droit naturel moderne, le hollandais Hugo Grotius, se borne à donner une simple synthèse dans son *Du droit de la guerre et de la paix* (*De iure belli ac pacis*) de ce qu'il a lu dans le *De iustitia et iure* de Lessius, au point même d'en copier les fausses références[16]. Pour la rédaction de son traité, Lessius fut lui-même fortement inspiré par un collègue un peu plus âgé originaire de Cuenca, Ludovic Molina (1535-1600). Ludovic Molina fut le premier jésuite à adopter le modèle du *De iustitia et iure* pour aborder toutes les questions juridiques concernant la propriété, les actes illicites, les contrats, les testaments, les taxes, les bénéfices ecclésiastiques, les règles monastiques etc. Pour vous donner une idée de l'ampleur de ce genre de traités : Molina a publié successivement trois volumes de son traité *De iustitia et iure* entre 1593-1600 comportant chacun plus de mille pages in-folio.

Moins volumineux, mais aussi impressionnant, est l'ouvrage sur *La justice et le droit* de Juan de Lugo. En 1646, ce cardinal et jésuite, né en 1583 à Madrid, publia lui aussi un traité *De iustitia et iure*, qui reste un peu dans l'ombre de ceux de Lessius et Molina mais qui n'a pas été moins lu pour autant. Juan de Lugo fut, comme Suárez, juriste de formation. Même si son discours est parfois plus narratif que celui d'un Lessius, avant de défendre une opinion, à l'instar de Lessius et de Molina, Lugo va se livrer à une interprétation pointue des passages relevants du droit

[16] C'est ce qui ressort des analyses philologiques scrupuleusement menées par R. FEENSTRA dans « L'influence de la Scolastique espagnole sur Grotius en droit privé : quelques expériences dans des questions de fond et de forme, concernant notamment les doctrines de l'erreur et de l'enrichissement sans cause », dans P. GROSSI (éd.), *La seconda scolastica nella formazione del diritto privato moderno*, Milan, 1973, p. 377-402.

romain et du droit canonique. Avec Lessius, Lugo partage aussi une compréhension phénoménale de la logique de marché, fût-ce le marché du travail, celui des actifs financiers ou celui des biens immobiliers. Leurs réflexions témoignent sans cesse de leur familiarité époustouflante avec l'économie réelle. On peut réellement sentir que Lessius fréquentait chaque jour la Bourse d'Anvers pour parler avec les hommes d'affaires, comme l'indiquait Zypée dans sa *Notitia juris belgici* (1633). En revanche, une question à laquelle nous ne pouvons répondre à leur place, c'est celle de savoir si leur analyse du fonctionnement du marché de la prostitution est basée sur leur propre expérience ou sur des informations de seconde main. Au lieu de pointer du doigt les jésuites, comme le ferait tout de suite Blaise Pascal, il est très fructueux de jeter un coup d'oeil sur le modèle dominicain que les jésuites avaient devant les yeux en écrivant leur propres ouvrages.

En fait, le premier traité portant le nom *De iustitia et iure* avait été publié en 1553/6 par le théologien Dominicain Domingo de Soto, résident du splendide Convento de Esteban appartenant à l'ordre des dominicains à Salamanque. En substance, c'était un commentaire sur la seconde partie du second volume de la *Somme Théologique* de Thomas d'Aquin. L'ouvrage de Soto était toutefois plus autonome à l'égard de sa source que la plupart des autres commentaires sur Thomas qui avaient vu le jour depuis le début du XVIe siècle[17]. Vous vous rappelez sans doute du dominicain bruxellois Pierre Crockaert, pour ne donner qu'un exemple. Pour l'enseignement de la théologie morale au Collège Saint-Jacques à Paris, il avait remplacé les *Sentences* de Pierre Lombard par la *Somme Théologique* de Thomas. Francisco de Vitoria, dominicain lui aussi et fondateur mythique de l'école de Salamanque, avait notamment assisté Pierre Crockaert pendant ses études à Paris pour la rédaction d'un commentaire sur Thomas d'Aquin.[18] Mais revenons-en aux contrats de travail immoraux, tel celui de prostitution. Dans le quatrième livre de son *De iustitia et iure*, Soto décrit la logique du marché du sexe afin de pouvoir déterminer si un/une prostitué(e) a droit à tel ou tel salaire ou pas. La jouissance, dit-il, est la mesure de toute valeur dans le marché du sexe. Le dominicain Soto en déduit que le salaire d'un prostitué mâle doit être

[17] M. GRABMANN, *Geschichte der katholischen Theologie seit dem Ausgang der Väterzeit*, Fribourg/Brisgau, 1933, p. 151-154.

[18] Sur l'École de Salamanque, voir J. BELDA PLANS, *La escuela de Salamanca y la renovación de la teología en el siglo XVI*, Madrid, 2000.

plus élevé que celui d'une prostituée femelle, vu que la jouissance offerte par un homme est plus importante que celle donnée par une femme. Néanmoins, il faut aussi tenir compte de l'offre et de la demande pour bien estimer le juste prix dans ce marché particulier. Comme le dit littéralement Soto, l'offre de femmes sur ce marché est beaucoup plus basse que celle d'hommes, tandis que la demande masculine est de loin plus élevée que la demande féminine.[19] Bref, il faut admettre qu'à part une certaine approche sexiste, le *gender bias*, les dominicains ne furent pas étrangers à ce monde. Les jésuites le furent encore moins.

Le mélange attirant de casuistique et de théorie juridique dans les ouvrages *De iustitia et iure* de jésuites comme Molina, Lessius et Lugo cède de plus en plus la place à des démonstrations purement scientifiques au cours des XVIIe et XVIIIe siècles. Vers la moitié du XVIIe siècle on assiste à la parution d'un nombre croissant de traités qui se proposent d'aborder de manière encore plus systématique et scientifique un domaine particulier du droit. Nous pensons, par exemple, aux ouvrages impressionnants du jésuite français Joseph Gibalin (1592-1671). Professeur de droit canonique et de théologie au collège des jésuites à Lyon et conseiller occasionnel du Cardinal Richelieu, il rédigea des ouvrages très vastes sur des thèmes spécifiques du droit canonique, tels le *De usuris* et le *De simonia*. En même temps il écrivit des ouvrages scientifiques à proprement parler dont le seul titre est déjà révélateur : *De universa rerum humanarum negotiatione tractatio scientifica* : le traité scientifique de toutes les affaires humaines, qui traite en profondeur et de manière très méthodique des contrats et du commerce entre autres sujets. Le titre entier de l'édition Lyon 1663 est encore plus significatif du projet universel et scientifique de Joseph Gibalin. Permettez-nous de le citer en latin[20]. Un autre exemple de l'ambition de Joseph Gibalin de fonder une vraie science du droit dans son entièreté est fourni par le titre de son traité sur la science canonique et hiéropolitique publié en 1670 : *De scientia*

---

[19] DOMINGO DE SOTO, *De iustitia et iure*, lib. 4, quaest. 7, art. 1.

[20] *De universa rerum humanarum negotiatione tractatio scientifica, utrique foro perutilis. Ex iure naturali, ecclesiastico, civili, romano, et gallico. In qua negotiorum humanorum aequitas per omnes negotiationis causas, materias, formas universales ac singulares contractuum, commerciorum, atque sunallagmatoon diversa genera, ex iisque ortas obligationes, scientifice et solide explicatur, humanarum scientiarum et artium rectus ac pravus usus demonstratur, singulorum statuum, officiorum ac munerum rationes, atque adeo universa oeconomica et politica traduntur.*

canonica et hieropolitica. Ici encore, le titre complet est révélateur. Permettez-moi, à nouveau, de le citer également en latin[21].

Cette évolution vers une vraie science du droit dans l'oeuvre du jésuite français Joseph Gibalin n'est pas uniquement due au cartésianisme français, c'est certain. En 1646 le jésuite espagnol Pedro de Oñate (1568-1646) publia quatre volumes consacrés à une étude scientifique du droit des contrats en général et de chacun des contrats particuliers. Ce travail remarquable qui constitue une systématisation scientifique de cinq siècles de théorie scolastique sur les contrats est sans égale[22]. Elle démontre de manière systématique la synthèse entre philosophie aristotélicienne et droit romano-canonique au niveau des contrats telle qu'elle s'est produite à l'aube des temps modernes dans les ouvrages des théologiens scolastiques et surtout des jésuites. Si nous ne nous abusons, ni René Dekkers, ni Henri De Page n'ont écrit des commentaires sur les contrats aussi vastes qu'Oñate. L'ouvrage intellectuel de ce coryphée est d'autant plus exceptionnel, d'ailleurs, si l'on pense qu'un jésuite comme lui passa la plupart de sa vie dans des aventures américo-latines. Entre autres occupations, il fut provincial des jésuites au Paraguay et fondateur d'une vingtaine de collèges du Pérou à l'Argentine. Notamment l'Université de Cordoue en Argentine doit son existence à l'infatigable travailleur que fut Oñate.

Avant de clôturer ce petit tour d'horizon de la production juridique des jésuites, surtout en matière de droit privé et des contrats, nous souhaitons faire remarquer que les jésuites n'ont pas cessé de s'intéresser au droit après le XVIIe siècle. Pour les historiens du droit public, un traité relativement petit du jésuite allemand Ignaz Schwarz (1690-1763) pourrait se révéler très intéressant. En 1741 ce professeur d'histoire à l'Université d'Ingolstadt publia ses *Institutions de droit public universel* (*Institutiones iuris publici universalis*) dans lesquelles il critiqua vivement le droit

[21] *De scientia canonica et hieropolitica opus novum, in tres tomos partitum. In quo singula, quae toto corpore iuris Pontificii sparsa sunt, ad certa, et indubitata principia reducuntur ; et ex illis innumerae quaestiones, ad forum tum internum, tum externum pertinentes, facile et solide, quamvis non semper ex vulgi sensu, explicantur. Privati Galliae mores, ac iura cum Romanis conciliantur : universa denique moralis Theologia, ex certis, et constantibus scholasticae principiis, Patrum sensu, et ecclesiasticis legibus docetur*.

[22] Pour une analyse, nous renvoyons à I. BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto. Un problema dogmatico nella cultura privatistica dell'età moderna, I. Il cinquecento*, Turin, 1997, p. 271-309.

naturel et le droit public tels qu'ils avaient été développés par les juristes protestants Grotius, Pufendorf, Heineccius et Vitriarius.

Des dizaines d'ouvrages de jésuites, pour ne pas dire des centaines d'oeuvres écrites par des théologiens appartenant à d'autres ordres religieux, pourraient encore être passés en revue[23]. Nous vous proposons toutefois de conclure ici ce petit aperçu de la manière dont les théologiens ont traité le droit.

V. — Épilogue : l'héritage de la théologie morale dans le droit

Cette contribution a eu pour mission de vous donner une introduction à un chapitre de l'histoire du droit qui reste à écrire. Nous avons dû nous limiter ici à un aperçu général de ce qu'il y a à trouver comme trésors dans ce domaine qui cache une vaste richesse pour les historiens du droit. D'abord, nous avons cherché à vous expliquer pourquoi les théologiens catholiques, et les jésuites en particulier, se sont impliqués si ardemment dans l'étude du droit : si l'on veut guider l'homme vers Dieu, on a besoin de plus que l'évangile. On doit faire appel à un outil technique qui permet de déterminer quels sont les obligations et les droits concrets applicables dans chaque situation de la vie. La théologie morale des XVIe et XVIIe siècles ne fut pas narrative ou trouble. Elle était claire, efficace et contraignante devant le tribunal de la conscience. Ensuite, nous vous avons présenté quelques-uns des auteurs les plus importants pour l'historien du droit : Suárez, Sánchez, Molina, Lessius, Lugo, Gibalin, Oñate, Schwarz. Leurs débats sur le droit, et sur les contrats en particulier, ont clairement laissé des traces dans l'oeuvre de Hugo Grotius, d'avocats-praticiens comme Giovanni Battista de Luca et Sigosmondo Scaccia en Italie et l'*usus modernus pandectarum* en Allemagne (nous pensons notamment à Samuel Stryck). En outre, pour la rédaction de la partie sur les contrats des coutumes d'Anvers en 1608, les autorités publiques firent référence aux grands intellectuels de la scolastique ibérique, comme l'a démontré notre collègue Bram van Hofstraeten[24]. Cette influence a été

[23] Pour se donner une première idée de l'ampleur de la scolastique des temps modernes, nous renvoyons au site web de Jacob Schmutz (Univiversité Paris-Sorbonne) : < www.scholasticon.fr >.

[24] Cf. B. VAN HOFSTRAETEN, *Juridisch humanisme en costumiere acculturatie. Inhouds- en vormbepalende factoren van de Antwerpse* Consuetudines compilatae (1608) *en het Gelderse* Land- en Stadrecht (1620), Maastricht, 2008, p. 406-410.

reconnue depuis longtemps d'ailleurs par des auteurs comme Paolo Cappellini, Malte Diesselhorst, Thomas Duve, Robert Feenstra, James Gordley et Marie-France Renoux-Zagamé. Elle reste un peu cachée pourtant à notre conscience collective. Voilà pourquoi nous avons essayé d'en révéler quelques richesses.