

Le jugement de Dieu et la formation de la fonction de juger dans l'histoire européenne *

Robert JACOB

*Chargé de Recherche au C. N. R. S.
Professeur à l'Université de Liège*

RÉSUMÉ.— Alors que l'ordalie, mode rituel de résolution des litiges, a été connue de quantité de cultures différentes, le jugement de Dieu proprement dit, compris comme l'intervention au procès d'un Dieu parfait, omniscient, détenteur absolu de la discrimination du bien et du mal, est une particularité de l'histoire de l'Occident latin au premier millénaire. Loin d'avoir été anodin, l'épisode est lourd de conséquence pour la formation de la fonction judiciaire dans les cultures d'Europe. On peut soutenir que la spiritualité de l'acte de juger et sa nécessaire autonomie à l'égard du pouvoir politique, entre autres, en procèdent.

Les hommes peuvent-ils emprunter à Dieu sa justice ? Le créateur met-il à la disposition de ses créatures sa puissance de Souverain Juge pour leur permettre de régler plus sûrement leurs litiges terrestres ?

Formulée dans ces termes, la question semble n'appeler qu'une fin de non-recevoir. Quiconque est nourri de la tradition judéo-chrétienne se souvient de la leçon du *Livre de Job*. Job, on le sait, était un fidèle serviteur de Yahvé, pieux, juste, comblé de biens, avant d'être frappé par Dieu d'infortune. La Bible relate le dialogue qu'il entretint alors, pauvre et malade, avec ceux de ses amis qui tentaient de lui porter secours. Pour Job, la situation est incompréhensible : pourquoi tous ces malheurs, puisqu'il a toujours respecté les commandements de Yahvé, qu'il ne s'est montré inique à l'égard de personne ? Le Dieu qui l'afflige, assurément, se trompe. Il faudrait qu'il instruisse enfin sa cause, qu'il en voie la justesse, mais on ne sait où ni comment saisir son tribunal (Jb., IX, 19, XIII, 15-18, 22-23). À quoi les amis du plaignant rétorquent que Dieu ne peut être ni ignorant ni injuste. C'est donc Job lui-même qui doit être dans l'erreur. Sans doute a-t-il commis dans le passé quelque faute dont il n'a pas gardé la mémoire, mais qui pourrait

* Ce texte reprend en substance le contenu d'interventions au séminaire Erasmus de théorie du droit tenu à Bruxelles en 1990 et au séminaire conjoint de l'École doctorale d'histoire et de sociologie du droit de Paris II et de l'Association française de philosophie du droit en 1992. Il a fait l'objet d'une première publication dans la revue de l'Association française pour l'histoire de la justice : *Histoire de la justice*, n° 4 (1991), pp. 53-78.

expliquer sa disgrâce. Job nie, se lamente, en arrive au bord de la révolte. Le dialogue se poursuit, développant longuement les deux thèses antagoniques. Mais enfin, Yahvé paraît. Il se donne à connaître et renvoie les discoureurs dos à dos.

Quel est celui qui embrouille mon Plan
 Par un bavardage imbécile ?
 ...
 Où étais-tu quand j'ai fondé la terre ?
 Indique-le si tu détiens l'omniscience.
 ...
 Est-ce qu'on t'a découvert les portes de la Mort ?
 As-tu vu les portiers de l'Ombre ?
 As-tu saisi du regard la vastitude du Monde ?
 Fais voir si tu en connais tout.
 ...
 Tu voulais donc vraiment casser mon Jugement ?
 Me donner tort pour te justifier ?
 Il te faudrait un bras comme celui de El
 Et que de ta voix comme lui tu fasses le tonnerre.
 (Jb. XXXVIII, 2, 4, 17-18, XL,8-9)

Le but du discours de Yahvé à la fin du *Livre de Job* est de récuser les questions qui lui sont posées, d'en proclamer l'impertinence. En fait, Job et ses amis, en désaccord sur l'interprétation de la destinée, se trouvaient de connivence sur une idée que les exégètes appellent la doctrine de la rétribution. Une idée simple qui de temps à autre séduisait les Hébreux : si Dieu est juste, s'il est omniscient, comment pourrait-il faire sentir autrement sa justice qu'en ce bas monde, par la punition des méchants et la récompense des justes ? Certains passages de l'Ancien Testament, des Psaumes en particulier, accréditent l'image d'un Dieu disponible à l'homme de bien, vengeur de ses ennemis, bienfaiteur de ses proches. C'est au *Livre de Job* qu'il est revenu d'en terminer avec ces flottements. Le discours de Yahvé qui en tire la morale dissipe toute incertitude. Sans doute le monde obéit-il à un plan de la Providence, mais nous n'en avons pas l'intelligence. Sans doute la justice divine est-elle appelée à s'exercer par delà toute autre justice, mais dans des conditions qui nous échappent. C'est à raison que Jean Bottéro a vu dans le *Livre de Job* le moment de l'invention de la transcendance absolue de Dieu ¹. Un moment capital dans l'histoire des religions. Un moment lourd de conséquences aussi pour les rapports ultérieurs du juridique et du religieux. Car l'idée de la transcendance établit entre justice divine et justice humaine un hiatus insurmontable. Le besoin de justice des hommes et les œuvres de justice de Dieu deviennent deux quantités incommensurables, dont rien ici bas ne permet la rencontre.

Cette conception épurée de la justice divine s'est ancrée dans les grandes religions monothéistes. Mais elle ne les a pas toutes imprégnées avec la même intensité. Le judaïsme et l'islam semblent lui avoir été fidèles avec le plus de constance. En revanche,

¹ J. Bottéro, *Naissance de Dieu. La Bible et l'historien*, Paris, 1986, p. 131-133.

dans l'histoire du christianisme, du christianisme latin en particulier, l'idée d'une justice céleste qui ne serait que pure transcendance a été oblitérée pendant près d'un millénaire, sinon dans la pensée des théologiens les plus éminents, en tout cas dans les croyances qu'encourageait la pratique commune des clercs. De la fin de l'empire romain au tournant des XII-XIII^e siècles, les hommes ont senti la justice de Dieu très proche. Ils la reconnaissaient dans les événements courants, dans les malheurs surtout dont on pensait qu'ils punissaient toujours l'un ou l'autre péché. Ils imaginaient pouvoir l'influencer à travers les dévotions à une cohorte de saints, intermédiaires et médiateurs. Enfin, ils en usèrent largement dans le cours des procès : le jugement de Dieu devint un mode ordinaire de résolution des litiges. L'aporie du *Livre de Job* était oubliée et la justice divine, disponible, priée d'intervenir à la demande au cœur de la procédure. En élaborant une liturgie quasi officielle de l'ordalie, le clergé des temps carolingiens donnait sa caution à ces pratiques. Il fallut attendre la théologie classique des XII^e et XIII^e siècles pour que l'on se reprît à trouver suspects ces miracles organisés. Pour que se reconstruise une conception nouvelle de la transcendance, appuyée sur un Au-Delà dont les frontières et la géographie étaient tracées avec une précision jusque-là inconnue. Dieu reprit alors de la hauteur. Il déserta les procès, laissant les hommes seuls face à leur propre justice.

La question qui est ici posée est de savoir quelle est la portée de cet épisode dans l'histoire du droit occidental.

On pourrait être tenté de n'y voir que la résurgence ou la résistance de mentalités magiques auxquelles la religion révélée se serait adaptée, non sans trouble, pour répondre aux attentes du corps social. Il n'y aurait alors aucune différence significative entre l'ordalie païenne et le jugement de Dieu du haut Moyen Âge. L'une et l'autre participeraient du même mode de pensée prérationnel ou irrationnel, appelé à s'effacer à un moment ou à un autre devant la montée des preuves rationnelles et la laïcisation du droit².

Il s'ensuivrait que l'étude des anciennes pratiques ordaliques, si passionnante soit-elle pour l'historien du droit ou l'ethnologue, serait sans utilité immédiate pour comprendre l'univers du juriste d'aujourd'hui, tant est grande la césure qui sépare le monde des mentalités magiques et celui de la modernité. Mais reste à savoir, précisément, si l'irrationalité est bien partout semblable et si, disparaissant, elle ne laisse derrière elle aucune trace. Nous ne le pensons pas. Nous croyons au contraire que le jugement de Dieu est une formation culturelle originale qui singularise la chrétienté occidentale et constitue un épisode majeur de la constitution d'une culture juridique européenne. Un épisode au cours duquel se sont façonnés certains traits fondamentaux toujours reconnaissables et peut-être déterminants de notre vie juridique. En bref, notre hypothèse peut être synthétisée en trois propositions.

1. L'ordalie est une pratique sinon universelle, en tout cas largement diffusée dans toutes les civilisations d'agriculteurs de l'Ancien Monde, donc commune à quantité de

² Telle est la thèse qui sous-tend entre autres l'exposé classique d'Henri Lévy-Bruhl, *La preuve judiciaire. Étude de sociologie juridique*, Paris, 1964, en particulier p. 80-82. L'auteur ne distingue pas ordalie et jugement de Dieu, il leur assimile la divination. La preuve « irrationnelle » ou « archaïque » est à ses yeux indifférenciée.

religions différentes. En revanche, le jugement de Dieu, qui doit en être distingué, représente à la fois un mode d'interaction entre Dieu et les hommes et un mode de résolution des litiges propres à la chrétienté latine occidentale du premier millénaire.

2. Les mutations des XII^e-XIII^e siècles engendrent, en même temps que la fin des ordales, la formation irréversible, dans les villes et les États naissants, de pouvoirs judiciaires désormais capables d'imposer le respect de règles préconstituées destinées à trancher les conflits, l'ensemble de ces règles étant identifié à ce que nous appelons depuis lors le droit. Or aussitôt, ces nouveaux juges apparaissent sous une double nature : organes de l'autorité au nom de laquelle ils agissent sans doute, mais aussi héritiers d'un pouvoir auparavant attribué à Dieu lui-même. L'histoire de la fonction de juger passe en Occident par un transfert de Dieu aux hommes.

3. Dans une civilisation dominée par la distinction du spirituel et du temporel, la fonction de juger, dans la mesure où elle repose sur une délégation de Dieu à certains hommes, participe toujours du spirituel. La spiritualité de l'acte judiciaire permet seule d'expliquer certains traits spécifiques de la culture juridique occidentale, notamment l'autonomie du judiciaire par rapport au politique, dont les bases étaient jetées longtemps avant qu'elle ne fût rationalisée sous la forme bien connue de la « séparation des pouvoirs ».

En somme, le jugement de Dieu serait passé par deux âges. Le premier, que l'on pourrait appeler âge du jugement de Dieu objectif, est caractérisé par la présence et l'action directe de Dieu à travers la matérialité des rites judiciaires. Le second l'est par une intériorisation du droit de juger, un éveil de la conscience et de la raison du juge comme ressort principal du procès, source de la rationalité juridique et de son autonomie, mais reposant en dernière analyse sur une délégation divine. De cet âge-là, malgré toutes les phases successives de laïcisation, nous ne serions pas tout à fait sortis.

Bien entendu, il ne saurait être question de prétendre apporter ici la démonstration de cet ensemble de propositions théoriques : quelques pages ne peuvent suffire à rencontrer toutes les interrogations qu'elles soulèvent. Il ne s'agit que de montrer qu'elles constituent, sinon des vérités établies, du moins des hypothèses de travail pertinentes et fécondes. L'exposé qu'on va lire est programmatique. Son but est d'ouvrir et de baliser un champ de recherches que devront prospecter des enquêtes à venir, de longue haleine, sur les pratiques judiciaires, leur anthropologie et leur histoire.

Le plus simple est de reprendre successivement les trois thèmes déjà évoqués pour esquisser la problématique qu'ils induisent et les illustrer par l'un ou l'autre exemple.

* *
*

La procédure judiciaire est d'abord un rituel et longtemps ce ne fut qu'un rituel. L'anthropologie juridique autant que l'histoire des périodes les plus anciennes qui nous

soient accessibles nous la font découvrir sous l'aspect d'une sorte de registre de langage : un mode et un lieu d'émission et de traitement de la parole contentieuse. Un ensemble de recettes destinées à permettre la mise en scène des prétentions contraires, de la diriger, de l'infléchir, d'apaiser ou d'aplanir le litige tout en évitant qu'il ne tourne à la confrontation radicale. Technologie de pacification sociale, la procédure primitive est avant tout un répertoire de gestes, de mots, de formules, de temps et de lieux consacrés, voués à donner au conflit un mode d'expression propre.

Une fois énoncé dans les formes adéquates, le contentieux peut être débattu pendant un temps plus ou moins long. Le lien processuel et la durée sont en soi autant de moyens de créer une cohésion entre antagonistes et de prévenir l'affrontement. Mais lorsqu'enfin il vient à son terme, il peut être réglé par divers procédés, où l'on peut reconnaître deux grandes méthodes qui, d'ailleurs, ne s'excluent pas : l'échange de prestations et les rites décisifs. Tantôt les parties conviennent d'une composition ou un arbitre les y amène. Un dédommagement vient alors compenser la perte que l'une prétend avoir subie. Tantôt elles se contentent d'un mode d'extinction cérémoniel de l'action, ce que nous proposons d'appeler rite décisif. Ainsi, dans nombre de cultures, la proclamation publique de la faute par celui qui l'avoue suffit à apaiser une querelle sans gravité excessive. Elle s'accompagne parfois d'un rite qui comporte pour l'auteur une certaine forme d'humiliation³. Ou encore la controverse peut être tranchée par la prestation d'un serment ou l'exécution d'une ordalie.

Le serment judiciaire et l'ordalie sont deux modes de résolution des conflits largement répandus dans toutes les aires culturelles de l'Ancien Monde. L'histoire du droit et l'anthropologie juridique en ont livré à profusion quantité de formes différentes⁴. Il n'est pas toujours facile de les distinguer l'un de l'autre. En principe, le serment est une parole solennelle par laquelle une partie (accompagnée ou non de cojureurs) proclame la justesse de sa cause et lie à son assertion l'autorité d'une puissance surnaturelle. Reçu par son adversaire, les juges et le public, cet engagement suffit à régler l'affaire en sa faveur, étant entendu qu'en cas de mensonge, la parole fautive aurait compromis la puissance invoquée et que celle-ci ne manquerait pas de châtier le parjure. L'ordalie, quant à elle, fonctionne selon des modalités similaires. Mais elle comporte l'organisation d'une épreuve que l'exécutant peut réussir ou manquer et qui est censée manifester sur le champ l'approbation ou l'hostilité de l'être surnaturel mis en cause. En pratique, cependant, les deux formes peuvent se confondre. Il arrive en effet que le serment soit assorti de gestes rituels plus ou moins compliqués qu'une maladresse transformerait en épreuve ordalique. Inversement, le malheur qui frapperait un plaideur après une ordalie, même réussie, serait fréquemment interprété comme la réaction tardive d'une divinité blessée⁵.

³ Pour une étude de cas récente : J. Fezas, « Le voleur, le roi et la massue. Expiation et châtement dans les textes normatifs sanskrits », *Bulletin d'Études Indiennes*, 7-8 (1989-1990), p. 47-95.

⁴ On trouvera des présentations de synthèse dans des ouvrages collectifs : *Recueils de la Société Jean Bodin*, XVI-XVIII, *La preuve*, Bruxelles, 1963-1965 ; actes du récent colloque de Nanterre édités par R. Verdier, *Le serment*. I - *Signes et fonctions*, II - *Théories et devenir*, Paris, C.N.R.S., 1991.

⁵ Cf. sur ceci notre rapport de synthèse « Anthropologie et histoire du serment judiciaire », in R. Verdier (éd.), *Le serment* I- *Signes et fonctions*, op. cit., p. 244 et s.

À dire vrai, peu important ici la pertinence ou les limites de cette distinction traditionnelle. Il suffit d'observer que serment et ordalie ne sont en fait que deux modalités d'une même opération rituelle : l'acte de magie par lequel une partie produit à l'appui de sa thèse les forces de la nature et de la surnature. Les éléments sont ostensiblement pour elle : le feu ne la brûle pas, l'eau pure ne la rejette pas, le poison ne la tue pas. Elle touche sans frémir les fétiches judiciaires ou les reliques des saints, invoque sans balbutier le nom des dieux redoutables. Au cœur du rite figurent les êtres mystérieux qui gouvernent le monde et, condition nécessaire de leur efficacité, la crédibilité que les hommes leur portent. Que les puissances garantes paraissent trop faibles pour punir les méchants, trop peu sagaces pour les reconnaître, et le rite perdrait sa substance, la procédure cesserait d'être opératoire.

Aussi l'histoire et l'anthropologie du serment et de l'ordalie font-ils voir partout, à chaque époque et dans toutes les cultures, la même quête de garants assez communément redoutés pour assurer, autour de leur présence, la restauration de la concorde. Bien peu d'objets sacrés, d'images pieuses, d'esprits, de saints, de dieux, qui n'y aient un jour ou l'autre été conviés ! Mais tous n'ont pas connu un succès égal. Les ancêtres, par exemple, furent assez peu invoqués en justice, à moins qu'ils n'aient été communs aux deux parties, à la même distance des plaideurs et par conséquent en position idéale de tiers. Tout à l'opposé, la Terre et les innombrables génies qui l'habitent fournirent l'une des plus recherchées et peut-être la plus commune des puissances surhumaines mobilisées sur la scène judiciaire. En Asie, en Afrique, dans l'ancienne Europe et même chez les Hébreux, on jure sur la terre, sous les mottes de gazon, sur les pierres, on absorbe des mélanges de terre et d'eau. Les dieux chthoniens comptent parmi les plus invoqués des serments de Grèce ou de l'Antiquité scandinave. Quoi qu'il en soit, entre les ancêtres parcimonieusement employés et la Terre toujours sollicitée, des légions d'entités ont trouvé place. Il est loisible de les répertorier, de les classer de cent manières différentes. Nous nous proposons ici de nous en tenir à l'un des critères de distinction les plus simples : la fracture que provoque, dans l'histoire des religions, la genèse des grands systèmes monothéistes.

En effet, de cet avènement majeur, les rites sacramentels ou ordaliques ne pouvaient sortir que profondément transformés : amoindris et énervés peut-être, peut-être au contraire renforcés et vivifiés, mais en ce cas porteurs de significations nouvelles. Car les dieux puissants et le dieu unique entretiennent avec la justice des relations radicalement différentes.

Dans ce que l'on peut appeler en gros les paganismes, les forces surnaturelles sont avant tout des forces brutes, entendons qu'elles sont agissantes mais qu'il leur manque l'impartialité et la clairvoyance. Au contraire, elles paraissent souvent partisans ou aveugles. Si les ancêtres inspirent la méfiance, c'est qu'ils sont en vérité trop proches d'une des parties pour pouvoir passer pour neutres. Partisans aussi les génies tutélaires d'un clan, d'une ville ou d'un village. Partisans les dieux des Grecs que leurs mythes nous montrent divisés dans l'Olympe par les querelles des hommes dont ils épousent les causes. C'est peut-être pour se préserver des impulsions contradictoires des êtres de l'autre monde que dans l'ancienne Grèce, l'ancienne Scandinavie ou certaines cultures

africaines, on jure non par un dieu mais par trois, conjuguant et neutralisant les influences. Que des peuples du désert multiplient à plaisir les collections d'objets hétéroclites, dents de lion, peaux de serpent, exemplaires du Coran, que touche le jureur quand il fait serment⁶. Et si les puissances telluriques sont si souvent interpellées, n'est-ce pas parce que peu d'hommes sont suspects d'obtenir leurs faveurs ? Mais dans ce cas, elles se révèlent aveugles, malhabiles à reconnaître le coupable et à ne punir que lui. Leur pouvoir de destruction, qui opère d'abord par la stérilisation du sol nourricier, risque de se déchaîner sur la société tout entière, confondant dans la même misère le jureur, son adversaire et leur entourage. C'est pourquoi des interdits enserrant partout le recours à la terre, des rituels visent à l'apaiser une fois le serment prêté ou l'ordalie accomplie. Chez les Dogon du Mali ou les Masa du Tchad, le serment par les esprits de la terre est prohibé. Il ne peut être pratiqué qu'exceptionnellement et avec la médiation du Maître de la Terre, seul capable de les invoquer sans compromettre l'équilibre de leurs relations avec les hommes⁷. Dans l'Atlas marocain, le serment est interdit lors de la floraison des amandiers : il pourrait l'interrompre⁸. En Inde, les ordalies par le feu sont prohibées à la saison chaude, les ordalies de l'eau à la saison des pluies : c'est qu'il faut éviter le trop-plein de chaleur ou d'humidité que pourrait entraîner la sollicitation excessive des forces cosmiques⁹. La pensée magique rattache les éléments mis en œuvre dans le rite décisoire aux matières et aux propriétés du monde extérieur sans établir entre eux de discontinuité. Aussi l'épreuve ordalique ou sacramentelle constitue-t-elle, beaucoup moins que l'exposition de leur acteur à l'examen d'un esprit supérieur, la démonstration de sa capacité de mettre de son côté les forces incontrôlées de la nature et de la surnature. Celles-ci interviennent dans le procès comme témoins, cautions, vengeurs d'une des parties, mais au propre elles ne jugent pas. Celui qui les produit manifeste l'adhésion à sa cause de forces magiques, tout comme la production d'un grand nombre de cojureurs établirait celle de forces sociales. Sans doute les puissances garantes, compromises par une affirmation douteuse, ne manqueraient-elles pas de se retourner contre celui qui les a invoquées. Mais elles ne sont pas pour autant en situation de tiers arbitre, elles n'assument pas, même dans l'imaginaire, la fonction que notre civilisation attend d'un juge. Au reste, les attributs qui y font recourir sont leur capacité de punir ou de récompenser, non l'aptitude à discerner la bonne cause de la mauvaise, qui leur est assez peu reconnue dans les mentalités communes.

Mais avec le monothéisme, les représentations que les hommes se font du monde et de la divinité se transforment du tout au tout. Tandis que les tréfonds de la terre se dépeuplent, ou que des créatures démoniaques y remplacent les anciens génies, le ciel se trouve désormais rempli d'un seul être : un dieu parfait, omniscient, détenteur absolu de la discrimination du bien et du mal. Un vrai juge cette fois, qui cumule le pouvoir de

⁶ Cf. e.a. F. Dumas-Champion, « L'appel aux dieux. La parole juratoire chez les Masa du Tchad », in R. Verdier (éd.), *Le serment, op. cit.*, II, p. 323 ; M.-J. et J. Tubiana, « L'acte du serment et la notion de "mani" chez les Beri Bideyat et Zaghawa du Tchad et du Soudan », *Itinéraires*, 2 (1981), p. 299-319.

⁷ F. Dumas-Champion, « L'appel aux dieux... », *op. cit.*, p. 322 ; G. Calame-Griaule, *Ethnologie et langage. La parole chez les Dogon*, Paris, 1965, p. 425-429.

⁸ J. Berque, *Structures sociales du Haut-Atlas*, p. 330, cité par H. Lévy-Bruhl, *La preuve judiciaire, op. cit.*, p. 89.

⁹ P. V. Kane, *History of Dharmasastra*, Poona, 1946, t. III, p. 376.

déceler la vérité sous tous les masques, le savoir du juste et de l'injuste, les instruments invincibles du châtement. L'invoquer au procès, c'eût été remettre la cause entre les mains du juge le plus parfait qui se pût concevoir.

Les hommes d'Orient qui les premiers pensèrent l'existence du dieu unique ne purent que se sentir attirés par les perspectives qu'ouvrait l'idée nouvelle dans le traitement des affaires humaines. À l'adresse avestique à Ahura Mazda pour qu'il récompense les justes et punisse les méchants « par le feu brillant et par le métal fondu »¹⁰ font écho ceux des Psaumes qui sollicitent Yahvé dans le même sens. Mais nous avons déjà aperçu comment, quelque quatre siècles avant le Christ, le *Livre de Job* mit brutalement fin à ces espérances ou à ces calculs. La perfection même de l'être divin interdisait aux hommes de faire appel à lui dans leurs litiges terrestres. La justice de Dieu s'élevait très haut au-dessus des procédures humaines.

La leçon du *Livre de Job*, les grandes religions monothéistes devaient la réciter pendant des millénaires. Du point de vue de l'histoire judiciaire, qui nous intéresse seul ici, c'est le judaïsme et l'islam qui lui ont été le plus rigoureusement fidèles. Dieu y est à la fois juge et législateur, mais, comme sa justice est impénétrable et inaccessible, il ne communique avec les hommes que par l'intermédiaire de sa Loi révélée. De là la vénération du Livre, le respect des impératifs externes, de la prescription rituelle exactement suivie, la faveur de l'interprétation littérale qui caractérisent les écoles rabbiniques ou sunnites dominantes. Et de là aussi l'absence, dans l'histoire de ces religions, d'un véritable jugement de Dieu. En dehors de la seule prescription du Pentateuque qui trahisse la rémanence précise d'une pratique ordalique – l'épreuve dite des « eaux amères » imposée à la femme soupçonnée d'adultère (Nb. V,11-31) – et de son évacuation par voie d'interprétation restrictive, il n'y a pas d'apparence que la pratique judiciaire du monde juif se soit trouvée confrontée, à un moment ou à un autre, à la nécessité de donner un cadre culturel idoine à l'ordalie. L'islam ne l'a pas été davantage. Sous réserve de ce que pourraient révéler des recherches historiques relatives à des régions ou des périodes encore mal connues, on n'y rencontre rien d'analogue à une sorte de « jugement d'Allah ». Non que l'ordalie ou le serment soient inconnus en terre d'islam, tant s'en faut ! Mais on y jure par les tombes des saints, les terres sacrées, les objets les plus hétéroclites, on applique l'épreuve de la poêle chauffée au rouge, en se gardant d'y mêler Dieu de trop près. « Allah est bien trop haut pour inquiéter les hommes, qui craignent davantage les esprits et les djinns qui hantent le désert »¹¹. Si le serment par lequel le jureur se soumet à une sanction divine différée n'est pas étranger à la théologie musulmane, l'idée d'une présence divine au cœur d'un rite ordalique semble n'y avoir jamais pénétré. La volonté de Dieu gouverne le monde, sa justice est incommensurable, mais elle est aussi inaccessible. Aux praticiens de la justice humaine, qui se trouvent à la convergence des

¹⁰ Citée par M. Eliade, *Histoire des croyances et des idées religieuses*, I, Paris, 1983, p. 326. L'inquiétude sur les formes que pourrait prendre la justice rétributive immanente est très présente aux débuts de la religion zoroastrienne : *ibid.*, p. 319 et s.

¹¹ J. Chelhod, « La foi jurée et l'environnement désertique », in R. Verdier (éd.), *Le serment*, *op. cit.*, I, p. 90 ; cf. du même auteur *Le droit dans la société bédouine. Recherches ethnologiques sur le 'orf ou droit coutumier des Bédouins*, p. 189 et s. et les contributions citées in R. Jacob, « Anthropologie et histoire du serment judiciaire », *op. cit.*, p. 254.

versets sacrés, des aspirations des justiciables et des mentalités magiques communes, de s'en accommoder comme ils le peuvent.

Toujours sous bénéfice des révisions qu'imposerait la découverte de pans d'histoire encore ignorés, on peut en dire autant, ou presque, des églises du christianisme oriental. Le concept de jugement de Dieu semble n'y avoir jamais pris racine. Lorsque l'ordalie est signalée dans l'est du monde slave, elle l'est sous des formes non christianisées ou à peine reliées au culte des saints, ou encore elle n'est révélée qu'à travers les condamnations qui en furent portées au nom de l'orthodoxie¹². L'histoire judiciaire de l'Europe occidentale paraît donc bien, sous ce rapport, entièrement originale. Elle seule a traversé une phase d'abandon du caractère purement transcendant de la justice divine. Elle seule a élaboré la liturgie du miracle judiciaire qui permettait de faire de la présence de Dieu dans le procès le ressort essentiel de sa décision.

À dire vrai, les origines des rites ordaliques de la chrétienté latine sont encore mal connues. Quand apparaît exactement l'expression « jugement de Dieu » et avec quelles acceptions ? Quel fut le rôle de la religiosité de l'Antiquité tardive ? Au moment où s'effaçaient les frontières septentrionales de l'empire romain, les mentalités étaient-elles sous l'emprise de la raison juridique qu'il avait développée ou préparées, déjà, à d'autres formes de procès ? Autant de questions encore ouvertes. Ce qui est sûr, c'est qu'à l'époque de la première rédaction des plus anciennes Lois Barbares, au tournant des V^e et VI^e siècles, le serment avec ou sans cojureurs était, avec la composition, le mécanisme le plus courant de résolution des litiges, alors que l'ordalie ne jouait encore qu'un rôle marginal. Mais par la suite, l'exaltation du jugement de Dieu comme type idéal de la décision judiciaire se développe, tandis que prennent forme des rituels christianisés de l'ordalie. Le mouvement culmine aux temps carolingiens. « Que tous croient au jugement de Dieu, sans aucun doute », prescrit un capitulaire de Charlemagne de 809¹³. Portée en avant, non sans hésitations, revirements et controverses, par l'action combinée des autorités de l'empire et du clergé, l'idéologie de la justice divine disponible se diffuse et imprègne les pratiques judiciaires. C'est à ce moment que les clercs élaborent la liturgie appropriée de quelques grandes formes d'ordalie : ordalies par le feu (sous le double aspect du fer rouge et du chaudron), ordalies par immersion dans l'eau froide, ordalies par ingestion d'aliments (pain et fromage), à quoi s'ajoutent un certain nombre de formes

¹² Cf. e.a. M. Szeftel, « Le jugement de Dieu dans le droit russe ancien », *Archives Historiques de Droit Oriental* 4 (1989), p. 263-299 ; l'ouvrage de P. Caraman, *Pamint si apa. Contributje etnologica ia studiul simboliceii eminesciene* (Terre et eau. Contribution ethnographique à l'étude de la symbolique d'Eminescu), Iasi, 1984, contient sur l'histoire et l'ethnographie des serments judiciaires de riches informations, que je remercie Mlle Anka Bratu de m'avoir fait connaître. Il faut évidemment tenir compte d'influences occidentales, bien attestées dans le Moyen Âge russe. La disposition du Concile de 1551 qui, à défaut d'autre preuve, remplace le combat par le tirage au sort en ajoutant que les parties « s'en remettent à la Providence » (M. Szeftel, *op. cit.*, p. 294-295) ne remet pas en cause l'interprétation proposée au texte : rien ne permet de préjuger que la Providence manifesterait ou non sa Justice en cette occasion et, contrairement aux rituels occidentaux examinés ci-dessous, le tirage au sort (que les Latins tenaient pour diabolique) ne peut absolument pas être confondu avec un mode de communication canonique de Dieu et des hommes.

¹³ *Ut omnes iudicium Dei credant absque dubitatione* : A. Boretius, *Capitularia Regum Francorum*, 1, Hanovre, 1883, n° 62, art. 22.

dérivées ou d'un emploi plus rare. Ces liturgies prennent place dans les sacramentaires et se répandent dans toute l'Europe du Nord-Ouest.

L'histoire de l'ordalie médiévale a fait l'objet de travaux nombreux et solides, qui exploitent soigneusement les informations livrées par les sources documentaires ¹⁴. Cependant, de nombreux aspects des procédures ordaliques ou des complexes mentaux auxquels elles s'articulent sont encore dans l'ombre ou insuffisamment explorés. De notre point de vue, il nous faut en signaler trois.

Le premier tient à l'interaction des pratiques ordaliques et de la notion de jugement de Dieu. Celle-ci est en effet plus large que ne le suggère son utilisation dans le champ de la procédure. Pour les hommes du haut Moyen Âge, nombre d'événements qui semblaient exprimer la volonté de la Providence, la maladie ou la mort accidentelle d'un puissant, le gain ou la perte d'une bataille, l'interruption fortuite d'un supplice, constituaient autant de figures du *judicium Dei*. Faire serment, c'était aussi en appeler à la sentence divine. La formule est aussi abondamment utilisée dans le langage politique, où le jugement de Dieu passait pour une des sources de la légitimité. La présence de Dieu dans le rite ordalique n'est donc que l'élément d'un complexe de croyances et de représentations qui devrait être étudié pour lui-même, et dans toutes les directions.

Le second est le statut de l'ordalie dans l'ensemble du système de la procédure et des mécanismes qui conduisent à la prise de décision judiciaire. Longtemps, l'historiographie juridique traditionnelle n'a su penser l'ordalie qu'à travers la théorie des modes de preuve, ce qui a induit une double méprise. D'une part, l'épreuve rituelle a été perçue comme une opération préparatoire visant à forger la conviction avant le jugement, alors même que la terminologie (germanique *ordal* = allemand moderne *Urteil*, le jugement, ou simplement *judicium Dei*) invitait à l'identifier en tout point avec lui. D'autre part, y reconnaître une démarche dont le but était d'établir ou de réfuter la vérité d'un fait revient à l'analyser à travers la seule armature conceptuelle des ordres juridiques « rationnels » qui nous sont le plus familiers. Elle est alors censée combler un « manque » et n'est considérée que comme le substitut d'une preuve rationnelle défailante ¹⁵. Il en est résulté qu'on la regarde communément (peut-être aussi par analogie avec les grands systèmes de droit écrit d'Inde ou de Mésopotamie où ce trait est affirmé) comme un mode de preuve subsidiaire, destiné à n'intervenir qu'en l'absence d'éléments plus fermes susceptibles d'établir la conviction des juges. Or on n'a pas assez remarqué que cette

¹⁴ Les travaux de synthèse récents : H. Nottarp, *Gottesurteilstudien*, Munich, 1956 ; J. Gaudemet, « Les ordalies au Moyen Âge : doctrine, législation et pratique canoniques », *Recueils de la Société Jean Bodin*, XVII (1963), p. 99-135 ; R. Bartlett, *Trial by Fire and Water. The Medieval Judicial Ordeal*, Oxford, 1986 ; D. Barthelemy, « Présence de l'aveu dans le déroulement des ordalies (IX^e-XIII^e siècles) », in *L'aveu. Antiquité et Moyen Âge*, Rome, École Française de Rome, 1986, p. 191-214 ; *Id.*, « Diversité des ordalies médiévales », *Revue Historique*, 1988, p. 3-25. Ils ne dispensent cependant pas de consulter certaines publications plus anciennes, parmi lesquelles il faut mettre hors pair l'indispensable étude des rituels de C. Von Schwerin, *Rituale der Gottesurteile*, Heidelberg, 1933.

¹⁵ Pour une critique de la conception du serment comme mode d'élaboration de la vérité judiciaire, cf. nos remarques : « Anthropologie et histoire du serment judiciaire », *op. cit.*, p. 248-251.

position entraîne une conséquence difficilement admissible : elle fait de Dieu le supplétif des hommes. Le caractère secondaire de l'ordalie suppose entre jugement humain et jugement divin une relation telle que le second n'opère que lorsque le premier s'avoue faillible. Une telle hiérarchie des entendements est assurément celle que constataient les théologiens du XII^e siècle : elle les conduisait inmanquablement à la condamnation de l'ordalie. Mais peut-on la faire remonter à l'époque de l'apogée, des temps carolingiens à l'an mil ? Cela paraît douteux. En fait, la solution du problème passe par un réexamen global du système de procédure et des techniques processuelles du haut Moyen Âge, leur rapport à l'écrit, à l'aveu, au témoignage, seul apte à faire saisir le rôle effectif du jugement de Dieu dans l'ensemble des pratiques judiciaires. On nous permettra cependant d'avancer dès à présent qu'à l'opposé d'une fonction purement subalterne, l'idéal d'un jugement divin absolu, au-dessus de toute critique et de toute justification, n'a pu rester sans séduire. Ne devait-elle pas constituer le pôle de référence obligé de toute justice, y compris lorsqu'elle était rendue par des hommes ?

Enfin, le troisième consiste en la vérification de l'hypothèse émise plus haut d'une différenciation substantielle de l'ordalie chrétienne et des ordalies païennes. C'est là tenter d'apercevoir une sorte de théologie du jugement de Dieu médiéval, théologie qui ne pouvait être que marginale dans la mesure où les hommes de doctrine les plus autorisés n'ont cessé de manifester réserves et embarras devant la pratique du miracle organisé. En fait, dans la mesure où elle repose toujours sur l'emploi du feu, de l'eau, du métal, des aliments, l'ordalie chrétienne puise à un répertoire symbolique élémentaire qui préexistait à la christianisation de l'Europe¹⁶. Mais elle l'a intégré à des constructions rituelles originales. Sans procéder à un examen d'ensemble, il est possible d'illustrer ce propos à partir d'un exemple, celui de l'épreuve dite de l'eau froide (par opposition aux eaux bouillantes du chaudron), et d'une comparaison : celle que l'on peut mener avec l'ordalie similaire que connaissent les textes sacrés de l'Inde¹⁷.

Dans sa forme la plus répandue, l'épreuve de l'eau est une ordalie par immersion. Elle est tenue pour manquée lorsque l'exécutant, plongé dans une eau stagnante, ne parvient pas à s'enfoncer, pour réussir quand il disparaît entièrement et reste un certain temps sous la surface. En Inde, sa durée était fixée au moyen d'une épreuve parallèle qui se déroulait sur la rive. Au signal du juge, un archer tirait une flèche, un coureur devait alors la rechercher pour la ramener à son point de départ et le retour de la flèche dans la main de l'archer marquait la fin de l'épreuve : l'exécutant pouvait regagner la surface. En Occident, le temps de l'ordalie était, semble-t-il, laissé à la discrétion de celui qui la dirigeait. Certains textes normatifs, cependant, prescrivent, à défaut d'une mesure du temps, la profondeur à atteindre ou la longueur de la corde qui rattachait l'exécutant au bateau ou à la rive d'où il partait¹⁸. En somme, l'ordalie des eaux froides est une

¹⁶ Cf. e.a. M. Pappenheim, « Über die Anfänge des germanischen Gottesurteils », *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte - Germanistische Abteilung*, 48 (1926), p. 136-175.

¹⁷ Pour l'Inde : P.V. Kane, *History of Dharmasastra*, *op. cit.*, III, p. 368-369 ; 371-372 ; L. Renou, *Anthologie sanskrite*, Paris, 1947, p. 206-207 ; pour l'occident médiéval : C. Von Schwerin, *Rituale der Gottesurteile*, *op. cit.*, p. 6-25 et le texte des rituels in K. Zeumer, *Ordines judiciorum Dei*, M.G.H. *Leges*, V. *Formulae*, Hanovre, 1886, p. 617 et s.

¹⁸ H. Liebermann, *Die Gesetze der Angelsachsen*, 1, Halle, 1903, p. 163, 418.

épreuve d'apnée. Au plan pratique, elle ne pose pas de grandes difficultés à un bon nageur, mais elle est à peu près irréalisable à quiconque n'est pas tant soit peu familiarisé avec ce genre d'exercice. Au plan magique, l'eau sépare le pur de l'impur. Elle rejette l'être immonde, mais accueille dans son sein le corps pur et le restitue, au terme de l'épreuve, en dévoilant aux yeux de tous sa nature irréprochable.

Les ordalies chrétienne et indienne sont donc construites sur le même modèle. Toutes deux comportent en outre une phase de préparation rituelle de l'exécutant, comprenant jeûne, ablutions, dénudement, qui vise entre autres à faire tomber les défenses magiques qui pourraient fausser le résultat. Cependant, les liturgies qui mènent à l'ordalie sont élaborées de manière tout à fait différente et trahissent deux conceptions opposées de l'épreuve.

En Inde, l'ordalie doit être dirigée par le juge principal et, en principe, en présence du roi. Le juge et l'exécutant y subissent exactement les mêmes rituels préparatoires : ils jeûnent ensemble et se purifient en même temps par un bain sacré. Avant l'épreuve, le juge présente des offrandes aux dieux et, les mains jointes, tourné vers l'Orient, il prononce une litanie de conjurations à l'adresse de toutes les divinités du cosmos : celles du nord et du sud, de l'est et de l'ouest, désignées par leur nom et leurs attributs. Il leur fait de nouveaux sacrifices, conjure les eaux de confirmer ou de dissiper le soupçon et donne enfin le signal de l'ordalie. En fait, cette dramaturgie ne peut se comprendre que dans un système religieux où les hommes, classés en *varnas* hiérarchisées, sont doués de capacités inégales d'interaction avec le sacré. Le juge ne peut être sous ce rapport que supérieur à l'exécutant – au reste, certains textes réservent l'ordalie des eaux à l'ordre inférieur des *vaisyas* ¹⁹. Son pouvoir de maudire, de conjurer, de mettre en branle les forces du monde naturel et surnaturel est donc le ressort principal de l'épreuve, comme il est aussi, en d'autres circonstances, le principe actif du serment imposé à la partie ou du témoignage requis d'un tiers ²⁰. Au cœur de l'ordalie indienne et comme condition de sa validité, figurent la pureté rituelle du juge, son statut supérieur dans l'échelle des valeurs religieuses et la tension de toute son énergie vers la quête du vrai.

L'ordalie chrétienne, pour sa part, développe une tout autre mise en scène. Les juges qui l'ont ordonnée y assistent mais n'y président pas, c'est le prêtre (*sacerdos*), intermédiaire obligé avec le sacré, qui la dirige. Le rituel commence par une messe particulière, la messe du Jugement (*missa iudicii*), dont la liturgie est tout orientée vers l'exaltation du Dieu Juge : celui du Jugement dernier et de l'Apocalypse, mais aussi celui qui a disculpé Suzanne et sauvé Daniel. Au cours de la messe, l'officiant adjure l'exécutant de ne pas communier s'il est coupable, puis il lui donne l'eucharistie avec ces paroles : « Que le corps et le sang de Notre Seigneur Jésus Christ servent aujourd'hui à

¹⁹ P. V. Kane, *op. cit.*, III, p. 365 ; L. Rocher, « The Theory of Proof in Ancient Hindu Law », *Recueils de la Société Jean Bodin*, XVIII, 1963, p. 369.

²⁰ À ce sujet, cf. maintenant J. Fezas, « Malédiction, imprécation, ordalies et serments dans la tradition juridique indienne », in R. Verdier (éd.), *Le serment*, I, *op. cit.*, p. 367-394. L'adjuration du témoin et l'imposition du serment judiciaire procèdent, comme l'ordalie, du pouvoir supérieur de maudire reconnu *a priori* au juge. Le caractère subsidiaire de la *daiva* (preuve divine ou ordalie) par rapport aux autres instruments s'accommode évidemment sans mal de pareille justification.

t'éprouver » (ou : « te servent aujourd'hui dans l'épreuve » : *Corpus hoc et sanguis domini nostri Jesu Christi sit tibi as probationem hodie*). La suite du rituel comporte diverses étapes, parmi lesquelles la conjuration de l'eau par le prêtre.

Celle-ci évoque l'eau du baptême et rappelle parfois la formule de la communion : « Qu'aujourd'hui l'eau du Seigneur serve à t'éprouver, par Notre Seigneur Jésus Christ qui est un vrai et juste juge »²¹. Le sens de tout ceci est assez clair. En Dieu, la fonction de juger est une et indivisible. Le jugement de Dieu s'identifie parfaitement au Jugement dernier et le facteur essentiel de la validité de l'épreuve est la présence immanente du Christ dans le procès. Une présence qui se trouve, dans ce rituel-ci, confondue avec celle de son corps et de son sang dans le corps de l'exécutant²².

* *
*
*
*

La collaboration des justices humaine et divine mise en place au moment carolingien subsista dans ses grandes lignes jusqu'à l'orée du XII^e siècle. Puis à ce moment, elle s'altère brusquement. En fait, elle subissait l'effet d'une double mutation : des idées religieuses d'abord, ensuite des pratiques judiciaires.

La réforme grégorienne, la querelle de la papauté et de l'empire avaient affermi la discipline ecclésiastique et redessiné la frontière des domaines temporel et spirituel. Les théologiens, les autorités de l'Église entreprirent alors, pour mieux les maîtriser, un vaste travail de redéfinition des lieux, des temps et des moyens de la communication de Dieu et des hommes. Ils se firent exigeants, restrictifs. C'est à cette époque que s'élaborent une théologie des sacrements et une conception plus étroite de la sainteté. De cette recomposition des limites du profane et du sacré, l'interdiction des ordalies devait être une pièce maîtresse. Organiser le miracle au cours du procès, c'était « tenter Dieu », comme le diable en avait usé avec le Christ au désert. La doctrine était unanime en ce sens bien avant que le quatrième concile de Latran, en 1215, ne retirât au jugement de Dieu la caution de l'Église, sonnait ainsi le glas des pratiques ordaliques en Europe²³. L'Occident latin revenait à une conception rigoureuse de la justice transcendante, non sans quelques aménagements cependant, puisque la géographie de l'Au-Delà se voyait compliquée d'un purgatoire sur lequel l'Église gardait prise²⁴. Reste que la justice divine, dont la représentation la plus répandue était plus que jamais celle du Jugement Dernier, échappait à présent à toute application pratique dans les procédures séculières.

²¹ Rituel A 19 de K. Zeumer, *op. cit.*, p. 620-621.

²² L'histoire de l'eucharistie et de ses relations avec le jugement de Dieu soulève des questions qu'on ne saurait traiter ici. Pour une interprétation différente de celle que nous proposons : D. Barthélemy, « Présence de l'aveu... », *op. cit.*, p. 196, n. 22 et « Diversité des ordalies médiévales », *op. cit.*, p. 9-11.

²³ J.-P. Baldwin, « The Intellectual Preparation for the Canon of 1215 against Ordeals » *Speculum*, 36 (1961), p. 613-636 ; P. Brown, « La société et le surnaturel. Une transformation médiévale », trad. fr. in P. Brown, *La société et le sacré dans l'Antiquité tardive*, Paris, 1985, p. 245-272.

²⁴ J. Le Goff, *La naissance du purgatoire*, Paris, 1981.

Parallèlement, les usages des plaids se modifiaient substantiellement, en raison de transformations économiques et sociales. Les nouvelles richesses créées par l'expansion rurale, puis urbaine, mirent les pouvoirs publics, ceux des villes, des grandes seigneuries, des monarchies, en mesure de mettre durablement en place des polices et des magistratures de métier. L'autorité du pouvoir judiciaire se renforça. Il était désormais pleinement capable d'imposer aux parties le respect de ses règles et l'exécution de ses jugements. La tentation d'en appeler à l'Autre Monde s'en éloignait d'autant. Les nouveaux rapports de force engendraient un nouveau rôle du juge dans le procès dont il devenait le maître incontesté.

Comment le repli de la justice divine et le renforcement des régulations judiciaires se sont-ils ajustés dans la pratique ? D'abord par l'invention du jury. On peut montrer en effet qu'au fil du XII^e siècle, le recours à des juges assermentés se multiplie, non seulement dans l'Angleterre et la Normandie, où l'institution devait s'enraciner, mais aussi dans une notable partie de l'Europe du Nord-Ouest. La désignation de juges *ad hoc*, consacrés par leur serment, apparaît comme le substitut de l'ordalie avec laquelle elle fonctionne en alternance avant de la supplanter. La parole de vérité des douze, le verdict, prend exactement la place du jugement de Dieu ²⁵.

De ce processus d'appropriation par les hommes de la justice de Dieu devaient naître les systèmes juridiques rationalisés de l'Europe médiévale. Cependant, la raison juridique qui se décante à la fin du XII^e et au XIII^e siècle n'est pas une mais double. Le système anglais de la *Common Law* et le système français s'y reconnaissent déjà, très tôt, dans des traits structurels qu'ils conserveront jusqu'à nos jours. D'un côté : primauté des caractères oral et accusatoire de la procédure, esprit analytique, fermeture à toute influence exogène ; de l'autre : procédure plus largement écrite et inquisitoire, goût de la synthèse, réceptivité aux constructions du droit savant, romain et canonique. Or, on peut se demander si la formation des deux systèmes ne tient pas en quelque façon à la manière différente dont ils se sont dégagés de la matrice originelle commune du jugement de Dieu objectif.

En effet, l'Angleterre est restée fidèle à la première forme de transition, le jury, ce *deus ex machina* qui, remplaçant l'intervention divine, permet de dénouer la querelle sans engager la conviction du juge. Dès lors, la raison juridique anglaise, moins différente de celle du haut Moyen Âge que la continentale, se développe comme une préparation à l'intervention éventuelle du *trial by jury*. Elle est d'abord mise en forme de la cause, règlement successif d'objections qui sont autant d'incidents de procédure, au terme duquel le litige tend à se réduire à une question de fait, susceptible d'être tranchée par le verdict. En France, en revanche, la pratique du recours à des juges assermentés ne s'est pas épanouie, ou elle a reculé de bonne heure, laissant le champ libre à des tribunaux de magistrats professionnels statuant en collège. Leurs techniques processuelles s'inspireront de la procédure dite romano-canonique, c'est-à-dire de la procédure savante appliquée dès le XII^e siècle par les tribunaux de l'Église. Jusqu'au XIV^e siècle d'ailleurs, la part des clercs reste très importante dans la juridiction royale française. L'influence ecclésiastique

²⁵ R. Jacob, « Le serment des juges ou l'invention de la conscience judiciaire (XII^e siècle européen) », in R. Verdier (éd.), *Le Serment*, op. cit., I, p. 439-457.

conduisait à renforcer encore le rôle du juge dans le procès et, à travers la direction et l'appréciation des résultats de l'enquête, à faire de sa conviction la mesure de la preuve. Il est donc permis d'avancer qu'à la distinction de deux systèmes juridiques correspond celle de deux modèles de magistrature définis par des modes d'interaction différents avec le sacré : le premier, insulaire, que l'on propose d'appeler sacramentel parce qu'il repose sur la consécration des jurés par le serment dans le cours de la procédure, le second, continental et, si l'on veut, clérical, qui érige une fois pour toutes la conscience et la raison d'un juge de métier en ressort souverain du procès.

* *
*

En conséquence, la genèse médiévale d'ordres juridiques qui annoncent déjà, dans leurs grands traits, les ordres juridiques modernes, n'a pas fait disparaître toute référence explicite au sacré. Au contraire, les mutations du bas Moyen Âge sont déplacement, re-composition bien plus qu'expulsion du divin. Transférée de Dieu aux hommes, la fonction de juger resta imprégnée de ses origines. On peut même soutenir qu'elle devint un des lieux, très particulier, de l'intersection du spirituel et du temporel.

En effet, les juges gardèrent le souvenir très vif des sources de leur « terrible » pouvoir et, plus vive encore, la conscience qu'en l'assumant, ils exposaient à chaque instant leur salut. « Comme vous jugez, vous serez jugés » (Mt. VII, 2), le verset de l'Évangile est répété à l'envi dans les discours moralisateurs qui leur étaient alors adressés. Et le poids de leur mission, les angoisses eschatologiques qu'elle engendre habitent, du XII^e au XV^e siècles, toute la conception du décor de l'audience. Lorsque les plaids se tenaient à la porte de l'église, ils se déroulaient le plus souvent en face d'un relief du Jugement Dernier, le motif le plus représenté au Moyen Âge au tympan des portails. Plus tard, les tableaux de Jugements Derniers furent massivement commandés pour décorer les salles d'audience : on en a dénombré plus de cent vingt dans l'Allemagne du Moyen Âge et des Temps Modernes²⁶. Dans l'ancienne France, le juge siégeait ordinairement dès la fin du Moyen Âge, obligatoirement à la veille de la Révolution, sous la figure d'un Christ en croix²⁷. En Allemagne, il semble qu'on lui ait préféré le Christ de l'Apocalypse. De toute manière, dans l'un et l'autre cas, l'espace de l'audience se trouvait articulé autour d'un axe de symétrie majeur, formé du corps du juge au-dessous du corps du Christ et qui figurait symboliquement l'axe de discrimination du bien et du mal.

Il nous faudra reprendre ailleurs l'étude de l'iconographie judiciaire médiévale qui, bien plus que les textes, est imprégnée du rapport au sacré. Retenons qu'elle rendait sensible en permanence l'exposition de la conscience du juge et l'origine supérieure de son

²⁶ W. Schild, in W. Pleister et W. Schild (éds.), *Recht und Gerechtigkeit im Spiegel der europäischen Kunst*, Cologne, 1988, p. 71.

²⁷ La Roche Flavin, *Treize livres des parlemens de France*, Lyon, 1617, p. 303 ; Guyot, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Paris, 1784, v^o Auditoire.

pouvoir ²⁸. Il s'ensuit que ce dernier procède d'une double délégation, temporelle puisque la justice est exercée au nom du seigneur, spirituelle puisque sa mission est d'essence divine et suppose une communication intérieure avec le Souverain Juge. Dans la Grand'Chambre du Parlement de Paris, le lit de justice du roi de France, situé dans l'angle, et le Christ en croix du célèbre retable, qui occupait le mur du fond, matérialisaient à merveille la double source de la fonction de juger. Dans la géométrie bi-centrée de leur décor familial, les conseillers du Parlement se sentaient à chaque instant deux fois responsables : devant Dieu, devant le roi.

Or, cette double délégation a des conséquences qui dépassent de beaucoup l'ordonnement du théâtre et des rites de la justice. Puisque le juge est d'abord comptable devant le Souverain Juge, elle fonde nécessairement l'autonomie de sa conscience à l'égard de la puissance temporelle au nom de qui il statue. Partant, elle établit une relative indépendance du pouvoir judiciaire par rapport au pouvoir politique dont il émane. Cette idée est déjà très présente dans le texte des serments imposés au juge, qu'il s'agisse de jurés ou de magistrats de métier. Il lui faut s'engager à chercher l'impartialité, à abdiquer ses passions, ses intérêts, ses peurs, à oublier ses fidélités temporelles. Une forme de renoncement au monde qui situe l'acte de juger dans une zone déjà extraite du profane et imprégnée de spiritualité ²⁹. L'idée d'une autonomie fondée sur le rapport à Dieu se retrouve dans l'iconographie. Peut-être a-t-elle été aussi à la base de la conception, acceptée sans controverse, d'un pouvoir judiciaire assez distant du politique pour traiter celui-ci en partie à la cause. Dès la fin du XIII^e et au XIV^e siècle, le roi plaide devant ses baillis et ses conseillers par procureur. Les lettres émises par la chancellerie royale font l'objet de procédures de vérification. Nul ne s'étonne au Moyen Âge de rencontrer en bon nombre des actes judiciaires ainsi rédigés : « Nous Charles, par la grâce de Dieu roi de France, faisons savoir que la cause mue devant Notre Cour de Parlement entre Notre procureur d'une part et N. d'autre part... etc ». Pourtant ces jeux de représentation, ces dédoublements fonctionnels qui nous paraissent aujourd'hui si naturels ne peuvent être que le produit élaboré de processus complexes. L'histoire comparée du droit n'en fait pas voir beaucoup d'équivalents. Imagine-t-on le calife plaidant devant ses cadis ? le Fils du Ciel cité devant ses mandarins ? l'empereur de Rome devant les fonctionnaires de l'empire ? Seules les racines chrétiennes de la culture juridique occidentale semblent pouvoir expliquer la distance que prennent les juges à l'égard du pouvoir au nom de qui ils rendent justice.

Resterait à savoir si l'idée de la double délégation, spirituelle et temporelle, fondant l'indépendance du juge, a fait à un moment ou à un autre l'objet d'une élaboration théorique. On sait que le dédoublement de la personne physique et du corps politique du roi a été remarquablement étudié par Ernst Kantorowicz et son élève Ralph Giesey ³⁰.

²⁸ Sur ce point, nous nous permettons à présent de renvoyer à notre livre : *Images de la justice. Essai sur l'iconographie judiciaire du Moyen Âge à l'âge classique*, Paris, Léopard d'Or, 1994.

²⁹ Cf. sources et analyses in *Le serment*, op. cit, I, p. 445-451 ; comparaison avec les serments judiciaires grecs qui ne distinguent pas devoirs de justice et obligations politiques : *ibid.*, p.258.

³⁰ E. Kantorowicz, *Les deux corps du roi. Essai sur la théologie politique au Moyen Âge*, trad. fr. de l'édition américaine de 1957, Paris, 1989 ; R. Giesey, *Le roi ne meurt jamais. Les*

Kantorowicz souligne à ce propos l'importance d'une vision christologique de la royauté. De même que dans le Christ s'unissent deux natures, humaine et divine, deux corps, l'un physique, l'autre mystique et politique, cohabitent dans la personne du roi. Des idées analogues ont-elles pu être transposées du politique au judiciaire pour rendre compte de la spécificité de ce pouvoir ?

Il serait intéressant de le vérifier systématiquement en réexaminant sous cet angle toute la littérature théorique, théologique en particulier, qui a pu être confrontée à la problématique des fondements du droit de juger. Nous ne pouvons y songer, mais il suffit de retenir ici l'exemple d'un des juristes français les plus éminents de l'Ancien Régime : Jean-Baptiste Domat. Sa pensée illustre aussi bien la formulation théorique de la double délégation que la continuité, à travers les siècles, de la référence au jugement de Dieu comme source et mesure de toute justice humaine.

La théorie du droit de Domat vient de faire l'objet d'une étude d'ensemble due à Marie-France Renoux-Zagamé³¹. Tout imprégnée du courant janséniste auquel elle se rattache, sa pensée assigne au « ministère du juge » la mission de contribuer à établir « l'ordre divin de l'amour ». Le juge « est élevé par Dieu au-dessus des hommes pour exercer sur eux un pouvoir qui lui est communiqué par Dieu et qui n'est naturel qu'à Dieu »³². La philosophie du pouvoir judiciaire repose, chez Domat comme chez certains théoriciens du pouvoir royal, sur une christologie. Dans le Christ, la fonction de juger ressortit à la nature divine : elle préexiste à l'Incarnation. C'est pourquoi lorsqu'elle est communiquée à certains hommes, elle les place au-dessus de tous les autres, y compris les prêtres. En effet, le Christ n'a pu assumer le sacerdoce qu'en se faisant homme ; l'état de prêtre se rattache, à travers l'incarnation, à la nature humaine du Christ. Au contraire, la fonction de juger est d'essence divine et lorsqu'elle se transfère à certains hommes, elle les convie à y prendre part. Ce raisonnement désarmant ne serait probablement pas moins embarrassant, pour un vrai théologien, que ne l'était la présence de Dieu dans les rituels ordaliques. Il illustre la permanence d'une idée force. Au reste, Domat se souvient confusément que le ministère divin du juge est l'héritier historique d'un jugement de Dieu immanent, qui se passait de l'intermédiaire des hommes³³. Quant à l'indépendance du juge à l'égard du pouvoir politique, elle dérive si clairement de la nature de sa fonction qu'elle doit à peine être mentionnée. « Comment vous qui tenez vos charges des gentilshommes, apostrophe Domat, pourriez-vous suivre leurs passions en rendant justice ? ».

La précision de la pensée de Domat, la diffusion au XVIII^e siècle des quelque cinquante éditions des « Lois civiles », suivies des « Harangues » où elle s'exprime le mieux, laisse peu de doute sur l'influence qu'elle pouvait avoir sur la magistrature fran-

obsèques royales dans la France de la Renaissance, trad. fr. de l'édition américaine de 1960, Paris, 1987.

³¹ M.-F. Renoux-Zagamé, « Domat, le salut et le droit », *Revue d'Histoire des Facultés de Droit et de la Science juridique*, 8 (1989), p. 69-111.

³² M.-F. Renoux-Zagamé, *op. cit.*, p. 33.

³³ Cf. en particulier la harangue prononcée à l'audience de rentrée du présidial de Clermont en 1660, reproduite dans les éditions des *Lois civiles*.

çaise à la fin de l'Ancien Régime. Sa confrontation avec la pauvreté relative des réflexions que nourrissait sur le troisième pouvoir la philosophie des Lumières laisse quelque peu rêveur. La paternité de la séparation des pouvoirs est-elle bien là où on la croit ? L'histoire institutionnelle, en situant le seuil de rupture au moment de la Révolution, ne fausse-t-elle pas une perspective que pourrait rouvrir l'histoire des mentalités dans la quête de racines culturelles plus profondes ?

Il serait temps en vérité de se pencher sérieusement sur ce problème. À une époque où l'Occident s'efforce plus que jamais d'inculquer au monde sa conception de l'État de droit, du rôle des régulations judiciaires, il n'est pas inutile de s'aviser que ces idées ne sont pas le seul fruit de révolutions rationalistes récentes, mais qu'elles reposent sur des fondements culturels qui se sont établis dans le temps long de l'histoire. Comment s'étonner que des sociétés qui n'ont pas le même passé en partage peinent à en comprendre toutes les implications ? Qu'elles ne puissent saisir du premier regard des structures que nous croyons nées d'hier mais qui se sont probablement enracinées en Europe occidentale au terme d'une pédagogie millénaire ?