

forum historiae iuris

Erste europäische Internetzeitschrift für Rechtsgeschichte

<http://www.rewi.hu-berlin.de/FHI/>

Herausgegeben von:

Prof. Dr. Hans-Peter Benöhr (Berlin)
Prof. Dr. Christoph Paulus (Berlin)
Prof. Dr. Rainer Schröder (Berlin)
Prof. Dr. Albrecht Cordes (Frankfurt a. M.)
Prof. Dr. Mathias Schmoeckel (Bonn)
Prof. Dr. Franck Roumy (Paris)
Prof. Dr. Juan Sainz Guerra (Jaén)
Prof. Dr. Emanuele Conte (Rom)
Prof. Dr. Massimo Meccarelli (Macerata)
PD Dr. Michele Luminati (Zürich)
PD Dr. Andreas Thier (München)
Dr. Fred G. Bär (Berlin)
Dr. Hans-Peter Haferkamp (Berlin)
Dr. Hans-Georg Hermann (München)

Article de 8 juillet 2002

© 2002 fhi

Premierement publié

Zitiervorschlag:

<http://www.rewi.hu-berlin.de/FHI/zitat/0207latini.htm>

Carlotta Latini:
(UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MACERATA)

Le droit d'asile dans la pensée de Van Espen: profils juridiques de la formation du *ius publicum ecclesiasticum* dans les Pays-Bas catholiques.

1. Le droit d'asile comme *intercessio* et comme *immunitas localis*.
2. Jouir du droit d'asile.
3. Qui est le juge de l'immunité locale?
4. La politique des concordats.
 - 4.1 Le concordat du Brabant.
 - 4.2 Le concordat de Haynault.
5. Les conflits entre juridictions à la lumière des coutumes des Pays-Bas.
6. La Bulle de Grégoire XIV.

1. Le droit d'asile comme *intercessio* et comme *immunitas localis*.

«Intercedere pro reis apud principes et magistratus civiles admodum familiare fuisse iam pridem etiam sanctissimis Episcopis, dubitat nemo; quin et hoc intercessionis officium non minima Episcopalis muneris portionem esse existimabant »¹. 1

C'est ainsi que commence la *Dissertatio* de Van Espen sur le droit d'asile; à son avis en effet, l'asile, à l'origine et dans son essence intime, se manifeste dans l'*intercessio* épiscopale². L'auteur «poursuit» l'histoire événementielle de l'asile dans ses premières 2

1 Z.B. Van Espen, *Dissertatio canonica de intercessione sive interventione episcoporum pro reis apud principes et magistratus civiles et de confugientibus ad ecclesias sive de immunitate locali, seu asylo templorum*, dans *Jus ecclesiasticum universum*, Venetiis, 1782, t. IX, c. I, § 1.

2 Pour le droit d'asile comme *intercessio* on voit J.J.E. Proost, *Histoire du droit d'asile religieux en Belgique*, Gand, 1870, p. 6; M. Giriodi, *Asilo*, dans *Il Digesto italiano*, Torino, Utet, 1896, to. IV, partie I, p. 778; P. Timbal Duclaux De Martin, *Le droit d'asile*, Paris, 1939, pp. 43 ss.; G. Vismara, *Asilo (diritto intermedio)*, dans *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1958, III, p. 198; P. Ségur, *La crise du droit d'asile*, Paris, 1998, pp. 43-45; J. Gröll, *Die Elemente des Kirchlichen Freiungrechtes, Kirchenrechtliche Abhandlungen*, Stuttgart, 1911, p. 122; R. Ajello, *Origini e condizioni dell'attualità giuridica*, Napoli, 1998, p. 319.

étapes en en décrivant les caractéristiques «primitives»: aucun évêque pouvait penser avoir, sur la base de sa propre *autorictas*, le pouvoir de libérer de la *poena sanguinis* le réfugié ou de lui reconnaître l'impunité. Au contraire chaque décision dépendait de la bienveillance et donc de l'*arbitrium* du prince³. C'est seulement avec le *Decretum*⁴ qu'a eu lieu ce changement, qui, selon Van Espen, a décrété le début de la transformation du refuge en instrument juridique complètement monopolisé par l'église⁵. Le problème de l'auteur est clairement de mettre en évidence les transformations que l'asile a subi afin de délégitimer la forme qu'il a pris par la suite. Il s'agirait d'une «usurpation» de la *potestas* du prince de la part des évêques. Selon l'auteur, rien de tel n'a jamais été écrit par les Saints-Pères: il rappelle que l'on suspecte fortement que le canon *Inter alia*⁶ soit apocryphe.

L'asile devient donc immunité locale avec la première et grande oeuvre d'organisation des normes canoniques et par conséquent de réorganisation, du point de vue institutionnel, de l'église. Cependant, si la forme du droit d'asile est désormais celle d'une institution juridique que l'église de Rome utilise afin d'intervenir dans les événements politiques et juridiques des différents royaumes d'Europe, Van Espen en propose une image renversée, en construisant le refuge à l'intérieur d'un cadre politique et juridique dans lequel c'est le prince qui accorde l'*immunitas* dans les cas qui demandent une particulière bienveillance, mais jamais de manière inconditionnée ainsi que fait l'église qui fomente la commission des crimes en proposant la perspective d'une impunité absolue⁷.

L'asile est un honneur que l'on manifeste à Dieu et à son église mais il existe deux genres d'honneur qui peuvent être conférés: avant tout celui que Dieu même a établi qu'on lui attribue; ensuite celui que les hommes décident de réaliser⁸. L'administration de la justice qui est un devoir que Dieu a accordé aux princes, est elle-même une manifestation de l'honneur que l'on doit à Dieu: entre les deux biens, c'est-à-dire ce dernier et le refuge, c'est le refuge qui doit être sacrifié, étant donné qu'il ne vient pas directement de Dieu mais des hommes.

Le droit d'asile se présente alors dans la *Dissertatio* de Van Espen sous un double profil: d'une part l'immunité locale consiste dans l'*intercessio* épiscopale, d'autre part envers elle se manifeste une sorte de corollaire⁹ de l'immunité réelle et personnelle dont

3 Z.B. Van Espen, *De immunitate locali, seu asylo templorum*, cit., c. I, § 3.

4 C. XVII q. IV c. VI.

5 Z.B. Van Espen, *De immunitate locali, seu asylo templorum*, cit., c. III, § 1.

6 C. XVII q. IV c. VI.

7 Z.B. Van Espen, *De immunitate locali, seu asylo templorum*, cit., c. V, § 2. On voit, sur la question, F. Stappaerts, *Espen (Zeger-Bernard Van)*, dans *Biographie Nationale publiée par l'académie des sciences, des lettres et des beaux-arts de Belgique*, Bruxelles, 1878, t. VI, col. 703.

8 Z.B. Van Espen, *De immunitate locali, seu asylo templorum*, cit., c. V, § 2.

9 G. Du Pac De Bellegarde, *Vie de M. Van Espen Docteur ès Droits et Professeur de SS. Canons dans*

jouissent aussi l'église et les ecclésiastiques.

2. Jouir du droit d'asile.

Selon la doctrine prédominante à l'époque des anciens régimes, tout homme libre qui entre dans un lieu sacré, quelle que soit la gravité du crime qu'il a commis, jouit du droit d'asile. En général, les juristes insistent beaucoup sur la nécessité que le refuge soit la conséquence d'un choix fait dans des conditions de liberté. Toutefois ceci ne suffit pas, d'habitude, pour récuser une position souvent partagée selon laquelle l'asile est un droit du lieu et non de la personne.

6

A côté donc de l'opinion¹⁰ qui fait du refuge une qualité du lieu, il en existe une autre, défendue par Van Espen, qui soutient exactement le contraire¹¹. Il pense que l'immunité n'a pas été donnée par les Empereurs romains (donc par l'autorité séculière) *intuitu materialum templorum* mais *intuitu confugii*. Il attire ainsi l'attention du lecteur sur le titre du Livre I du *Codex*¹², disant que ce dernier se réfère à ceux qui choisissent le refuge en implorant la protection de l'église et non directement au lieu. C'est pourquoi, poursuit le juriste, il faut entrer dans l'église *ratione et animo confugiendi*¹³: le sujet donc ne jouit pas du droit d'asile par le seul fait de son *existentia corporalis in Ecclesia*¹⁴.

7

Van Espen propose une vision sans aucun doute plus «laïque» du refuge justement en repoussant l'idée que le droit soit reconnu au lieu pris au sens matériel et donc en soulignant que le simple contact avec le lieu sacré ne suffit pas pour jouir du droit d'asile ainsi que le voulait par exemple Suarez¹⁵. L'idée fondamentale de l'auteur, au

8

l'Université de Louvain, Louvain, 1767, art. XI, n. I, f. 116.

10 F. Suarez, *De virtute et statu religionis*, Venetiis, 1742, vol. I, t. XII, lib. III, c. X, n. 3; M.A. Sabelli, *Summa diversorum tractatum*, Venetiis, 1748, t. II, § *Immunitas*, n. 11; P. Fagnani, *Commentaria in tertium librum Decretalium*, Venetiis, 1729, c. *Inter alia*, tit. *De immunitate ecclesiarum*, n. 89; A. Reiffenstuel, *Theologia moralis*, Venetiis, 1701, tract. XII, distinct. II, q. I, n. 1; G. Pignatelli, *Consultationum canonicarum*, Venetiis, 1695, t. VI, consult. 4, n. 108; L. Ferraris, *Prompta Bibliotheca Canonica*, Venetiis, 1782, t. IV, v. *Immunitas*, art. II, n. 140.

11 Z.B. Van Espen, *De immunitate locali, seu asylo templorum*, cit., c. V, § 1: «Hinc titulus utriusque Codicis Theodosii et Justiniani non inscribitur simpliciter de Immunitate seu asylo Ecclesiarum, sed de his, qui ad Ecclesias confugiunt; ut vel hinc pateat confugii potius, quam materialium templorum, sive aedium sacrorum immunitatem esse indultam: quod et notavit Jacobus Cujacius ad hunc titulum Codicis: Imperatores, inquit, praesidium et securitatem tribuunt his, qui ad eas confugiunt vexationis evitandae causa». Cf. J. Cujas, *Paratitla in Novem libros Codicis Justiniani repetitae praelectionis. Subnectuntur Enarrationes Caroli Annibalis Fabroti*, dans *Opera...in tomos XI distributa...*, Venetiis, 1758, pars I, t. II, lib. I, tit. XII *De his qui ad ecclesiam confugiunt*.

12 Cod. 1.15.1

13 Z.B. Van Espen, *De immunitate locali, seu asylo templorum*, cit., c. V, § 1.

14 *Ibid.*: «Si autem alia ratione et animo ad Ecclesiam accessisse appareat et probetur, quam ad eam confugiendi, nequaquam ob existentiam corporalem in Ecclesia aut loco immunitatis immunitate gaudebit; et si ibi ita fuerit repertus, poterit extrahi tamquam qui immunitate non potitur...».

15 F. Suarez, *De virtute et statu religionis*, cit., vol. I, t. XII, lib. III, c. XIII, n. 11.

travers de semblables considérations, est de désavouer l'ensemble des privilèges de l'église, évidemment «usurpés»: l'asile, de droit du lieu devient manifestation de la pitié du prince obtenue grâce à la médiation de l'évêque, une sorte d'acte, justement, *ad personam*.

3. Qui est le juge de l'immunité locale?

Le problème de la sentence qui décidera si un coupable pourra ou ne pourra pas jouir de l'immunité locale et du juge compétent pour rendre la sentence, est fortement controversé au cours des anciens régimes. Naturellement, l'église revendique pour elle-même cette phase du jugement qui concerne le coupable, en tant qu'activité qui touche la liberté ecclésiastique. Cependant un fait apparaît clairement: le jugement concerne l'autorité qui a accordé l'*immunitas*; il en découle que les princes, lesquels ont discipliné cette matière, ont donné ces dispositions en s'adressant à leurs magistrats¹⁶. Si par la suite l'autorité ecclésiastique essayera de violer la *iuridictio* laïque, le seul remède semble être le *recursum ad principem*, c'est-à-dire l'appel comme d'abus.

L'enlèvement du coupable hors du lieu sacré pose les problèmes usuels de l'autorité compétente et donc mène à nouveau la réflexion sur la question des conflits entre les juridictions. En effet, la première conséquence du refuge est déterminée par l'impossibilité d'enlever du lieu sacré le coupable au moyen de la violence de la part d'un magistrat laïque. L'inviolabilité du lieu impose que l'enlèvement soit fait en prenant certaines précautions et en présence d'un ecclésiastique. Le droit canonique a introduit des exceptions à la règle selon laquelle personne ne peut être arraché à l'église, quelle que soit la gravité du crime commis, exclusion faite avant tout du *latro publicus*: par la suite une autre hypothèse fut ajoutée, celle du *nocturnus depupolator agrorum*¹⁷. L'intervention successive de la bulle *Cum alias* de Grégoire XIV¹⁸ avait par la suite modifié la discipline des cas faisant exception au droit d'asile en indiquant huit crimes exclus de l'immunité et en introduisant le caractère obligatoire de la *licentia episcopi* pour pouvoir effectuer l'enlèvement. De cette façon Grégoire XIV laissait la décision sur le droit d'asile au juge ecclésiastique, lequel, après avoir rassemblé les preuves de la culpabilité du réfugié, et vérifié la présence d'une des exceptions au refuge, pouvait autoriser l'enlèvement. Van Espen décide d'ignorer la *Cum alias*, qui entre autre n'avait pas eu d'accueil officiel dans de nombreux territoires, dont les Pays-Bas espagnols et déclare que sur la base du droit aucune licence ne doit être demandée à l'évêque pour capturer un coupable réfugié dans une église. Par conséquent les *officarii*, c'est-à-dire les magistrats laïques, peuvent *iure suo proprio* pourchasser et capturer les coupables:

16 Z.B. Van Espen, *De immunitate locali, seu asylo templorum*, cit., c. VI, § 1.

17 X 3.49.6.

18 Gregorio XIV, *Cum alias*, dans *Bullarium privilegiorum ac diplomatum Romanorum Pontificum*, Romae, 1751, t. V, 24 mai 1591, § 4.

de fait, de la *licentia episcopi*, il n'y a aucune trace ni dans les décrétales pontificales, ni dans les édits des princes¹⁹.

Au cours du dix-huitième siècle, plusieurs émeutes du peuple éclatent à Bruxelles: des citoyens se réfugient dans les églises et dans les monastères voisins. Le sénat royal du Brabant décide que les réfugiés, coupables de lèse-majesté, ne doivent pas jouir du droit d'asile. Le cas²⁰, rapporté par Van Espen, s'arrête sur la question de l'enlèvement des coupables: l'archevêque de Malines, de Precipiano, établit qu'il est impossible d'enlever les réfugiés sans la *licentia extrabendi* et la licence ne sera jamais accordée si ce n'est qu'après avoir pris les informations suffisantes. 11

Charles II, que l'on interpelle pour qu'il se prononce sur ce cas, répond ainsi²¹: 12

«L'archevêque de Malines en a écrit en notre Cour de Madrid, se plaignant comme d'infraction de ladite immunité; et prétendant, qu'auparavant de consentir à semblable extraction, il devoit voir les actes d'information et connoître si lesdits Bourgeois étoient coupables ou convaincus de délits, qui pour leurs qualité ne pouvoient jouir de l'immunité, et que tel seuroit l'usage en Espagne: nous vous dirons qu'ayant fait examiner en notre Cour de Madrid cette affaire, nous avons trouvé convenir de répondre audit Archevêque, que l'usage est dans nos Royaumes d'Espagne, que moyennant qu'il conste au Juge séculier, que les crimes de ceux qui se sont retirés en lieu d'azyle, sont de la qualité des crimes exceptés de l'immunité, que ledit juge les en peut tirer, encore que l'Ordinaire après en avoir été requis, feroit difficulté d'y consentir»²². 13

Le roi, en outre, s'adressant directement à l'archevêque de Precipiano, après l'avoir informé que l'usage en Espagne consiste en la capture directe de la part des juges laïques des réfugiés coupables des crimes exceptés, l'invite à se conformer à ses décisions, 14

«[...] considérant que le trop de facilité à soutenir (sans beaucoup de fondement) l'azile de l'église, cause un grand déservice à Dieu, et préjudice aux sujets, veu qu'il ne résulte, que les fautes se multiplient, et que ceux qui peuvent être coupables évadent sans châtement»²³. 15

La réponse du roi d'Espagne ne doit cependant pas nous induire en erreur: dans la plupart des cas l'autorité ecclésiastique était récalcitrante et refusait de se plier aux directives du pouvoir laïque, déclarant de n'être soumise qu'à l'autorité du pontife. 16

19 Z.B. Van Espen, *De immunitate locali, seu asylo templorum*, cit., c. VII, § 2.

20 *Ibid.*, § 3.

21 *Ibid.*

22 CHARLES II, *Décret du 16 de Juin*, Bruxelles, 1700, Arrêt LXIII, dans *La jurisprudence des Pays-Bas autrichiens établie par les arrêts du Grand Conseil de sa majesté impériale et catholique, résidant en la ville de Malines, recueillis par Messire Rémi-Albert Du Laury...*, Bruxellae, 1717, f. 114.

23 *Ibid.*, *Décret du 20 de May*, Bruxelles, 1700, Arrêt LXIII, f. 115.

4. La politique des concordats.

4.1 Le concordat du Brabant.

Van Espen rappelle que, avant l'institution des nouveaux évêchés en Belgique (c'est-à-dire vers 1557 sous le pontificat de Paul IV), la diocèse de Liège comprenait une grande partie du Brabant et les disputes étaient fréquentes entre les magistrats de la curie laïque et ceux de la curie ecclésiastique. Pour résoudre les conflits, on fonda une commission composée de commissaires des deux parties qui donna lieu à une concorde le dix mars 1541²⁴. Tandis que les articles de la concorde²⁵ furent ratifiés et approuvés par l'empereur Charles V, il ne résulte pas que le pontife les ait approuvés à son tour, c'est pourquoi Van Espen lui-même doute que l'on puisse parler d'un véritable concordat²⁶.

17

Sur la base de cette concorde, on établissait que la compétence pour le crime de violation de la *iurisdictio* et de la *libertas ecclesiae* revenait au prince et à son *Consilium*. Seulement si ces derniers reconnaissaient le laïque coupable d'un tel crime, le juge ecclésiastique pouvait alors intervenir pour le sanctionner par des peines ecclésiastiques²⁷.

18

4.2 Le concordat de Haynault.

A la même époque où commençaient les travaux de la commission qui donna lieu au concordat du Brabant, fut instituée une commission pour la réalisation d'un autre concordat dit de Haynault²⁸, stipulé pour résoudre les conflits entre les magistrats

19

24 A. Anselmo, *Concordatum Brabantinum*, dans *Placcaeten Ordonnantien landt-chartres*, Antwerpen, 1648, deel I, lib. I, tit. I, c. VIII, n. 10: «Quod vero ad violationem immunitatis ecclesiae, cognoscet iudex ecclesiasticus, si violatio immunitatis, seu extractio, fiat per privatos, vel per communitatem, in casu a iure non permissa, et hoc quoad crimen violationis immunitatis, dumtaxat, non autem quoad iniuriam factam personae extractae, vel quoad vim publicam, vel privatam in hoc commissam, de quibus casibus solus iudex saecularis cognoscet, nisi persona extracta fuerit ecclesiastica, quo casu uterque poterit cognoscere, quod si facta fuerit extractio, per officiarum iudicis saecularis, de eius mandato, poterunt extractus, et ecclesia de hoc conqueri superiori ipsius mandantis et petere iustitiam sibi fieri».

25 A. ANSELMO, *Commentaria ad perpetuum serenissimorum belgi principum Alberti et Isabellae divulgatum 12 Iulii 1611. Multis diversorum senatum decisionibus et magistratum sententiis, illustrata...*, Antverpiae, 1656, a. I, §§ 25-26. L'auteur rappelle la validité des concordats, en particulier de celui qui a été conclu entre Charles V et l'évêque de Liège, concernant seulement le territoire du Brabant, les évêchés ayant été modifiés en 1549.

26 Z.B. Van Espen, *De immunitate locali, seu asylo templorum*, cit., c. VIII, § 1.

27 *Ibid.*, § 2.

28 A. Anselmo, *Concordatum Hannoniae*, dans *Placcaeten Ordonnantien*, cit., deel I, lib. I, tit. I, c. III, n. 11: «Item les grands Bailly d'Haynault, Officiers de la Majesté ou autres iuges séculiers de la Comté d'Haynault, pourront es cas permis de droit canon, si comme pour les trois cas exprimez au chapitre, *inter alia de immunitate ecclesiarum*. Et pareillement pour homicides vilains faicts de propos délibéréz et de faict d'aguet seulement tirer ou faire tirer hors de l'immunité de l'église, sans attendre que

laïques de Haynault et ceux de la curie spirituelle de Cambrais. La procédure à suivre dans les cas exceptés par le droit canonique (il s'agit du canon *inter alia* et des crimes qu'il exclut y compris l'homicide volontaire) consistait à enlever le coupable de l'église dans l'attente que l'officier laïque du Haynault prenne une décision à propos du crime, sans attendre les décisions de l'autorité ecclésiastique de Cambrais. Si cependant le crime n'appartenait pas aux crimes exceptés, le coupable devait alors être rendu au lieu saint²⁹.

La politique des concordats stipulés entre les autorités ecclésiastiques locales et le pouvoir séculier représente sans aucun doute une anomalie dans le cadre de la discipline du droit d'asile telle qu'elle est configurée par l'église romaine. D'autre part il faut considérer que, surtout hors d'Italie avaient pris pied des coutumes qui réglaient l'asile. Il est clair que le pontife ne pouvait approuver un tel usage et que ses évêques, surtout après la *Cum alias*, tentaient d'imposer par tous les moyens l'application du nouveau *ius pontificium*³⁰, même en déclarant que les coutumes devaient être remplacées par la nouvelle législation pontificale. Les résultats de ces tentatives ne pouvaient qu'être négatifs. Les contrastes entre les deux pouvoirs laïque et ecclésiastique se multiplient, tandis que l'église, surtout dans certaines hypothèses, doit se rendre à l'impossibilité de faire valoir l'asile surtout en raison de son évidente inopportunité: c'est le cas par exemple de la désertion, crime fortement exaspéré par la possibilité du refuge. Au sujet de ce délit, l'archevêque de Precipiano lui-même, défenseur intransigeant de la *libertas ecclesiae*, demandera plusieurs fois au pontife l'autorisation pour capturer directement dans les lieux sacrés les déserteurs qui y sont réfugiés³¹.

20

l'Official de Cambray ait déclaré qu'il ne devoit ioir d'icelle immunité, mais s'ils tiroient hors de ladite immunité personne non ayant commis lesdits cas, ils seront tenus réintégrer et remettre en ladite immunité le plustost que faire pourront, et en cas de refus, la cognoissance et déclaration appartiendra à l'Official de Cambray, comme de tout temps a appartenu».

29 Z.B. Van Espen, *De immunitate locali, seu asylo templorum*, cit., c. VIII, § 4.

30 Cf. C. Calisse, *Intorno al diritto comune pontificio*, dans *Atti del II congresso nazionale di studi romani*, III, Roma, 1931; G. Ermini, *Guida bibliografica per lo studio del diritto comune pontificio*, Bologna, 1934; P. Moneta, *La giustizia nella Chiesa*, Bologna, 1995; P. Prodi, *Una storia della giustizia. Dal pluralismo dei fori al moderno dualismo tra coscienza e diritto*, Bologna, 2000, p. 275.

31 H.G. De Precipiano, *Archevêque de Malines au pape Clément XI*, Bruxelles, le 13 janvier 1707, dans L. Jadin, *Relations des Pays-Bas, de Liège et de Franche-Comté avec le Saint-Siège, d'après les «lettere di vescovi» conservées aux archives vaticanes, (1566-1799)*, Bruxelles-Rome, 1952, p. 301 et p. 305.

5. Les conflits entre juridictions à la lumière des coutumes des Pays-Bas.

La *Dissertatio* de Van Espen sur les asiles sacrés semble s'inspirer³² d'une série d'épisodes ayant eu lieu dans les Pays-Bas, presque tous concentrés entre les Flandres et le Brabant. Il est particulièrement intéressant de pouvoir observer comment furent affrontés et résolus les conflits de juridiction éclatés lors du refuge de plusieurs criminels. A ce sujet, Van Espen rapporte un cas de conflit de juridiction arrivé en 1531: le juge de Malines captura sans licence un réfugié qu'il enferma dans les prisons laïques. L'évêque de Cambrais (sous la *iurisdictio* duquel se trouvait la ville de Malines) se plaigna de la violation de l'immunité ecclésiastique. La question fut tranchée par le parlement de Malines qui établit que, vu l'énormité du crime, le juge pouvait poursuivre le coupable³³. 21

Il existe un autre cas, en 1635, qui devient l'occasion pour consolider la coutume des Pays-Bas en matière de droit d'asile: un homme, Robert Baert se réfugie dans le couvent de Bylocke de la ville de Gand après avoir commis un homicide, mais il en fut tiré par le procureur général du Conseil des Flandres et est conduit par la force dans les prisons séculières malgré que le père confesseur ait dit au procureur que personne ne pouvait être tiré de l'église sans la licence de l'évêque. Ce à quoi le procureur avait répondu: 22

«L'evêque est subalterné au Conseil et quoy qu'il fut present, je ne lui voudrois point demander son consentement»³⁴. 23

Mais l'évêque rappelle au souverain, auquel il s'est adressé en le suppliant que la décision concernant l'immunité soit remise à l'autorité ecclésiastique, que la violation de l'immunité de l'église est une question spirituelle et de droit et non pas de fait; le contraste entre les deux personnalités, le confesseur d'un côté et le magistrat de l'autre, est très fort: entre menaces et représailles, c'est le souverain qui prend la décision. Il ordonne que, vu la gravité de l'homicide, le coupable ne puisse jouir du droit d'immunité. Quant aux déclarations de l'évêque, décider si un cas appartient ou non aux cas exceptés, c'est *quaestio facti et non iuris*: mais ce qui compte surtout c'est que la bulle *Cum alias*, par laquelle on introduisait formellement l'obligation de la *licentia episcopi* et donc la compétence du juge ecclésiastique au sujet de la qualification du délit, n'a jamais été reçue dans les Pays-Bas: 24

32 G. Leclerc, *Zeger-Bernard Van Espen (1646-1728) et l'autorité ecclésiastique. Contribution à l'histoire des théories gallicanes et du jansénisme*, Zürich, 1964, p. 68, qui rappelle que le traité fut publié à Louvain en 1721 environ, c'est-à-dire vingt ans après avoir été rédigé et qu'il provoqua un grand scandale.

33 Z.B. Van Espen, *De immunitate locali, seu asylo templorum*, cit., c. VIII, § 5.

34 *Lettre de l'évêque de Gand*, Bruxelles, 23 novembre 1635, Arrêt LXIII, dans *La jurisprudence des Pays-Bas autrichiens*, cit., f. 103.

«[...] cette bulle n'ayant jamais été connuë, reçuë, ni admise en ces Pays, moins encore placettée par le prince, il s'ensuit, que nous devons jouir du Droit universel»³⁵. 25

Le problème des rapports entre l'église et les autorités séculières est cependant plus complexe qu'il n'apparaît dans les cas rapportés par Van Espen. Un autre épisode très connu semble avoir poussé Van Espen à prendre une position précise au sujet du droit d'asile: c'est l'épisode connu comme *le cas Ophoven*. 26

Au dix-huitième siècle, à la fin du règne de Charles II, un cas de conflit de juridiction eut un grand retentissement³⁶. Une femme, irritée par la conduite d'un capitaine espagnol qui se trouvait à Malines, en commanda l'homicide à François Ophoven, un aventurier. Le guet-apens ne réussit pas³⁷ mais Ophoven, craignant d'être puni, se réfugie dans un couvent de dominicains. Mis au courant du fait, le Grand Conseil de Malines³⁸ demande que l'accusé soit tiré du couvent et transféré dans la prison de la ville. On y consent, sous réserve³⁹. Malgré tout, les magistrats laïques et ecclésiastiques se heurtent parce que les deux pouvoirs prétendent décider si le coupable a droit à l'immunité. 27

«Un fort courant *légitiste*, centralisateur et hostile aux anciennes immunités de l'église»⁴⁰, se manifeste dans les sphères du gouvernement. Le Grand Conseil, poussé par ces 28

35 *Lettre du Conseil Privé du roi*, Bruxelles, 28 janvier 1636, Arrêt LXIII, dans *La jurisprudence des Pays-Bas autrichiens*, cit., f. 111.

36 J.J.E. Proost, *Épisodes du droit d'asile religieux en Belgique*, Gand, 1863, tiré-à-part de *Messenger des sciences historique de Belgique*, pp. 92 ss.; Id., *Histoire de droit d'asile religieux en Belgique*, cit., pp. 183-188; M. Huisman, *Un document relatif aux controverses sur le droit d'asile*, dans *Bulletin de la Commission Royale d'histoire*, 100, (1936), p. 282.

37 Ainsi qu'observe G. Du Pac De Bellegarde, *Vie de M. Van Espen*, cit., art. XI, n. VI, f. 125, Ophoven ne réussit pas à tuer l'officier espagnol, mais au cours de l'attentat qui a eu lieu le 18 mars 1700, il réussit seulement à brûler sa perruque avec un coup de pistolet. L'homme se réfugie dans le couvent des dominicains, d'où il est enlevé et conduit dans les prisons laïques avec le consentement d'un officier envoyé par l'archevêque. Par la suite, *un décret de prise de corps* est promulgué contre Ophoven, qui est gardé dans les prisons laïques seulement pour des raisons de sécurité, donc *nomine ecclesiae*.

38 Sur ce Conseil on voit, Cf. J. Lefèvre, *Le Grand Conseil de Malines sous Albert et Isabelle, 1598-1621*, s.l., 1949; L.T. Maes, *Le Grand Conseil de Malines et son organisation. État actuel des recherches*, dans *Revue d'histoire du droit*, XXIX, 1951, pp. 295 ss.; J. Van Rompaey, *De Grote Raad van de hertogen van Boergondië en het Parlement van Mechelen*, Bruxelles, 1973; R. Van Answaarden et H. de Schepper, *Bibliografie van de Grote Raad van Mechelen*, dans *Miscellanea Consilii Magni*, Amsterdam, 1980, pp. IX-XXVI; A. Wijffels, *Qui millies allegatur: les allégations du droit savant dans les dossiers du Grand Conseil de Malines*, Leyden, 1985, t. I, pp. 248 ss.; Id., *L'histoire de la justice: les cours supérieures dans les anciens Pays-Bas (15e-18e siècle)*, dans *Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis*, 3, (1993), p. 391; Id., *The Great Council of Malines*, dans *Oberste Gerichtsbarkeit und zentrale gewalt im Europa der frühen neuzeit*, par B. Diestelkamp, Köln, 1996, pp. 113-125; Id., *Grote Raad van Mechelen*, dans *De centrale overheidsinstellingen van de Habsburgse Nederlanden (1482-1795)*, Bruxelles, 1994, t. I, pp. 448-461; C.H. van Rhee, *Litigation and legislation: civil procedure at first instance Council for the Netherlands in Malines (1522-1559)*, Bruxelles, 1997; P. Godding, *Le Conseil de Brabant sous le règne de Philippe le Bon (1430-1467)*, Bruxelles, Louvain-la-Neuve, 1999, pp. 301-311.

39 M. Huisman, *Un document relatif aux controverses sur le droit d'asile*, cit., p. 283.

40 *Ibid.*

positions gallicanes, soutient avec force le pouvoir temporel. De l'autre côté, l'archevêque de Malines, Humbert-Guillaume de Precipiano, se jette dans la lutte avec sa force habituelle; il en arrive à excommunier⁴¹ le procureur général du Grand Conseil, Philippe du Jardin, parce qu'il a exécuté les ordres du Grand Conseil: ce dernier avait en effet décidé que le coupable pouvait jouir de l'immunité⁴² et avait donné des dispositions pour que le criminel retourne dans le monastère mais l'archevêque, refusant la décision du tribunal séculier, refuse aussi que l'enlèvement soit entièrement géré par l'autorité séculière. Il y eut une lutte violente près de la prison où Ophoven était détenu: les représentants de l'archevêque s'opposèrent à l'exécution des ordres du Grand Conseil qui portaient une grave atteinte à la *libertas ecclesiae*⁴³. En effet, seul l'évêque ou l'officier qu'il avait désigné, pouvaient décider au sujet de l'immunité.

La réponse du Grand Conseil ne se fit pas attendre. Le prélat fut en réalité condamné à une sorte de *aquae et ignis interdictio*⁴⁴. Le Grand Conseil s'adressa ensuite au Gouverneur général, Maximilien Emanuel de Bavière auquel étaient remises les protestations solennelles: en effet le geste de l'archevêque frappait un officier de la couronne dans l'exercice de ses fonctions et donc apparaissait comme un attentat intolérable à la *maiestas* royale dont la gravité jettait le gouvernement politique interne dans une situation de désordre⁴⁵. Le geste devait d'autant plus être condamné qu'il constituait un dangereux précédent: les officiers du roi n'auraient plus eu de conséquence le courage de s'opposer aux requêtes des prélats.

Enfin, Charles II, huit jours avant de mourir, communiqua à Maximilien Emanuel sa décision: François Ophoven, qui se trouvait en détention préventive depuis plus de six mois, devait être tiré de prison tant par les officiers de justice du Grand Conseil que par ceux de l'archevêque, lequel ensemble et en même temps devaient le rendre au couvent où il avait trouvé refuge. Le roi donna ensuite au Conseil l'ordre de suspendre la procédure contre l'archevêque et prescrivit que ce dernier retira l'excommunication du procureur général. La question de principe restait irrésolue et devait être soumise à une commission spéciale qui aurait dû prendre une décision définitive⁴⁶.

L'archevêque refusa cependant d'obéir. C'est alors que le cas Ophoven entra, au début du règne de Philippe V, dans une seconde phase. De Precipiano, en effet, voulait que la suppression de la censure ecclésiastique fut subordonnée à une amende publique de la part du procureur général et à la reconnaissance de l'abus accompli aux dépens de la

41 *Ibid.*, p. 284.

42 *Ibid.*

43 M. Nuttinck, *La vie et l'oeuvre de Zeger-Bernard Van Espen. Un canoniste janséniste, gallican et régalien à l'Université de Louvain (1646-1728)*, Louvain, 1969, p. 225.

44 M. Huisman, *Un document relatif aux controverses sur le droit d'asile*, cit., p. 285.

45 *Ibid.*

46 *Ibid.*, p. 286.

29

30

31

libertas ecclesiae. Trois ans après l'excommunication, le conflit n'avait pas encore trouvé de solution et le procureur général était encore dans la condition de censuré. Cette situation étant devenue intolérable pour lui-même et pour sa famille, il est obligé de s'adresser directement au pape pour obtenir que la censure soit supprimée. On peut, à ce sujet, lire ce que l'archevêque de Precipiano écrit au pontife Clément XI :

«V.S. trouvera ci-joint la fameuse supplique du conseiller de Malines, demandant l'absolution de l'excommunication encourue pour avoir violé l'immunité ecclésiastique. Le respect humain et la crainte d'offenser le Conseil paraissent l'empêcher de regretter absolument sa faute; il m'a envoyé en secret la soumission telle quelle et a demandé que je joigne mes prières aux siennes pour qu'on ne fasse pas d'objection. Je n'ai pu refuser et je préfère laisser la décision à votre jugement»⁴⁷.

32

Ce qui semble particulièrement intéressant dans ce cas, au-delà du retentissement qu'il a provoqué, c'est que le conflit ne s'apaise pas après que la curie laïque a reconnu au coupable le droit de jouir de l'immunité. Tout au contraire, c'est justement le point sur lequel il faut décider une fois pour toutes: de qui dépend le jugement concernant la possibilité pour un coupable de jouir du refuge; c'est surtout la curie ecclésiastique qui manipule⁴⁸ le cas Ophoven. Le conflit se terminera par la restitution du réfugié au cloître de dominicains, grâce aussi à l'avis favorable exprimé dans ce sens par Charles II et selon les requêtes de l'archevêque⁴⁹.

33

Au-delà des épisodes particuliers du conflit entre les deux autorités, il faut souligner les raisons qui poussèrent Van Espen à prendre position contre le droit d'asile. Les cas dont nous avons parlé représentent pour l'auteur «l'élan» nécessaire pour expliquer comment l'asile doit être réglementé pour éviter qu'il devienne un instrument d'abus dans les mains de l'église et un moyen pour les délinquants d'échapper à la peine. L'opposition de l'archevêque de Precipiano cache quelque chose de plus: de Precipiano⁵⁰ fut un des plus importants représentants locaux de la lutte contre le jansénisme, ce qui explique donc que le conflit se soit répandu outre mesure. L'asile devient aussi une raison de contraste entre conceptions religieuses différentes, entre la théologie augustinienne et le molinisme⁵¹. Sans doute Van Espen fut un homme proche de la sensibilité janséniste et donc, sous ce point de vue, on obtient une meilleure compréhension des termes de la

34

47 H.G. De Precipiano, *Archevêque de Malines au pape Clément XI*, Bruxelles, le 13 avril 1703, dans L. Jadin, *Relations des Pays-Bas*, cit., p. 287.

48 Anonyme, *Le droit d'asile violé*, sl, sa, p. 40.

49 G. Du Pac De Bellegarde, *Vie de M. Van Espen*, cit., art. XI, n. XVI, f. 145.

50 C. de Clercq, *Cinqs archevêque de Malines, 1689-1759, Humbert-Guillaume de Precipiano Thomas Philippe d'Alsace et la liquidation du jansénisme*, Paris, 1974, t. I, pp. 1 ss., où l'auteur rappelle l'oeuvre de défense des prérogatives de l'église et le heurt violent contre le Conseil de Malines; E. Jaques, *Le rôle des exilés belges dans les débuts de l'église d'Utrecht*, dans *Chroniques de Port-Royal. Port Royal en exil*, Actes du Colloque tenu à Amersfoort (Pays-Bas) sur le thème «Port Royale en exil», du 3 au 5 octobre 1985, Paris, 1986, p. 120.

51 M. Nuttinck, *La vie et l'oeuvre de Zeger-Bernard Van Espen*, cit., p. 665.

comparaison entre Van Espen et la culture juridique de l'église de Rome.

Et aucun doute non plus ne subsiste sur la position régaliennne de Van Espen : l'auteur est souvent décrit et c'est aussi ainsi qu'il apparaît dans la *Dissertatio* sur le droit d'asile, comme un des plus importants défenseurs de la théorie de la séparation entre pouvoir séculier et pouvoir ecclésiastique⁵². Son plus célèbre biographe écrit⁵³ en effet: 35

«ce Docteur étoit toujours le vengeur des droits légitimes des puissances souveraines; et en réduisant la puissance ecclésiastique à ses bornes anciennes et naturelles, il ne faisoit que la rendre plus vénérable et plus précieuse». 36

Par la restriction de l'asile, Van Espen pensait pouvoir proposer un renouvellement de l'église qui devait justement être accompli par un retour aux origines, à la forme primitive, et donc en se dérochant aux conflits avec le pouvoir séculier et en interprétant l'immunité locale comme *intercessio*. L'accueil des pécheurs, dans le seul but d'obtenir une pleine conversion et le repentir, était senti comme un devoir par l'église des premiers siècles. 37

Il est donc inexact de penser que l'auteur ait cultivé une volonté effectivement « destructrice » de la liberté de l'église. On comprend, en regardant la *Dissertatio* sur le droit d'asile, que son idée n'est pas la suppression de l'asile, ainsi qu'on le souhaitait déjà dans les sphères de l'autorité séculière, mais au contraire la détermination d'une discipline de l'immunité locale fondée sur les coutumes: ce qui aurait permis une plus grande indépendance envers Rome et en même temps une possibilité d'accepter l'asile revu à la lumière des coutumes des Pays-Bas. 38

6. La Bulle de Grégoire XIV.

En 1591, Grégoire XIV marque un tournant dans la gestion de la discipline de l'asile sacré. Après son intervention, Van Espen lui-même rappelle que tout ce qui concerne l'asile dépend en large mesure de cette constitution. L'auteur consacre une place importante à la bulle qui devient en quelque sorte un des objets principaux de sa critique envers la politique de Rome. Il en souligne la notoriété mais aussi le pouvoir de se transformer en un instrument dans les mains des théologiens et des canonistes partisans de l'immunité : c'est dans ce cas à Antoine Anselmo⁵⁴, jurisconsulte d'Anvers, et à François Zype⁵⁵ qu'il pense. Dans les deux cas il s'agit de deux juristes qui manifestent une certaine sensibilité pour l'usage local, mais aussi une grande fidélité à la cause de 39

52 *Ibid.*, pp. 667-669.

53 G. Du Pac De Bellegarde, *Vie de M. Van Espen*, cit., art. XI, n. I, f. 117 .

54 A. Anselmo, *Tribonianus belgicus sive dissertationes forenses ad belgarum principum edicta quae potissimum in utroque foro, tam ecclesiastico, quam saeculari, allegantur et uisitantur*, Bruxellis, 1663, § 36.

55 F. Zype, *Ius pontificium novum sive analytica postremi iuris ecclesiastici enarratio*, Coloniae Agrippinae, 1620, lib. III, v. *De immunitate ecclesiae*, nn. 1 ss.

l'église de Rome et par conséquent à la défense de la *libertas ecclesiae*. D'après les concordats du Brabant, selon l'avis d'Anselmo, c'est au juge ecclésiastique que revient la connaissance de la violation de l'immunité quand elle a été causée par des privés ou par la collectivité. Mais dans le cas où l'enlèvement a été fait par la violence contre le réfugié, aussi bien l'église que la personne enlevée, ont le droit de s'adresser à l'autorité supérieure laïque⁵⁶. La Bulle de Grégoire XIV aurait par la suite résolu toutes ces difficultés en attribuant la compétence, au sujet de la question de l'enlèvement, au juge ecclésiastique⁵⁷. Les deux auteurs, dit Van Espen, prétendent, à ce point, que toute la matière de l'immunité soit compétence de la curie ecclésiastique.

C'est en répétant ensuite les mots de Gambacurta, dont il n'oublie pas de souligner peut-être malicieusement l'appartenance à la Compagnie de Jésus, que Van Espen écrit à propos de la bulle⁵⁸: 40

«sapientiae, prudentiae, ac pietatis plenissima, ita universalem hanc ecclesiarum immunitatem, nostris saeculis occasione nonnullorum indultorum plene collapsam restituit, moderatur et meliorem in formam reducit». 41

Van Espen déclare laisser au lecteur l'évaluation de la *Cum alias* et de la faculté qu'elle a d'être pleine de prudence, sagesse et pitié ; le but unique de la constitution est, à son avis, d'ôter au juge séculier tous les jugements concernant la question de l'asile pour les soumettre au juge ecclésiastique. 42

Ce qui est avant tout contesté, c'est le début de la constitution dans laquelle Grégoire XIV, presque pour préparer une justification de la réforme qu'il s'apprête à introduire, fait allusion aux indults accordés par ses prédécesseurs, Sixte V et Pie V : l'expérience enseigne, selon l'avis de Grégoire XIV, que cet usage, bien qu'étant suscité par le zèle pieux des pontifes, ne produit que scandales et désordres. Désordres dont, ajoute Van Espen, on n'a cependant jamais rien su. 43

La bulle ramène à huit cas les hypothèses exclues du droit d'asile : il s'agissait des cas les plus graves qui ne jouissaient plus du droit d'asile. Van Espen s'aperçoit immédiatement du problème que représente la bulle : en effet, de façon paradoxale, au lieu d'augmenter les cas formellement exceptés, elle restreint fortement les hypothèses qui devaient être exclues. Il est vrai qu'autrefois le droit canonique exceptait seulement les voleurs de rue et le *depopulator agrorum*⁵⁹ nocturne. Mais il n'existait auparavant aucune interprétation restrictive de cette discipline et les décisions étaient prises en 44

56 A. Anselmo, *Tribonianus belgicus*, cit., c. X, § 33.

57 *Ibid.*

58 P. Gambacurta, *Commentariorum de immunitate ecclesiarum in Constitutionem Gregorii XIV Pontificis Maximi*, Lugduni, 1622, lib. II, proemio, ff. 67 ss.; Z.B. Van Espen, *De immunitate locali, seu asylo templorum*, cit., c. IX, § 1.

59 X 3.6.49

examinant chaque cas. Les bulles données d'abord par Sixte V⁶⁰ et Pie V⁶¹ avaient représenté un signal important de la part de la politique pontificale dans le sens d'une limitation du droit d'asile au moment même où évidemment se manifestait une «urgence» de la gestion de la criminalité.

Le changement brusque de Grégoire XIV s'associe en général à la volonté d'accueillir pleinement et de mettre concrètement en oeuvre les préceptes du concile de Trente à propos de la *libertas ecclesiae*⁶². En tous cas, ce qui apparaît nettement, c'est la volonté du pape de limiter le champ d'action des moeurs et coutumes locales qui tendaient non seulement à uniformiser l'asile selon les lieux, mais aussi à le limiter en faveur de l'autorité laïque. 45

D'autre part, s'il est vrai que l'asile enfonce ses racines dans la tradition et est fortement soutenu par la collectivité, il est vrai aussi que le problème de sa gestion reste habituellement un apanage des autorités laïque et ecclésiastique, chacune d'elles à la recherche de solutions qui puissent justifier sa «propre» gestion de l'asile sacré. Il y a probablement aussi une raison de cette compression des coutumes: éviter la formation d'églises locales excessivement indépendantes de Rome et donc répondre à des exigences de coordination et de contrôle. 46

La dernière partie de la *Dissertatio* tend à démontrer qu'il y a de nombreux lieux où la bulle n'a pas été accueillie, y compris les Pays-Bas: la liste des pays qui n'avaient pas accueilli la constitution est très longue. Elle ne fut appliquée ni par la République de Venise, ni par l'Allemagne, ni par les territoires de la Savoie, ni par la France et l'Espagne et naturellement elle n'obtint jamais le *placet*⁶³ dans les Pays-Bas. L'application de la bulle et les abus qui pouvaient en dériver pouvaient être cependant limités par le fameux instrument de *l'appel comme d'abus*⁶⁴. 47

60 Sisto V, *Alias*, dans G. Intorcchia, *La comunità beneventana nei secoli XII-XVIII Aspetti istituzionali, controversie giurisdizionali*, Napoli, 1996, *Appendice documentaria*, pp. 265-268, 29 juillet 1585, § 8; Id., *Hoc Nostri Pontificatus initio*, dans *Bullarium privilegiorum ac diplomatum*, Romae, 1747, t. IV, pars IV, 1 juillet 1585, § 2.

61 *Romanus Pontifex*, dans *Bullarum privilegiorum ac diplomatum Romanorum Pontificum*, Romae, 1745, t. IV, pars II, 1 février 1566, § 2.

62 *Sacrosanctum Concilium Tridentinum*, Patavii, 1781, c. XX.

63 M. De Réal, *La science du gouvernement*, Amsterdam, 1764, t. VIII, ff. 580-581 : «Zeger-Bernard Van Espen, Prêtre, Docteur en droit, Professeur du droit canonique dans l'université de Louvain...Il prouve que l'aveu du Prince est nécessaire à la publication de Lois Ecclésiastiques, non seulement dans le cas où il y a des traités et des usages particuliers qui demandent leur consentement, mais encore lorsqu'il n'y en a point. Il soutient que de droit commun un Prince par sa seule qualité de souverain, doit empêcher qu'on ne publie dans ses états, sans sa permission, les Bulles ou Rescripts des papes, parce qu'il peut arriver que ces Bulles contiennent des choses contraires à la police du Gouvernement et qu'il seroit dangereux de laisser à la personne du Pape, une juridiction immédiate dans tous les diocèses du Royaume. Il ajoute que sur les matières, même de foi, les Bulles des Papes ont besoin de l'acceptation des Evêques et de la permission du Prince. Il observe qu'en France les Evêques se sont toujours maintenus dans le droit de prononcer sur la doctrine de livres».

64 Sur l'emploi, en particulier en Espagne, de l'homologue *Recurso de fuerza*, c'est-à-dire du *Recurso de*

Van Espen⁶⁵ rappelle l'ordonnance de Villers-Cotterêts de François I de 1539, où à l'article 166⁶⁶ on établissait que si un juge avait donné un décret de prise de corps d'un réfugié, accusé d'un crime ou d'une dette civile, ce dernier pouvait être enlevé à n'importe quelle condition. L'auteur ajoute ensuite que si le juge ecclésiastique avait interdit l'enlèvement en menaçant la censure, le décret d'excommunication du juge ecclésiastique aurait pu être appelé *tamquam ab abusum*. Ceci parce que les églises, bien qu'étant consacrées à Dieu, se trouvent cependant dans le territoire du roi qui a toute juridiction⁶⁷. 48

Van Espen souligne que le droit d'asile en France n'est plus appliqué et que l'église gallicane⁶⁸ ne doit pas défendre l'asile sacré, *fructus tristissimus, scelerum impunitas*. 49

L'appel comme d'abus qui dans les Pays-Bas prit le nom de recours au prince, apparaît comme le remède exceptionnel utilisé pour réprimer certaines violations commises⁶⁹ par les ecclésiastiques. Le caractère exceptionnel est déterminé par la possibilité d'éliminer la sentence qui pourrait être en contraste avec les décrets, les conciles, les constitutions canoniques, les lois souveraines, les droits et la liberté de l'église, usurpation de la part des juges ecclésiastiques de la juridiction temporelle. 50

L'importance de cet instrument apparaît évident. Ayant normalement un effet suspensif⁷⁰, au moyen du recours il était possible de freiner les effets⁷¹ des censures que 51

fuera en conocer y proceder (Auto de legos) surtout pour les cas d'abus du droit d'asile de la part de l'autorité ecclésiastique, voir P.G. Caron, *L'appello per abuso*, Milano, 1954, p. 91.

65 Z.B. Van Espen, *De immunitate locali, seu asylo templorum*, cit., c. VII, § 5.

66 François Ier, *Ordonnance de Villers-Cotterêts, Ordonnance générale en matière de justice et de police*, dans *Ordonnances des rois de France, Règne de François Ier*, sous la direction de R. Mousnier, Paris, 1983, t. IX, part. III, mai-août 1539, août 1539, p. 553, n. V.

67 Z.B. Van Espen, *De immunitate locali, seu asylo templorum*, cit., c. VII, § 5.

68 Sur la liaison entre Van Espen et l'église gallicane on voit M. Rivella, *Autorità dei dottori e magistero gerarchico nella canonistica postridentina (1563-1730)*, Torino, 1993, p. 118.

69 Pour l'appel comme d'abus voir, P.T. Durand de Maillane, *Dictionnaire de droit canonique et de pratique bénéficiale*, Paris, 1761, t. I, v. *Abus*, f. 37; P.A. Merlin, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Paris, 1807, to. I, v. *Abus*; J. Captier, *Appel comme d'abus*, dans *Dictionnaire d'histoire et de géographie ecclésiastiques*, Paris, 1930, t. III, p. 1051; D.A. Affre, *De l'appel comme d'abus. Son origine, ses progrès et son état présent*, Paris, 1845, pp. 77 ss.; A. Allard, *Histoire de la justice criminelle au seizième siècle*, Leipzig, 1868, pp. 136 ss.; R. Genestal, *Les origines de l'appel comme d'abus. Notes de cours publiées par les soins de Pierre Timbal*, Paris, 1951; C.J. De Ferrière, *Dictionnaire de droit et de pratique, contenant l'explication des termes de droit, d'Ordonnances de Coutumes et de pratique*, Paris, 1979, t. I, v. *Appel comme d'abus*; R. Martucci, *Il modulo inquisitorio nelle «Ordonnances» francesi da Colbert alla Costituente*, dans *La Leopoldina. Le politiche criminali nel XVIII secolo*, Milano, 1990, t. 11, p. 256; V. Piano Mortari, *Il pensiero giuridico dei giuristi del rinascimento*, dans *Itinera iuris. Studi di storia giuridica dell'età moderna*, Napoli, 1991, p. 360.

70 A l'exclusion du cas du *recursus* proposé par le religieux, ainsi qu'observe G.P. Caron, *L'appello per abuso*, cit., p. 89; c'est cependant ce qui se passait en Espagne, tandis qu'en France, l'appel comme d'abus avait un effet seulement dévolutif.

71 Au sujet de l'emploi de l'appel comme d'abus en tant qu'instrument utilisé contre les effets des bulles pontificales, voir J. Dauvillier *Avant-propos*, dans R. Genestal, *Les origines de l'appel comme d'abus*, cit., pp. XVII-XVIII.

les ecclésiastiques infligeaient quand ils pensaient que l'immunité de l'église avait été violée. Le *recursus* n'avait aucune discipline *ex lege*. L'ordonnance de Villers-Cotterêts se limitait en réalité à prendre acte d'un institut qui avait son origine dans les coutumes⁷² tant en France que dans les Pays-Bas⁷³. Cependant il faut préciser que les Flandres héritent du *recursus* non de la France mais de l'Espagne, même si les deux instituts avaient de nombreux points en commun⁷⁴.

Naturellement l'église romaine ne pouvait apprécier ce genre d'usage, surtout si l'on considère que le clergé même faisait recours à l'église, souvent pour des mesures disciplinaires auxquelles il était soumis par l'autorité ecclésiastique supérieure. De cette façon, on permettait aux séculiers d'interférer dans l'exercice de la juridiction ecclésiastique qui se voyait fortement diminuée.

52

C'est à cette situation prise dans son ensemble que l'on doit attribuer l'âpreté des contrastes entre les pouvoirs : l'existence de deux juridictions parallèles, ayant essentiellement des pouvoirs équivalents, rendait leur coexistence peu pacifique et difficile la définition des limites des compétences de chacune. Cette situation indéterminée déclenchait les heurts qui, ainsi que nous l'avons vu, n'avaient souvent d'autre solution que de sacrifier une juridiction en faveur de l'autre.

53

La question du droit d'asile dans la pensée juridique de Van Espen se présente donc comme partie d'une oeuvre qui conçoit une nouvelle élaboration du *ius publicum ecclesiasticum*. La structure portante est sans aucun doute celle qui est tirée du droit canonique classique, mais l'originalité de sa pensée et une certaine aversion pour les revendications que l'église romaine faisait à la lumière de la liberté ecclésiastique, offre une image renouvelée du droit public ecclésiastique, non tant dans la forme que dans la substance des instituts. Ce qui est aussi significatif, c'est l'approche à l'ancien droit canonique, par rapport auquel l'oeil attentif du fin juriste réalise une opération d'élimination des dispositions devenues désuètes ou même inadéquates ou encore dépassées par une discipline différente et prédominante du pouvoir séculier et des usages du lieu. Il est vrai que l'église de Rome et ses plus fidèles partisans proposaient un *Ius pontificium novum* différent des idées de Van Espen. Malgré les instruments élaborés par le pouvoir laïque avec le soutien évident d'une partie de l'église, le droit d'asile non seulement survit mais est aussi solidement enraciné dans les Pays-Bas catholiques.

54

72 P.G. Caron, *L'appello per abuso*, cit., p. 37.

73 *Ibid.*, p. 88.

74 *Ibid.*, pp. 86-87.