

DOCTRINE JURIDIQUE ET ÉTHIQUE

DE LA DÉLIBÉRATION

L'ÉCLAIRAGE TALMUDIQUE

PAR

Raphaël DRAÏ

Professeur à l'Université de Picardie Jules Verne

L'ère démocratique a rapproché du citoyen dont elle requiert l'existence réelle et non pas fictive les grands principes qui jadis étaient réservés aux Dieux et aux monarques, principes auxquels ne pouvaient accéder, sous les modalités d'une mystagogie, que les seuls initiés, prêtres, sibylles ou hierophantes. Mais le temps mental n'est pas synchrone au temps historique, linéairement décompté. Au siècle dernier, Kafka pouvait démentir ce "démocratisme", en rappelant dans des récits énigmatiques, étrangement inquiétants, que la Loi restait encore lointaine et inabordable pour le commun des hommes, sidérés à la seule pensée de devoir en écarter les Portes. Cependant tout au long de l'Histoire dite occidentale le principe d'une personnalisation de la Loi s'est lentement inculqué. Si les juges pouvaient être considérés comme les homologues des prêtres, officiants sacerdotaux de la Loi, l'accès à la connaissance et au commentaire de celle-ci s'est également ouvert à ceux qui, sans exercer directement le ministère du culte initiatique, pouvaient avoir quelque lueur concernant le Permis et l'Interdit. La Doctrine, ou connaissance de la Doxa, devenait ainsi compagne de la philosophie et de la jurisprudence. Ce compagnonnage ne peut faire oublier cependant la singularité persistante de la position du docte et du docteur. La connaissance que celui-ci peut avoir de la loi est-elle effective, applicable en milieu inter-humain, ou seulement théorique, entendons : contemplative, exigeant que l'on porte toujours dans les yeux le regard sans pareil des Dieux ? Dans ce cas s'agit-il encore d'une connaissance véritable, accessible aux sciences humaines et sociales ? Par ailleurs le soliloque -serait-il quasi divin- du docte avec la Loi, celle qui doit régir l'existence collective et la placer sous le signe soit de la

volonté divine soit de la Souveraineté nationale qui y fut parfois subrogée, ce soliloque ne risque-t-il pas, précisément en raison de ce caractère subjectiviste, intimiste voire claustal, de se dégrader en ventriloquie juridique ? Si l'opinion juridique est éminemment socialisable, par sa cause et ses effets, comment un individu peut-il s'arroger la doxa, et par suite ériger son opinion en doctrine, intellectuellement opposable *erga omnes* ?

La question se complique dès lors qu'il s'agit, au surplus, de l'élaboration de la doctrine en droit privé, autrement dit de cette partie du droit qui n'est censée régir que les relations directement interpersonnelles, qui ne doit réguler que les seuls intérêts qualifiés tautologiquement de "privés", c'est-à-dire dont n'aurait pas à connaître -ou pas directement- la Puissance publique. Mais un droit privé n'est-ce pas une contradiction dans les termes ? A moins que cette expression ne reflète qu'une conception patrimoniale du droit qui n'oserait s'avouer en tant que telle sans aussitôt jeter une ombre sur l'idéal démocratique à quoi elle se rattache comme l'un des rameaux de l'arborescence juridique inhérente à celle-ci ? Confronté d'un coup à ces questionnements préliminaires, l'on serait tenté de formuler sans plus tarder un constat d'impossibilité : à supposer que le droit ne se réduise pas à une formule verbale, comment pourrait-on envisager une activité doctrinale à son propos ? L'exemple du droit hébraïque, abordé d'un point de vue comparatiste et explicité dans le corpus talmudique, permettra sinon de répondre à l'ensemble de ces questions, en tout cas de les laisser ouvertes pour une analyse ultérieure encore plus exhaustive et approfondie. Pour cela l'on se propose d'examiner trois de ses apports principaux : tout d'abord le dégagement de la Loi, de la Thora, réalisé par lui, du domaine numineux et son inscription progressive dans un droit de la socialisation, socialisation allant de pair avec l'instauration d'un véritable droit civil disjoint du droit pénal ; ensuite sa nature essentiellement délibérative qui affecte son origine théologique et qualifie sa dimension éthique ; enfin sa plasticité et son adaptabilité qui ont permis que le peuple juif survive à sa dispersion géographique et que son droit soit resté effectif jusqu'à nos jours parce que ses transmetteurs ont su, si l'on peut ainsi s'exprimer, favoriser l'attitude doctrinale au détriment de la mentalité doctrinaire. Ainsi apparaîtra mieux l'éthique de la délibération qui inspire dans le Talmud toute position doctrinale, éthique méconnue par ces théologies lapidaires et amnésiques qui affirment que "*le péché d'Israël était la déification de la Loi et la légalisation de Dieu*". Ce faisant, c'est également aux références explicites ou inavouées d'un certain nombre des théoriciens du droit contemporain que l'on se rapportera, qu'il s'agisse de Perelman ou de Kelsen. Le droit talmudique a souffert pendant des dizaines de siècles d'un discours d'opprobre dont il est temps de le dégager au profit d'une meilleure intelligence de la juridicité proprement dite.

I. - LE DÉGAGEMENT DU NUMINEUX

L'origine du droit reste mystérieuse. A cet égard l'on invoque souvent les fameuses lois non écrites d'Antigone. Mais quelle est l'origine de ces lois elles-mêmes ? Pour partir, cette fois, du droit romain, nul spécialiste de l'étymologie juridique n'a pu déterminer de manière non équivoque l'origine de vocables matriciels tels que *Jus* et *Fas*. S'agirait-il d'onomatopées incantatoires, soupirs extatiques de l'individu en proie à la révélation divine, ou du supplicé remettant son esprit au Juge-Créateur ? Dans l'Antiquité archaïque - l'archaïsme se définissant comme mémoire "ambliope" ou bredouillante-, ce droit numineux était desservi par des prêtres mystagogues qui veillaient sur le Mystère initial et en surveillaient -pour les punir durement- les éventuelles divulgations. La prêtrise et la judicature, deux phases et faces de la même liturgie sacrale, étaient alors assumées par des castes aux sentences allusives. En ce temps là le droit avait pour atmosphère et pour instrument essentiellement la frayeur. En Egypte, Pharaon était la Loi. A Rome, la République oubliée, César se voudra néo-pharaon. Dans tous les cas de la bouche du dieu vivant, de l'Empereur divin, l'oracle surgissait comme la foudre. Face à lui nulle réplique n'était concevable. Qui aurait osé saisir l'éclair dans sa main nue ! Hellénistes et romanistes ont pourtant décrit les processus de démocratisation de la loi et du droit, ce que l'on nommera leur sécularisation et leur laïcisation en évitant de commettre un anachronisme dans l'usage de ces termes. Sécularisation veut dire ici que le droit, ses principes et ses formules, se coulera progressivement dans les formes du temps social au lieu de rester figé dans le chiffre du Mystère atemporel qu'il avait charge de répéter (Gernet). Laïcisation, qu'il fera l'objet d'un enseignement exotérique par lequel il sortira de la caste initiatique, sans devenir pour autant trivial ou profane. Deux exemples pris dans l'oeuvre de Platon -où l'on a voulu voir sinon l'opposition du *muthos* et du *logos*, en tous cas leur bifurcation-, le montreront rapidement.

Le premier concerne le Procès de Socrate tel que le rapporte l'*Apologie* et surtout le *Criton*. L'on se souvient dans ce dernier dialogue de la fameuse *Prosopopée des Lois*. Répondant, pour la refuser, à la proposition de le faire s'évader, Socrate, pour justifier son refus, imagine qu'au moment de sa fuite les lois de la Cité se portent à sa rencontre et lui font reproche de celle-ci. Sans entrer dans le détail de ce dialogue l'on en soulignera le principe. Les Lois, telles que les imagine Socrate, ne sont plus lointaines et inaccessibles, l'on dira jupitériennes. A présent elles s'impliquent dans un débat, se mêlent à une controverse. Certes, Socrate finira par reconnaître leur persistante incommensurabilité au simple citoyen qu'il incarne religieusement. Il n'empêche qu'il y eu débat direct et interlocution singulière. Les Lois ont parlé à la première personne du pluriel. Elles ont questionné Socrate qui leur a répondu à la première personne du singulier. Entre les deux interlocuteurs l'intervalle s'est tellement réduit que la nature même de la relation avec les

Lois s'en trouve transformée. Les lois désormais ont un visage discernable, une consistante identifiable, une configuration descriptible. Elles soutiennent une thèse dans l'aire du logos. La discussion avec l'homme peut s'intercaler dans l'espace qu'elles sont ainsi ménagé entre l'Olympe, l'Hadès et la Cité d'une part, la conscience humaine devenue critique d'autre part.

L'autre exemple concerne précisément le grand ouvrage de Platon : *Les Lois*. Cet ouvrage, l'on s'autorisera à le qualifier de doctrinal. Pourquoi ? Là encore en raison de son principe et de sa structure. Par son principe, puisqu'un être humain, un mortel, s'autorise à discourir publiquement sur les lois et à en faire l'objet d'un examen ; qu'il en reconnaît l'origine divine, mais que cela ne l'empêche plus de les insérer dans l'ordre de la connaissance discursive et de la discussion dialoguée : de la délibération. Par sa structure aussi : à la fois numineuse, reflétée à ce titre par le choix d'un découpage "mystique" en 12 Livres, mais aussi systématique, depuis l'exposition du Prologue jusqu'au détail du règlement de la Pédagogie, favorisant également par cette systématité la discussion rationnelle et l'analyse dialectique, laquelle non seulement rapproche physiquement les Lois de celui qui les discute mais lui permet de les intérioriser intellectuellement. La Parole au service du citoyen et de l'âme pour le bien et la survie de la cité, voilà qui légitime l'activité des doctes, de ceux qui voudront saisir la Doxa comme un flambeau précédant le voyageur de nuit.

Ces deux exemples éclaireront à présent les informations du Droit hébraïque en ce qu'il présente lui aussi deux caractères évolutifs. Le premier sera toujours qualifié de numineux. En ce sens nul ne peut prétendre "connaître" Dieu, de connaissance objective. Le comprendre, le saisir par la pensée. Dieu est incommensurable à la pensée humaine : "Vos pensées ne sont pas mes pensées". Par suite, nul être humain ne peut prétendre non plus connaître l'origine de la Loi pour ensuite se placer à sa source et se l'approprier en invoquant cette prétendue connaissance ultime. Méconnaître l'énergétique du numineux serait risquer la mort. Sans exception de prêtrise. Après l'édification régulée du Sanctuaire, lors de la Traversée du Désert, deux des fils du grand Prêtre Aaron seront foudroyés pour avoir voulu pénétrer dans le Saint des Saints en méconnaissance de cette incommensurabilité. En outre, le caractère divin de la Loi serait-il reconnu sans équivoque, nul ne pourrait malgré tout prétendre la comprendre intégralement. C'est pourquoi à ce jour aucun commentateur, y compris, selon la Tradition juive, le Roi Salomon, souverain à la multiple sagesse, n'a pu donner une explication satisfaisante des Liturgies dites de la Vache Rousse. Cette part d'inconnu fait obstacle au fantasme de toute-connaissance qui nourrit celui de toute-puissance. Dès lors l'ombilic du Sens de la Loi doit rester totalement ouvert. Aucune doctrine ne peut prétendre le recouvrir intégralement comme la pierre des bergers recouvre lourdement la margelle du puits d'eaux vives qu'elle interdit à ceux qui n'ont pas la force de la faire rouler.

Et cependant - paradoxe provocateur - le Dieu de la Bible, le Dieu de la Thora s'implique en même temps dans une communication. Le *Midrash* uti-

lisera dès le premier verset du Livre de la Genèse un mot grec pour qualifier cette implication communicationnelle : Dieu est “pédagogue”. Non seulement il fait signe -dans l’acception héraclitéenne- mais il enseigne : autrement dit : de ce signe il fait part et sens, et cela clairement. Ce qui appelle deux observations essentielles.

Dès le début du texte de la Thora, la Loi est dite inhérente à la création de l’humain dont elle conditionne la pérennité. Mais cette loi est publique. Le Livre de la Genèse ne se contente pas d’y faire allusion. Il en énonce clairement les prescriptions originelles, soit : *“De tout arbre du Jardin, tu pourras te nourrir. Mais de l’arbre de la connaissance bien et mal tu n’en consommeras pas”*. Manger la connaissance c’est encourir la mort. Ce caractère de publicité se retrouvera lors du don de la Thora au Sinaï après la Sortie d’Egypte. Cette fois c’est le peuple tout entier qui en prend publiquement connaissance et qui s’engage à en réaliser le contenu.

Cette Loi ne s’impose pas de soi. Elle fera l’objet d’une proposition de Dieu. Elle ne sera pas imposée par lui de vive force. L’on pourrait même dire qu’aussi bien du côté de Dieu vis-à-vis du Peuple, que du côté de ce dernier vis-à-vis de Dieu elle présente à ce moment un caractère référendaire qui se constitue ainsi :

1. *“Et Moïse monta vers Dieu et Dieu l’appela des Hauteurs disant : “Ainsi parleras tu à la Maison de Jacob et tu le relateras aux Bnei Israël : “Vous avez vu ! ce que j’ai fait à l’Egypte...”*

“Et maintenant si vous écoutez pleinement ma Voix et préservez mon alliance...”

“Vous serez pour moi gage de toute la Terre...”

“Voici les paroles que tu diras aux Bnei Israël...”

2. *“Et Moïse s’en vint et appela les Anciens d’Israël et leur exposa toutes ces Paroles que Dieu lui avait enjointes”*.

“Et tout le Peuple (en) répondit ensemble : “tout ce que Dieu a dit nous l’accomplirons”.

3. *“Et Moïse rapporta les paroles du peuple à Dieu”*.

A cette structure contractuelle et référendaire, il faut ajouter que la Loi qu’elle promulgue en effet ne s’impose pas de soi. Revenant au Livre de la Genèse, l’on remarquera plutôt qu’aussitôt après avoir été conjointe au premier couple humain, elle fait l’objet d’une transgression, puis d’une réparation. Autrement dit, la Loi dont procède le Droit hébraïque est une loi exposée, à la fois support et objet de jugement. Le prêtre devra l’enseigner, le roi l’appliquer, le prophète, en cas de besoin, la réinstaurer. Dans tous les cas

elle est soumise à la discussion, exposée à l'opinion individuelle. Et lorsqu'elle est méconnue ou transgressée elle n'est pas surimposée par la violence divine mais reprise par la pédagogie prophétique dont l'échec, lorsqu'il se produit, sera celui d'une tentative de persuasion, comme l'indique entre tant d'exemples possibles ces paroles du Prophète Jérémie, organe de la réprobation mais aussi de l'espérance divines : *"Ainsi a parlé Dieu, tenez-vous sur les chemins, et voyez (ou enseignez) et demandez aux chenaux du monde : où est la voie du bien ? et allez-y"* (VI, 16). Le droit hébraïque, procédant de cette Thora, donnée par ce Dieu là, laisse donc toute sa place à la possibilité d'une activité doctrinale, celle que le Talmud rapporte à ceux qu'il nomme *Talmidei Hakhamim*, les élèves (des) Savants, ou les Doctes Etudiants. Celle-ci est même instituée implicitement par Dieu lui-même.

II. - LOI DE PROXIMITE ET ACTIVITE DOCTRINALE

Car une fois la loi donnée, déclarée dans ses Dix Paroles matricielles (*dibrot*) et configurée dans ses 613 injonctions principiellles (*mitsvot*), elle relève pour sa compréhension interhumaine, ici et maintenant, du débat entre *Talmidei H'akhamim*, entre Sages, Savants et Doctes. Selon ce schéma là nul ne saurait invoquer une origine divine de la Loi pour la soustraire au débat interhumain. La sortie définitive du numineux est affirmée dès le Deutéronome, après la Traversée du Désert, alors que le peuple des Bnei Israël s'apprête à entrer en terre de Canaan pour y réaliser le programme qui avait justifié sa libération, programme consistant en une réelle alternative aux systèmes esclavagistes de l'Antiquité et qui reposait sur le primat de l'Etat de droit, lui-même réalisé par le respect du *tsedek*, du *"due process of law"*, et de la *tsédaka*, de la justice économique.

A propos de la Loi, le Deutéronome affirme au nom de Dieu : *"Car cette Obligation ci par laquelle je t'oblige aujourd'hui elle n'est pas prodigieuse à ton encontre et elle n'est pas hors de portée. Elle n'est pas dans les Cieux pour que tu dises : "Qui monteras pour nous vers les cieux et la prenne pour nous et nous l'apprenne afin que nous l'accomplissions". Et elle n'est pas dans l'au-delà de la Mer pour que tu dises : "Qui traversera pour nous vers l'au-delà de la Mer, la prenne pour nous , nous l'apprenne afin que nous l'accomplissions"*. Le Deutéronome récuse par avance deux arguments ou deux rationalisations qui feraient obstacle à l'appropriation personnelle de la loi sous le prétexte qu'elle serait "céleste", hors de portée de l'entendement humain, ou trop éloignée physiquement, législation d'outre-monde exigeant risques physiques et mortelles traversées pour son acquisition. Ces deux rationalisations constitueraient le déni ou l'amnésie des événements historiques que sont précisément la Sortie d'Egypte et le don de la Thora au Sinaï, événements que le début du Deutéronome a d'ailleurs récapitulés en rappelant que tous les

Bnei Israël en furent témoins directs. Quelle est alors la position de la Loi après un tel trajet ? Le Deutéronome poursuit : *“Car la chose est proche de toi, extrêmement, en ta bouche et en ton coeur, pour l’accomplir”*. Désormais la Loi n’est pas celée dans les Limbes ou dans le fin fond des cieus. Elle n’est pas non plus dans l’on ne sait quelle Ile aux Trésors, quelle Atlantide juridique. La Loi est “dans la bouche”, autant dire qu’elle est “logisée”, si l’on peut ainsi dire, qu’elle est à la fois cause et effet de langage ; et elle se trouve dans le coeur, également cause et effet de l’attitude éthique, sans quoi la parole serait purement instrumentale, sans conscience de ses finalités. Double position qui souligne en passant l’inanité du cliché coriace selon lequel la Thora se réduirait à un légalisme desséchant et dogmatique, à une pure extériorité sans résonance dans l’affectivité compatissante, légalisme stérile et extériorité aliénante qui seraient les deux sources véritables du dogmatisme occidental.

Cette déclaration deutéronomique a fait l’objet de commentaires du Talmud devenus classiques, commentaires qui doivent nous retenir parce qu’ils mettent l’accent tout particulièrement sur les modalités interlocutoires et délibératives de l’enseignement de la Thora, mais aussi parce qu’ils situent Dieu, considéré en tant qu’origine de “la Norme fondamentale” -au moins dans le droit talmudique, de façon assez inattendue.

Le premier commentaire se trouve dans le Traité *Baba Metsia*, “la Porte médiane”, du Talmud de Babylone qui traite du Droit civil et plus précisément des droits et obligations de voisinage. Quel en est le thème ? S’agissant de la connaissance de la Loi, de la doctrine, et des décisions que cette connaissance peut éclairer, non seulement l’opinion individuelle est permise mais elle est requise. Une mutation mentale et civilisationnelle s’opère explicitement en cet endroit selon une voie bien particulière et qu’il convient de souligner : par la rétrogradation du miracle (mise entre parenthèse de l’intelligence humaine) au profit de l’argumentation (qui, elle, la déploie). En l’occurrence, le débat rapporté par ce Traité du Talmud porte sur la compatibilité d’un certain type de four appelé “*Tanour Aknai*” avec les règles de la pureté et de l’impureté. Dans le décours de la discussion talmudique il faut à ce sujet d’abord relever la polysémie de cette appellation : *Aknai* signifie en effet soit un four tuilé, soit un four construit dans la cité d’Aknai, soit le Four de Dispute, et de dispute serpentine dans laquelle les chaînes du raisonnement sont comparables aux anneaux du reptile s’enroulant autour de sa victime pour la broyer avant de l’avaler. Comment va s’engager puis se dérouler la controverse, dans la terminologie talmudique : la *mah’loquet* à son sujet ?

Pour faire prévaloir son opinion Rabbi Eliêzer le premier présente tous les arguments concevables en faveur de sa thèse. Mais il ne parvient pas à convaincre ses collègues. Afin de surmonter cette opposition qui lui paraît infondée, Rabbi Eliêzer va en appeler au miracle : “*La Loi est avec moi ! Que ce caroubier le prouve*”. Le caroubier cité à comparaître fut en effet déraciné et transporté à près de 100 coudées de son lieu originel. “*D’autres disent 400 coudées*”, ajoute le Talmud. Précision indispensable ou intervention ironique ? Rien n’y fit et ses collègues rétorquèrent : “*Une preuve ne peut être tirée*

d'un caroubier". Deux autres miracles furent malgré tout produits dans la même intention : Rabbi Eliézer fit remonter un cours d'eau jusqu'à sa source puis il faillit faire s'écrouler sur l'assemblée en débat les murs de la Maison d'Etude, murs qui décidèrent d'adopter une inclinaison moyenne : "*afin de ne pas prendre parti dans une discussion qui ne les concernait pas*". Rien n'y fit non plus. La réponse que Rabbi Eliézer s'attira fut invariable : en matière juridique une preuve ne se déduit pas d'un miracle. Rabbi Eliézer ne se décourage pas. Les éléments telluriques s'étant avérés inopérants, il en appelle au jugement des Cieux. C'est alors qu'une Voix Celeste se fit entendre, une *Bat-Kol*, qui s'étonne d'une pareille contestation et croit devoir donner raison à Rabbi Eliézer. Elle s'attire aussitôt une réplique de Rabbi Yeoshoua, qui lui oppose le verset précité : "*Elle n'est pas dans les Cieux*". Objection à la fois de principe et de procédure qu'il convient d'interpréter ainsi : depuis que la Thora a été donnée au Sinaï, l'on ne doit plus prêter attention aux manifestations numineuses qui prétendent l'enforcer. Le principe d'interprétation constitutionnellement valide est le suivant : une décision doit être prise après délibération, selon le principe de majorité. Ainsi est réaffirmé le principe selon lequel la Loi est désormais dévolue à l'intelligence humaine s'exerçant dans le débat interlocutoire, et cela qu'il s'agisse de son enseignement ou qu'il s'agisse des controverses doctrinales qu'elle peut susciter. Recourir au miracle dans ces conditions ne serait qu'une forme régressive de passage à l'acte, la dérogation et la dérogeance de la parole persuasive dans l'esprit humain, lorsqu'il est confronté à l'obligation de la socialisation par la délibération préalable à la prise de décision.

Avant d'éclairer ces dernières indications l'on peut se demander comment réagit face à cette opposition dirimante, l'autre protagoniste, jusqu'à présent non directement nommé, le Tiers implicite d'une pareille controverse portant à la fois sur un objet particulièrement complexe, mais aussi sur les principes mêmes devant régir toute controverse juridique : Dieu, dans cet édifice normatif le référent de la Norme fondamentale. Voici ce qu'indique le Talmud : "*Rabbi Nathan rencontra Elie le Prophète et lui demanda : "Que fit le Saint Béni soit-il en cette heure ?"*". La question méritait d'être posée puisque le refus de se rendre à la position de la Voix Céleste pouvait être ressentie telle une révolte contre la volonté de Dieu au nom de qui elle était présumée s'exprimer. Serions-nous alors face à une récurrence du scénario prométhéen ? Voici la réponse de Elie le prophète, réponse qui appelle une traduction exacte pour des raisons qui ne sont pas, nous allons le constater, seulement linguistiques.

Considérons la traduction habituelle. A la suite de l'objection de Rabbi Yeoshoua : "*Dieu rit et dit : mes enfants m'ont vaincu (nitsh'ouni), mes enfants m'ont vaincu*". Suivant cette traduction seule la mention du rire de Dieu empêche d'évoquer le scénario prométhéen déjà mentionné. Cette observation reste d'une portée limitée car le texte original ne parle pas du rire mais du sourire (*h'ayaakh*) de Dieu. Dans l'univers biblique, à la différence du rire (*tsah'ak*) proche du cri (*tsaâk*), le sourire (*h'ioukh*) désigne toujours une prédominance de la vie (*h'aym*), la résolution sans violence d'une difficulté, sans

blesse narcissique nourricière de rancune. Faudrait-il voir dans cette réaction divinement souriante un dépassement des comportements inhérents à la horde primitive freudienne ou aux conflits ouranides tels que les relate Hésiode dans sa *Théogonie* ? Ce dépassement, en soi, ne serait pas sans signification et sans portée puisqu'il marquerait une immense innovation mentale à propos du débat portant sur la Loi d'Eschylle à Kafka et Freud : la dédramatisation. En fait la réaction de Dieu souriant relatée par Elie le Prophète peut être lue autrement, en rapportant le mot *nitsh'ouni* non pas à *nitsah'on*, le triomphe, mais à *nétsah'*, la profusion, la pérennité, *l'éternité*, à condition de ne pas se faire de celle-ci une image d'immobilité absolue.

En d'autres termes, la pérennité de Dieu et de la Loi -dont il est le donateur à titre gratuit- exigeant de ceux qui la transmettent une gratuité identique, ne dépend plus du miracle considéré comme mise entre parenthèse de la légalité naturelle et viol inévitable de l'intelligence humaine qui en dépend. Le miracle n'est plus la prothèse indispensable de l'esprit humain inapte à la discussion. La pérennisation de l'idée de Dieu et des normes qu'il prescrit dépendent désormais de la délibération rationnelle, de l'échange d'arguments, ce qui nécessite une explicitation préalable de ceux-ci, quelle qu'en soit la complexité, puis leur confrontation mutuelle en vue de leur adaptation réciproque, enfin la prise de décision qu'ils appellent et l'intégration du sens durable, non aléatoire ou volatile, de la décision ainsi légitimée. Prise de décision qui suscite deux autres remarques, technique et psychologique.

La première concerne le principe de majorité déjà mentionné. Dans le droit hébraïque, l'unanimité est toujours considérée comme suspecte car elle laisse présumer qu'il n'y a pas eu discussion suffisamment approfondie d'une objet par nature complexe puisque psychologique et social, objet en effet complexe par définition sans quoi il n'y aurait pas lieu à son propos de débattre et de soutenir des opinions différentes. La seconde concerne la situation de la minorité : cette dernière ne doit pas être considérée comme partie vaincue dans le débat. C'est pourquoi au moins de vue de la régularité de la décision majoritaire celle-ci est assujettie aux conditions suivantes : au moment du délibéré, la présence des minoritaires ; ensuite que l'opinion de ceux-ci soit effectivement transcrite ; puis que les majoritaires fassent preuve de courtoisie vis-à-vis de ceux dont les arguments n'ont pas été retenus en l'espèce et à ce moment, tout cela afin de ne pas transformer le débat en combat.

III - DOCTRINAL, NON DOCTRINAIRE

Le principe de la délibération rappelé il faut à présent en indiquer les modalités pratiques, celles qui lui confèrent son effectivité et son efficacité. L'on commencera par deux indications des *Chapitres des Pères* (ou des Principes) (*Pirkei Abot*) et l'on commentera ensuite un autre passage du

Talmud sur ce sujet. Précisons que dans la structure du Talmud les *Principes des Pères* ont trait aux modalités de transmission intergénérationnelle de la Thora ainsi qu'aux comportements personnels qui rendent la sociabilité possible et la décision de justice, techniquement validée, psychologiquement acceptable et socialement constituante. Dans les *Pirkei Abot* une position doctrinale se place à l'intersection d'un enseignement consciemment reçu et intégralement transmis. Ce qui prévaut désormais à ce propos est donc la structure de l'activité doctrinale. Celle-ci consiste donc dans la liaison d'une tradition fidèlement assumée et d'une innovation exégétique permanente dont les finalités interhumaines ne doivent jamais être perdues de vue comme l'indique le passage suivant des *Chapitres des Pères* qui propose en ce sens une véritable typologie des attitudes doctrinales selon le Talmud :

“Rabbi Yoh’anan ben Zakkai avait cinq disciples : Rabbi Eliézer ben Horkanos, Rabbi Yeoshoua ben H’anania, Rabbi Shimon ben Nathanael et Rabbi Elazar ben Arakh”. Après cette énumération intervient une évaluation : *“Il avait l’habitude de hiérarchiser leurs mérites : “Rabbi Eliézer ben Horkanos est un puits scellé qui ne perd aucune goutte, Rabbi Yeoshoua ben H’anania, heureuse sa généalogie ; Rabbi Shimon ben Nathanael craignait la transgression ; et Rabbi Elazar ben Arakh est comme une source au flux croissant (mayan mitgaber)”*. Ainsi sont qualifiés à la fois quatre types de disciples mais aussi quatre attitudes doctrinales : le conservateur intégral, l’innovateur, le prudent et le créateur progressif. Qui prévaudra selon Rabbi Yoh’anan ben Zakkai ? Voici quel est son propre ordre de mérite et de priorité : *“si tous les Sages d’Israël étaient sur le plateau d’une balance et Rabbi Eliézer ben Horkanos sur l’autre, il l’emporterait sur tous”*.

Au terme de cette évaluation -sur laquelle nous ne tarderons pas à revenir, il semble que l’attitude doctrinale privilégiée en droit talmudique soit celle incarnée par le disciple préféré de Rabbi Yoh’anan Ben Zakkai, à savoir le conservateur intégral, réceptacle de la totalité d’un enseignement -fondements et catalogue de cas-, sans en laisser perdre une seule goutte. L’inquiétude naît pourtant d’un tel classement. Comment, soutenue par une telle autorité, éviter de confondre doctrine et orthodoxie, position doctrinale -celle qui accepte le débat, et position doctrinaire- qui érige en loi la doctrine d’un seul ? Comment concilier le jugement de Rabbi Yoh’anan ben Zakkai et ce que l’on a dit du primat de la délibération dans le Talmud ? Il faut pour cela poursuivre la lecture du chapitre précité des *Pirkei Abot* qui enchaînent aussitôt : *“Abba Shaul dit en son nom propre -ou de sa propre autorité : “Si tous les Sages d’Israël se trouvaient dans le plateau d’une balance et Rabbi Elazar Ben Arakh dans l’autre, il l’emporterait sur tous”*. Quel est le sens de cette dernière opinion ?

Elle intervient précisément au moment où apparaît le risque d’une orthodoxie doctrinale qui s’autoriserait de Rabbi Yoh’anan ben Zakkai. Par sa position dans le texte des *Pirkei Abot* elle s’oppose à ce qui serait une tentative ou une tentation en ce sens. Mais il importe également de souligner sur lequel des quatre disciples précités Abba Shaul fait lui-même porter sa préfé-

rence : sur Rabbi Elazar Ben Arakh dont l'on se souvient qu'il est comparé à une "source au flux croissant". Donc, en situation de choix limite, plutôt que sur la conservation intégrale mais statique Abba Shaul porterait sa préférence sur l'innovation. S'agirait-il alors de la permutation des positions de ces deux maîtres, du passage d'un extrême à l'autre ? Cela eût peut-être été le cas si Abba Shaul avait opposé le disciple préféré de Rabbi Yoh'anana à Rabbi Yeoshoua ben H'anania. En fait Rabbi Elazar ben Arakh conjugue deux aptitudes essentielles : la créativité -qui le fait comparer à une source jaillissante, mais également la maîtrise de soi puisque le flux de la source dont il est question à son propos n'est pas violent et dissipatif mais consciemment progressif, et donc régulé (*mitgaber*). Est-il possible d'explicitier davantage cette dernière attitude ? Au-delà de la métaphore et en termes de comportement interhumain qu'est-ce qu'être une "source au flux croissant" ? Un des tous derniers commentaires des *Pirkei Abot* l'indique nettement : "*Rabbi Meir disait : "quiconque s'occupe de la Thora de manière désintéressée aura le mérite de nombreux événements, et même cela ne suffit pas : l'on peut dire que l'Univers entier lui est équivalent : il est appelé "prochain", aimé, aimant Dieu, aimant les êtres, réjouissant Dieu, réjouissant les êtres... il est comparé à une source qui ne se tarit pas et comme un fleuve au flux croissant et se développant, humble et longanime, et ne s'arrêtant pas aux outrages..."*. Les valeurs requises pour l'approche du divin sont donc homologues sinon identiques à celles requises pour la maîtrise de l'ego et le respect d'autrui. Il n'est de sagesse doctrinale que garantie par cette éthique pratique remarquable en ce qu'elle laisse toujours ouvert l'accès à l'objection et à la contradiction. Le dogmatisme ni l'attitude doctrinaire ne sauraient se prévaloir d'une quelconque théologie monogale et celle-ci ne serait que le masque d'un discours de pouvoir qui ne voudrait pas être reconnu pour tel.

Ainsi se présente l'activité doctrinale dans la Tradition juive dont procède le droit hébraïque discuté dans le Talmud. Cependant le débat rebondit : serions-nous avec l'opinion d'Abba Shaul face à un clivage doctrinal, lui-même porteur de sécession ou de schisme ? Avant de répondre, il importe de rappeler ce qu'est dans le droit talmudique l'éthique de la discussion rationnelle en tant qu'elle fonde la légitimité d'une doctrine par définition exclue de toute absolutisation.

IV - DOCTRINE, ENSEIGNEMENT ET SOCIETE CIVILE

C'est précisément parce que la Loi se réfère à un absolu qu'elle ne peut être discutée de manière "potestative", comme s'il s'agissait en assurant une emprise sur elle de s'emparer du pouvoir qu'elle confère. Qu'indiquent une nouvelle fois les *Pirkei Abot* à ce propos : "*Toute controverse qui ne soit pas désintéressée (i.e. "au nom du Ciel") sa fin est de perdre toute consistan-*

ce. *Toute controverse désintéressée, sa fin est de prendre consistance*". Les *Pirkei Abot* vont appuyer cette assertion par deux exemples tirés de l'Histoire biblique. La première concerne la révolte de Korah' qui avait prétendu s'engager dans une querelle avec Moïse à propos de la Thora, tandis que son intention réelle était de s'emparer du gouvernement d'Israël. Le second concerne au contraire deux des maîtres de la doctrine talmudique : Hillel réputé pour son ouverture, et Shammai réputé pour son rigorisme. Seulement le Talmud ne tranche pas entre ces deux attitudes parce qu'il ne s'agit pas de deux attitudes subjectivement polémiques, narcissiquement investies et, de ce fait, antagonistes. Il s'agit de deux manières, également valables de comprendre la Thora dans sa plurivocité et d'en recevoir l'irradiation intellectuelle, irréductible à une formalisation unique, dogmatique. Dans ce cas l'attitude doctrinale, correspondant à l'élaboration d'une opinion épistémologiquement opposable se dégraderait en attitude doctrinaire dans laquelle l'autorité invoquée ne serait en fait, comme on vient de le voir, qu'une volonté de pouvoir qui se soustrairait à sa mise en question(s).

Quelles sont alors les modalités de la délibération éthique correspondant à cette plurivocité de la Thora ? Le Talmud (Traité *Eroubin*, 5b et suiv.) reprend le verset précité du Deutéronome à propos de la Thora : "*Elle n'est pas dans les cieux*", verset qu'il interprète de cette manière : elle n'est pas dans l'esprit de l'orgueilleux et du vaniteux, de quiconque se permet de contempler ses concitoyens comme si, lui, était un aigle et, eux, des animaux rampants. La Thora est enseignement, et cet enseignement est communication, communication psychologique et sociale. Elle est enseignement : *limoud*, comme l'indiquent les modalités de sa transmission à Moïse et par Moïse.

Moïse recevait l'enseignement de Dieu dans la Tente de la Rencontre. Ce qu'il avait ainsi reçu, il le transmettait d'abord à son frère Aaron, le grand Prêtre, ensuite Aaron s'asseyait près de Moïse. Signe de son acquiescement. Puis entraient les enfants d'Aaron : Eleazar et Ithamar, Moïse leur donnait son enseignement puis Eleazar se plaçait à la droite de Moïse et Ithamar à sa gauche. Ensuite entraient les Anciens et Moïse leur transmettait son enseignement. Enfin entraient le peuple et Moïse lui transmettait aussi son enseignement. Le Talmud souligne les particularités de cette succession. En premier lieu, loin de désigner une quelconque supériorité de Moïse et d'Aaron habités par l'esprit de caste, il insiste sur le fait qu'Aaron était ainsi en position d'entendre quatre fois l'enseignement de la Loi, ses enfants trois, les Anciens deux et finalement le peuple une fois. Plus éminente est la responsabilité, plus profonde doit être l'inculcation de la Loi qui la soutient et l'oriente. Mais cette précaution n'entraîne-t-elle pas le risque de répétition et de ressassement ? Après que le peuple avait entendu son enseignement, Moïse sortait à son tour et Aaron dispensait le sien. Puis celui-ci sortait et ses enfants lui succédaient. Et ainsi de suite jusqu'au peuple. Après quoi, le peuple sorti, commençait la discussion généralisée de la Loi comme l'indique encore le Talmud : "*Il était enseigné à l'école de Rabbi Anan à propos du verset : "Vous qui montez de blanches ânesses, qui vous asseyez sur des tapis résistants, et vous passants du chemin, discutez"*". Que signifie cette énumération ? *Ceux qui montent de*

blanches ânesses, se rapporte aux élèves des Sages qui voyageaient de ville en ville et de province en province pour enseigner la Thora. *Blanches* parce qu'ils devaient en clarifier la connaissance comme la lumière de midi, assis sur des *tapis résistants*, parce qu'ils rendaient justes jugements en souci de la vérité ; *passants* se rapporte à la Thora Ecrite ; du *chemin*, à la Loi Orale (*Mishna*), *discutez* se rapporte aux étudiants du Talmud. Comme on peut le constater, tout ce commentaire met l'accent sur la diffusion, la communication, le débat pluriel mais aussi conjonctif. La discussion polémique, celle qui naît de l'attitude doctrinaire et qui, réversiblement, l'engendre, est récusée et proscrite dans la suite du commentaire talmudique : "*Rabbi Shezbi disait au nom de Rabbi Eléazar ben Azaria : que signifie le verset : "La duperie ne rôtit pas son gibier" ? Le chasseur rusé ne vivra pas longtemps*". La connexité des deux commentaires, l'un sur les modalités de l'enseignement communicationnel, l'autre sur la vaine activité du chasseur, met en évidence leur objet commun : le protagoniste d'une discussion délibérative ne doit pas se comporter comme un chasseur face à une proie qu'il doit abattre ou capturer. Car à chasseur chasseur et demi, et lorsque la discussion se dégrade en controverse prédatrice elle aura tôt fait de se transformer en affrontement destructeur et meurtrier.

C'est pourquoi, toujours dans la suite de ce commentaire talmudique, Rabbi Abba va déduire de l'ordonnancement de l'enseignement de la loi par Moïse une règle pédagogique essentielle : "*D'où pouvons-nous déduire qu'un homme (un homme et non nécessairement un maître) doit enseigner son élève, c'est-à-dire lui transmettre son savoir jusqu'à ce qu'il soit certain de sa compréhension ?*". Du verset : "*Et tu l'enseigneras aux enfants d'Israël*" ? Et d'où pouvons-nous déduire qu'il devait le faire jusqu'au moment où il était sûr que l'élève avait compris la structure interne du raisonnement au point d'être capable à son tour de l'exposer ? Parce qu'il est dit : "*Et tu la mettras en leur bouche*". Et d'où déduisons-nous qu'il devait aussi leur en donner un enseignement personnalisé, non anonyme ou indifférencié ? : Parce qu'il est dit : "*Voici les règles de droit positif (michpatim) que tu placeras face à eux (liphnéhem)*". En face à face et non pas de manière impersonnelle. Tout comme Dieu parlait à Moïse : face à face, ce que la Tradition juive explique ainsi : comme un ami donnant une explication à son compagnon.

Ce sont de telles exigences qui permettent de différencier dans l'univers talmudique activité doctrinale et endoctrinement. Mais en l'occurrence, l'éthique et la sociologie se rejoignent. La question vaut en effet d'être posée. Pourquoi, à propos de la discussion de la Loi, l'accent est-il placé si nettement et indissociablement sur l'ouverture et sur la constance ? La constance souligne l'historicité de l'ordre juridique, qui n'est pas à chaque fois pure et simple recommencement amnésique, perpétuel départ à partir de zéro s'épuisant dans un mouvement indéfiniment circulaire. Mais l'ouverture ? Elle est liée à la constitution juridique et sociale du peuple des Bnei Israël. Après la sortie d'Egypte, ceux-ci sont désormais un peuple libre. Leur loi leur fait obligation de veiller sur cette liberté. Celle-ci s'exerce dans le domaine gouvernemental, par le refus du despotisme, mais aussi par l'acceptation de constituer

une véritable société civile. La société civile repose notamment sur l'existence d'un marché libre, où les transactions s'opèrent de manière aussi ajustée que possible. L'ordre judiciaire doit soutenir cette activité et ne pas l'inhiber par la présence tutélaire et menaçante d'un droit coextensif au droit pénal, lui-même exercice de la violence sociale juridiquement entretenue. Très tôt les Bnei Israël ont marqué doctrinalement la séparation entre droit civil d'interprétation extensive, notamment avec la préférence pour le compromis (*pchara*), et droit pénal d'interprétation extrêmement stricte. Cette ouverture avait deux conséquences pour l'activité doctrinale. D'une part l'état de droit ainsi accepté n'était pas relégué ou renvoyé dans le lointain des cieux, "cieux de la foi ou ailleurs" introuvables de l'utopie déceptive. Il était praticable par la diffusion de l'enseignement de la loi, et par la possibilité corrélatrice de faire opérer une justice de proximité. L'état de droit était pour ainsi dire ambiant. Mais plus la loi a d'occasion de s'exercer, plus elle devient elle-même l'objet et l'enjeu de la discussion. La plurivocité de la Loi, son caractère divin au sens perpétuellement diffusif du mot et non pas au sens unilatéralement mystagogique du numineux-, appellent dès lors la naissance de nombreuses doctrines, c'est-à-dire comme l'a indiqué Rabbi Abba d'un enseignement qui naît d'abord d'un cas concret, puis qui donne lieu à une véritable analyse comparative de la Loi par le dégagement de ses principes d'interprétation et des règles qui la structurent en tant que telle. Contrairement à l'idée reçue, l'activité doctrinale talmudique n'est pas une simple casuistique mais aussi une perpétuelle théorisation du droit qui mérite amplement le qualificatif d'épistémologique. C'est pourquoi l'on reviendra pour conclure sur l'opposition entre Rabbi Yoh'anan Ben Zakkai et Abba Shaul.

Leur opposition est réelle mais doit être dialectisée. Ces deux maîtres n'évoquent pas la même époque ni la même exigence. Le premier se place à l'époque de la destruction du second Temple par les armées romaines. Surtout préoccupé dans ces circonstances historiques par la pérennité de la transmission de la Thora, il désigne parmi les aptitudes de ses disciples -qu'il ne disjoint pas l'un de l'autre, dans le clavier de leurs aptitudes-, celle qui lui paraît la mieux adaptée à un tel objet. Mais il n'abolit pas les autres qui toutes participent de son enseignement. Abba Shaul lui n'est plus sous cette menace mais sa tâche n'est pas moindre. Il parle après la destruction du Temple. A ses yeux, l'état d'urgence maintenu hors de propos et hors des circonstances qui l'ont justifié aboutirait à l'irréalisme et au dogmatisme. C'est pourquoi il porte son choix, comme on l'a vu, sur une autre aptitude, celle qui lui paraît à son tour répondre le mieux, en fidélité ouverte, aux exigences du moment : le commentaire créateur protagoniste de l'Histoire relancée, portée par une espérance indéfectible, réalisatrice.

Sans se limiter à une explication unilatérale de la survie d'Israël par la Thora, l'on ne peut que prendre acte de la transmission épistémologiquement intégrale de celle-ci au long des siècles de dispersion ou d'assimilation confusionnelles qui eussent dû en assurer la disparition. Cette survie est, entre autres, liée à cette conception de l'activité doctrinale, selon laquelle le dialogue ne doit jamais s'interrompre entre Rabbi Yoh'anan ben Hyrkanos et

Rabbi Eléazar ben Arakh. Parce que l'on ne saurait jamais être docte à ses propres yeux sans devenir doctrinaire et qu'être doctrinaire c'est risquer d'effacer dans la conscience humaine le sourire divin qui y est apparu.