

ANTHROPOLOGIE ET HISTOIRE DU SERMENT JUDICIAIRE

Robert JACOB

C.N.R.S.

Les notes qu'on va lire ne présentent guère qu'un croquis sur le vif de la figure du serment judiciaire, telle qu'elle s'est dégagée au long des séances du séminaire, puis du colloque. Il faut donc se garder d'y chercher ce à quoi elles ne prétendent pas : une sorte d'esquisse d'histoire universelle. Presque exclusivement nourries des contributions des participants, elles ne disent rien des cultures, des civilisations, des époques que leurs travaux ont laissées dans l'ombre. Sauf exception, on n'a pas davantage eu recours à une historiographie ancienne et consacrée du serment : aux travaux de Tudichum, de Lasch ou de Hirzel par exemple, plus près de nous à ceux d'Henri Lévy-Bruhl, ou encore aux volumes que la Société Jean Bodin a naguère édités sur les problèmes de la preuve. Une tentative de synthèse, fût-elle très provisoire, aurait dû en faire un large usage. Mais il ne s'agit ici que de refléter l'esprit d'un colloque, l'apport de ceux qui lui ont donné vie, les préoccupations de leurs débats.

Or, les participants se sont écartés, semble-t-il, des sentiers qu'avaient balisés leurs prédécesseurs, et cela sans qu'ils sentent le besoin de chercher à s'en expliquer. Est-ce l'abondance des matériaux neufs recueillis sur le terrain, en Afrique particulièrement, au cours des deux ou trois dernières décennies ? Ou la fraîcheur du regard anthropologique, qui séduit les historiens eux-mêmes ? Quoi qu'il en soit, par rapport à l'historiographie traditionnelle qui s'appuyait surtout sur la philologie ou les méthodes éprouvées de l'histoire du droit, les travaux du colloque ont déplacé l'observation vers de nouveaux champs : l'étude détaillée des rituels, leur relation avec les représentations collectives, la socio-psychologie du serment, la tentation permanente des différents pouvoirs de capturer à leur profit les forces sociales et mentales qui y sont mises en branle. Le rapport général relatif aux fonctions judiciaires du serment ne peut que souligner ces avancées. Une réflexion ultérieure, indispensable mais qui serait ici prématurée, devrait permettre d'en prendre la mesure et de leur assigner une juste place dans la construction de l'analyse scientifique du serment.

Nous parcourrons successivement trois thèmes : l'attraction mutuelle du serment et de la vie judiciaire, constante dans la plupart des sociétés; le serment décisoire, le plus important des serments judiciaires; enfin, pour autant que les contributions le permettent, le déclin et les résurgences du serment dans le processus, toujours en cours, de déritualisation de la justice.

LE SERMENT, RESSORT DU PROCÈS

Le serment au quotidien

Toutes les informations concordent : le serment est surtout utile, dans les sociétés qui le pratiquent, à consacrer ce qui n'est pas en soi sacré : les fraternités artificielles mais non les liens créés par la naissance, les amours marginales ou illégitimes mais non le mariage, les subordinations politiques vacillantes plus que celles dont la stabilité n'est pas menacée. Le serment se vacille d'abord pour un mécanisme de raffermissement du rapport social fragile, de renforcement du contestable. Rien d'étonnant, dès lors, à ce que la scène judiciaire soit un lieu privilégié de son émergence. Car tout y est conté : les faits de la cause, la vérité des dépositions, la bonne foi des plaideurs, parfois même le pouvoir ou la sagacité des juges. Il existe ainsi une affinité profonde et générale entre pratique judiciaire et pratique du serment.

On devrait donc s'attendre à trouver partout et en abondance des données relatives au serment judiciaire. Or, de manière quelque peu déconcertante au premier regard, les contributions réunies dans ces volumes trahissent une certaine dissemblance entre les travaux des historiens et des anthropologues. Alors que ceux-ci placent toujours le serment judiciaire au premier plan de leurs observations, les premiers nommés semblent souvent l'ignorer pour ne prendre en compte que le politique. On ne saurait expliquer cette discordance par une quelconque différence de sensibilité qui séparerait, par exemple, spécialistes de l'Europe et africanistes, car on la retrouve dans chacune des grandes aires géographiques prospectées. Les historiens de l'Europe antique, médiévale et moderne n'aperçoivent le serment judiciaire que par allusions, ainsi à propos des rites médévaux en Hongrie ou du serment par les armes chez les Germains et les Scandinaves¹. Ne font exception que deux communications relatives à des temps forts et exceptionnels de l'histoire judiciaire : le rôle des hélistes de la république athénienne et celui des jurés de l'Europe des XIX^e et XIII^e siècles². En revanche, dès qu'une société européenne fait l'objet d'une observation anthropologique, comme la France ou les Pays-Bas contemporains, la Calabre ou les villages de la montagne sarde, reparaît la prégnance du serment judiciaire³. La même remarque vaut pour l'Afrique. Tandis que la plupart des anthropologues livrent à profusion des exemples tirés du règlement des conflits, ceux qui ont choisi de relire des sources écrites, tels les rituels royaux du Rwanda ou les chroniques de Madagascar, n'en ont retenu que des actes d'allégeance ou de fidélité⁴. Le décalage se retrouve en Orient, quoique sous une forme un peu atténuée. L'ethnographie

y privilégie le judiciaire, qu'il s'agisse des Bédouins, des Santal de l'Inde, des montagnards du Caucase ou de l'Égypte contemporaine. Les études historiques relatives aux Mongols, au Japon, aux anciens Hébreux, aux Mamluks, sont toujours centrées sur le politique. Mais trois communications, consacrées à l'Inde ancienne, à l'Égypte ptolémaïque, à la Mésopotamie néosumérienne, contribuent à résorber quelque peu la distance, grâce au recours aux sources normatives ou même, lorsqu'il en subsiste, aux archives judiciaires⁵. A ces réserves près, les actes de ce colloque risqueraient de constituer le tableau, en somme assez peu satisfaisant, d'une histoire du serment politique juxtaposée à une anthropologie du serment judiciaire.

Faillite de l'interdisciplinarité ? Non pas. Il semble plutôt que l'observation directe et l'étude des textes ne saisissent des réalités différentes que parce que la pratique du serment elle-même est double. Le serment politique accompli, il est fondateur de rapports sociaux. Il s'inscrit dans une mémoire collective, toujours plus ou moins valorisante à son endroit puisqu'il contribue à justifier l'ordre établi. La chronique en fera donc un repère obligé parmi l'écheveau des événements qu'elle conserve. Tout au rebours, le serment judiciaire est un geste courant, quotidien, que sa fréquence même désigne à l'observation sociologique. Mais il ne constitue aucun lien nouveau; son but est seulement de rétablir ceux qui existaient avant que le tissu social ne fût lésé par une querelle. A lui de fermer la blessure en supprimant la discordance. Mécanisme d'effacement, il n'est pas étonnant qu'il s'estompe lui-même de la mémoire commune, et cela d'autant plus facilement qu'il n'est en général (on y reviendra) très agréable pour aucun des acteurs, ni pour celui qui le prête, ni pour ceux qui le reçoivent. Serments politique et judiciaire s'inscrivent ainsi dans des temporalités sociales différentes, temps long du serment porteur d'avenir, temps court du serment sur le passé, que les méthodes historiques et anthropologiques ne peuvent saisir de manière identique. Ce décalage dévoile d'emblée quelques-uns des traits fondamentaux du serment judiciaire : un geste commun, le plus courant des serments solennels, mais un geste qui ne laisse pas de souvent exalter à ceux qui l'accomplissent et qui peine à pénétrer dans la mémoire collective.

Des justices sans serment

Si intime est l'union du serment et de la vie judiciaire qu'elle conduit aussitôt à se demander s'il peut être des justices qui l'ignorent et pourquoi il en serait ainsi. C'est là poser la question des sociétés sans serment en la prenant par les conséquences, à partir de sa fonction la plus répandue. On

1. L. RACZ, p. 431; J.L. CHASSEL, DC, 17 (1989), pp. 103-104.
2. Cl. MOSSE, R. JACOB.
3. A. GARAPON, DC, 13 (1987), pp. 51-57; R. PAGEARD, DC, 12 (1986), pp. 181-195; M. CAROSSO, DC, 9-10 (1985), pp. 125-147 et, dans ces volumes, les communications de A. SCHREIBER, M. CAROSSO et N. ZAGNOLI.
4. A. GATERRA, DC, 5 (1983), pp. 87-96; A. ROUHETTE, DC, 14 (1987), pp. 57-79.

5. L'ethnographie est représentée par les communications ou articles de J. CHELHOD, M. CARRIN-BOUEZ, G. CHARACHIDE, B. BOTTVEAU; l'histoire politique par les communications de M.L. BEVA et R.N. HAMAVON, F. HERAIL, A. LEMAIRE, R. CHAPOUTOT-REMAU, à quoi il faut ajouter, pour l'Inde ancienne, J.C. BONNAN, DC, 14 (1987), pp. 81-103. Les contributions historiques qui font place au judiciaire sont celles de J. FEZAS, A. HELMIS, J.P. GREGOIRE.

peut proposer de la reformuler ainsi. Il est sûr que toute société est traversée de conflits qu'elle juge insupportables (et cela quel que soit le degré de sa tolérance à l'égard de la violence et des cycles vindicatifs). Il n'en est par ailleurs aucune qui ignore les forces surnaturelles et, de surcroît, qui ne les appelle à l'aide pour sanctionner la transgression des règles sociales. Par conséquent les conditions nécessaires à l'écllosion du serment semblent partout réunies. Comment se fait-il alors qu'il n'ait pas émergé partout de la même manière ? Méconnaissance de l'engagement individuel ? Concurrence d'autres modes de résolution des conflits, d'autres rites d'apaisement ? A ces interrogations, nos travaux n'apportent que des fragments de réponse.

Les systèmes judiciaires qui n'emploient pas le serment se classent en deux groupes distincts. D'un côté, l'Inde de l'Arassatra et la Chine des codes classiques. Dans ces grandes civilisations historiques, le serment n'a pas été toujours inconnu, mais il fut répudié à un moment ou à un autre par l'intellectus qui prenait en charge la construction de l'ordre social. Cependant, rétrogradé de la culture littéraire et des procédures officielles, il n'a cessé de réapparaître dans la pratique judiciaire, de manière récurrente et sous des formes diverses, aussi bien dans la Chine et l'Inde intérieures que dans les mondes périphériques qui s'efforçaient d'emprunter leurs organisations⁶. Dans l'un et l'autre cas, l'éclipse du serment se rattache à des choix historiques dont on souhaiterait mieux connaître le contexte, mieux saisir la portée. Tout autre est la situation de la plupart des sociétés sans écriture du Nouveau Monde. Celles-ci aussi ignorent le serment, mais leur ignorance ne masque aucun refus, ne s'explique par aucun épisode du passé : elle est consubstantielle à leur culture. Elle peut trouver certaines explications dans les structures de parenté, de solidarité et d'échanges⁷, elle en a probablement d'autres dans ce qui correspond en leur sein à la pratique judiciaire. Seule une étude systématique des modes de résolution des conflits permettrait d'avancer une hypothèse et, par contrecoeur, d'éclairer la fonction du serment dans les sociétés qui l'instaurèrent. L'histoire et l'anthropologie des Mongols fournit peut-être une piste. Dans leur passé de chasseurs, ils ignoraient tout serment; avec l'empire de Gengis Khan, ils s'initierent au serment politique; quant au serment judiciaire, ils n'en firent la découverte que bien plus tard, sous la pression de l'administration russe⁸. Mais en dehors de cet exemple, on n'a pas observé de société qui ait inventé ou emprunté le serment. Nous apercevons donc mal la ligne de partage qui sépare les cultures qui l'ignorent de celles qui en ont fait un rouage ordinaire de la régulation judiciaire.

Variété et agencement des serments dans la procédure

Rouage ordinaire et, bientôt, rouage le plus commun : la vie judiciaire en secrète des quantités de formes différentes. Serment assertoire, qui confirme la vérité d'une parole, que prêtent tantôt une partie des témoins et

qui a parfois la vertu de trancher à lui seul le procès; serments promissoires aussi, par lesquels on s'oblige à comparaître, on se porte caution, on s'engage à parler ou à juger selon sa conscience ou encore à exécuter la sentence. Ces serments sont à la fois des rites et des formes de la procédure qui concourent, avec d'autres formes, à la marche du procès vers son terme. Puisqu'il convient de considérer l'ensemble avant d'analyser l'élément, tentons de cerner l'insertion des serments dans la séquence formelle que constitue la procédure.

Le serment introductif d'instance, parfois appelé accusatoire, est attesté dans de nombreuses cultures, en Grèce ancienne aussi bien que chez les Bédouins d'aujourd'hui. Dans l'Afrique de l'Ouest, il prend fréquemment la forme d'une imprécation contre l'autorité devant laquelle la cause est introduite. Chez les Béti du Cameroun le demandeur casse sa lance en présence du chef et proclame qu'il retourne la tombe de ses ancêtres afin qu'il lui fasse droit. Chez les Evhé du Togo, les Anyi de Côte d'Ivoire, les Ashanti du Ghana, le demandeur jure par le malheur des rois : il fait allusion à un drame passé de la lignée régnante, défaite ou déportation du dynaste. Par cette formule, il proclame la justesse de sa cause et appelle le chef à son aide⁹. De l'étude détaillée de ces serments, Claude-Hélène Perrot tire leçon d'histoire : elle conclut à l'existence d'une domination ashaniti sur le territoire des Anyi avant la colonisation. Nous retiendrons surtout ici l'ambiguïté du geste et de la parole. La malédiction est conditionnelle, puisqu'il est entendu qu'elle n'aura d'effet que si justice n'est pas rendue. En outre, elle est dirigée contre le chef, non contre le juré, ce qui pourrait faire douter qu'il s'agisse d'un vrai serment si la suite du procès ne montrait qu'en réalité, elle peut à tout moment se retourner contre son auteur. En fait, elle lie le sort du juge et celui du demandeur et, par là, noue déjà symboliquement l'instance.

Dans certains cas, le serment ne prend sens que par rapport à un autre acte formel qu'il a pour but de préparer, d'annuler ou de confirmer. Tel ne constitue qu'une première étape avant une ordalie¹⁰, tel autre éteint les effets d'une malédiction¹¹. A Sumér, aucun procès n'était clos s'il ne l'était par un serment : une fois la décision prise, il fallait qu'elle fût confirmée au temple, par un engagement solennel¹².

De manière générale, la fréquence des serments dans le déroulement du litige varie en fonction inverse du développement des autres formes de la procédure. La coutume des Svanes du Caucase ne désigne ni juges, ni lieux, ni temps de justice. Ils ne connaissent que des magistrats choisis au moment du litige par les parties, et le procès chemine, au gré des circonstances, de leur domicile à celui du chef, ou encore il se tient dans les champs ou au sanctuaire. Mais tout y est sujet à serment : compromis désignant les juges, malédiction de ceux-ci par les parties, prononciation de la sentence par les

9. P. LABURTHE-TOURA, DC, 17 (1989), p. 129; A. DE SURCOY, DC, 17 (1989), p. 135; C.H. PERROT, ci-dessous, p. 293 sq.

10. P. ROULON et R. DOKO, II, p. 277.

11. S. TCHERKEZOFF, pp. 194-195

12. J.P. GREGOIRE, pp. 362-363.

6. F. HERAULT, J. FEZAS, *passim*.

7. Intervention orale au colloque de P. MENGET.

8. L. BEFFA et R.N. HAMAYON.

juges, ratification des plaideurs... Voyez, en revanche, les Mofu du Cameroun. Ici, la hiérarchie judiciaire est bien établie : les compétences du doyen de segment, du chef de quartier et du prince sont connues de tous, autant que la date et le lieu des audiences ou les formes de la citation. Le rôle du serment se réduit alors au domaine de la preuve¹³. Serment et autres formes du procès sont complémentaires. Plus le pouvoir judiciaire s'affirme, plus les formes sont spécifiquement définies par la coutume et moins il est utile de recourir au serment pour créer, consolider ou renouveler le lien d'instance. Le serment déserte alors les phases creuses du procès pour ne plus faire irruption que dans ses temps forts : au moment de l'administration des preuves et du jugement.

Le serment et la théâtralité du procès

Maillon d'une chaîne d'actes formels, le serment est aussi et d'abord une scène. Il se donne à voir. Indépendamment de toute autre analyse, il devrait donc être pensé comme spectacle. Juristes et historiens du droit ne s'y sont guère essayés encore¹⁴, mais ils pourraient tirer profit des recherches plus avancées qui furent menées sur d'autres théâtres. Il faut découvrir avec attention les contributions relatives à la fonction du serment dans la littérature, l'opéra, la tragédie, non pour ce qu'elles nous apprennent dans leur propre domaine, mais parce qu'elles dévoilent incidemment ce que représente le serment lorsqu'il est joué dans ce spectacle particulier qu'est le procès. En fait, il existe entre le serment de justice et celui du théâtre un rapport d'homologie marqué et significatif, mais aussi certains traits d'opposition radicale, peut-être plus révélateurs encore.

Homologie des serments judiciaire et littéraire d'abord. Elle est si manifeste que l'on peut appliquer sans réserve au second quelques-unes des expressions qu'a suggérées à Yves Reuter la fonction du premier dans le récit. Comme celui du roman, le serment judiciaire est un « ressort de l'action » : il scande le procès en relançant sa marche vers l'avant, il contribue à le mener à son terme en introduisant une certaine prévisibilité dans le comportement ultérieur du juré. À cet égard, il est un « mode de constitution des rôles » : le plaideur, le témoin, le juré sont investis dans leur personnage par le serment; ils se muent aussitôt en « héros monomaniaques », exclusivement attelés à une tâche qu'a désignée l'engagement solennel, sur laquelle se concentrent à la fois leur énergie et l'attention des spectateurs. En même temps, il s'agit aussi d'un « mécanisme d'articulation de l'horizontal et du vertical », ou, si l'on veut, de l'idéologique et du pratique : entendons qu'il

rattache le déroulement du procès aux plus hautes valeurs que consacre la culture ambiante. Il est le rite qui pose la médiation entre le mythe et l'agir. Comment ne pas y reconnaître aussi une « tentative de fixation du temps » ? Si le serment littéraire polarise l'action sur les événements qui le précèdent immédiatement, s'il exprime une « volonté démiurgique de modifier ce qui a été »¹⁵, le serment judiciaire et, du reste, l'ensemble du procès ne sont pas d'une autre nature : ils s'ingénient à reconstruire le passé pour en corriger les conséquences, non sans une part d'illusion. L'affinité du serment et du procès s'explique sans doute par une relation similaire au temps social; tous deux sont entièrement tournés vers le passé, même si leur enjeu se situe dans l'avenir.

Mais l'homologie des serments littéraire et judiciaire ne saurait faire oublier quelques différences profondes, que trahit déjà le fait que le plus important dans les serments judiciaires, le décideur, n'est pour ainsi dire jamais présent à la scène et que, lorsqu'il s'y trouve, il s'agit toujours d'un acte manqué. Le serment de Siegfried affirmant n'avoir pas connu Brunhilde, celui d'Iscault qui nie son adultère avec Tristan, la réconciliation de Néron et de Britannicus sont autant de parjures. Et dans la finale des Euménides d'Eschyle, Athéna refuse que l'on défère le serment à Oreste pour statuer sur sa culpabilité¹⁶. Le serment littérairement bon est celui qui serait judiciairement mauvais et vice versa, serait-on tenté d'écrire. C'est que le propre du serment littéraire est de porter le désordre. La tragédie naît de la contradiction des serments ou de leur opposition à l'ordre social ou cosmique qu'ils ébranlent. En justice, au contraire, la concorde ne peut procéder que des convergences : des serments entre eux et de chacun d'eux avec l'ordre juridique. Pour contribuer à marcher vers la paix, le serment ne peut être qu'un « rite de déprogrammation de la violence »¹⁷ et même, plus largement, de déprogrammation des passions. Ce sont ses amours, ses haines, ses intérêts que le juré répudie en justice, tandis que le serment littéraire les exacerbe. « Nous pensons, écrit Yves Reuter, que le serment tend à nier les obstacles du réel pour affirmer la toute-puissance du désir »¹⁸. Cela n'est vrai que de la fiction. Le serment judiciaire, lui, a un rapport au désir exactement inverse. Il le supprime pour soumettre les acteurs et le public à un exercice de frustration : le juré puis-que sa parole ne vaut que par la médiation d'un rite où il entre toujours de l'humiliation et qui le rend vaguement suspect de parjure, son adversaire puis-que sa thèse est formellement contredite, le public enfin parce que le serment souligne la fragilité des vérités qu'on le prie de croire. Le serment décideur recrée la concorde autour d'une attente : celle de l'éventuelle sanction qui frapperait quelque jour le parjure. Au rebours du serment littéraire et sans doute aussi du politique, exaltants, le serment de justice est d'abord une autocensure; il agit par inhibition. Avant toute observation directe, la comparaison avec le monde du théâtre et de la littérature permet d'ébaucher les traits de sa socio-psychologie.

13. Comp. G. CHARACHIDZE, DC, 18 (1989), pp. 93-114 et J.F. VINCENT, ci-dessous.

14. A tort le moins la littérature scientifique aujourd'hui publiée et les actes de ce colloque n'en gardent-ils pas trace. Mais la filmographie réalisée à l'occasion du congrès marqué le début d'une sensibilité nouvelle : cf. e.a. l'étude du décor scénique au palais de justice de Créteil par A. GARAPON. Cf. du même auteur, *L'âne portant des reliques. Essai sur le rituel judiciaire*, Paris, 1985, pp. 111-117.

15. Y. REUTER, p. 211 (les autres passages entre guillemets sont également extraits de cette communication).

16. J.P. GURNE, DC, 18 (1989), pp. 115-136; J.J. LEPINE; R. JACOB, p. 452.

17. J'emprunte l'expression à une intervention au colloque d'O. GOLLSHOFER.

18. Y. REUTER, *op. cit.*, p. 216-217.

LE SERMENT DÉCISOIRE ET LE COMPLEXE SERMENT/ORDALIE

Tout serment judiciaire contribue au mouvement du procès, mais un seul le dénoue, celui que l'on appelle généralement décisoire, parfois probatoire quand il semble surtout faire présumer de la vérité d'un fait, exculpatoire ou purgatoire quand il lave officiellement d'une accusation. Dans la tradition juridique française, on lui oppose le serment supplétoire, que le juge défère à une partie à l'appui de ses dires, mais qui le laisse libre d'interpréter sa déposition. Au contraire, le serment proprement décisoire ne laisse au juge aucun pouvoir d'appréciation : le serment tranche le procès, il dicte le jugement. C'est sans conteste le plus important de tous les serments de justice et de beaucoup le plus riche sur le plan rituel. C'est aussi celui que les contri- butions ont le plus étudié et, par conséquent, l'objet central de ce rapport de synthèse.

Serment ou ordalie : une distinction impossible ?

Une première interrogation traverse toutes les communications : le thème du colloque étant le serment et non l'ordalie, comment les distinguer l'un de l'autre ?

Pour un théologien occidental du XII^e ou du XIII^e siècle, la distinction était à peu près claire. L'ordalie était un miracle judiciaire, une épreuve organisée par les hommes pour que Dieu, en déterminant son résultat, puisse manifester sa justice. C'est pourquoi une doctrine canonique dominante et, après 1215, la législation conciliaire la jugeaient condamnable : en appeler au miracle, c'était « tenter Dieu ». Tout autre était la nature du serment. Il s'agissait seulement d'une déclaration soumise par son auteur à Dieu et aux saints. Peu importait que la justice humaine en fit l'élément décisif d'un procès : l'essentiel était que la justice divine demeurât libre de se manifester ou non et maîtrise du temps où elle se manifesterait. La validité du serment n'était pas en cause ou, si elle devait l'être, ce serait pour d'autres raisons¹⁹. Ces conceptions, nées de la pensée et de la pratique médiévales, ont survécu à la fin des ordalies et au déclin des serments. Les sciences humaines d'aujourd'hui sont encore filles de la théologie. Chacun en conserve plus ou moins implicitement l'idée que l'ordalie est une épreuve accompagnée d'une sanction divine immédiate, le serment une déclaration suivie d'une sanction différée.

Reste à appliquer ce canevas à des rites formés très loin du contexte culturel occidental et dont on s'avise rapidement qu'ils s'y emboîtent mal. Les attitudes des chercheurs divergent alors du tout au tout. Certains s'efforcent de s'en tenir à une terminologie rigoureuse, mais ils baptisent souvent

« ordalie » ce que d'autres appelleraient « serment » ; d'autres en revanche utilisent ces termes comme de quasi-synonymes. Parfois, les positions sont tranchées, mais elles le sont dans des sens opposés : pour les uns, ordalie et serment ne se confondent jamais ; pour les autres, le serment ne peut être qu'une espèce du genre « ordalie ». Une clarification ne pourrait guère provenir que d'une réflexion sur la pertinence de catégories dont la scientificité est à l'évidence très relative. Mais elle n'a pas été tentée²⁰. Seul Alain Testart propose un véritable essai de redéfinition du serment. D'après lui, il conviendrait d'abandonner la conception classique d'une malediction conditionnelle contre soi-même au profit d'un déchiffrement de la logique symbolique de l'acte : l'efficacité propre de la parole sacramentelle procéderait de ce qu'elle pose un rapport d'homologie entre deux liens, celui qu'elle établit et un autre, préconstitué. Le serment n'aurait donc rien de commun avec l'ordalie, qui se situe dans l'ordre de l'épreuve. Leurs rapprochements occasionnels et des confusions inévitables ne pourraient provenir que d'utilisations similaires devant la justice²¹. La thèse est argumentée, séduisante, et l'analyse mériterait d'être approfondie. Mais il lui manque encore deux éléments : d'une part, une théorie du glissement du symbolique au magique et de la sanction sur-naturelle du serment (indispensable au fonctionnement de l'institution en justice), d'autre part, une définition correspondante de l'ordalie. La plupart des autres contributions suggèrent plutôt, au contraire, l'impossibilité d'identifier une ligne de démarcation nettement tracée. Quel que soit le critère de distinction que l'on retienne, présence ou absence de la parole, typologie du rituel, caractère immédiat ou différé de la sanction, on peut reconnaître deux pôles caractérisés par la prégnance soit de la parole, soit de l'épreuve, mais entre l'un et l'autre subsiste une vaste zone intermédiaire de chevauchements.

Impossible, tout d'abord, de supposer que la parole, indispensable dans le serment, serait absente de l'ordalie. En vérité, elle est partout présente. Seule exception signalée : l'épreuve de la poêle chauffée au rouge chez les Bédoouins²². Mais comment l'interpréter ? Le silence renvoie-t-il à une parole antérieure ou est-il en soi signifiant ? En tout cas, la souffrance ne saurait être tenue pour un substitut de la parole, car les ordalies les plus douloureuses, comme l'épreuve du poison en Afrique ou les jugements de Dieu du Moyen Âge occidental, ne dispensent pas ceux qui les subissent de proclamer leur thèse.

Quant au rite qui s'accomplit avec la parole, ou qui la précède ou la suit de peu, il importe d'examiner s'il constitue un geste d'accompagnement ou une épreuve plus ou moins autonome par rapport à la déclaration. Une distinction souvent malaisée. Il faut surtout observer que les mêmes gestes, porteurs de charges symboliques identiques, peuvent être tantôt d'une exécution facile et tantôt présenter un risque ou infliger une souffrance, selon les conditions dans lesquelles ils sont accomplis. Les plus communs sont le passage, le toucher de la langue ou de la main, l'absorption.

19. Cf. les communications de J. GAUBEMET, A. VAUCHEZ, et le rapport de G. COURTOIS, II, pp. 8-10

20. Cf. cependant les observations de G. COURTOIS, DC, 18 (1989), p. 81 et le rapport de N. ZAGNOLI, II, pp. 152 sq.

21. A. TESTART, II, p. 246, n. 5.

22. J. CHELHOD, p. 88.

Le passage est souvent sans danger. Le Nyamwezi de Tanzanie qui traverse un tunnel d'une tombe à l'autre, les Masa du Tchad qui l'un après l'autre viennent mettre le pied dans le sang d'un animal sacrifié ne risquent pas, à première vue, de manquer l'exécution du rite. Mais le juré Berri du Tchad, en passant sous une sorte d'arcane, peut en faire tomber un élément, ce qui ferait échouer l'opération²³. Toucher de la langue une arme ou un outil de métal, comme le font les Mofu du Cameroun ou les Beri, est indolore²⁴. Mais si l'objet est chauffé au rouge comme la poêle chez les Bédouins ou la hache dans l'Irlande médiévale, le rite s'apparente à une ordalie. Dans le Japon médiéval aussi bien que dans l'Inde des Upanisad, la préhension d'une hache chauffée rappelle l'ordalie du fer rouge du Moyen Âge occidental²⁵. Quant à l'absorption, c'est probablement le plus répandu des rites du serment judiciaire. Le juré peut avaler une eau consacrée, comme celle qui a servi à baigner une idole au Caucase, un marteau de forge chez les Gbaya Bodo de Centrafrique²⁶, ou encore de la terre comme les Masa du Tchad²⁷. Mais le plus souvent, c'est un mélange de terre et d'eau : les « eaux amères » de la Bible, les « eaux tristes » ou « douloureuses » de Madagascar²⁸. Les ethnies voltaïques « boivent la terre »²⁹. Les Japonais du Moyen Âge ajoutaient à l'eau les cendres du papier qui avait contenu le texte du serment³⁰. Parfois, la mixture est plus compliquée : un gâteau d'eau et de miel chez les Mamprusi du Ghana³¹ et chez les Masa un mélange « d'eau, de miel, de jonc, la tête d'un python, un oignon sauvage, du gawna »³². Ces poisons étaient-elles toujours inoffensives ? Leur nocivité ou leur innocuité dépendait-elle du savoir-faire, ou même de la complicité ou de l'hostilité du préparateur ? Ordales, donc, ou serments ? En Afrique en tout cas, on ne peut confondre ces absorptions-là avec les épreuves du poison proprement dites, comme la terrible ordalie par l'arbre mmana des Gbaya Bodo de Centrafrique, qui laisse si peu de chance à qui s'y risque qu'elle s'apparente presque à un suicide rituel³³.

Quant au moment de la sanction, il ne constitue pas non plus un critère décisif. Loin que l'on puisse toujours reconnaître une sanction immédiate dans l'ordalie, différée dans le serment, les exemples foisonnent d'attentes du châtement pendant un délai plus ou moins long après l'épreuve. Le Moyen Âge occidental lui-même n'était pas si rigoureux qu'il y paraît sur ce chapitre. Le porteur du fer rouge ne devait faire examiner sa main brûlée que trois jours après l'accomplissement du rite. D'autre part, plus d'un récit de serment, plus d'un texte coutumier transformait la parole et le geste en épreuve : le

23. S. TCHERKEZOFF, p. 195; F. DUMAS-CHAMPION, II, p. 328; M.J. et J. TUBIANA, « L'acte du serment et la notion de « mani » chez les Beri Bidéga et Laghava du Tchad et du Soudan », *Linéances*, 2 (1981), p. 310.
24. J.F. VINCENT, pp. 285-286; M.J. et J. TUBIANA, *op. cit.*
25. J. FEZAS, p. 376; intervention au colloque de C. MACE.
26. G. CHARACHIDZE, DC, 18 (1989), p. 94; P. ROULON et R. DOKO, II, p. 279.
27. F. DUMAS-CHAMPION, II, p. 324.
28. Nb. 5, 11-31; A. ROUHETTE, DC, 14 (1987), pp. 61, 63, 70-71, 73.
29. R. SCHOTT, DC, 14 (1987), pp. 49-50.
30. F. HERAIL, p. 186.
31. S. DRUCKER-BROWN, pp. 320, 324.
32. F. DUMAS-CHAMPION, II, p. 323.
33. P. ROULON et R. DOKO, II, pp. 278-279.

balbutiement du juré, le tremblement de sa main, l'interruption du rite par un événement imprévu étaient assimilés au refus de prêter serment et faisaient perdre la cause³⁴. Au-delà du monde occidental, l'attente est pour ainsi dire la norme. On peut même se demander si elle ne constitue pas une des conditions de l'efficacité sociale du rite puisque, quel qu'en soit le résultat apparent, aucune interprétation n'en est irréversible. En Inde, on guette la sanction pendant un délai de quelques jours³⁵. Au Japon, le juré observait une période de réclusion de sept à quatorze jours pendant lesquels on s'efforçait de déceler les signes du ciel. Un texte normatif de 1238 énumère comme défavorables « des contacts avec la fièvre de milan ou de corbeau, un vêtement mangé par les souris, le deuil de parents proches ou éloignés, des crimes commis par le signataire, son père ou son fils. Le fait qu'il avale de travers, la chute d'un cheval monté par lui »³⁶. Peter Brown a écrit que l'interprétation d'une ordalie médiévale s'apparentait à celle d'un test de Rorschach³⁷ : à l'évidence, celle d'un serment nippon n'était pas un exercice très différent. En Afrique aussi, on réserve un délai d'observation : un an en général, chez les Lyela après qu'ils aient « bu la terre » et, chez les Mofu, après toute forme d'ordalie aussi bien que de serment³⁸. L'ambiguïté et l'expectative sont partie intégrante du mécanisme.

La distinction du serment et de l'ordalie se révèle donc incertaine, ce que confirme d'ailleurs l'infime variété des terminologies. Car, loin de distinguer formes ordales et sacramentelles, les langues qui n'ont pas subi l'influence de la culture savante de l'Occident emploient volontiers les mêmes mots pour désigner les unes et les autres, à l'image du sanskrit *sapatha*, traduit en fonction du contexte par « imprécation », « malédiction », « ordalie », « serment ». Ou encore elles introduisent des distinctions d'ordre tout différent, sans rapport avec les figures classiques du serment et de l'ordalie. La confrontation des cultures brouille les repères. Elle renvoie à des interrogations d'ordre épistémologique. Sans doute faudrait-il se dépêcher de cadres classificatoires trop inimmédiatement liés à l'histoire religieuse et judiciaire de l'Occident pour être également opératoires sur tout les terrains. Nous serions tentés de proposer qu'on leur substituât, quand ce ne serait que provisoirement, la notion de rite décisive. Entendons tout mode d'extinction solennelle de l'action, par opposition aux mécanismes d'apaisement qui ne se confondent pas avec l'exécution d'un rite, mais comportent aussi un compromis, le transfert d'une compensation ou tout autre élément supplémentaire. Ce serait là, pour partie, remonter l'histoire de l'Occident et redécouvrir, sous le manteau des constructions savantes, le sens originel du germanique *ordal* : littéralement, l'acte qui « dé-partage ». La notion de rite décisive serait très large. Elle n'engloberait pas seulement les ordales et les

34. P. ex. charte de Haartem (1245), § 16, ds. C. VAN DE KIEFT et J.F. NIEMEYER, *Elementis fontium historiae urbanae*, I, Leyde, 1967, p. 470; *Le livre Roisin, coutumier lillois de la fin du XII^e siècle*, éd. R. Monier, Paris-Lille, 1932, § 44, pp. 34-36.
35. J. FEZAS, p. 381.
36. F. HERAIL, p. 188.
37. P. BROWN, « La société et le sumaturiel. Une transformation médiévale », ds. *La société et le sacré dans l'Antiquité tardive*, Paris, 1985, p. 254 (trad. fr. de l'article paru ds. *Daedalus*, 104, 1975, pp. 133-151).
38. R. SCHOTT, DC, 14 (1987) p. 50; J.F. VINCENT, p. 283.

serments, mais aussi d'autres formes de règlement des conflits que l'on ne rattache pas intuitivement aux uns et aux autres : le versement symbolique du sang par exemple³⁹ ou encore l'aveu qui, dans nombre de cultures, n'est pas un mode de preuve mais un procédé d'extinction du soupçon et une réhabilitation de qui le prononce⁴⁰. À l'intérieur de ce complexe, il conviendrait ensuite de dresser des typologies nouvelles, fondées sur les structures symboliques, les modes de fonctionnement, l'articulation des rites et des idées religieuses. Dans cette perspective, on ne saurait tenir les concepts d'ordalie et de serment comme un donné préalable à la recherche anthropologique ou historique, mais c'est à la recherche au contraire qu'il appartiendrait de les reconstruire.

Une preuve ou une épreuve de vérité ?

Le rite décisore est-il un mécanisme de manifestation de la vérité ou, à tout le moins, de création d'une vérité judiciaire ? En d'autres termes, correspond-il à l'idée que nous nous faisons d'un mode de preuve ? Nombre d'historiens du droit, dont Henri Lévy-Bruhl lui-même, ne pouvaient l'enviesager autrement; du reste, cette analyse est incontestablement pertinente pour mainte culture. Mais non pour toutes. Les notions de faute, de vérité et de mensonge, d'innocence et de culpabilité, qui sont implicitement à la base de notre conception de la preuve judiciaire, sont loin d'être universelles: elles ne se rencontrent pas partout et n'ont pas partout les mêmes contours. Même dans les sociétés qui semblent les avoir en partage, il est des niveaux de culture différents dont il faut tenir compte : la scène sacramentelle n'a pas nécessairement une signification identique pour chacun de ses acteurs.

En fait, le serment n'est un mode de preuve que s'il existe un ordre juridique qui commande de l'analyser ainsi et du seul point de vue de cet ordre juridique. Pour le reste, ce qu'il est toujours (ce qui constitue le ressort de son fonctionnement et le dénominateur commun de tous les serments décisoires), c'est un mode de destruction d'une proposition contraire. Son geste du jureur n'a de sens que par rapport au dire de son adversaire. Son geste n'emporte la résolution du conflit que par l'expulsion de la prétention contraire du champ social: Pour l'efficacité de la procédure, la validité de la proposition affirmée a beaucoup moins d'intérêt que le contenu de la proposition écartée.

Les contributions réunies dans ces volumes en fournissent quelques illustrations. Voici d'abord ce que l'on pourrait appeler les malédictions réciproques ou les serments bilatéraux. Les Massa du Tchad appellent *gumna* (par opposition au *halafna* ou serment unilatéral) la séance au cours de laquelle deux protagonistes, qui se disputent par exemple la propriété d'un troupeau maudissent mutuellement. Ils jettent de la terre l'un sur l'autre en profé-

rant : « Si ce n'est pas moi qui ai volé ton mouton, que Nagata (la Terre) te poursuive »⁴¹. Rite semblable chez les Gbaya Bodoë, où les parties se frappent d'une poule blanche destinée au sacrifice⁴². Parfois, au lieu de se mander réciproquement, les plaideurs prêtent serment ensemble. Les Beti du Cameroun procèdent ainsi⁴³, comme les Svanes du Caucase lorsqu'ils prêtent le serment dit « de parité » : « Ghiorgi (Saint-Georges) », proclament-ils avant de boire l'eau lustrale, « que cette icône me soit témoin que tu m'as beaucoup plus gravement offensé que je ne t'ai moi-même »⁴⁴. Aucune vérité judiciaire ne se dégage de ces rites. Les parties sont renvoyées dos à dos, chacune ayant répudié les prétentions de l'autre. Simplement, le statu quo est préservé, le possesseur actuel du mouton est conservé dans sa possession, l'offenseur quitte de toute charge; la querelle est éteinte et la vengeance confiée aux puissances surnaturelles. Il est intéressant de noter, par comparaison, que le droit du Moyen Age européen, pénétré des idées de faute et de culpabilité de la religion dominante, n'a pour ainsi dire rien retenu de ces procédures. Le serment y est toujours, semble-t-il, unilatéral, la règle ne souffrant qu'une exception apparente : le cas où un nombre plus grand de co-jureurs permet d'identifier la partie victorieuse, et une exception effective : le cérémonial qui précède le duel judiciaire, au terme duquel le combat désigne sur le champ le serment crédible.

Les grandes ordalies collectives procèdent aussi du souci d'effacer une plainte plus que de la recherche de la vérité. On y recourt en cas de vol, quand l'auteur est inconnu, ou lorsque la peur des sorciers se met soudain à hanter le corps social. En Svanétie, la victime du vol proclamait son innocence. En Afrique, c'est pour se laver du soupçon de sorcellerie que les habitants d'un village ou parfois d'une contrée entière se plient ensemble à l'épreuve. L'un après l'autre, ils boivent les eaux consacrées ou posent le pied dans le sang d'une chèvre sacrifiée⁴⁵. La mythologie justifie le recours à ces procédés, comme le montre la jolie histoire des sept sages de l'Inde qui, cherchant parmi eux le voleur de pousses de lotus, maudirent à tour de rôle le coupable avec tant de force qu'ils ébranlèrent les cieux, obligeant l'auteur du larcin à se dévoiler⁴⁶.

On a parfois proposé de considérer ces ordalies collectives comme « mantiques » ou « divinatoires », par opposition aux ordalies individuelles ou magiques. Tandis que celles-ci éprouvent l'innocence ou la culpabilité d'un accusé, celles-là auraient pour but de découvrir le coupable dans une population de suspects⁴⁷. Cette analyse est à notre avis erronée, de nouveau parce qu'elle projette dans le temps et dans l'espace les préoccupations de vérité

41. F. DUMAS-CHAMPION, II, p. 328.

42. P. ROULON et R. DOKO, II, p. 280.

43. P. LABURTHE-TOLKA, DC, 17 (1989), p. 127.

44. G. CHARACHIDZE, DC, 17 (1989), pp. 100-101.

45. G. CHARACHIDZE, *Ibid.* pp. 101-102; M.J. et J. TUBIANA, « L'acte du serment... », op.

cit., pp. 305-306; R. SCHOTT, DC, 14 (1987), pp. 49-50; F. DUMAS-CHAMPION, II, p. 328; J.F. VIN-

CENT, pp. 289-291.

46. J. FEZAS, p. 374.

47. Cf. en ce sens : *Handwörterbuch der deutschen Rechtsgeschichte*, Berlin, 1971, v°

« Gotesurteil ».

39. Cf. p. ex. l'« oreille coupée » des Ossètes et des Géorgiens : G. CHARACHIDZE, DC,

18 (1989), pp. 104-107.

40. Exemples dans R. SCHOTT, DC, 14 (1987), pp. 43-44.

et de preuve des traditions juridiques occidentales. En réalité, une ordalie collective ne fonctionne pas autrement qu'une épreuve individuelle, mais, au lieu d'écartier une accusation précise, elle efface en quelque sorte une plainte contre X. En dehors, bien sûr, des récits mythiques, l'issue la plus probable d'un serment déferé à chacun n'est pas la « découverte » d'un quelconque coupable, mais la purification de tous et la destruction rituelle du soupçon.

Du reste, l'emploi de la divination dans la procédure est un thème qui mériterait à lui seul une réflexion approfondie. Les auteurs de communications en ont révélé quelques exemples, ainsi chez les Mofu et les Nzakara d'Afrique ou les Santal de l'Inde⁴⁸. Il importe de souligner que dans chacun de ces cas, la divination est auxiliaire, non décisive. Le devin l'utilise pour faire pression sur le prévenu de manière à l'amener à l'aveu, soit que celui-ci clôture le procès, soit qu'il invalide un serment déjà prêt. Cependant, lorsque l'accusé s'obstine à nier et les augures à le tenir pour coupable, une contre-épreuve est toujours possible. Elle prendra la forme d'un serment ou d'une ordalie, seules opérations aptes à trancher la controverse. La mantique ne peut dénouer seule le litige, elle constitue au mieux une phase préparatoire à un acte d'une autre nature, vraiment décisif.

Enfin, il est des serments décisives qu'il n'est possible en aucune façon de tenir pour des modes de preuve : ce sont ceux qui sont prêtés alors que les faits ne sont pas contestés, le seul but du serment étant alors la réhabilitation du juré. Ainsi, chez les Mofu, « manger le kuli », c'est aussi bien passer l'épreuve pour écartier un soupçon injustifié que s'engager à ne pas recommencer une faute avérée⁴⁹. Dans beaucoup d'autres cas, le serment est ambigu, la formule prononcée ne permettant pas d'établir si le juré nie les faits reprochés, s'il soutient les avoir commis à bon droit ou encore si, tenant la question pour impertinente, il accepte seulement de déferer la cause aux puissances surnaturelles sous condition d'éviter toute sanction sociale. Aussi le contenu du serment, comme l'échec ou le succès qui s'ensuit, sont-ils susceptibles après coup de plus d'une réinterprétation. Un curé de Calabre, embarrassé par une révélation qui contredit son affirmation sous serment, peut soutenir qu'il n'avait pas nié la réalité d'une vente, mais seulement la qualité en laquelle il l'avait conclue⁵⁰. Chez les Chaga de Tanzanie, les événements heureux ou malheureux qui arrivent aux protagonistes après un serment ne sont pas uniquement perçus comme le signe de la vérité ou de la fausseté de la parole du juré, mais on les croit aussi influencés par la conduite, bonne ou mauvaise, de son adversaire⁵¹. Et voyez ce commentateur indien du VIII^e siècle, pressé par un contradicteur sceptique sur la pertinence des épreuves orales : il finit par concéder qu'il arrivait sans doute que des innocents fussent condamnés, mais ajouta que cela pouvait s'expliquer par les fautes de vies antérieures⁵². En fait, le rite décisive n'est pas en soi un instrument de contrôle de la conformité du dire au réel. Il n'est pas dans la

nature du serment ou de l'ordalie de constituer un mode de révélation magique de la vérité. Au cours de l'histoire culturelle, le concept de preuve peut apparaître, s'affiner, se greffer plus ou moins intimement sur le rite, mais l'efficacité de celui-ci n'en dépend pas. Elle n'est tributaire que de sa capacité de supprimer magiquement et symboliquement la plainte ou la défense.

L'échange et le lien

Le rite décisive rétablit la concorde en deux temps. Le consensus doit d'abord se faire sur son accomplissement. Le choix de telle ou telle procédure fait l'objet de ce que nous appellerions un « jugement interlocutoire », en tout cas d'une décision concertée entre juges et plaideurs. Ensuite, la prestation elle-même doit être de nature à donner aux deux parties les satisfactions minimales qui rendent acceptable l'effacement de la plainte. Accord sur le rite et accord par le rite, telles sont les deux phases de régénération de la paix sociale.

Accord sur le rite d'abord. L'idéal est que l'initiative émane spontanément des parties, soit que l'une propose de s'y soumettre, soit qu'elle le prête à son adversaire. En général, c'est le défendeur qui offre lui-même de prêter serment⁵³. Mais il arrive qu'il y soit invité par le demandeur, ainsi, le Beri du Tchad dépose devant la porte de sa partie l'effigie sur laquelle elle devra jurer⁵⁴. Cette seconde procédure est plus risquée, car le défendeur pourrait prendre la démarche de son adversaire pour un défi ou une volonté de l'humilier : on frôle alors la rupture et le retour à la vendetta⁵⁵. Aussi la négociation sur le choix du rite doit-elle être menée avec tact, aucune phase d'approche ne peut être négligée. Au terme du procès, le serment judiciaire apparaît donc bien comme un échange : le rite contre la prétention adverse, échange qui s'opère lui-même en exécution d'une offre acceptée. Le serment décisive du droit français actuel (articles 1358-1365 du Code civil) repose toujours sur un mécanisme en tout point semblable.

Le rôle du juge est secondaire, puisqu'il se limite à entériner l'accord des parties et à présider la cérémonie d'exécution. Mais on peut concevoir des magistrats plus actifs, ceux par exemple qui font pression sur les parties pour les amener au serment, comme les arbitres de Sardaigne⁵⁶. Il est possible qu'un processus historique de renforcement du pouvoir du chef lui ouvrirait la possibilité de recourir à des ordalies de plus en plus sévères, encore qu'il n'y ait rien là d'inéluctable : la plus redoutable des ordalies africaines, celle du poison, reste pratiquée à la demande de celui qui doit la subir⁵⁷. En fait, une croissance trop marquée du pouvoir judiciaire amènerait plutôt l'abandon du complexe serment/ordalie au profit d'autres méthodes d'investigation. Les codes cunéiformes comme les textes normatifs du Japon médiéval supposent

48. J.F. VINCENT, p. 289; M. CARRIN-BOUEZ, pp. 74-75; cf. aussi A. RETEL-LAURENTIN, *Oracles et ordalies chez les Nzakara*, Paris, 1969.

49. J.F. VINCENT, et intervention de M^{me} VINCENT au cours du colloque.

50. N. ZAGNOLI, II, pp. 294-295.

51. W. MÖHLIG, p. 303.

52. J. FEZAS, pp. 387-388.

53. J.F. VINCENT, p. 283; P. ROULON et R. DOKO, II, p. 287.

54. M.J. et J. TUBIANA, « L'acte du serment... », *op. cit.*, pp. 312-314.

55. Cf. G. CHARACHIDZE, DC, 18 (1989), p. 101.

56. M. CAROSSO.

57. P. ROULON et R. DOKO, II, p. 278.

toujours le juge en position d'ordonner l'ordalie ou le serment de sa propre autorité, mais cette promotion du rôle du magistrat déclenche immédiatement un recul du serment qui passe au rang de preuve subsidiaire⁵⁸. Dans l'Inde de l'Artasasra et, probablement, dans la Chine de la bureaucratie impériale, l'enquête et la torture ont éclipsé les rites décisifs⁵⁹. Quant aux documents judiciaires de la France à la fin du XIII^e et au XIV^e siècles, ils témoignent surtout de l'emploi du serment supplétoire, le décisoire étant relégué, comme il l'est encore aujourd'hui, au rang d'un mécanisme subsidiaire dont la pratique est mal connue. Le règlement du litige par serment reste donc bien la caractéristique de sociétés dans lesquelles la supériorité du juge sur les parties n'est pas un donné préalable à tout procès et où la justice est d'abord une affaire négociée.

Il existe ainsi entre juges et parties un lien consensuel sur le rite, antérieur à son exécution. C'est ce qui explique que tous soumettent leur sort au serment : le juréur ne serait pas nécessairement seul à subir les conséquences d'une parole mensongère, ceux qui l'y ont invité ou qui l'ont accepté encourent les mêmes risques. Ainsi, tel chef africain refuse de régler un procès par serment parce qu'il craint que sa demeure ne soit souillée par la parjure⁶⁰. Chez les Masa du Tchad, les deux parties sont concernées par l'interdit du serment par la Terre : l'accusateur qui l'accepte devra subir le même rite de purification que le juréur s'il veut éviter les effets de la transgression⁶¹. Chez les Chaga de Tanzanie, le plaignant qui a consenti au serment du défendeur devant le « pot à imprécations » s'expose aux mêmes sanctions. Pendant le délai d'observation, on guette dans sa maison les signes, mort d'un parent ou d'un animal domestique par exemple, qui témoigneraient soit que son accusation était injuste, soit qu'il n'était pas lui-même sans reproche⁶². Dans un système processuel plus perfectionné comme celui des Mofu, le sort des deux parties est également lié au résultat de l'épreuve, mais elles ne sont plus placées en situation d'homologie cette fois, mais mises en opposition. En cas de réussite du serment ou de l'ordalie, le demandeur est condamné à l'amende⁶³. En toute hypothèse, la rencontre de l'offre et de son acceptation programme l'échange du rite et de la prétention adverse, en même temps qu'elle soude le destin des acteurs devant les puissances temporelles aussi bien que devant les forces surnaturelles que le serment va mettre en mouvement.

L'efficacité des Puissances garantes

Amorcé par la convention sur le rite, le retour à la concorde se consomme dans son accomplissement. L'engagement du juréur dénouant seul

l'instance, sa crédibilité est la clef du procès. Or celle-ci n'est garantie que par la mobilisation de la force surnaturelle à laquelle il s'expose. C'est donc elle qui donne son poids au serment. Trop faible, elle ne représenterait qu'une menace illusoire et ne saurait entraîner l'adhésion de l'adversaire et des juges. Trop puissante, elle écraserait le juréur et rendrait malaisé le discernement de la bonne et de la mauvaise foi. Toute divinité n'est donc pas utilisable en justice et, pour une large part, l'histoire des rites judiciaires se confond avec la quête des puissances moyennes, également redoutées des antagonistes et par là crédibles et opératoires⁶⁴.

Les Evhé du Togo énoncent en clair ce qui est la règle implicite de tout système de serment judiciaire : il faut « jurer par un dieu dont on n'est pas seif »⁶⁵. En d'autres termes, la puissance trop familière, trop proche du juréur, trop protectrice à son endroit est suspecte à son adversaire et ne constitue pas un garant efficace. Telle est aux yeux des Evhé la Terre. Tels sont pour tous les ancêtres et le totem. Quoique le culte des ancêtres soit partout répandu et que partout il ait engendré des formes de serment, ces formes-là n'ont jamais été employées en justice. Le cas des Lyela, des Bulsa et des Tallensi montre qu'elles servent au mieux à trancher des litiges intraligagers, opposant des protagonistes qui partagent les mêmes ancêtres ou le même totem, celui des Chaga que les ancêtres n'intervenaient pas aux procès⁶⁶. C'est que, trop intimement liés à une partie, ils ne peuvent passer pour d'authentiques tiers arbitres. Les armes du guerrier ont peut-être été tout aussi suspectes, pour les mêmes raisons. Dans la Scandinavie médiévale, le serment politique se prêtait souvent par les armes, mais, en justice, on préférait jurer sur l'anneau du temple. Au royaume des Francs, puis dans leur empire, il était des utilisations judiciaires du serment par les armes, mais cet emploi disparut au profit des reliques des saints alors même qu'il subsistait dans les relations politiques⁶⁷. La christianisation du rite a pu être favorisée par la faiblesse propre à l'usage païen. En fait, du serment socio-politique au judiciaire, les rapports du magique et du symbolique s'inversent : la constitution du lien appelle un symbolisme fort, mais se contente d'une magie incertaine, alors que la fin d'une querelle requiert d'abord une magie redoutable.

Encore faut-il se garder de l'excès. La force trop grande, le dieu trop haut se manipulent malaisément sur la scène judiciaire. Voici par exemple la Terre dans quelques cultures africaines. Sa puissance est si terrible que, chez les Dogon du Niger ou les Masa du Tchad, il est interdit de jurer par elle. Le juréur mettrait en branle des forces incontrôlables. S'il transgresse l'interdit, l'esprit de la Terre le pénètre inexorablement, qu'il ait dit vrai ou non.

64. La classification ici esquissée des puissances garantes en trois groupes (excessives, trop faibles, efficaces) du seul point de vue de leur caractère plus ou moins opératoire est bien entendu toute provisoire. Il ne s'agit que d'une première mise en forme ou, pour mieux dire, d'un mode de présentation des matériaux rassemblés par le colloque. Il va de soi qu'une analyse théorique approfondie (dont ce n'est pas ici le lieu) qui prendrait systématiquement en compte les rapports entre pratique judiciaire et idées religieuses, la géographie des justices transcendante, immanente et humaine, l'aptitude ou l'incapacité de la puissance invoquée à discerner le bien du mal, etc. ferait certainement proposer de tout autres lignes de partage.

65. A. DE SURGY, DC, 17 (1989), p. 136.

66. R. SCHOTT, DC, 14 (1987), p. 37; W. MÖHLIG, p. 308.

67. J.L. CHASSEL, DC, 17 (1989), pp. 101, 103-107.

58. Cf. l'analyse de F. HERAL, pp. 187-188.

59. J. FEZAS, pp. 383-386.

60. R. SCHOTT, DC, 14 (1987), p. 52.

61. F. DUMAS-CHAMPION, II, p. 327.

62. W. MÖHLIG, pp. 303-304.

63. Intervention de M^{me} J.F. VINCENT au colloque (une partie de l'amende va au prince,

mieux assurée si la Mésopotamie ne donnait l'exemple d'une genèse endogène de ce type de pratique : à Sumer comme à Ninive ou Babylone, le serment judiciaire est accompli au temple, alors que le serment royal est employé dans les contrats, où il fonctionne d'ailleurs comme une sorte de clause attributive de juridiction aux tribunaux royaux⁸⁰.

Cependant, il est des cultures dans lesquelles le corps du roi ne peut assumer qu'une sacralité de rang inférieur, parce qu'elles distinguent des hommes de pouvoir ceux du divin, à qui elles réservent l'accès au monde des forces surnaturelles. Si différentes qu'elles soient, la civilisation chrétienne et celle de l'Inde se rejoignent sur ce point.

Les procédures judiciaires de l'Inde ancienne, telles qu'elles apparaissent à travers les sources normatives, supposent une hiérarchie à la fois sociale et religieuse qui confère aux acteurs des capacités inégales d'interaction avec le sacré. Le membre d'un *varna* est adjuré et s'engage sur les attributs de sa classe. Au sommet, le brahmane d'abord, puis, lorsque le respect des foules se sera tourné vers des hommes réputés plus saints, l'anachorète dispose de la plus forte puissance d'ébranlement. Son *tapas* lui permet de maîtriser, de déchaîner l'énergie cosmique, d'en menacer les dieux, de l'employer à la quête du vrai. Point d'engagement judiciaire qui ne s'y réfère. La parole en justice, celle des témoins ou des plaideurs, ne trouve de garantie de validité que dans une autre parole : celle du juge qui les adjure, les maudit sous condition, conjure l'eau ou le feu de l'ordalie. En dernière analyse, la terminologie comme l'ordonnement des procédures probatoires semblent reposer sur la capacité supérieure de maudire reconnue à quelques-uns⁸¹.

Le christianisme lui-aussi tourna le serment judiciaire vers la médiation d'hommes saints, mais d'une autre manière. Dans l'Occident latin, la sainteté était reconnue après la mort, lorsque l'âme des justes siègeait à la droite de Dieu tandis que leur chair imputrescible continuait d'irradier ici bas leur présence. Les reliques de leurs corps devinrent l'instrument obligé du serment judiciaire. Malheureusement, aucune communication n'aborde l'histoire de l'emploi des reliques dans la justice du haut Moyen Age. Les médiévistes n'en liront qu'avec plus d'intérêt les pages que Marinella Carosso consacre à l'anthropologie de la montagne sarde aux XIX^e et XX^e siècles : il semble qu'y revivent des pans entiers de la mémoire du haut Moyen Age. Quelques lignages éminents, formant un groupe endogame, y détiennent en propre de précieuses reliques, qui ne s'exposent en public que pour les rites du serment décisoire. Au sein de ces familles sont choisis des arbitres qui doivent leur fonction sociale à deux attributs : leur *balentia* ou force virile et le monopole du maniment des reliques, qui les met en communication privilégiée avec le sacré. Au village de Desulo, le lignage dominant des S. se signale en outre par l'exercice d'activités économiques particulières (arboriculture et apiculture en milieu pastoral) et par un droit de patronage sur l'église Saint-Pierre, le saint dont ils possèdent d'ailleurs la relique. De celui qui fut leur chef dans les premières décennies du XX^e siècle, émanent une beauté et une force

mystérieuses : la réunion d'« un saint ascète et d'un prince de la renaissance »⁸². Position économique dominante, endogamie de caste, *Eigenkirche*, alliance de puissance virile du corps et de sainteté de l'âme, source de justice enfin : n'y a-t-il pas là la constellation des éléments matériels et idéologiques à quoi les hommes du Moyen Age reconnaissaient la noblesse ?

DÉCLIN, MORT ET RÉSURRECTION DU SERMENT JUDICIAIRE

Une révolution rationaliste

Les rapprochements des faits sardes et de ce que nous connaissons du Moyen Age sont étonnants : ils s'étendent jusqu'au détail. Pour désigner leur activité, les arbitres emploient le verbe *arreyonare*, raisonner. Or, autour de l'an mil, les scribes écrivaient aussi *rationalare* pour qualifier l'action de celui, juge ou partie, qui faisait avancer le procès. Cette raison-là n'a bien entendu rien de commun avec la logique déductive à laquelle on identifie aujourd'hui l'esprit juridique. Il s'agit d'une intelligence pratique qui manipule les données les plus hétéroclites : l'estimation de la surface des terrains et du rendement des sols aussi bien que la mémoire des coutumes et des précédents, les supputations sur le surcroît ou la diminution de prestige social que vaudrait à tel ou tel la conclusion d'un arrangement, etc. Le but de ces opérations est de suggérer des solutions, d'amener les parties vers un accord, qu'il s'agisse d'une transaction sur l'objet de la controverse ou sur la prestation d'un serment. Mais cette raison est auxiliaire, non décisive. Elle peut préparer, mais non fonder le jugement. Quand vient le moment critique, elle s'efface au profit de l'accomplissement du rite. Aussi les sources médiévales, avec une rare cohérence, employaient-elles le verbe *derationare* ou l'une de ses multiples variantes pour signifier l'action de régler un conflit par un rite, duel, serment ou ordalies⁸³. Juger, c'était dénouer d'un coup les liens processuels que la raison avait contribué à tisser. Les palabres étaient closés; il fallait s'en remettre à Dieu, le jugement était au propre le moment de la déraison.

Les rapports de l'irrationnel et du rationnel dans la procédure archaïque mériteraient une analyse beaucoup plus approfondie que celle qui vient d'être esquissée. Aussi bien, du reste, que la part d'irrationnel qui subsiste dans les systèmes judiciaires qui se réclament au plus haut point de la rationalité. Mais ces problématiques sont encore peu avancées. Cerner les modes d'interaction du rationnel et de l'irrationnel dans les mécanismes judiciaires est une préoccupation qui n'a encore pénétré profondément ni l'histoire ni la sociologie du droit. Peut-être est-il permis, cependant, de tenter de dater un moment : celui où les rapports du rite de la raison s'inversent, où la raison cesse d'être auxiliaire pour devenir décisoire. Si les hypothèses que nous

80. J.P. GREGOIRE, pp. 355 et 360.

81. Cf. la communication de J. PEZAS.

82. M. CAROSSO, p. 120.

83. R. JACOB, p. 452.

avons proposées devaient être confirmées, il apparaîtrait que ce basculement procédait lui-aussi d'un rite : le serment prononcé par les juges au cours du litige, souvent au moment même de rendre la sentence. Par ce geste, le juge capture toutes les forces sacrées en action dans le procès, il les fait converger vers lui et crée en lui la fonction de juger. Le serment des juges serait ainsi une forme de transition entre procédures « irrationnelles » et « rationnelles », forme observée à deux reprises au moins dans l'histoire de l'Occident : dans la cité grecque d'abord, au XII^e siècle de notre ère ensuite avec l'avènement du jury anglais et des tribunaux de jurés continentaux⁸⁴. Resterait à examiner si des phénomènes du même ordre auraient pu se produire en dehors de l'histoire juridique européenne⁸⁵.

Quoi qu'il en soit, le résultat de cette mutation ne fut pas uniforme. Il ne s'en dégage pas une raison juridique, mais des formes de rationalité aussi diverses que l'étaient auparavant les univers magico-symboliques. La compa- raison du serment des hélistes de la démocratie athénienne et des jurés médiévaux suffit déjà à le dévoiler. Le serment des hélistes est essentiellement politique; son langage n'est pas celui de la procédure et du jugement mais celui de la décision collective. La fonction du citoyen-juge est à peine différenciée de celle du citoyen-législateur : le judiciaire est subsumé dans le politique⁸⁶. Au contraire, le serment du juré, après une période de flottement au XII^e siècle, trahit une tentative de rendre l'acte de juger aussi indépendant que possible à l'égard du politique. Il s'efforce de libérer le juré, l'espace d'un moment, du réseau de fidélités dans lequel il est normalement impliqué.

Cependant, il est un trait commun à tous les systèmes processuels qui comptent sur la raison des juges plus que sur la magie des rites. C'est que la pratique du serment judiciaire se déplace de l'assertoire au promissoire. L'évolution du serment des témoins est la plus significative. Dans la procédure du haut Moyen Age ou de la Grèce archaïque aussi bien que dans le droit coutumier des Chaga, le témoin se limitait à articuler une version qui correspondait à la thèse de la partie en faveur de qui il portait témoignage, puis il ponctuait ses dires d'un serment. Dans la procédure rationalisée, il jure de dire la vérité au début de l'interrogatoire. Sa parole, désormais, n'a plus de valeur en soi, son poids dépend de l'appréciation critique du magistrat, maître du jeu. Alors que le serment assertoire garantissait la validité du dire, la promesse jurée le soumet à la raison d'un tiers arbitre⁸⁷. Les engagements des autres acteurs ont évolué de la même manière. Dans le droit canonique, le plaideur est tenu à un serment de calomnie, par lequel il promet sa bonne foi dans la production des preuves. Le juré, lui, s'oblige à une sincérité sans faille. Bref, le serment ne fonctionne plus que comme un mode de constitution des rôles, assorti d'un avertissement au jureur de la gravité particulière, pour lui et pour les tiers, des allégations qu'il est appelé à proférer.

84. R. JACOB, pp. 451-455.

85. La faculté reconnue par la coutume au prince Mofu d'interrompre à tout moment une palabre pour « féliciter son nom de louange » et statuer lui-même (information transmise au colloque par M^{me} J.F. VINCENT) s'apparente probablement à un mécanisme du même type, élaboré à partir du serment royal.

86. Cf. MOSSE.

87. R. JACOB, pp. 447-455; W. MÖHLIG, *passim*.

Une désacralisation sans histoire

De magique, le serment est donc devenu liturgique. Il ne tend plus à trancher le procès par une communication suprême du jureur avec le surnaturel. Il n'est plus qu'un élément du décor rituel dans lequel se déroule la rationalité de l'ordre juridique⁸⁸.

La question se pose alors de savoir pourquoi la rationalité ne peut se passer de liturgie. Une fois de plus, il faut explorer que ce problème ne soit abordé qu'à travers l'histoire du serment politique ou celle des philosophies, non à travers l'histoire judiciaire. Une contribution rappelle opportunément comment, en France, Dieu disparut peu à peu des prétoires aux XIX^e et XX^e siècles et comment la déclaration sur l'honneur se mit à concurrencer le serment dans la pratique administrative⁸⁹. Il reste que si ces phénomènes trahissent des déplacements du sacré et une désaffectation certaine à l'égard du serment, celle-ci continue d'épargner le champ judiciaire qui reste, comme par le passé, le lieu privilégié des rituels juratoires. Comment s'explique cette résistance ? Aucune communication ne l'éclaire. Du Moyen Age à nos jours, l'histoire du serment ne fut jamais immobile. Les conditions d'exigibilité et de recevabilité, les gestes et leur interprétation ont dû connaître des transformations importantes. Elles nous échappent encore. De même, nos travaux n'ont presque rien dit des systèmes judiciaires qui poussaient plus loin que le droit français le processus de laïcisation. Le droit allemand a été à peine entrevu, ceux des pays socialistes n'ont pas été aperçus du tout. L'histoire de la pratique sacramentelle des systèmes judiciaires que caractérisent leur prétention à la rationalité reste presque tout entière à écrire.

Conflits de cultures

En revanche, plus d'une contribution évoque les frictions que suscite la mise en présence des procédures occidentales, largement diffusées par la colonisation, et de traditions juridiques indigènes.

L'évolution du droit égyptien contemporain traduit probablement un de ces spasmes. En apparence, il est passé du système hanéfite classique à une tentative d'acclimatation du droit français, puis, depuis quelques années, il connaît un programme réformatrice caractérisé par la volonté d'islamiser la procédure⁹⁰. Mais ce processus historique appelle deux interrogations. D'abord, la pratique ancienne était-elle bien fidèle à l'enseignement des docteurs, d'ailleurs d'une fluidité remarquable sur la question des preuves ? Ensuite, le retour à l'Islam n'est-il pas avant tout la projection, sur une machine judiciaire conçue à l'occidentale, d'un arsenal de concepts et de rites qui puise ses racines dans la tradition mais dont les significations, dans le contexte nouveau, risquent de se trouver altérées ?

88. Cf. e.a. l'analyse d'A. SCHREINER.

89. Comm. B. BEIGNIER.

90. B. BOTTVEAU.

En Afrique, les conflits d'acculturation sont patents. L'analyse de Wilhelm Möhlig montre bien quels malentendus peut engendrer la valeur différente du serment dans la culture des juges et celle des justiciables. Chez les Chaga, un vol a eu pour témoin un garçon de quatorze ans. Si la justice devait répondre à l'attente du public, le cas serait réglé sur la seule base de sa déclaration assortie d'un serment. Mais le tribunal de l'Etat tanzanien refuse de recevoir le témoignage parce que, selon ses règles, le mineur est incapable de prêter serment. Affrontement de l'assertion et de la promesse, de la valeur objective du rite et du discernement requis du témoin. Le résultat en est que les Chaga comprennent mal et qu'à leurs yeux, la machine judiciaire tanzanienne passe pour un ministère de l'injustice⁹¹. L'Etat ghanéen, pour sa part, s'est ingénié à instaurer des formes censées répondre aux convictions des justiciables : musulmans, chrétiens ou « païens ». Initiative non dépourvue de naïveté, car pour les « païens », le lieu du serment est un élément essentiel à sa validité et l'engagement accompli dans un prétoire est dépourvu de valeur⁹². Dans d'autres contextes, il est probable que le conflit puisse prendre un tour plus aigu encore et que la culture dominée en vienne à prescrire le mensonge devant les tribunaux de la dominante. Une étude annoncée sur la Calabre devrait nous en apprendre davantage⁹³.

Pour une anthropologie de la justice française contemporaine

Dans la France d'aujourd'hui, subsistent surtout le serment des témoins et celui des jurés d'assises. Que représentent-ils encore ? S'agit-il de gestes vides de sens ? ne fonctionnent-ils que comme une forme marquant le début officiel d'une procédure ? ou bien le serment garde-t-il de son mystère parce que le sujet aurait subi l'imprégnation plus ou moins profonde de valeurs religieuses, de l'honneur civique, ou encore de la crainte confuse d'une sanction pénale du faux serment ? Les avis divergent. Certains ne voient plus que des esprits forts. D'autres ont cru reconnaître chez les jurés les signes du trouble, de la tension, du respect...

Les opinions s'opposent aussi sur la place que tient encore, dans la pratique judiciaire française, le serment décisoire en matière civile. Le mécanisme est simple : le demandeur qui ne dispose pas d'élément de preuve d'un fait qu'il allègue et que nie son adversaire peut lui déférer le serment; le défendeur a le choix soit de jurer, soit de renoncer à sa thèse, soit de référer le serment au demandeur; dans la dernière hypothèse, le demandeur ne peut plus que jurer ou renoncer. Dans tous les cas, la prestation du serment ou le refus de jurer emporte la preuve du fait contesté, sans pouvoir d'appréciation du juge (art. 1358-1365 du Code civil). Cependant, si par la suite la fausseté du serment venait à être démontrée, le parjure serait passible d'un emprisonnement d'un à cinq ans et de la privation temporaire de droits civiques (art.

366 du Code pénal). Cette procédure fonctionne comme un rite décisoire archaïque. Les parties échangent défis et contre-propositions de serment jusqu'à ce que l'accomplissement ou l'échec du rite décide de la cause. Le juré s'expose à une sanction, improbable (puisque'il ne semble pas exister d'élément de preuve qui puisse faire apparaître le parjure) mais démesurée (parce que si de tels éléments venaient à être découverts, il serait coupable d'un délit sévèrement réprimé). En fait, le plaideur à qui le serment est déféré se voit offrir de gagner facilement sa cause, à charge d'assumer un risque sans rapport avec son enjeu. La crainte de la sanction divine n'était probablement pas d'une autre nature. Reste à savoir si cette procédure fonctionne encore et comment. Certains n'y voient plus qu'un mécanisme totalement obsolète, seulement certaines affaires, retentissantes ou non, témoignent encore de cas d'application, mais surtout nous manquons des informations nécessaires pour fonder un constat de désuétude irréfutable : les décisions rendues sur serment ne sont normalement pas publiées; quant aux litiges terminés par une transaction à la suite d'une menace de déférer le serment, il n'en reste aucune trace. Le serment décisoire était conçu comme une procédure de dernier recours, à défaut d'autre preuve; nul ne pourrait dire avec certitude comment il remplissait aujourd'hui son rôle.

En fait, le rôle du serment dans la justice contemporaine demeure mal connu. Le commentaire des textes est peu éclairant, le témoignage d'expériences professionnelles individuelles insuffisant. Seule une enquête de sociologie juridique, ample et ambitieuse, pourrait lever en partie l'ignorance, des conséquences possibles d'une réforme. Peut-être est-ce un des plus sûrs enseignements de ce colloque d'en souligner l'urgence et l'intérêt.

Enfin, il reste à signaler qu'Antoine Garapon attire notre attention sur le développement récent, dans la procédure pénale, de pratiques qu'il rapproche à bon droit du serment. Il s'agit d'engagements (par exemple la promesse faite par un prévenu de trafic de drogue de cesser ses activités et de fréquenter un établissement de rééducation) qui ont pour effet de suspendre *sine die* l'action publique. En cas de non-exécution de ses obligations, l'instance se verrait ramenée à l'application du « droit pénal dur »⁹⁴. Ce mécanisme évoque celui du rite décisoire. Il n'est pas accompli devant Dieu, mais en présence de témoins qui représentent une forme de conscience sociale; il est solennel; il a pour effet d'effacer la plainte; la sanction différée indéfiniment assume le rôle de la justice immanente. L'Etat prend plus que jamais la place de la Providence. Sa machine répressive est prîée d'oblitérer la localquer les modes d'intervention de la justice céleste. Mais ces pratiques ne sont pas exemptes de critique. Un pénaliste de l'école classique leur reprocherait à bon droit de risquer de diluer le débat sur la preuve et la responsabilité. C'est qu'en redécouvrant l'efficacité des vieux rites décisores, le droit moderne renoue aussi avec leur ambiguïté. La technique de la destruction

91. W. MÖHLIG, pp. 299-312.

92. R. SCHOTT, DC, 14 (1987), p. 52.

93. N. ZAGNOLI, II, p. 289.

94. A. GARAPON, DC, 13 (1987), n. 47.

symbolique de la plainte tend à faire oublier la question dont dépend classiquement la légitimité de la répression : celle du bien-fondé de la plainte.

EN GUISE DE CONCLUSIONS

Ce parcours à travers les contributions du colloque n'appelle pas à proprement parler de conclusions formelles. On se bornera, pour terminer, à consigner quelques courtes remarques relatives au rôle du serment dans l'édification des cultures juridiques d'une part et, d'autre part, à la fonction qu'il est encore susceptible de tenir dans le monde actuel.

Le premier axe de réflexion se rapporte à la mise en phase des données, au premier abord disjointes, livrées par l'anthropologie et l'histoire. Est-il permis de rassembler ces matériaux sous une même grille de lecture ? A la vérité, quelque distance que l'on se sente en droit ou obligé de prendre à l'égard des synthèses évolutionnistes, il est difficile de se détacher de l'idée que la pratique des serments judiciaires constitue, dans une série d'histoires culturelles parallèles, une étape essentielle de la construction du juridique. Son émergence, le développement de ses formes et son déclin même semblent liés à des phases successives de la croissance du pouvoir et du contrôle étatique de la régulation judiciaire, ainsi qu'à une histoire religieuse qui secrète des conceptions toujours plus épurées du sacré. Le schéma évolutif a pourtant ses limites. Il se brouille à mesure que les sociétés se font plus complexes et que les pratiques judiciaires se rapprochent du terme que nous pouvons aujourd'hui leur assigner.

Risquons-nous à poser quelques repères. Les groupes dont l'économie repose encore sur la chasse et la cueillette ignorent tout du serment. S'ils l'adoptent, comme jadis les Mongols ou d'autres peuples sibériens, c'est par emprunt ou sous l'influence de pressions extérieures. Aussi l'aire de développement du serment est-elle intimement liée à l'espace des sociétés d'agriculteurs de l'Ancien Monde. Encore faut-il y procéder à de multiples distinctions. Le serment judiciaire, comme l'ordalie, semble inconnu des pasteurs masai; il ne nous est pas décrit non plus chez les Tseke Tsayi de la forêt équatoriale. C'est dans les sociétés dites « acéphales » ou « segmentaires », comme les Masa ou les Gbaya Bodoë, que s'observent ses formes les plus rudimentaires : emploi des malédictions réciproques, appel aux ancêtres, aux morts, à la terre surtout, qui déchaîne des forces aveugles sur le groupe tout entier. L'affinement des idées religieuses et le développement du pouvoir transfigurent le serment. Parmi les montagnards de la Géorgie patenne, où la faiblesse de l'organisation politique contraste avec la force de l'intégration religieuse, il se produit une sorte de surconsommation de serments, l'invocation des dieux tenant lieu du minimum d'organisation processuelle, qui fait défaut. A l'inverse, l'histoire commune à la plupart des cultures africaines transère le serment sur le personnage du roi et lui confère une figure politico-religieuse correspondant à la croissance de l'Etat. On en aperçoit les prodromes chez les Beti, plus encore chez les Chaga; le serment royal est en usage dans le royaume du Rwanda précolonial; il est plus per-

fectionné encore chez les Ashanti et dans leur zone d'influence. Trois ou quatre millénaires auparavant, il avait sans doute largement contribué à la formation de la justice publique dans les Etats qui s'étaient établis de l'Euphrate au Nil.

Cependant, ces séquences historiques plus ou moins linéaires ne peuvent être prolongées indistinctement. Elles butent sur des seuils, comme celui que dessine la genèse des grandes cultures écrites. Le christianisme, l'islam, les civilisations chinoise ou indienne ont élaboré des constructions du serment originales et irréductibles l'une à l'autre. Ces constructions sont synchrones et résistent à la modernité. Aussi bien, ce que nous appelons laïcisation ou désacralisation du judiciaire ne pourrait être considéré comme une « ultime étape » qu'à l'intérieur de l'espace traditionnellement acquis au christianisme.

Il reste que, tout compte tiré, le serment a certainement connu au cours de sa longue histoire plus de phases de promotion qu'il n'a subi de replis. Il pourrait passer aujourd'hui pour une institution quasiment universelle. S'il n'a certes pas le même sens pour tous les hommes, du moins en a-t-il un pour la plupart d'entre eux et, du point de vue pragmatique du processualiste, ce n'est pas un mince avantage. De cette forme-là, il est acquis qu'elle sera toujours reconnaissable, qu'elle permettra de distinguer l'acte judiciaire des événements courants, d'éviter, donc, les angoisses du héros de Kafka à qui il était toujours interdit de savoir si la scène qu'il vivait participait ou non de son procès, contribuait ou non à sa perte. En outre, le serment suppose à la personne la capacité d'entrer en interaction avec le sacré. Il lui confère ainsi une valeur plus communément comprise que cette abstraction que nous appelons droits de l'homme. Si le développement du droit passe par le dialogue entre les cultures, si la première valeur qu'on lui demande de consacrer est la protection de la personne, peut-on imaginer se passer du serment ?