

## LE SERMENT : DU DÉSENCHANTEMENT DU MONDE À L'ÉCLIPSE DU SUJET

Gérard COURTOIS

*Université de Cergy-Pontoise*

Si l'on veut donner sa pleine signification à l'histoire des doctrines du serment, il convient de la relier aux tendances idéologiques majeures à l'œuvre dans la culture occidentale. Très classiquement, je désigne par là les processus successifs (mais non sans enchevêtrement) définis par Max Weber comme « désenchantement du monde » et par M. Heidegger comme « avènement de l'homme en tant que subjectum », et dont le troisième temps est la découverte de l'homme comme finitude.

Dans ses travaux de sociologie de la religion, M. Weber analyse le développement prophétique du judaïsme, le catholicisme et le puritanisme calviniste comme autant de stades, dans un vaste processus par lequel la religion judéo-chrétienne invalide théoriquement et détruit pratiquement « la magie sacramentelle en tant que moyen de salut »<sup>1</sup>. Cette abolition religieuse de la magie représente « un facteur d'une importance fondamentale » pour l'histoire de la religion et constitue le trait le plus marquant du « désenchantement du monde »<sup>2</sup>.

L'histoire des doctrines du serment depuis les débuts du christianisme est inséparable d'un tel mouvement. Les Pères de l'Église et les canonistes n'ont pas cessé de travailler à débarrasser, autant que possible, le serment de ses aspects magiques. Entreprise aux contours sinueux, nous le verrons, puisqu'aussi bien ils devaient tenir compte de la condamnation apparemment sans réserve du serment par Jésus<sup>3</sup> et de l'attache théologique de leur doctrine.

Mais le christianisme n'a pas été seulement la religion de la sortie de la magie, il a longuement fait mûrir en son sein les formes de la subjectivité moderne, jusqu'à ce que celles-ci s'épanouissent, hors de leur terreau natal, bien souvent dans la méconnaissance de leur origine. La subjectivité proprement moderne, celle qui commence à percer au XVII<sup>e</sup> siècle dans tous les départements de la culture, est dans un rapport complexe d'abandon et de

1. M. WEBER, *L'Éthique protestante et l'esprit du capitalisme*, trad. fr. 1964, p. 121.

2. Ibid. p. 143; *Gesammelte Aufsätze zur Religionssoziologie*, vol. 1, Tübingen, 1963,

filiation à l'égard du christianisme. Jetant un regard sur elle, Hegel, Feuerbach et Nietzsche diront qu'elle développe sur un mode qui se veut débarrassé de la foi et immanent, ce que précisément le dieu chrétien lui a appris à aimer et à reconnaître<sup>4</sup>.

Il n'en reste pas moins que la lente perte de substance de la figure divine et la préention humaniste de tout fonder dans la subjectivité ont profondément modifié les formes de la culture. Cette évolution ne pouvait qu'avoir des effets délétères sur le serment classique dont la référence divine est le fondement, la sanction et la garantie d'efficacité.

Il faudra repérer les modes par lesquels, la théorie du serment, en faisant une part toujours plus faible au transcendant et à l'efficacité propre au dieu révélé, dévitalise et réduit la portée des serments. On verra toutefois que même chez ceux qui promettent de fonder intégralement le nexus social dans l'immanence, l'institution du corps civique ne s'effectue pas sans le secours de formes renouvelées de transcendence.

Enfin, en prenant comme pivot temporel la découverte de la finitude radicale dans la *Critique de la raison pure* (1781), il faudra montrer qu'au moment où le sujet classique semble triompher, la métaphysique s'engage dans des analyses qui le déconstruisent toujours plus loin. Ce troisième moment ne renoue pas avec la transcendence théologique mais, il découvre avec l'intersubjectivité un rapport nécessaire de l'individu à l'altérité qui n'accélère plus la décadence du serment. Ce nouveau cadre métaphysique rend même pensable l'apparition de formes renouvelées du serment.

## SERMENT ET DÉSENCHANTEMENT DU MONDE

### Saint Augustin

L'évêque d'Hippone est un des auteurs essentiels de l'histoire doctrinale du serment. Il met en place trois thèmes majeurs dont les développements régiront les discussions médiévales<sup>5</sup>.

4. Dans la *Phénoménologie de l'esprit*, VI-2, p. 93 sq., Hegel montre, contre la naïveté de l'aufklärung, que la foi, son objet absolu et son culte ne constituent pas « l'autre de la raison ». C'est la raison humaine elle-même qui s'y représente inconsciemment. Il préparait ainsi les analyses de Feuerbach, où la religion chrétienne apparaît comme une anthropologie inversée : *L'Essence du christianisme* (1841), trad. fr. 1968, p. 129 sq., et celles de Nietzsche, lorsqu'il écrit, par exemple : « chercheurs de la connaissance, impies, ennemis de la métaphysique, nous empruntons encore nous-mêmes notre feu au brasier qui fut allumé par une croyance millénaire, cette foi chrétienne... » in *Le gai savoir*, trad. fr. 1950, § 344. L'anthropologie religieuse d'aujourd'hui nous rend sensible au lien qui unit le christianisme et le monde moderne. Cf. sur cette question en dernier lieu le livre de M. Gauchet, *Le désenchantement du monde*, Paris, 1985.

5. Les textes de base sont : *De mendacio*, *Contra mendacium*, *De sermone domini in monte* I, 17, *Sermon 180. Lettres 46 et 47*. J. Gaudemet fait remarquer que dans le *Décret* de Gratien, la question du serment renvoie pour plus du tiers des références à l'auteur des *Confessions*.

### La dévalorisation de la magie du serment

Ce thème est développé dans la correspondance (L.46 et 47) avec Publicola (Claude Lepelley). Celui-ci, chrétien à peine dégagé du paganisme, croit qu'il existe des forces surnaturelles présentes dans le monde, dont l'énergie peut se communiquer par invocation, contact ou manipulation de symboles. Il craint leur pollution contagieuse et leur puissance ambiguë. Il redoute donc que les barbares qui ont prêté serment à ses intendants – sur de « mauvais » dieux – n'aient introduit des ferments dangereux dans ses domaines, qui pourraient souiller ses récoltes et son personnel chrétien. Il s'ouvre donc de ses angoisses à son évêque.

Saint Augustin lui répond en substance : deux choses sont dignes de nous préoccuper avant toute autre : notre âme et Dieu<sup>6</sup>. La seule origine du mal est la volonté mauvaise dans les replis de l'âme humaine<sup>7</sup>. Le seul devoir religieux est de la purifier, pour y parfaire l'image de la divinité transcendante. Avec Jésus, il ne s'agit donc plus de s'embarasser de magie pour produire ou contrecarrer des effets dans le monde, il faut cultiver notre âme et notre volonté du bien qui sont notre seul trésor. Saint Augustin fait disparaître le prestige des rites et la valeur tout en extériorité de leurs enchaînements symboliques, en mettant au premier plan l'intériorité morale et la volonté bonne.

### La valorisation de la simple promesse

Saint Augustin approfondit la pensée de Jésus (Matthieu V-33 sq.). Le fidèle n'a pas à rechercher le serment (magique ou non), sa parole doit suffire. L'essenciel est dans la sincérité de la volonté bonne qui promet de dire le vrai ou de faire ce qu'elle affirme<sup>8</sup>. Il ne faut pas chercher des adjuvants externes mais descendre en soi-même et s'en tenir à nos affirmations pour faire exister dans toute sa splendeur l'*imago trinitatis* que chacun porte en soi<sup>9</sup>.

### L'admission du serment en cas de nécessité

Restait une question : fallait-il proscrire absolument les serments – même par le vrai Dieu – et entendre dans toute sa radicalité l'Épître de Jacques (V-12) : « mais avant tout mes frères, ne jurez ni par le ciel, ni par la terre, n'usez d'aucun autre serment. Que votre oui soit oui, que votre non soit non, afin que vous ne tombiez pas sous le jugement » ?

Saint Jérôme estimait pour sa part qu'il fallait tolérer les serments par le dieu chrétien. Car la pratique des serments païens était si répandue dans maintes populations de l'empire qu'à défaut de pouvoir jurer par le vrai dieu,

6. « Dieu et l'âme, rien de plus » ; « que je me connaisse, que je te connaisse » diront les *Confessions*.

7. « Le péché n'est nulle part ailleurs que dans la volonté » *De diabubus animabus*, X, 12.

8. Au point qu'il est moins mal de jurer avec sincérité par de faux Dieux que de se parjurer par le vrai Dieu (*Lettre 47*).

9. *De trinitate*, X, XI, 18.

les gens seraient tentés de jurer par les dieux du paganisme — voire par des puissances pires du point de vue moral (Jean-Luc Chassel) — et pourraient encore ajouter le crime d'idolâtrie à leur serment imprudent<sup>10</sup>.

Saint Augustin, avec d'autres arguments, aboutit à une position semblable. Le serment n'est pas une chose bonne et utile mais ce n'est pas non plus quelque chose dont le mal imposerait l'évitement absolu. On peut donc invoquer Dieu comme témoin<sup>11</sup>, pour confirmer certains engagements ou affirmations, dans des cas méritement réfléchis<sup>12</sup>, lorsque la situation ne laisse pas d'autres possibilités<sup>13</sup> et en se gardant de tout parjure.

#### Du bas-Empire au Moyen-âge

Avec les populations barbares puis sous les monarchies mérovingiennes et carolingiennes, les limites que les docteurs de l'Eglise voulaient apporter au serment sont presque totalement inopérantes. Pendant plusieurs siècles, la culture juridique qui s'installe en Europe fait au serment la première place. Dans cette histoire des doctrines, il ne nous appartient pas de décrire cette réalité, nous nous contenterons d'en souligner l'ampleur et de montrer le sens de l'intervention de l'Eglise à cet égard.

Les coutumes et les lois barbares font du serment la preuve judiciaire la plus fréquente et la plus normale<sup>14</sup>. A la différence du droit romain classique, elles ne posent à son admission aucune condition : on peut y avoir recours même si d'autres moyens sont possibles<sup>15</sup>. Dans le domaine des contrats et des sûretés, les recours constants aux formes d'engagements ritualisés font une large place aux serments. Sous l'influence germanique, les populations juraient constamment; l'ordalie elle-même était pratiquée sur une grande échelle.

L'Eglise, pliant dans un premier temps devant ce qu'elle ne pouvait interdire, développa lentement une double stratégie. Elle rendit la licéité des serments proportionnelle au degré d'éloignement de ceux qui les prêtent avec le cœur de la vie religieuse<sup>16</sup> et, elle tendit à définir une forme de serment compatible avec la foi catholique<sup>17</sup>. Dans ces deux directions, elle dévalorisa et fit reculer tout l'aspect magico-ritualiste hérité des serments païens.

10. Saint Jérôme dénonce les serments « par le ciel, la terre, Jérusalem, la tête du Seigneur » *Commentaires sur Jérémie* I, 4, 2. *Comm. sur Saint Matthieu* I.34, 30.

11. *Sermon* 180.

12. *Contra mendacium*.

13. *De sermone domini in monte* I, 17.

14. *La preuve*, recueil de la société J. Bodin XVII, Bruxelles 1965.

15. J.-P. Lévy : *La hiérarchie des preuves dans le droit savant du Moyen-Âge*, ch. 5, Lyon 1939.

16. Le *Décret* de Gratien rappelle de nombreuses interdictions, de temps : plus les jours du calendrier sont sacrés, plus le serment est interdit (II, C. XXII, Q.5, C.17); de personnes : plus la personne concernée a un rang religieux élevé, plus les conditions sont restrictives (II, C. XXII, Q.5, C.23). Sur l'ensemble de la question voir J. Gaudemet.

17. Sur ce double mouvement nous nous permettons de renvoyer à G. Courtois (DC 1989 18 : 73).

Sans les condamner toutes, les canonistes déclarèrent inutiles toutes les formalités du *juramentum corporaliter praestitum* qui impliquaient de toucher un objet sacré : cuve remplie de corps saints, reliques, évangile, reliquaire, croix, autel<sup>18</sup>, nourriture de base : pain, vin, sel (François Billacois). Ils interdissent généralement de jurer « par les créatures du monde », sauf si, d'une manière ou d'une autre, on pouvait admettre que les jureurs renvoyaient ainsi à Dieu lui-même<sup>19</sup>. Décrétistes et décrétalistes travaillaient à réduire le nombre de ces serments où l'attouchement corporel est trop présent : ils y devinent la résurgence toujours possible de formes de la magie contagieuse. Aussi prônent-ils un serment où la médiation corporelle est des plus épurées. Si le jureur est un clerc, on lui demandera de ne pas toucher d'objet mais, ou bien de signifier par son corps une révérence qui renvoie au Très-haut, en levant la main, ou bien, en portant la main *ad pectus*, de désigner le lieu intérieur du dialogue avec Dieu, le point d'ancrage de l'engagement.

Quant aux formules, même tendance à contenir les ressources magiques de la parole. On condense à l'extrême, au point qu'il suffisait de dire « je le jure ». A ce verbe performatif minimum il n'était pas nécessaire d'ajouter l'invocation « per deum » qui était sous-entendue<sup>20</sup>. Le droit canonique obtenait ainsi un double résultat. Il coupait court à tous les subterfuges, à tous les charmes reposant sur des altérations matérielles des formules sacramentelles. D'autre part, la ténuité des formules laissait apparaître, comme par transparence, le véritable partenaire de Dieu dans le serment : l'intériorité morale capable de promettre ou de recevoir un engagement. Ceci est très clairement articulé dans le *Décret* de Gratien. « Dieu qui méprise la duplicité, prend en vue l'intention, aussi bien de la partie qui reçoit que de la partie qui prête (le serment). Il déteste et repousse l'art des tromperies verbales »<sup>21</sup>.

Bien entendu, il n'était pas permis de jurer par les faux dieux, moins encore « per caput christi, per capillum dei, per membra christi »<sup>22</sup>. Dans ce cas, le blasphème consistait à paganiser la notion du dieu chrétien que l'on ne peut viser sous des attributs corporels comme les dieux d'Homère. Néanmoins — et ceci est remarquable — on accordait une force obligatoire à de tels serments. Car, par un paradoxe, déjà dénoué par Saint Augustin, refuser automatiquement certaines invocations comme non chrétiennes aurait conduit au ritualisme magique. Ceux qui jurent avec sincérité par de fausses invocations doivent être critiqués mais l'on doit dans la mesure du possible reconnaître une valeur à leur engagement.

Au demeurant, le *Décret* de Gratien contenait un texte anti-ritualiste (attribué faussement à saint Jean Chrysostome) d'une grande portée<sup>23</sup>. « Entre le serment et notre parole (*loquetam nostram*), Dieu ne veut faire aucune différence, parce que, de même que le serment n'admet aucune perfidie, de même notre langage ne doit comporter aucun mensonge, le parjure, aussi bien que le mensonge, le jugement divin les condamne, ainsi que le dit l'écriture :

18. Ch. Du Cange *Glossarium mediae et infimae latinitatis*, art. Juramentum.

19. *Décret* de Gratien C. XXII, Q.1, C. 9, 10, 11.

20. A. Esmein : *Le serment promissoire dans le droit canonique*, RHD 1888, p. 249.

21. *Décret* de Gratien C. XXII, Q.V., sur le c.13; dans le même sens Q.V., sur le c.11.

22. *Ibid* Q.1, C.10.

23. *Ibid* Q.V, C.12. L'importance de ce texte a été soulignée par G. Boyer : *Recherches historiques sur la résolution du contrat*, Paris 1924, p. 215.



« Une bouche qui ment donne la mort à l'âme » (*Livre de la sagesse*). Ce canon, résumé de la doctrine des Pères de l'Église, représente la pointe extrême de leur combat contre la magie du serment. Il invalide toutes les tentatives – présentes dans d'autres canons – pour dériver la force des engagements de la hiérarchie sacrée des puissances invoquées<sup>24</sup>. Il dénonce, par avance, comme encore païennes, les manœuvres qui accumulent des garanties sacrées, pour donner plus de force au serment n'a pas de valeur supérieure à une vraie promesse, ne fut pas admis sans difficulté, mais il donnait le sens de l'esprit qui guidait les canonistes. D'ailleurs, même lorsqu'il était reconnu au *juramentum corporale* une force supérieure au *juramentum solo sermone*; et aux invocations les plus sacrées (Dieu plutôt que l'Évangile; l'Évangile plutôt que tel saint ou tel reliquaire etc.) une puissance d'engagement supérieure, le raisonnement canonique, barrant la route à toute idée de sacré contagieux, rapportait toutes ces différences à des degrés d'intention. Les différences d'engagement corporel, les différences hiérarchiques des puissances invoquées, n'étaient que le signe du sérieux de l'intention du sujet.

Dès le XII<sup>e</sup> siècle, les théologiens (Hughes de saint Victor, P. Lombard), les juristes (comme Gratien), leurs successeurs : décrétiens (jusqu'à Jean le Teutonique), théologiens du XIII<sup>e</sup> siècle (jusqu'à Vincent de Beauvais, Albert le Grand, saint Thomas d'Aquin et Duns Scot), s'efforcent de présenter une doctrine organisée, compatible avec les principes du christianisme<sup>26</sup>.

Nous examinerons les textes de saint Thomas d'Aquin, exemplaires par leur effort pour penser les tensions du serment chrétien à l'intérieur d'une doctrine équilibrée et délibérément conciliatrice.

### Saint Thomas

L'intervention théorique de l'auteur de la *Somme Théologique* se concentre sur deux problèmes : le rapport entre le serment et l'ordalie, les difficultés propres au serment chrétien.

#### La séparation du serment et de l'ordalie <sup>27</sup>

Le Docteur Angélique définit l'ordalie comme un procédé judiciaire, où l'on tente de contraindre Dieu à produire un effet miraculeux. Cette pratique est « illicite », car elle prétend obtenir que Dieu révèle des fautes éventuelles cachées, alors que ces choses sont réservées à son jugement<sup>28</sup>. L'ordalie,

24. On trouve encore l'écho de ces dérivés chez le Panormitain : *De jurejurando*, à la rubrique : Plus la chose par laquelle on jure est sacrée, plus la peine du parjure est grande.

25. Comme par exemple dans le serment de Harold à Guillaume de Normandie (F. Bil-lacois et J.-L. Chassé).

26. J.-P. Lévy *op. cit.*, p. 135.

27. L'Église avait déjà condamné plusieurs fois l'ordalie avant le Concile de Latran (1215) C.18, cf J.W. Baldwin : *The intellectual preparation for the canon of 1215 against ordeals*, *Speculum* 36, 1961, p. 613 sq. Saint Thomas apporte à une question réglée dans la pratique, des arguments qui tentent de fonder rigoureusement les prises de position de l'institution ecclésiastique.

28. *Somme théologique* IIa IIae 95 a8 ad3.

comme toutes les autres espèces de divination, implique l'usurpation d'une connaissance qui appartient en propre à la divinité<sup>29</sup>. Elle tente d'accéder à un savoir qui est même doublement réservé à Dieu. Ce qu'elle veut dévoiler participe de l'ordre des faits contingents ie. « que l'on ne peut pas connaître par leurs causes ». Inductibles à partir de prémisses, on ne peut que les « voir en eux-mêmes ». La possibilité de cette vision sépare radicalement l'homme et Dieu. L'homme peut seulement « voir » de tels faits s'il est présent à leur éclosion. Cette condition, exceptionnelle pour l'homme, est chez Dieu toujours remplie, puisqu'il voit dans son éternité les choses passées, présentes et futures<sup>30</sup>. A cela s'ajoute que l'ordalie prétend connaître un fait, à travers la peine qui lui est attachée. Elle empiète ainsi sur le *judicium Dei*, en déterminant sa sentence et du point de vue de sa révélation dans le temps et du point de sa nature.

Mais, dira-t-on, n'en est-il pas de même avec le serment ? Celui-ci ne vise-t-il pas à faire sortir Dieu de sa réserve, à le contraindre à garantir des engagements, en provoquant sa vengeance s'il a été invoqué de manière injurieuse ? Ne repose-t-il pas, comme l'ordalie, sur le présupposé d'un dévoilement du vrai par le divin, pour des besoins déterminés par les humains « pour les affaires de ce monde et les vanités de cette vie »<sup>31</sup> ? N'est-ce pas cela-même qui a permis à tant de peuples et de cultures – y compris au Moyen-Âge – d'accepter des garanties sous la seule foi du serment, c'est-à-dire sous l'assurance que le transcendant ne laisserait pas impuni l'utilisation frauduleuse de son nom ? Ces objections sont contournées par Saint Thomas dans une analyse renouvelée du serment.

Il le définit : un acte par lequel Dieu est invoqué, avant tout, comme témoin ie celui que l'on appelle pour qu'il manifeste la vérité sur ce qu'on dit<sup>32</sup>. Cette figure du Dieu-témoin est paradigmatique. Elle n'exclut pas mais fait reculer, comme secondaire, la figure du Dieu-juge qui domine dans « l'exécution, où l'on se voue soi-même ou quelque chose qui nous touche, à un châtiement si l'on ne dit pas le vrai »<sup>33</sup>. Tout le travail de la question 89 consiste alors, à refouler l'analyse des aspects concrets de la question telle du Dieu juge ou témoin qui pourraient faire dériver dangereusement le serment vers l'illicite ordalie.

Tout d'abord, saint Thomas règle, très vite, la question – décisive pour tant – de l'intervention divine. Sur 14 articles consacrés au serment et au parjure, c'est simplement au détour de la réponse à une objection que cet aspect de la doctrine est présenté. Au contradicteur qui demande si invoquer Dieu dans un serment ne revient pas à le tenter, c'est-à-dire à manquer de révérence à son égard, saint Thomas répond deux choses<sup>34</sup>. 1<sup>o</sup> « Celui qui jure ne tente pas Dieu, car il n'invoque pas le secours de Dieu sans utilité et sans nécessité ». Argument en accord avec le système, puisque la question 97 définit la tentation comme une mise de Dieu à l'épreuve, pour se

29. IIa IIae 95 a1 ad1 « divinatio dicitur ab indebita usurpatione alicujus divini ».

30. Ia 14 a13.

31. « ad negotia secularia et ad vitae vanitatem », saint Augustin : *ad inquisitiones Januarii*, II, 55, 20.

32. IIa IIae 89 a1.

33. 89 a1 ad3.

34. 89 a1 ad3.



renseigner sur sa puissance, sans autre utilité ou nécessité. Ceci permet à saint Thomas de prévenir l'identification du serment à un cas de tentation et quand tout autre moyen fait défaut ne «tente» pas Dieu, il «implore» son soutien. Autrement dit, quand l'utilité et la nécessité sont maximales, le serment est licite. Réponse qui réduit en fait singulièrement la licéité des serments. Car on ne peut sérieusement considérer que les serments qui se prêtent quotidiennement dans le commerce juridique du XIII<sup>e</sup> siècle appartiennent tous à des situations de nécessité. 2<sup>o</sup> Saint Thomas poursuit son analyse en répondant en fait à la question : comment interpréter l'inaction éventuelle de Dieu, après un serment d'attestation ou d'exécution ? Cela n'expose le jureur ou son partenaire à aucun danger «si Dieu ne veut pas rendre son témoignage sur le champ (*in praesenti*) : car il est certain qu'il le fera plus tard. Quand il «projetera la lumière sur les secrets des ténèbres et manifestera les desseins cachés au fond des cœurs (Paul, *l'Épître aux Corinthiens*, IV-5)». Ce témoignage ne manquera à aucun jureur, soit pour, soit contre lui<sup>35</sup>. On est renvoyé à des temps indéterminés et même au jugement dernier, où cette fois, Dieu aura l'initiative et exposera la comptabilité des fautes et des péchés, sans subir aucune tentation.

### La tension interne au serment chrétien

Le serment proprement chrétien présente une difficulté. D'un côté, c'est un acte de religion, de l'autre, il relève de nécessités terrestres : donner des certitudes devant un tribunal, ou à des co-contractants. Le problème est de ce dernier aspect, d'une certaine manière, commande le premier. «Le serment n'a pas pour but de vénérer ou de marquer de l'amour à ce par quoi on jure, il vise quelque chose d'autre : remédier à une nécessité de la vie présente»<sup>36</sup>. Saint Thomas, conformément à son génie conciliateur, veut montrer que ces tensions ne sont pas des contradictions.

Il commence par avancer que si en un sens Dieu est «utilisé» dans les serments, il est néanmoins honoré et vénéré conformément à sa dignité. Jurer par Dieu, c'est en effet reconnaître qu'il l'emporte sur nous par son infailible vérité et sa connaissance universelle; ainsi lui offre-t-on «révérence et honneur», autrement dit, une forme de culte<sup>37</sup>. D'autre part, rien n'empêche que nous puissions glorifier Dieu de telle manière que notre prochain en retire une utilité, car Dieu lui-même fait coïncider en ses œuvres sa gloire et notre utilité<sup>38</sup>.

35. Ibid.

36. «non tantum ordinat juramentum ad venerandum aut diligendum eum per quem jurat, sed ad aliquid aliud quod est necessarium praesenti vitae» Ila Ilae 89 a5 ad2. Cette tension poussée jusqu'à la contradiction justifiera l'attitude des Cathares et des Vaudois, (André Vauchez), la religion réformée, des positions semblables.  
37. 89 a5 ad2.

38. «quia etiam Deus operatur ad suam gloriam et nostram utilitatem» 89 a5 ad3. Thèse constante du thomisme : Dieu en voulant sa gloire évite la vaine «auto-glorification». En se glorifiant, il se manifeste avec éclat, ses perfections deviennent sensibles : il s'offre à être connu pour notre plus grand profit; Sa glorification n'exclut donc pas, mais, au contraire, rend possible notre salut. Ila Ilae 132 al.

Il convient encore de remarquer que ce problème ne se pose pas au sujet du vœu. Avec celui-ci, nous ne visons que Dieu, la promesse du vœu s'adresse à Dieu lui-même. Le vœu est un rapport duel, le serment un rapport triangulaire. Le serment n'est pas un vœu auquel s'ajointrait une promesse faite au prochain. Sur son versant tourné vers Dieu, il emporte une obligation moindre que le vœu<sup>39</sup>. Justement à cause de son occasion mondaine et du rôle du tiers.

En toute rigueur, les serments n'invoquent donc pas Dieu «lui-même», mais le nom de Dieu. «Nous sommes tenus d'accomplir ce que nous avons promis par son nom (*id quod per nomen ejus promittimus*)»<sup>40</sup>. La question 97 (introduction) opposera, dans le même sens, les irrévérances relatives à Dieu et celles, où l'on utilise seulement son nom, comme dans le cas du parjure<sup>41</sup>. Ainsi la tension entre les aspects théologique et les utilités juridico-économiques est-elle modérée, dans le serment, par la moindre force du fondement de l'obligation de révérence. Néanmoins elle ressurgit, sous une nouvelle forme qui sera inlassablement travaillée par tous les auteurs médiévaux et modernes. Je veux parler de la tension entre la force de l'obligation et sa nature concrète.

D'un premier point de vue, si l'on invoque le nom de Dieu, il est essentiel au serment d'être véridique ie. fidèle dans ce que l'on promet. Inversement c'est donc «la fausseté qui est l'essence du parjure (*ratio perjurii*)»<sup>42</sup>. Car ne pas être vrai, sous la garantie du nom de Dieu, c'est insulter son honneur : «C'est donner à entendre que Dieu ne connaît point la vérité ou qu'il veut témoigner en faveur du mensonge»<sup>43</sup>. Mais, d'autre part, ce principe tout formel doit être modéré, voire contredit, par deux autres types de considérations : le jugement et la justice<sup>44</sup>. Malgré tout le respect dû à Dieu, il ne peut pas y avoir d'obligation d'accomplir une injustice jurée (par exemple si l'on a juré de tuer). De même, il n'y a pas d'obligation de faire une impossibilité jurée<sup>45</sup>. Ces principes, en apparence très simples, produisent de redoutables difficultés, dès que l'on abandonne le point de vue abstrait.

Prenons par exemple la question de la justice, à laquelle on se limitera. Les canonistes de l'époque du Docteur angélique sont bien d'accord qu'un serment dont l'objet met l'âme en péril n'oblige pas<sup>46</sup>. Mais, qu'en est-il de

39. Ila Ilae 89 a8, «votum ex ratione sua magis est obligatorium quam juramentum».

40. Ila Ilae 89 a8.

41. Ila Ilae 97 intr. «Considerandum occurrit... de perjurio, quo nomen Dei irreverenter assumitur»; 89 a5 ad1.

42. Ila Ilae 98 a1.

43. 98 a2.

44. On doit à saint Jérôme : *Commentaire sur les livres de Jérémie* I, cette formulation devenue classique : «animadvertendum est quod jusjurandum hos habet comites, scilicet veritatem, judicium et justitiam».

45. Ila Ilae 89 a3; 98 a2 ad1.

46. Le Panormitain, résumant l'opinion commune sur le canon 28 du recueil des *Décretales* de Grégoire IX, écrit : «juramentum... ex quo non est contra bonos mores naturales nec in ejus observantia imminet peccatur, semper est observandum» C.28, X, *De jurejurando*, n<sup>o</sup> 7.



nombre d'engagements qui sans aller jusqu'à contredire les « *boni mores naturales* » peuvent être simplement invalidés au regard du Droit coutumier ou romain ? L'opinion majoritaire, parmi les canonistes, décide qu'ils sont valides. Ils ouvrent ainsi la porte à un contournement de grande ampleur du droit laïque. Il suffisait par exemple de renoncer, par serment, à une protection du Droit romain pour que cet acte soit valide et obligatoire, sous peine de parjure. Toutes les barrières que le Droit romain avait construites autour des biens de la femme mariée ou des actes du pubère mineur étaient ainsi annihilées. Une femme pouvait vendre irrévocablement des choses dotales, un mineur renoncer à l'exception de minorité comme à la *restitutio in integrum* etc.<sup>47</sup>.

Saint Thomas ne se prononce pas directement sur ces points, mais il prend parti dans une question connexe de grand avenir : Les serments extorqués par violence ou crainte de la violence (*metus* romaine au sens strict) sont-ils obligatoires ?

Depuis le 1<sup>er</sup> siècle ap. J.C., le Droit romain faisait de la *metus*, dans les conventions, un délit. Une action pénale au quadruple menace le délinquant qui ou bien ne renonce pas au contrat extorqué ou bien ne rembourse pas intégralement ce qu'il a reçu. La *metus* n'est donc pas à strictement parler un vice du consentement. Elle place le rapport juridique dans un contexte délictuel. Néanmoins, l'action de *metus* (*quod metus causa*) aboutit à une nullité absolue de la convention. A l'époque de saint Thomas, les canonistes sont divisés quand à l'application des règles romaines aux serments<sup>48</sup>. Certains pensent que le serment ne peut jamais devenir « un lien d'iniquité ». D'autres plus nombreux, à la suite de la glose d'Accurse, arguant que la violence n'abolit pas la volonté concluent au caractère obligatoire des serments extorqués par la crainte<sup>49</sup>.

Saint Thomas adopte l'opinion dominante mais avec d'autres arguments. Il part à nouveau du double aspect du serment. Celui-ci comprend deux obligations : celle contractée sur le plan judiciaire ou économique, entre humains, disparaît du fait de la contrainte (*talīs obligatio tollitur per coactionem*), car « celui qui fait violence mérite qu'on ne tienne point la promesse qu'il a

47. E. Meynial : *Des renonciations au Moyen Age et dans notre ancien droit*, RHD 1900, 1901, 1902 et 1904. Dans le Midi de la France, on donna même au mineur une « liberté entière » par la pratique du double serment. Dans un premier, il renonçait au bénéfice de minorité et à la *restitutio in integrum*; ce qui l'assimilait à un majeur et dans un second, il renonçait même aux causes de nullité valables entre majeurs, par exemple du fait de la violence ou du dol qu'il pouvait avoir subi, cf P. Ourliac : *Droit romain et pratique méridionale au xv<sup>e</sup> siècle* : E. Bertrand, 1937.

Le *Code de droit canonique* de 1917 confirmera encore la doctrine dominante : « Jusjurandum nec vi nec dolo praestitum quo quis privato bono aut favori renuntiat lege ipsi concessio, paraitra dans le Code de 1983.

48. Gratien, C. XXII, Q. IV.

49. *Décretales* de Grégoire IX, II, *De jurejurando* XXIV, ch. 2, 8 et 15; Dans la glose d'Innocent IV sur C.8, on peut lire, après un examen balancé des points de vue en présence, par la crainte est obligatoire, parce que volontaire ».

exigée»<sup>50</sup>. Par contre, l'obligation qui nous lie en révérence du nom de Dieu reste valable *in foro interno*, malgré la violence : « on doit préférer subir un dommage temporel que de violer son serment »<sup>51</sup>. On voit donc ressurgir la contradiction entre les aspects horizontaux et verticaux du serment. Ce qui est nul du point de vue inter-humain horizontal est valable du point de vue hiérarchique qui rapporte l'âme à Dieu. Autrement dit, on ne peut pas, sans attenter à la majesté divine, faire dépendre toute l'économie du serment de considérations tirées du droit terrestre. Dieu ne peut pas être le notaire ou le simple pourvoyeur d'une sûreté d'un type spécial, adjointe à des pactes mondains. On ne peut pas s'adresser à lui, si j'ose dire, impunément; l'invocation de sa grandeur se paye, par le fait que l'on ne peut se dégager devant sa justice, comme on le ferait devant un tribunal terrestre<sup>52</sup>.

Avec saint Thomas, s'établit une doctrine chrétienne du serment qui repose sur l'articulation de trois thèmes :

a) *L'élimination de la magie ritualiste du côté du jureur*. Les gestes, les paroles, toute la machinerie externe et objective des serments est dévalorisée au profit de l'intention de parler en vérité. D'où les formules classiques, reprises par saint Thomas qui opposent le théâtre extérieur du signifiant à l'intériorité morale : « Dieu est le témoin des consciences... les hommes jugent de nos paroles selon ce qui frappe leurs oreilles, mais dans ces jugements Dieu entend ce que nous disons, tel que cela nous sort du cœur »<sup>53</sup>. L'obligation du jureur dépend moins de la vérité objective que de sa sincérité. Ainsi est-il bien moins grave de jurer ce que l'on croit vrai, alors que cela se révélera objectivement faux, que de jurer ce qui est vrai, le croyant faux<sup>54</sup>.

b) *L'élimination de la magie ritualiste du côté de Dieu*. Par l'effort pour distinguer radicalement l'ordalie et le serment, par la place subordonnée faite à l'exécution, Dieu n'est plus requis, en un sens fort, de répondre aux invocations des jureurs. Il enregistre tout ce qui se dit en son nom et il le sanctionne(ra), mais finalement, ni plus ni moins que s'il n'avait pas été invoqué. Sans doute, saint Thomas dit-il qu'une fois invoqué, Dieu peut révéler la vérité par une inspiration intérieure, ou encore en dévoilant le fait, enfin

50. Ita Ilae 89 a7 ad3; cet argument – il faut le souligner – ne dit pas ce qu'un juriste moderne attendrait : le consentement est nul. Il renvoie au mérite de celui qui a exercé la contrainte, sa pression entraînant sa disqualification pour tirer un bénéfice du serment.

51. Ibid.

52. In concreto, pour modérer la contradiction entre les aspects hiérarchiques et horizontaux du serment, saint Thomas propose au jureur (en accord avec le droit de son temps) de s'exécuter, quitte à demander par la suite, devant les tribunaux civils, le remboursement de ce qui a été payé indûment, ou bien de demander aux autorités ecclésiastiques de le délier d'emblée de son serment. Ce n'est pas – s'empresse-t-il d'ajouter que le supérieur puisse ainsi annuler l'obligation vis-à-vis de Dieu, mais il a le droit d'en prononcer dispense, pour une juste cause.

Le *Code de droit canonique* de 1917 maintiendra cette doctrine : d'un côté (c. 1317-2) le serment extorqué par force ou menace grave est valable (valet); d'un autre le supérieur ecclésiastique peut en dispenser. Cette doctrine classique a elle aussi été abandonnée par le Code de 1983 qui affirme désormais : « Le serment extorqué par dol, force ou menace grave est nul de plein droit (ipso jure nullum est) c. 1200-2.

53. Ita Ilae 89 a7 ad4.

54. 98 a1 ad3.



en agissant comme un juge<sup>55</sup>. Mais ces affirmations – décisives pour une théorie du serment – ne sont pas du tout élaborées. Quand on sait avec quel soin saint Thomas construit sa théorie de la révélation<sup>56</sup>. Il n'en est que plus remarquable de constater son silence sur le mode de révélation adapté au serment, car celui-ci ne peut se déduire de sa théorie générale. Il ne concerne ni des mystères, ni des vérités de salut, ni des propositions juridiques générales, il porte sur des vérités de fait utiles au commerce juridique et il est inconcevable d'identifier les acteurs de chaque serment à des supports d'une révélation prophétique<sup>57</sup>.

c) *L'identification du témoignage divin à la prévention*. L'efficacité sociale du serment ne repose pas, finalement, sur une épiphanie prévisible du savoir divin, mais sur une double certitude : 1) Dieu sait tout et juge(ra) tout. 2) En invoquant faussement son nom on contredit son pouvoir et on commet le grave péché d'irrévérence qui doit empêcher préventivement quiconque de se risquer au parjure. Dieu est donc un témoin très particulier, il dit moins le vrai qu'il ne retient ceux qui ont recours à lui de s'engager mensongèrement.

La doctrine chrétienne du serment fonctionne sur une double substitution, fort subtile. A ceux qui attendent de Dieu des actions, on répond qu'il est invoqué comme témoin à la vérité sans faille, et l'on minimise tout ce qui concerne « l'auto-malédiction conditionnelle »<sup>58</sup> ou l'exécration. A ceux qui demandent son témoignage, on répond paradoxalement que son témoignage in concreto est inutile car, sa puissance de témoigner contraint chacun à rester véraçe.

Par ailleurs, on ne peut comprendre les controverses médiévales sur le statut du serment, sans les relier à la doctrine de la promesse. La place du serment dans le Droit canonique est minée sourdement par un principe proprement chrétien : l'obligation d'être vrai dans ses affirmations et ses promesses. Que l'on s'appuie sur Dieu pour promettre ou convaincre dans des cas difficiles – soit – mais Dieu lui ne fait pas de différence entre un serment et une simple parole, tel est le cœur de la doctrine. Les Pères de l'Eglise, les premiers conciles avaient déjà clairement dégagé ce précepte : le consentement à lui seul est source d'engagement<sup>59</sup>. Ce principe, fondé sur la charité, mûrit lentement et souterrainement dans la tradition chrétienne. Il prend son essor au tournant du XIII<sup>e</sup> siècle et au XIII<sup>e</sup> siècle, chez des canonistes comme Huguccio, Johannes Teutonicus, Bernard de Parme et, de principe moral il devient le principe juridique « *solus consensus obligat* ». Par cette grande

55. 89 a1 ad3.

56. La doctrine de la révélation, du révélable, du révélé et du statut des prophètes est mise au point en IIa IIae 171-178.

57. Bien que saint Thomas parle d'une « inspiration intérieure » à propos du serment, 89 a1 ad3.

58. Selon la définition de H.L. Bruhl : *La preuve judiciaire*, Paris 1964, p. 85.

59. Le canon Antigonos du Concile de Carthage (348) affirmait : « Pax servetur, paxa custodiatur », que la paix soit conservée, que les pactes soient observés. Il fut inséré avec un autre canon (Qualiter) de la même inspiration dans la collection des *Décrétales* de Grégoire IX, publiée en 1234 (X, De pactis, I- 35, c. 1 et 3).

audace, le Droit canon se révèle comme la principale des deux forces qui ont imposé une des bases de la subjectivité moderne<sup>60</sup>.

## L'ÈRE DU SUBJECTUM

On s'accorde aujourd'hui à reconnaître que les temps modernes, pensés philosophiquement, trouvent leur détermination essentielle dans l'avènement de l'homme comme sujet<sup>61</sup>. Dans cette posture, il devient le sub-jectum, le « sous-jacent » sur la base duquel tout doit désormais reposer. Cet humanisme fait effort pour présenter l'homme comme pouvoir de fondation de tous les domaines de l'être : fondation de ses actes, de ses représentations, de la vérité, de l'histoire, du droit et de la loi<sup>62</sup>.

Fondation de ses actes, car l'homme peut poser des actes qui sont véritablement siens, qui ne sont rien d'autre que son « objectivation » ; fondation de la vérité, en ce sens que depuis Descartes, le réel abandonne son caractère transcendant pour s'éprouver comme certitude intime ; fondation de ses représentations, dans la mesure où le monde vient équivaloir au pensable et le pensable au rationnel auquel participent tous les hommes ; fondation de l'histoire, car le temps qui défaisait tout, ou qui au mieux entraînait les hommes vers un règne des fins, vient trouver sa logique dans l'entrecroisement d'une multiplicité de pratiques humaines ; fondation du droit et de la loi, dans la mesure où l'École du droit naturel moderne tend à construire toute relation juridique sur la volonté ou la nature du seul sujet humain. Par dérives successives, le droit finira par être pensé, sans légitimation ni ancrage transcendant, comme un droit « de l'homme », recueilli au cœur de sa nature raisonnable et sociable. Cette nouvelle figure de l'homme et du juridique n'a pas cessé d'exercer une influence dissolvante sur la religion du serment.

## L'École du droit naturel moderne

La philosophie du droit qui s'inaugure avec Grotius implique une invalidation du serment. L'auteur du « *de jure belli ac pacis* » (1625) est incontestablement chrétien, mais il réinterprète le droit de manière à ce que les préceptes de la loi naturelle s'imposent logiquement à Dieu lui-même<sup>63</sup>, et soient valides « même si Dieu n'existait pas »<sup>64</sup>. Cette entreprise culminera

60. L'autre est le droit romain. Mais ses interprètes étaient prisonniers de l'esprit du *Digeste* qui n'admettait le principe du consensualisme que pour quatre contrats, limitativement énumérés. C'est, influencés par les maîtres du droit canonique qu'ils élargirent de plus en plus la part du consensualisme, jusqu'à ce que, à la fin du Moyen-Âge, les différences s'effacent entre les deux droits savants. Cf. J. Portemer : *La littérature des differentiae*, 1946.

61. M. Heidegger : *Nietzsche T. II*, trad. fr., p. 23.

62. Cf. en dernier lieu, A. Renaut : *L'ère de l'individu*, Paris 1989.

63. Ils sont « a Deo necessarie » *De jure belli ac pacis* I, 1,17-2.

64. Ibid, discours préliminaire § 11. Sans doute s'empresse-t-il d'ajouter : « ce qui ne se peut penser sans un crime horrible », mais l'intention n'en reste pas moins nette : autonomiser le droit, ramener ses fondements à la nature humaine. Ailleurs il parle d'un droit si naturel que « Dieu lui-même n'y peut rien changer, comme il lui est impossible de faire que deux et deux ne fassent pas quatre » Ibid I, I, 10.



social repose sur l'idée d'une république purement humaine qui a rompu ses liens avec une « *respublica fidelium* », surveillée ou portée en partie par un dieu hétéronome.

### Grotius

Comme la plupart des théoriciens de l'École du droit naturel moderne, Grotius ne pratique pas une critique frontale du serment. Mais il n'en traite qu'après avoir construit la substance du juridique sur des principes qui excluent le recours à une instance sacrée<sup>65</sup>. Il admet bien que le serment peut créer un droit subjectif, mais c'est parce qu'il renferme une promesse et fait<sup>66</sup>. Le serment devient chez lui une institution subalterne et surtout d'un autre âge, utile surtout pour « terminer les différends » parmi les peuples qui ne vivent pas dans une même société civile<sup>67</sup>.

### Pufendorf

Cet auteur a une position complexe. D'un côté, il précipite l'évolution entamée par Grotius, d'un autre il renoue les principes généraux du droit à une réalité méta-naturelle. Pufendorf ne sait plus où classer le serment. Alors que Grotius lui accordait encore un chapitre dans sa théorie des obligations (2-13), à la suite de sa théorie de la promesse (2-11) et du contrat (2-12), Pufendorf n'y voit plus qu'une sorte de sûreté « accessoire » pour rendre plus fort un engagement déjà valable par lui-même<sup>68</sup>. Aussi le fait-il disparaître des livres 3 et 5 du *De jure naturae et gentium* (1672) consacrés aux sources des engagements et aux contrats et le trouve-t-on dans le livre 4, avec le droit de propriété et les successions.

Surtout, Pufendorf prend le parti de Hobbes contre Grotius, dans un débat commencé au Moyen-Âge et qui désormais sera clos. Grotius admettait encore (comme saint Thomas) qu'une promesse extorquée par une violence injuste, si elle est confirmée par serment, oblige envers Dieu sous peine de parjure<sup>69</sup>. Il raidissait même ce principe, en refusant la solution modérée des canonistes qui admettaient qu'après s'être acquitté (par respect pour Dieu), on pouvait demander à la justice laïque réparation de la perte ou du dommage subi<sup>70</sup>.

65. Comme le remarque Simone Goyard-Fabre : « Tandis que Bodin et surtout les Monarques traitaient longuement du serment des Rois, Grotius n'en fait mention qu'en quelques lignes rapides et Pufendorf, en exposant la genèse des sociétés civiles ne lui accorde aucune place ».

66. Ibid II, 13, 3 et 4.

67. II, 13, 13.

68. *De jure naturae et gentium*, IV, II-6.

69. *De jure belli ac pacis* II, 13, 14 et 15.

70. II, 13, 15.

calise l'idée que le serment « ne change point la nature et le fond des promesses ou des conventions, auxquelles il est ajouté »<sup>71</sup>. Si le serment s'adjoint à un pacte nul, lui-même est sans valeur. Les serments perdent ainsi leur autonomie par rapport à la promesse rationnelle : « ils ne produisent point par eux-mêmes de nouvelle obligation, propre et particulière »<sup>72</sup>. Sans doute cela pourra « scandaliser les simples »<sup>73</sup>, ils pourront craindre que cette théorie « manque ... de respect pour le nom de Dieu »<sup>74</sup>. Mais, c'est qu'ils n'ont pas un concept adéquat de Dieu : Dieu veut la société du genre humain qui repose sur des engagements mutuels. Il veut que dans leurs relations les hommes gardent les lois de sociabilité. L'invoquant de son nom ne peut pas permettre à un ennemi des hommes de transgresser les lois de l'échange social. Cette argumentation (qui occupe le tiers du chapitre sur le serment) constitue un des temps forts de la théorie de Pufendorf. Elle rationalise la puissance divine, elle refoule l'idée d'un Dieu dont la majesté engage automatiquement celui qui prononce son nom. Elle fait reculer la religion du serment devant la religion des promesses.

Pufendorf, comme le remarque S. Goyard-Fabre, n'accentue pas pour autant l'autonomie du juridique. Au contraire, alors que Grotius se plaisait à souligner que Dieu lui-même est soumis à la nécessité rationnelle au même titre que les hommes<sup>75</sup>, il montre que les promesses de la volonté sont elles-mêmes suspendues à un principe métaphysique. Le respect des engagements ne peut se fonder dans la seule nature, il renvoie à un principe méta-juridique : c'est parce que Dieu a voulu qu'il y ait des êtres moraux dans la nature que nous sommes tenus, par sa loi, de respecter les exigences morales conformes à notre nature. En ce sens tout contractant qui respecte ses engagements est un fidèle de la divinité. La restriction pufendorffienne de l'autorité des serments n'est donc pas l'effet d'une laïcisation accrue des concepts. Elle se produit à l'intérieur d'un discours qui ne se boucle que dans une théologie.

### Hobbes

Le rationalisme de Hobbes présente une tension entre un subjectivisme juridique radical et une conception renouvelée de la transcendance du lien civique. L'auteur du *Leviathan* se propose de construire le droit, la justice et le pouvoir souverain sur les seules promesses des individus. Ce panlogisme contractuel réduit apparemment à rien l'autonomie des serments : « Le serment n'ajoute rien à l'obligation. Car une convention si elle est légitime, vous lie aux yeux de Dieu en l'absence de serment aussi bien qu'en cas de serment et si elle est illégitime, elle ne lie pas du tout; fût-elle même confirmée par

71. *De jure naturae et gentium* IV, II-11.

72. IV, II-6.

73. IV, II-8.

74. Ibid.

75. *De jure belli ac pacis* II, 11, 4, 2.



demes. Mais, par ailleurs, Hobbes est aussi celui qui montre que la volonté individuelle doit craindre un tiers extérieur pour tenir sa parole (Jean-Pierre Marcos).

Ce tiers a deux figures historiques majeures : la Divinité et son double mortel le Leviathan. « Avant le temps de la société civile... il n'est rien qui puisse donner à une convention de paix sur laquelle on s'est entendu la force de résister aux tentations de la cupidité, de l'ambition, de la concupiscence ou de quelque autre désir violent; si ce n'est la crainte de cette puissance invisible qui est, en tant que Dieu, l'objet du culte de tous les hommes, et, en tant que devant tirer vengeance de leur perfidie, l'objet de leur crainte »<sup>76</sup>. Dans cet état pré-civil, les hommes doivent s'en remettre à leurs serments : « c'est pourquoi, tout ce qu'on peut faire à l'égard de deux hommes non assujettis au pouvoir civil est de les faire se prêter serment l'un à l'autre par le Dieu qu'ils craignent »<sup>78</sup>. Mais, le temps de la société civile lui-même ne peut fonctionner sans la crainte d'une transcendance. Comme le chapitre 13 du *Leviathan* qui aboutit à une véritable déduction de la nécessité des serments, le chapitre 17 montre que si les promesses réciproques sont la condition nécessaire de la société civile, elles n'en sont pas la condition suffisante : « Il faut quelque chose d'autre, en sus de la convention, pour rendre l'accord (des hommes) constant et durable, cet autre chose est un pouvoir commun qui les tiennent en respect... Telle est la génération de ce grand Leviathan, où plutôt pour en parler avec plus de révérence, de ce dieu mortel, auquel nous devons sous le Dieu immortel, notre paix et notre protection »<sup>79</sup>.

Le Leviathan est le « représentant » de la multitude des individus mais, sous la forme d'une force qui les contraint à respecter leurs engagements. Il est donc immanent comme issu de multiples transferts volontaires et néanmoins transcendant par ses effets. Hobbes révèle ici un secret de la modernité : l'autonomie métaphysique du social que poursuit le subjectivisme juridique ne fonctionne pas, sans une part non négligeable d'hétéronomie. Ou pour le dire sous la forme d'un paradoxe logique : le gouvernement est nécessairement deux choses contradictoires (dans une logique aristotélicienne) : une partie du social et sa condition même.

Le philosophe de Malmesbury montre la troublante convergence fonctionnelle entre la crainte des dieux et celle de l'Etat. Le monde du serment ne s'opposerait plus à celui du droit comme le monde de l'hétéronomie à celui de l'autonomie. On aurait deux régimes de l'hétéronomie : maximale avec les dieux, minimale mais irréductible avec l'Etat, dont la puissance tierce déborde l'origine contractuelle pour rendre possible le commerce juridique<sup>80</sup>.

76. *Leviathan*, ch 14 trad. fr., p. 142, Paris 1971.

77. *Leviathan*, ch 13; p. 141.

78. *Ibid.*

79. ch 17, p. 177-78.

80. Cette figure du *Leviathan* est prise, comme certaines théories morphogénétiques des sciences de la nature et de la vie dans ce que l'on nomme communément le paradoxe de Russel : poser un ensemble qui forme une totalité dont les membres présupposent pour être définis l'existence de la totalité comme telle. Cf. J.-P. Dupuy et alia : *Modèles formels de la philosophie sociale et politique*, Cahiers du CREA I, Paris 1982.

L'auteur du *Contrat social* consomme, semble-t-il, la rupture avec les théories hétéronomes du lien social. Il promet une fondation de la sociabilité organisée sur la pure réciprocité et sur la transparence du social à ses acteurs. Aussi ne s'étonne-t-on pas si, de prime abord, sa critique du serment paraît sans appel (Lucien Scubla).

Dans l'*Emile*, lors de la fameuse critique de La Fontaine, il s'exclame : « Jura ! Quel est le sot de maître qui ose expliquer à l'enfant ce que c'est qu'un serment ? »<sup>81</sup>. Dans l'épisode des vitres brisées, il montre qu'un accord quasi tacite et sans confirmation solennelle est « aussi sacré et inviolable » et en réalité plus solide « que si le serment y avait passé »<sup>82</sup>. Dans le *Manuscrit de Genève* (1<sup>o</sup> version du *Contrat social*), il explique que le serment n'a pas de place dans une société dont il s'agit de penser l'auto-fondation<sup>83</sup>. La version définitive du *Contrat social* est encore plus radicale : il n'en dit plus un mot.

D'où la surprise du lecteur, lorsque quelques années plus tard, dans son *Projet de constitution pour la Corse*, à trois reprises, il se réfère à un serment solennel (décrit en détail), indispensable pour l'unité du peuple corse<sup>84</sup>. Un très beau et très long serment (que chaque individu doit prêter) fait « sous le ciel et la main sur la Bible, au nom du Dieu tout puissant et des saints Evangiles » doit assurer l'aliénation sans réserve de chacun des jureurs à la nation corse. Ici la seule réciprocité, fondatrice du contrat social est insuffisante. Pour construire le lien social, Rousseau a besoin d'une instance sacrée préalable : la religion chrétienne. De plus, dans le serment qu'elle rend possible, chacun ne se donne pas à tous en général, mais à la Nation Corse. Autrement dit, loin que l'individu devienne citoyen par ses seules forces, sa métamorphose est deux fois médiatisée : une fois par le Dieu d'en-haut, et une deuxième fois par les dieux chthoniens de la patrie et des mœurs.

L. Scubla montre très bien que la contradiction entre le *Projet de constitution pour la Corse* et le *Contrat social* est la révélation d'une tension qui traverse déjà ce dernier ouvrage. Elle peut s'exprimer ainsi : malgré la volonté déclarée de Rousseau de penser une origine immanente du nexus social, le *Contrat social* ne cesse pas de mettre en place des instances qui contredisent ce projet. Ainsi Rousseau introduit-il, in extremis, un chapitre sur la Religion civile (IV-8) ; après avoir donné un rôle des plus étendus au Législateur, « Un dieu parmi les hommes » (II-7) et au Tribunal, « ce corps plus sacré et révérend comme défenseur des lois, que le Prince qui les exécute et le Souverain qui les donne » (IV-5). A chaque fois c'est un tiers extérieur et plus ou moins sacré qui s'ajoute à la volonté du peuple pour rendre possible le lien politique et social.

Du point de la théorie générale du serment, ceci montre que la lente perte de substance du serment dans le domaine du droit privé s'accompagne,

81. *Emile II*, O. complètes IV, Paris 1969, p. 355.

82. *Ibid.*, p. 334 (Scubla).

83. O. complètes III, p. 292.

84. III, p. 919; 943-44.



douté remarquera-t-on que l'auteur du *Projet de constitution pour la Corse* « lumières ». Il n'en reste pas moins que sa reconnaissance embarrassée aux fonctionnements toujours plus ou moins religieux du politique, son recours à des formes masquées de la transcendance dans le *Contrat social*, montrent que la forme serment qui articule la volonté humaine et le sacré pour produire des effets sociaux, a des liens puissants avec des déterminations essentielles du fonctionnement des sociétés<sup>85</sup>.

### Les origines doctrinales du Code civil français

Chez les grands juristes français qui ont inspiré les rédacteurs du code civil, on observe un net retrécissement de la portée des serments. Si l'on peut admettre que des auteurs comme Domat et Pothier ont posé les éléments fondamentaux de la théorie des obligations<sup>86</sup>, il faut se tourner vers eux pour trouver l'expression de la position nouvelle des civilistes à l'endroit du serment.

#### Domat

L'auteur des *Lois civiles dans leur ordre naturel* (1679) est le père de la conception volontariste de l'article 1134 du code civil<sup>87</sup>. On ne s'étonnera pas s'il commence son étude du serment par l'exclusion des serments promissaires. « L'usage du serment avait été si fort étendu, qu'on en usait dans les simples conventions entre particuliers, l'un jurant à l'autre qu'il exécuterait ce qu'il promettrait... mais comme c'était une précaution superflue et une occasion de parjure, cet usage est aboli et les contractants ne font aucun serment »<sup>88</sup>. Avec Domat, le droit rationnel des obligations ne laisse plus de place au serment. Il en est de même du droit pénal, mais ce point était acquis depuis longtemps<sup>89</sup> : « Dans les crimes, le serment ne peut être déféré, ni par l'accusateur à l'accusé, ni par l'accusé à l'accusateur, ni par le juge à aucun d'eux. Car il serait contre la justice et les bonnes mœurs que la justification

85. Ceci éclaire le phénomène de la résurgence des serments politiques pendant la Révolution française, i.e. chez des hommes pourtant imbus de la notion de fondement contractuel de l'autorité, cf *infra*.

86. A.-J. Arnaud : *Les origines doctrinales du Code civil français*, Paris, 1969.

87. Comme en témoigne le rapprochement textuel du fameux article : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites », avec la formulation de Domat : « Les conventions étant formées, tout ce qui a été convenu tient lieu de loi à ceux qui les ont faites ». *Lois civiles*... I, I, 1, S2, § 7.

88. *Ibid* I, I, 3, T6, S6, intr.

89. Si l'on s'en tient à l'Europe de l'ouest et du sud (à l'est ce serait plus tardif), dès le XII<sup>e</sup> siècle, le déclin du serment purgatoire est évident, aussi bien dans les droits savants que dans les chartes des communes; cf R.C. van Caenegem : *La preuve dans le droit du Moyen-Age occidental*, p. 701sq; 725sq in Société J. Bodin T.XVII op. cit.

pourrait rendre faux, ni d'aucune autre cause que d'une preuve parfaite de vérité »<sup>90</sup>. Au demeurant, le parjure en matière criminelle que Domat impute à l'intérêt ou à la passion avait été justifié au nom du droit naturel par Hobbes. Pour celui-ci, le seul droit que l'on ne peut pas transférer au Souverain est celui de repousser des causes de mort imminente « parce que nulle loi ne peut obliger un homme à renoncer à sa propre préservation »<sup>91</sup>. C'était reconnaître que le parjure, dans les causes criminelles sanctionnables par la mort était « entièrement excusé... par la nature »<sup>92</sup>.

Domat ne reconnaît plus au serment d'utilité juridique que dans deux séries de cas : d'une part pour les entrées dans les charges publiques, celles de tuteur, curateur et autres administrateurs de justice, pour les témoignages en justice des experts ou simples témoins; mais, ces cas ne « font pas une matière... et ne nécessitent que peu de remarques »<sup>93</sup>; d'autre part pour ceux qui peuvent « tenir lieu de vérité » pour terminer les procès civils, les serments décisoire et supplétoire qui sont l'objet du seul vrai développement de l'auteur sur la question<sup>94</sup>. Domat ici aussi anticipe sur le Code civil qui ignore le serment promissaire comme matière autonome et retient seulement, dans ses articles 1357-1369, les serments étudiés par l'auteur (Jean Carbonnier). On remarquera enfin, avec P. Foriers, que Domat ne tient pas ces serments – à strictement parler – pour des modes de preuve, mais pour des « procédés » permettant de mettre fin à des conflits en tenant simplement lieu de vérités<sup>95</sup>.

#### Pothier

Dans son *Traité des obligations* (1761), Pothier reprend les positions de Domat à travers son maître Daguesseau. Ses développements, toujours nourris de Grotius et Pufendorf, nouent le Code civil à venir avec les maîtres de l'École du droit naturel moderne<sup>96</sup>.

Sa position sur le serment est encore plus restrictive que celle de Domat. Il met en doute l'efficacité des serments décisoire et supplétoire : « Depuis plus de quarante ans que je fais ma profession (il était conseiller au présidial

90. *Les lois*... I, I, 3, T. 6, S. 6, § 14.

91. Hobbes : *Leviathan* ch 27, p. 622-23.

92. Avec d'autres arguments, un auteur opposé aux pénalistes de l'École du droit naturel moderne, comme P.-F. Muyart de Vouglans, aboutit à des conclusions moins radicales mais finalement assez proches de celles de Hobbes. Bien qu'il définisse le parjure comme « un crime... extrêmement grave de lèse-majesté divine », il estime qu'il n'est pas « aussi punissable (que le crime de faux témoignage) à cause de l'intérêt personnel qu'ont les parties de supprimer la vérité, sachant que c'est de leur serment que doit dépendre la décision de leur cause; et surtout en matière criminelle où il ne s'agit pas seulement de la conservation de ses biens, mais encore de celle de sa vie ou de son honneur ». *Institutes de droit criminel*, Paris 1757, p. 428, 439, 627 sq. Si le parjure est d'autant plus excusable que son enjeu augmente, on conçoit que la procédure criminelle n'en fasse plus un moyen de preuve.

93. *Les lois*... I, I, 3, T. 6, S. 6, intr.

94. I, I, 3, T. 6, S. 6, § 1-17.

95. Sur cette « lieutenance » et l'opposition de Domat à Wolf cf P. Foriers : *La preuve dans l'École du droit naturel*, société J. Bodin op. cit. p. 190-91.

96. A.-J. Arnaud op. cit. p. 206-9.



partie ait été retenue par la religion du serment de persister dans ce qu'elle avait soutenu»<sup>97</sup>. Quant aux serments promissaires, il renvoie leur existence «aux prétentions des gens d'Eglise» de connaître de tous les contrats. Pré-tention que seule «l'ignorance» des temps anciens a rendue possible. Néanmoins, comme de son temps, «il arrive encore quelque fois que des personnes emploient le serment», il se propose d'examiner quel peut en être l'effet<sup>98</sup>.

Il ressort de son analyse, qu'au for extérieur, les serments n'ont plus aucun effet juridique car, selon le principe énoncé par Hobbes et Pufendorf, le serment n'a aucune autonomie vis-à-vis de l'engagement qu'il confirme : «il ne donne pas plus de droit au créancier qu'il n'en aurait eu s'il n'eût pas été interposé»<sup>99</sup>. Le seul effet qu'il peut avoir est au for intérieur. «Car celui qui, s'étant engagé par serment manque volontairement à son engagement, le crime de parjure»<sup>100</sup>. Mais la validité au for intérieur est elle-même surveillée et réglée par le droit laïque. Un serment n'est pas obligatoire – même au for intérieur – si l'objet sur lequel il porte est déclaré par le droit des obligations : hors du commerce, impossible ou illicite<sup>101</sup>; ou si l'engagement est entaché d'un vice de violence ou de dol<sup>102</sup>. Sur ces deux derniers points, Pothier reprend les positions de Pufendorf et les généralise.

L'évolution qui mène de Domat à Pothier rend plus compréhensible le radicalisme d'un Cambacères. Chargé de présenter le premier projet de Code civil rédigé en 1793, à la demande de la Convention, il propose de supprimer le serment, il déclare : «Nous avons pensé que la morale et la raison demandaient l'abolition du serment, crée pour servir de supplément aux conventions, mais qui, au lieu d'étayer le bon droit, ne fut presque toujours qu'une occasion de parjure»<sup>103</sup>. Quant aux serments décisive et supplétoire, le projet de Code civil dit sobrement : «Le serment judiciaire n'est point admis». Dans le projet de l'an VIII toutefois, ce dernier (lui seul) réapparut sous le nom d'«affirmation judiciaire» mais, le mot «serment» lui fut préféré dans le projet modifié par le Conseil d'Etat<sup>104</sup> et maintenu dans la version définitive<sup>105</sup>.

97. Cité par J. Carbonnier qui ajoute que la même incrédule disparaît chez de grands commentateurs du Code civil comme Toullier et Demotombe.  
98. *Traité des obligations*, T.I, p. 56 Paris 1835.  
99. *Ibid* p. 57.  
100. *Ibid*.

101. «Non seulement lorsque la chose est illicite par le droit naturel, mais même lorsqu'elle est illicite par le droit civil : car nous sommes obligés en conscience d'obéir à la loi civile, et le serment ne peut nous dispenser de cette obligation» *Ibid* p. 58.  
102. *Ibid* p. 58-61.  
103. Fenet : *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, T. I Paris 1827 p. 9.  
104. *Ibid* T. 13 p. 120.

105. J. Gilissen : *La preuve en Europe XVI<sup>e</sup>-XIX<sup>e</sup> siècles*, soc. J. Bodin *op. cit.*, fait remarquer que le serment judiciaire a été introduit dans de nombreux autres codes civils «même parmi les plus récents, notamment ceux d'Italie (1942) et d'Egypte (1948). Mais il a disparu presque entièrement dans les pays de droit allemand et dans les pays de common law».

Les auteurs que nous avons examinés jusqu'ici ont un point commun, ils réduisent continuellement l'autorité et l'aire d'application des serments, mais ils en admettent le principe. Ils laissent intacte l'essence du serment, même si sa réalisation se voit in concreto toujours plus contestée.

Il restait à critiquer cette essence, à atteindre le principe du serment lui-même. C'est ce que firent les fondateurs de la philosophie du droit contemporain. Depuis le XIX<sup>e</sup> siècle jusqu'au milieu du XX<sup>e</sup> siècle (à part l'historicisme sociologique), les philosophes du droit se présentent le plus souvent comme des espèces du néo-kantisme ou bien de l'utilitarisme. Il est remarquable que ces écoles si opposées aient vu leurs inspirateurs être les premiers à contester de front l'institution du serment. On ne manquera pas de relever aussi le fait que Kant et Bentham menèrent leur critique au nom de la religion chrétienne et de la pureté du message de Jésus. Cette argumentation est un trait général de l'époque, on en trouve déjà des éléments dans l'*Encyclopédie* (article serment) et elle est développée par un fondateur de l'anarchisme comme Godwin. La religion du serment cède du terrain devant un humanisme qui, paradoxalement, tire ses ressources de la «vraie notion» de Dieu et du nouvel Evangile. Il n'y a finalement que chez Max Stirner ou Proudhon que la critique du serment abandonnera sa référence à l'enseignement de Jésus, par un passage à la limite de l'individualisme et du contractualisme.

## Kant

Le philosophe de Königsberg expose une doctrine identique à trois reprises<sup>106</sup>.

### a) Le serment est contraire à la religion du « sage maître de Nazareth ».

Les serments sont tous « fondés(s) sur la superstition et en cela opposés(s) à la religion et athée(s) »<sup>107</sup>. Avec une « absurde présomption », ils accordent aux hommes le pouvoir de contraindre « par des paroles magiques » la divinité à se manifester, « comme s'il dépendait ou non (de l'homme) de rendre des comptes devant un tribunal divin »<sup>108</sup>. Kant qui commente longuement les textes classiques de Matthieu (V-33) s'étonne que leur « claire interdiction d'un moyen de coercition fondé sur la superstition pure » soit admis par les « docteurs de la religion »<sup>109</sup>. Cette manière de raisonner était déjà à l'œuvre

106. En 1793 dans *La religion dans les limites de la simple raison*, trad. Gibelin Paris, 1968, en 1796 dans la *Doctrine du droit*, trad. Philonenko Paris 1971 et en 1800-3 dans *l'Opus posthume*, trad. F. Marty Paris 1986.

107. *Opus posthume* I, 7; I, 11.

108. *La religion dans les limites...* IV, I, 1, p. 210.

109. *Ibid*.



b) *Le serment entretient l'immoralité.*

Il obnubile la conscience morale au lieu de la cultiver. Les juridictions qui admettent les serments, ne tiennent pas compte du «devoir de véacité... qui se montre si clairement à chacun» dans les cas «où il s'agit de ce qui peut être le plus sacré parmi les hommes : le droit des hommes»<sup>111</sup>. En substituant une formule magique à l'obligation «que la raison de tout homme peut concevoir *a priori*»<sup>112</sup>, la place prise par le serment « nuit même au respect de la vérité... et autorise presque le mensonge ordinaire »<sup>113</sup>.

c) *Le serment est injuste mais peut être utile.*

Dans la *Doctrine du droit*, Kant étudie le serment dans le cadre d'une théorie (§ 36-40) qui distingue entre ce qui est juste en soi et ce qu'un tribunal est autorisé à admettre pour conclure certains procès. Il refuse de confondre «comme le jurisconsulte », le point de vue du juste et de l'utile<sup>114</sup>. Ce qui le conduit (comme à l'accoutumée), non à refuser les impératifs pragmatiques, mais à les laisser apparaître pour ce qu'ils sont : des facteurs d'injustice. «Qu'est-ce qui me lie juridiquement à croire qu'un autre... a en général assez de religion pour que je fasse dépendre mon droit de son serment ? Et inversement puis-je en général être obligé de jurer ? L'un et l'autre cas sont injustes en soi»<sup>115</sup>.

C'est injuste, mais juridiquement bien fondé<sup>116</sup>. « Si l'on admet qu'en certains cas, il n'y a pas d'autre moyen de parvenir à la vérité que le serment, il faut présupposer que chacun a assez de religion, afin d'en user dans la procédure judiciaire comme d'un moyen extrême (*in casu necessitatis*), devant un tribunal, qui considère cette torture spirituelle, comme un moyen rapide

110. L'auteur de l'article *Serment, vau*, estime qu'on ne saurait, par principe, promettre ou engager quoi que ce soit envers Dieu sans que l'on soit « certain » que ces choses « conviennent aux perfections de cet être souverain. On ne peut s'imaginer, sans lui faire outrage, qu'il se prête à nos désirs toutes les fois qu'il nous prendra envie de contracter avec lui ». Même dans les engagements licites, le serment est finalement une redondance inutile puisque la loi naturelle – dont Dieu est l'auteur – énonce déjà l'obligation de tenir sa parole. Avec ce traitement le serment perd quasiment tout intérêt. Son domaine est circonscrit par une théorie purement juridique des engagements licites et son utilité s'efface devant l'obligation suffisante et naturelle de tenir ses promesses. Bref, Dieu lui-même n'a que faire de solliciteurs qui « invoquent son nom témérairement ». Le droit, la morale naturelle et la vraie religion évacuent ainsi, en douceur, le serment de la scène juridique.

111. *Doctrine...* I, III, D, § 40.

112. *Ibid* § 36 p. 178.

113. *Religion...* *Ibid.* W. Godwin : *An enquiry concerning political justice and its influence*

on *general virtue and happiness* (1793), développe le même thème lorsqu'il critique la pratique anglaise du serment probatoire. Comme le montre l'étude de R. Pageard (DC1989, 18 : 138), alors qu'on ne demande aux membres de la noblesse qu'une simple déclaration sur l'honneur, « le serment exigé des témoins appartenant aux autres classes équivaut à la non-reconnaissance par l'Etat des sentiments de justice, de philanthropie, d'humanité qu'ils possèdent comme tout être humain. Le serment substitue une déclaration faite sous l'empire de la crainte à celle qui résulte du sens du devoir ».

114. § 36 Remarque.

115. § 40.

116. Toute la 3<sup>e</sup> section du Livre I, s. III est gouvernée par l'opposition entre « ce qui en soi est juste » et « ce qui est de droit » devant un tribunal (§ 36).

Avec Kant, le serment se révèle comme étranger à la religion chrétienne, fondé sur les garanties imaginaires de la superstition, immoral, injuste, à peine admissible pour des raisons pragmatiques dans le droit positif. On ne s'étonnera pas si les grands civilistes du XIX<sup>e</sup> siècle n'y voient plus qu'une dérisoire garantie.

## Bentham

Comme l'a souligné M. Villey<sup>118</sup>, Bentham est un des très rares exemples de philosophes qui soit aussi un véritable juriste. Il a consacré de très nombreux développements au serment, l'index de l'édition Bowring de ses œuvres complètes ne comporte pas moins de 54 renvois pour le mot « Oath ». Au moins trois de ses ouvrages abordent longuement le sujet, ce sont : « *Swear not at all* » (1817), sous-titré : « an exposure of the needlessness and mischiefousness as well as anti-christianity of the ceremony of an oath »; *Rationale of judicial evidence* (posthume) et *The book of fallacies* (1824). Les deux premiers constituent de véritables petits traités du serment, ils exposent tous les mêmes arguments.

a) *Le serment est absurde ou inutile*

Dans la mesure où le serment contraind la divinité à agir, il autorise n'importe quel homme à dicter ses volontés au tout puissant : « of all the worms that crawl about the earth in the shape of men, (legislators, tyrants or mad men) ...there is not one who may not thus impose conditions on the supreme ruler of the universe »<sup>119</sup>. Le serment rabaisse Dieu puisqu'il fait de l'homme le législateur et le juge, et de Dieu le commissaire et l'exécutant, « man the despot, God his slave »<sup>120</sup>. Bentham sait fort bien que le Droit canonique avait conçu avec une tout autre souplesse l'appel à la divinité, mais pour lui c'est tout ou rien.

Si Dieu reste libre d'agir ou de ne pas agir après son invocation, selon la valeur intrinsèque de la promesse qui lui est soumise, cela est sans doute plus rationnel mais enlève toute efficacité propre au serment. « The effect produced by the oath, considered in and by itself, amounts to nothing ...here is an end of the separate and independent efficacy of the oath »<sup>121</sup>. On revoit ici apparaître l'argumentation de Hobbes et Pufendorf sous une forme radicalisée. L'alternative est donc : ou un serment efficace mais absurde, ou un serment rationnel mais inutile.

117. § 40.

118. Dans sa *préface à La philosophie juridique de Jeremy Bentham* de M. El Shakankiri, Paris 1970.

119. *The book of fallacies*, I, 3, 2, Complete works T.8 p. 408.

120. *Swear not at all*, § 1, Complete works T.V p. 192; *Rationale of judicial evidence*, II, 6, 2, Complete works T.VI, p. 309, § 6, p. 318.

121. *Rationale of judicial evidence*, p. 310; *The book of fallacies*, p. 408; *Swear not at all*, p. 192.



b) *Le serment est contraire à la philosophie rationnelle de la peine.*

Pour Bentham, on le sait, rien n'est en soi un bien ou un mal. Sont des biens les choses qui maximisent, hic et nunc, l'intérêt général avec le minimum de sacrifice pour l'intérêt privé et, inversement, sont des maux celles qui minimisent, hic et nunc, le service de l'intérêt général. Cette définition subjective des valeurs implique une relativité de tous les biens et maux en fonction des divers contextes envisagés. Bentham propose donc une doctrine de la peine qui vise la prévention des seuls effets in concreto des pratiques nocives.

Le droit pénal ne doit pas punir uniformément, car il n'existe pas de pratique dont on puisse caractériser in abstracto la nocivité. Par exemple : le mensonge, « it changes its colour according to the nature and substance of the offense to which it is rendered or endeavoured to be rendered subversive »<sup>122</sup>.

L'absurdité du parjure vient au contraire du fait de l'opacité de la cérémonie du serment. Les paroles sacramentelles et la révérence due à l'Invoqué contraignent à traiter de manière égale (comme offense de lèse-majesté divine en général), tout parjure quelle que soit son occasion civile concrète. Par exemple : sur le seul terrain du faux-témoignage civil, le droit anglais détermine les peines selon la gravité des conséquences du mensonge : une peine criminelle, si le témoignage a fait condamner un innocent à une peine capitale, une peine très légère, s'il a fait condamner un innocent à une amende. Par contre, dans les mêmes cas si un serment a été interposé, la culpabilité ne peut être différenciée, « for in both cases the ceremony is the same; and in both cases it is violated and profaned »<sup>123</sup>.

c) *L'origine des serments*

Le serment est absurde et de plus, il est interdit par Jésus. Bentham montre en reprenant les textes classiques de l'*Ancien testament* que Dieu y déclare en substance : « vous ne jurerez pas fausement par mon nom »<sup>124</sup>; alors que dans le *Nouveau testament* Jésus dit : « vous ne jugerez pas du tout »<sup>125</sup>. Un problème naît alors : comment se fait-il que des serments existent, puisque le principe d'utilité postule qu'aucune institution ne peut apparaître sans satisfaire un intérêt. « In the case of this as of other institutions, the final cause must be to be looked for, in the particular interests of those by whom they were set on foot »<sup>126</sup>.

Bentham est conduit par ses propres principes relativistes à admettre que ce qui n'est pas rationnel (c'est-à-dire propre à la maximisation de l'intérêt général), pour nous modernes, pouvait l'être autrefois, dans d'autres conditions. Il oppose alors deux stades de l'humanité : barbare et civilisé, et

122. *Swear not at all*, § 14 p. 220.

123. *Rationale...* p. 309; *The book...* p. 408.

124. *Exode*, XX-7; *Lévitique*, XIX-12; *Deutéronome*, V-11. André Lemaire a montré la valeur « constitutive » du serment pour l'ancien Israël. Inséparable du thème de l'alliance (p'rit), il est au cœur de toutes les institutions « de la famille, aux relations internationales », infra et DC 1988, 15/16.

125. *Matthieu* V, 33-38; *Jacques* V-12; La discussion des textes est conduite dans : *Swear not at all*, § 13, p. 219-20.

126. *Swear not at all*, § 15, p. 221.

pose en ces termes le problème de la rationalité des serments barbares : « In the early and barbarous state of the species, anterior consequently to the days of history – take any number of human beings connected by no other ties than those of vicinity – could they or could they not have been knit together in the bonds of political society, and thence gifted with a till then unexperienced degree of security, without the aid of (oath) or other kindred instruments? If not, the preponderance on the side of utility seems to be out of the reach of dispute »<sup>127</sup>. Par exemple, si les Grecs faisaient grand usage du serment, c'est qu'il était conforme à leur intérêt général : sans serment, Thésée n'aurait pas pu unifier l'Attique<sup>128</sup>. Le serment de Jephthé, lui-même, était pris dans une structure rationnelle car le sacrifice de sa malheureuse fille montre qu'aucune casuistique aux mains du pouvoir civil, ne pouvait entamer l'autorité du pouvoir religieux, elle-même absolument nécessaire pour limiter et empêcher (dans une théorie du check and balance) les débordements arbitraires d'un chef en guerre<sup>129</sup>.

Mais alors le problème rebondit, comment se fait-il que dans le monde civilisé, qui possède des pouvoirs civils sûrs et limités institutionnellement, les serments se soient perpétués? Bentham répond en constatant d'abord que le serment est entré en décadence; mais surtout il montre que la force des serments est l'objet d'une illusion concernant leur fondement. On croit que c'est la religion qui fait leur force principale, alors que sous l'apparence de la religion travaille un sentiment purement social. « What gives an oath the degree of efficacy it possesses, is, that in most points, and with most men, a declaration upon oath includes a declaration upon honor : the laws of honour enjoining as to those points the observance of an oath. The deference shown is paid in appearance to the religious ceremony, but in reality it is paid, even by the most pious religionist, much more to the moral engagement than to the religion »<sup>130</sup>. L'honneur social est à l'œuvre sous la révérence pour le divin, la publicité des serments en est, en fait, une condition essentielle. Le gage réel est la peur de l'infamie du parjure, la peur du mépris et de la haine des partenaires sociaux, la crainte « de la sanction morale ou populaire » (ibid). Bentham pointe ici avec beaucoup de justesse que si le serment fonctionne toujours avec de la transcendance, celle-ci peut ne pas être nécessairement théologique. Le prophète de l'utilitarisme a ainsi préparé le champ à une interprétation renouvelée du phénomène; nous allons y revenir.

L'époque du triomphe de la subjectivité a été massivement celle de l'éclipse théorique du serment. Philosophes et juristes s'y sont montrés d'accord, pour des raisons empiriques (perte de la révérence pour le divin) et pour des raisons de fond que nous avons analysées, pour laisser s'éteindre cette institution vénérable, en lui concédant toutefois quelques rôles bien circonscrits.

Mais, dès la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle, la philosophie de la subjectivité connaît une métamorphose qui n'a pas cessé de conduire la pensée sur des chemins renouvelés. L'absolu et l'éternel métaphysiques perdent leur statut de prin-

127. Ibid.

128. Ibid p. 221-22.

129. Ibid p. 222-23.

130. *Rationale...* p. 312.



ne renforce pas la subjectivité monadique, au contraire elle se faille et se révèle comme finitude. La découverte de l'intersubjectivité, puis plus tard celle de l'inconscient radicalisent la finitude du sujet. Ce nouveau cadre philosophique, — qui est le nôtre — modifie-t-il la situation du serment ? D'autre part, comment interpréter le fait qu'au moment même où les juristes qui préparent le Code civil sont tentés d'exclure du Droit tous les serments, on voit apparaître, dotés d'un grand prestige et d'un rôle essentiel de multiples serments civiques ? Telles sont les questions qu'il nous faut maintenant aborder.

## SERMENT ET FINITUDE

Dans les analyses que nous avons examinées jusqu'ici, la métaphysique occidentale, à quelques exceptions près, envisage le serment comme un lien entre une volonté humaine et une volonté divine, dans le cadre d'un rapport du lien social avec la transcendance entendue sur un mode théologique. Mais l'altérité sacrée se révèle capable de métamorphoses (faut-il dire d'avatars ?). A la divinité chancelante peut se substituer un autre absolu : le social lui-même.

## La transcendance du social

L'époque qui réduit les serments dans le droit civil est aussi celle qui les multiplie comme condition de la société politique. Comme si, tout ce que la raison avait conquis de longue lutte dans le droit des obligations et de la preuve se révélait bien trop fragile pour contenir les ébranlements fondamentaux du corps social dans son entier. La Révolution française — moment par excellence où le lien social fondamental est devenu problématique — a ainsi donné la plus grande place au serment<sup>131</sup>. Comme le remarque F. Billacois, dans le serment civique révolutionnaire, il n'y a pas d'autre sacré à quoi l'on se réfère, sinon la société elle-même et celle-ci n'existe que par le geste initial du serment fondateur. Paradoxe qui n'est pas sans rappeler celui du contrat fondateur chez Rousseau<sup>132</sup>. Or, le serment, mieux que le contrat permet de lever ce cercle vicieux, en ce qu'il rapporte explicitement l'individu au nexus social, comme à une nouvelle transcendance.

131. La scansion révolutionnaire s'exprime comme autant de serments : serment du Jeu de Paume (20/6/1789), serment de la fête de la Fédération (14/7/1790), serment de la Constitution civile du clergé, serment du 17 août 1792 où l'on jure de « maintenir de tout son pouvoir la liberté et l'égalité ou (de) mourir en les perdant » etc. (Jacques Bernet et Claude Langlois); M. Ozouf : article : Fraternité in *Dictionnaire critique de la Révolution française*, Paris 1989.

132. Dans le *Contrat social* I, 6, le contrat est passé entre chaque individu et la totalité sociale, alors que celle-ci est instituée par le contrat, donc une fois celui-ci passé. C'est une des formes de ce que les logiciens appellent le paradoxe auto-référentiel.

Ce nouveau type de serment a trouvé son théoricien avec la *Critique de la raison dialectique* de J.P. Sartre. Dans un isolement remarquable, Sartre a présenté une genèse du lien social dont le moment médiateur essentiel est le serment (Dominique Seglard).

Il se propose de montrer comment peut naître un « authentique » lien social, celui d'un quasi-organisme structuré, solidaire et surtout unifié intériorisé par des objectifs communs — qu'il appelle le groupe — à partir de la structure du « champ pratico-inerte »<sup>133</sup>, qui ne peut « envisagé en général et a priori, susciter par aucune de ses contradictions la forme de socialité pratique (du) groupe »<sup>134</sup>. Le champ pratico-inerte n'est pas un état de nature, en ce sens que c'est toujours un état social. Mais, il ne connaît comme puissance d'unification que des forces (individus, conflits, situations objectives de rareté) qui laissent les individus « sérialisés », séparés et sans finalité identiquement partagée. Or, il s'agit de penser, une totalisation où « la multiplicité des épicentres et des fins (individuelles) ...se fait organiser, comme déterminée par un objectif synthétique »<sup>135</sup>. La seule instance, le seul tiers<sup>136</sup>, qui peut substituer à la souveraineté des « épicentres » le pouvoir d'un groupe qui ne renie pas leur liberté, est le serment.

Sartre établit cette conversion en réfléchissant sur l'expérience des foules révolutionnaires, tout particulièrement celle du Faubourg saint Antoine, au cours du printemps et de l'été 1789<sup>137</sup>. L'analyse part de formes embryonnaires de regroupement : les coalitions informelles d'individus en lutte contre un ennemi commun (l'entrepreneur Réveillon, la Bastille, l'ordre ancien) qui joue le rôle de tiers socialisant. Ces « groupes en fusion », sans chef, voient leur absence d'organisation suppléée par la libre ubiquité de chacun des « moi » qui les composent. Mais, justement, ce qui leur tient lieu de lien est trop fragile, trop immanent pour structurer et faire durer le groupe. C'est en ce point que nous voyons apparaître le serment<sup>138</sup>. La conception de Sartre vient à montrer que par une convergence de serments, le groupe constitue sa première armature, face à la désagrégation dont la liberté de ses membres le menace toujours. Le serment vient perpétuer par une « inertie jurée », la fusion évanescence qui l'avait précédé. « Le serment est réciprocité médiée ... le passage nécessaire d'une forme immédiate, mais en danger de se dissoudre, à une autre forme du groupe, réflexive mais permanente... Il crée une inertie factice qui le protège contre les menaces du pratico-inerte »<sup>139</sup>.

133. Par champ pratico-inerte, Sartre désigne un espace de pratiques où les individus n'ont qu'une unité partes extra partes, due à des déterminismes de toute nature qu'ils éprouvent comme autant d'altérités. La totalité n'y est jamais voulue comme projet synthétique, comme praxis du groupe en tant que tel. Mais tout collectif comporte un ratio variable de pratico-inerte et de praxis, le problème de Sartre est de comprendre comment la praxis peut dominer durablement le danger permanent d'une retombée dans la causalité « réifiante » et « sérialisante du pratico-inerte. Sur cette notion p. 306 sq.

134. *Critique...* T.I. Paris 1960 p. 376.

135. *Ibid* p. 398.

136. En nette opposition avec la théorie du contrat social, la philosophie sartrienne de la souveraineté des consciences (maintenue depuis *L'être et le néant*), fait toujours surgir l'ordre, la loi, le nexus social d'un tiers médiateur.

137. *Critique...* p. 387-401.

138. *Ibid* p. 439-459.

139. p. 439-40.



mort qui répugne au contrat et qui est consubstantielle au serment. Les engagements jurés confèrent un droit absolu de tous sur chacun, dont l'horizon ciellement compensée par une peur nouvelle de détruire le groupe lui-même. « L'essentiel c'est que la transformation (effectuée par le serment) réside dans le danger de mort que chacun court au sein du groupe, en tant qu'agent possible de dispersion »<sup>140</sup>. La transcendance s'introduit dans le groupe comme terreur salutaire qui s'exercera contre les défaillances des membres, contre les retombées dans l'isolement de la liberté individuelle. Sartre lie donc le nexus social à la transcendance et à la mort par la médiation du serment.

Il effectue ici, d'une manière qu'il faudrait comparer avec Durkheim, une déduction purement humaniste de la transcendance inhérente au social. Peu importe finalement les masques de la transcendance : que les acteurs sociaux le mettent en jeu sous la forme de la croix, de la Bible ou de Dieu lui-même, le rationnel du serment reste un pouvoir absolu de l'homme sur l'homme, dans la réciprocité, pour prévenir la dissolution mortelle du groupe<sup>141</sup>. Par un renversement typiquement sociologique, Sartre renvoie le pouvoir sanctionnateur du Dieu des serments à sa vérité terrestre et sociale : la nécessité d'un bourreau. « Dans une société profondément religieuse... l'engagement envers Dieu n'est qu'un substitut de l'intégration immanente. Dieu se fait l'exécuteur des hautes œuvres du groupe, il est si l'on veut le substitut du bourreau »<sup>142</sup>.

Aussi critiquable qu'elle puisse paraître par ailleurs<sup>143</sup>, la *Critique de la raison dialectique* renouvelle de trois façons la théorie du serment. 1) Elle rend compte du fait massif de la présence de serments à base de mort, dans les sociétés les plus diverses et en propose une explication rationnelle. 2) Elle montre que la transcendance nécessaire au serment peut survivre à la mort de tous les dieux. 3) Elle prend au sérieux la finitude du sujet humain, son incapacité – quoique libre – à se réformer sur lui-même comme auto-suffisant et inscrit en ce lieu sa théorie de l'inertie jurée.

### L'éclipse du sujet

Si le sujet moderne – disons jusqu'à la Philosophie des Lumières – se caractérise par sa préention à être le « sous-jacent » et par son idéal de spon-

140. p. 448.

141. p. 449.

142. p. 450.

143. Le lecteur imbu des « droits de l'homme » ne peut pas lire sans frémir le passage

suivant (entre autres) : « Peu importe qu'on établisse (un droit), des statuts, que l'on crée des organes de contrôle et de police où que le serment revienne tout simplement à donner à chacun, en tant que membre du groupe, un droit de vie et de mort sur chacun en tant qu'individu ou que membre d'une série. L'essentiel c'est que la transformation réside dans le danger de mort que chacun court au sein du groupe, en tant qu'agent possible de dispersion » *Critique...* p. 448. Au demeurant la « liberté » maintenue dans le groupe « assermenté » se limite à accepter à l'avance, sur la base de la réciprocité, d'être pendu si l'on est parjure.

finitude vient rompre cette lignée. Ce sont les post-kantiens qui en développent très vite les conséquences éthiques<sup>144</sup>.

Dès 1786, avec Fichte, l'individualisme monadologique fait place à l'idée d'incomplétude radicale de l'individu. « L'homme (de même que tout être fini en général) ne devient homme que parmi les hommes... Le concept d'homme n'est donc pas véritablement celui d'un individu, car c'est là quelque chose d'impensable »<sup>145</sup>. L'homme ne s'atteint que dans l'intersubjectivité : la conscience ne peut plus boucler sur elle-même, elle est radicalement impliquée dans son être même par un être autre. Hegel montrera dans l'individu particulier « l'esprit incomplet »<sup>146</sup>, et fera surgir le vœu fondamental des individus : le désir du désir de l'autre, le désir de reconnaissance<sup>147</sup>. La philosophie ne devait plus revenir sur ces thèmes. La finitude, l'intersubjectivité constituante, l'inconscient dominant aujourd'hui la pensée du sujet. Caractérisons brièvement ce mouvement et, à l'aide de E. Levinas demandons-nous, pour terminer en quoi il peut affecter une pensée du serment.

La détournée de la subjectivité pleine, autonome, maîtresse d'elle-même, source de ses actes, toute remplie de son immanence à soi est consommée dans les sciences humaines. Marx, Nietzsche et Freud et leurs successeurs ont montré que les certitudes de la subjectivité classique étaient des illusions. La conscience n'est pas une instance fiable, elle est de toutes parts cernée par l'inconscient. Sa prétention à se ressaisir et à dire un véritable « je » est intenable. Le moi est prisonnier des captations imaginaires et quelque chose de la subjectivité classique lui suivent seulement par le langage. Effet d'un langage qu'il ne maîtrise pas, le sujet est essentiellement à distance de lui-même. Comme le dit Levinas, avec les sciences sociales contemporaines : « la congruence de l'humain avec soi est devenue impossible, comme si l'interiorité du sujet ne se fermait plus de l'intérieur... comme si l'interiorité n'était plus rigoureusement intérieure »<sup>148</sup>. Désormais, l'immanence du sujet ne peut plus se séparer d'une transcendance qui l'affecte radicalement : autrui, le langage, la culture. Non pas que ces instances le « modifient » (comme dans le rationalisme classique qui promet toujours au sujet la maîtrise de ses conditions), mais au sens où il est impensable sans elles.

C'est ici que Levinas est précieux. Il montre qu'en rompant avec les illusions de l'autonomie, les sciences humaines iconoclastes ont créé les conditions d'une véritable pensée du sujet. Ce qui est mort, c'est le sujet monade, monadé parmi d'autres, le sujet fragment d'être plein. Mais le sujet authentique – celui qui « tranche dans l'être » – n'est-il pas celui qui est fragile, ouvert sans échappatoire sur le dehors et l'altérité. La dignité du sujet ne repose-t-elle pas justement sur cette incapacité de certains êtres à s'en-

144. Sur la question de savoir si la *Critique de la raison pratique*, anticipe sur ce mouvement ou « retombe » dans la notion d'une subjectivité restituée dans son infinité ou son absolutité pré-critique, on lira les positions contrastées de E. Cassirer et M. Heidegger in *Débat sur le Kantisme et la philosophie*, Beauchesne Paris 1973.

145. *Fondements du droit de nature*, trad. A. Renaut, Paris 1988.

146. *Phénoménologie de l'esprit*, trad. Hyppolite, T.I., préface p. 26.

147. Ibid I, p. 54sq.

148. *Humanisme de l'autre homme*, Paris 1972, p. 96-97.



fermer du dedans. Autrement dit, l'alternative n'est pas ou la transcendance « aliénante » ou l'immanence. Il existe pour le sujet un autre statut : celui d'une immanence pétrie d'altérité, en définitive le modèle que Husserl avait pensé avec « l'intentionnalité ». En ce sens la constitution intersubjective du moi ne dissout pas le sujet, elle lui donne sa vraie dimension<sup>149</sup>. Une partie de lui-même est bien hors de lui puisqu'il est posé par autre chose que lui, mais pour autant il n'est pas aboli, il implique en soi-même cette transcendance de l'ordre symbolique et social que désormais aucune réduction métaphysique ne peut ramener à une aliénation de lui-même.

Si telle est bien notre situation philosophique, on peut penser qu'elle n'exclut pas, par principe, la possibilité des serments.

Revenons à l'expérience. Prêter serment, c'est sans nul doute prendre distance avec soi pour promettre, chercher un appui dans une altérité. Alors que dans la promesse pure, le sujet rentre en lui-même pour s'identifier à son dire; avec le serment il admet ses failles et en fait des ressources. Il se sait vulnérable et impliqué par autre chose que « lui ». Il convoque ou met en gage ce qui ne lui appartient pas, mais est le plus précieux pour lui dans les relations sociales : la conscience morale et l'honneur<sup>150</sup>. Ces qualités ne se possèdent pas comme des choses, mais peuvent sans cesse se perdre. Elles ne peuvent qu'être visées ou se mériter, comme ce qui autre que le sujet lui donne pourtant sa véritable existence.

Tournons nous vers des exemples juridiques contemporains. Lorsque les jurés prêtent serment devant les cours d'assises françaises, ils jurent de se décider avec impartialité, mais encore avec : « la fermeté qui convient à un homme probe et libre ». La formule renvoie à un modèle d'homme, à la force d'âme que doit posséder un être libre et à cette persévérance dans un choix dicté par une détermination interne dont peut s'honorer celui que la société a placé en tiers dans un conflit qu'elle doit résoudre. Le juré jure au nom d'un idéal auquel il doit s'exhausser. La formule lui intime d'être digne de posséder ces qualités ou de se laisser transir par cet idéal. Il jure donc sur son honneur d'homme capable de promettre et de dire le vrai<sup>151</sup>. La sanction de ce parjure repose sur le mépris qu'une conduite contraire au modèle peut engendrer dans l'environnement social et dans la dévalorisation de soi qui peut en redoubler les effets : sanction sociale et/ou sanction d'une intersubjectivité intériorisée.

Le Président de la République tchécoslovaque jure « sur son honneur et sa conscience » de respecter les institutions. Ici le gage est explicite, l'exposition au danger de la déconsidération et du mépris de soi clairement exprimés<sup>152</sup>. Tout ceci est fragile, dira-t-on sans doute. L'effacement des Dieux

149. Lévinas Ibid p. 53-57; 82-83; 102-106.

150. La loi du 9/9/1835 déterminait déjà, pour le libellé des bulletins de vote des jurés d'assises, la formule suivante : « Sur mon honneur et ma conscience, ma déclaration est... ». Cette formule est aujourd'hui présupposée par tous les serments, attestations sur l'honneur ou déclarations solennelles, (B. Beignier).

151. Nietzsche a montré ce qu'il y avait d'héroïque dans la notion d'une humanité capable de tenir sa parole, *Généalogie de la morale*, 2<sup>e</sup> diss. I-3.

152. Très rares sont au demeurant les pays où le droit constitutionnel ne prévoit pas un serment solennel et public pour les plus hautes autorités à leur entrée en fonction.

laisse le droit hésitant sur la détermination des conditions institutionnelles qui sanctionneraient comme telle l'infamie résultant de la confiance sociale trahie<sup>153</sup>.

Mais, considérons encore ceci. Ne voit-on pas, le droit des obligations le plus contemporain, décisions après décisions, refaire une place au serment ? (Jacqueline Fauchère). Tous les jours, les juridictions qui connaissent des conflits du Droit international privé admettent des « gentlemen agreements » (portant de surcroît sur des intérêts considérables), qui ne sont que des conventions mettant en gage l'honneur et la considération des parties, c'est-à-dire leur dignité de partenaire possible dans un échange. B. Oppetit remarque qu'en droit interne, la jurisprudence donne parfois aux « engagements d'honneur » une portée supérieure au contrat<sup>154</sup>. Comme en plein Moyen-Age, les cours supérieures admettent même qu'un serment peut faire ce qu'un contrat ne pourrait pas ou même ce qui est contraire à l'ordre public<sup>155</sup>.

Ces faits, sans parler des innombrables attestations sur l'honneur que demandent les administrations les plus diverses, montrent l'étonnante (à première vue) persistance du serment. Ceci serait inexplicable si la révérence pour les dieux en était la condition de possibilité incontournable. Mais, dès l'instant où la transcendance, sous de nouvelles formes continue à se tenir au plus près de l'existence humaine, on ne voit pas pourquoi, les mœurs et le Droit n'en feraient pas une ressource, pour fonder des attestations et donner du crédit à certaines promesses.

153. Encore que les articles 361 à 366 du *Code Pénal* édictent de lourdes peines pour les serments assertoriques devant les juridictions civiles et criminelles. La question se pose de savoir si elles sont infamantes, ou vont le rester avec la réforme en cours du *Code Pénal*.

154. B. Oppetit : *L'engagement d'honneur*, chronique XVII, Dalloz, 1979.

155. Par exemple : un partage de clientèle entre médecins (contraire au code de déontologie) Conseil d'Etat 13/7/1962 Dalloz 1962-587; une renonciation à réduction de pension alimentaire (contraire à l'ordre public) Cassation 27/11/1985; RTDC 1986 p. 750.