

La preuve de l'élément intentionnel par la mise en garde Éléments de philosophie de droit pénal talmudique*

Dans toute culture, l'administration de la preuve de l'infraction en dit long sur la philosophie du droit du système en question. Cela est particulièrement vrai en droit pénal talmudique¹. En effet, l'exigence qui pèse sur les modes de preuves est telle que le système pénal, même dans les meilleures conditions, est à peine en mesure d'appliquer les sanctions prévues par le texte biblique, vu la difficulté de réunir les preuves suffisantes pour établir le caractère intentionnel de l'infraction².

La présence d'un article sur ce thème dans une revue de droit et de philosophie ne va pas de soi ; c'est qu'il nous a semblé que l'examen de la technique juridique de la preuve était de nature à jeter plus de lumière sur la philosophie du droit talmudique qu'une approche par les questions classiques de la philosophie. L'examen des procédures du droit pénal talmudique nous conduira au cœur de la philosophie du droit talmudique.

Nous étudierons l'administration de la preuve en procédure pénale talmudique (*dine nefashot*), à savoir les règles qui prévoient des sanctions pénales (bastonnade et peine de mort). Ce système juridique exige la description des faits incriminés par deux témoins : « Par le témoignage de deux témoins ou de trois témoins que le mort [*i.e.* celui qui est condamné à mort] sera mis à mort ; il ne sera pas mis à mort sur la parole [bouche] d'un seul témoin » (*Deutéronome 17:6*). En outre, une *mise en garde* (*hatra'a*) doit précéder immédiatement l'infraction³ – le tribunal demandera aux témoins : « Avez-vous mis en garde l'accusé ? ». Une mise en garde doit être faite devant deux témoins⁴. Enfin, la mise en garde doit être *acceptée* : il faut que le futur contrevenant réponde « Je sais, et c'est pour cela que je le fais ». Autant dire

* Nous tenons à remercier pour leur lecture attentive Gabriel Benamouzig, Raphaël Ettetdgui, Ephraïm Kahn et Ishti Hayyekara.

¹ Nous renvoyons pour le droit talmudique à F.-X. LICARI, *Le droit talmudique*, Paris, Dalloz, 2015.

² Nous laissons de côté la question de savoir si cette preuve est réglementée ou bien libre et simplement difficile à réunir *de facto*.

³ L'essentiel des règles entourant la mise en garde est résumé dans M. MAÏMONIDE, *Hil. Sanhedrin 12:2*.

⁴ Rashi commente à propos de Genèse 43:3 qu'une mise en garde sans plus de précision (*stam*) est faite devant témoins. Rabbi Yosi (certains disent Rabbi Yosi bar Yehuda) soutient que la mise en garde doit être réalisée par les témoins eux-mêmes. Mais la loi suit l'avis des Sages, selon lesquels une mise en garde faite par d'autres est également valide, TB Makkot 6b.

que la plausibilité qu'une personne soit mise en garde et réponde ainsi devant témoins est quasiment nulle.

Les raisons de ces exigences ont fait l'objet de discussions savantes. Nous nous proposons pour notre part d'extraire de ces règles des éléments de philosophie du droit. Pour ce faire, nous diviserons notre étude en trois moments : (I) la nature de la mise en garde ; (II) les exemptions de la mise en garde ; (III) la philosophie du droit qui sous-tend cette mise en garde.

I. NATURE DE LA MISE EN GARDE

La mise en garde en bonne et due forme est une condition pour que le tribunal puisse appliquer une sanction (d'ordre biblique) à celui qui a commis une infraction (d'ordre biblique). La fonction de la mise en garde est un sujet de controverse. Une des deux fonctions principales est la preuve du caractère intentionnel de l'acte, de telle sorte aussi que la mise en garde ne sera pas nécessaire si l'on peut fournir cette preuve autrement. L'autre fonction serait de permettre la sanction – la mise en garde devrait être adressée également à celui dont on sait qu'il connaît la loi. Voilà pour les peines d'ordre biblique. Mais le tribunal dispose également d'une marge de manœuvre en ce qui concerne des peines d'ordre rabbinique, notamment lorsque les conditions ne sont pas remplies pour l'application d'une peine biblique. Il s'agit donc d'un système double et même triple. En effet, nous venons de voir que le tribunal dispose d'une double compétence, selon qu'il connaît d'infractions bibliques (réalisées avec mise en garde) ou d'infractions rabbiniques (parfois la même infraction, réalisée sans mise en garde). Mais outre le tribunal, l'autorité publique (le « Roi ») dispose également de la possibilité d'administrer des sanctions⁵. La mise en garde est donc une condition nécessaire uniquement pour l'administration de la sanction pénale *biblique*. Sans mise en garde, l'accusé ne sera pas passible d'une sanction d'ordre biblique, mais sera, le cas échéant, passible d'une sanction d'ordre rabbinique⁶.

Que contient la mise en garde ? Le rappel de la règle et de sa sanction. Il n'est donc pas suffisant de mettre en garde sur le fait que l'action qui est sur le point d'être accomplie est interdite. À vrai dire, il y a un débat sur la précision du rappel de la règle, mais une chose est certaine : si le rappel de la règle est inexact, la mise en garde n'est pas valide. Il faut ajouter le rappel de la sanction qui s'y attache. En outre, la mise en garde doit être acceptée (*qabbala*) par l'accusé, cette acceptation comportant l'expression de la conscience (« je le sais ») et la volonté du résultat (« c'est pour cela que je le fais⁷ »). Si la personne mise en garde se contente d'opiner

⁵ Voir MAÏMONIDE, *Hil. Rošeah* 2:4, *Hil. Sanhedrin* 18:5 (« tous ceux qui n'ont pas accepté la mise en garde reçoivent la bastonnade d'ordre rabbinique (*makkat mardut*) ») et A. ENKER, « Fondement du droit pénal hébraïque » (en hébreu), *Mishpatim*, n° 24, 1994, p. 177-206, en particulier p. 200.

⁶ MAÏMONIDE, *Hil. Sanhedrin* 18:5.

⁷ Certains décisionnaires modernes (*aḥaronim*) soutiennent que la clause finale n'est requise que pour les peines de mort. Ainsi, pour les infractions passibles de la bastonnade, il suffirait que l'accusé réponde : « je le sais ». Voir article « Mise en garde » de l'*Encyclopedia talmudit*, t. 11, col. 302. Certains auteurs parlent d'une volonté et d'une conscience du résultat formulées différemment : au lieu de « c'est pour cela que je le fais » (*'al menat ken ani 'ose*), la formule serait « malgré cela je le fais » (*af al pi ken ani 'ose*). Voir A. SHEMESH, « Témoignage, admonestation

de la tête, en indiquant clairement qu'elle a compris et qu'elle mesure toutes les conséquences, ce n'est pas suffisant : il faut qu'elle reconnaisse verbalement qu'elle agit au mépris de l'interdit. Ainsi, si la source seule ou la sanction seule est mentionnée, le tribunal admettra que l'accusé n'a pas été mis en garde. Il faut aussi que la sanction soit exacte : si la mise en garde contient la mention d'un type de peine de mort (moins grave) que la peine prévue, l'accusé pourra dire : « Si j'avais su que la peine de mort était *celle-là* et non celle mentionnée erronément dans la mise en garde, je n'aurais pas commis cette infraction ! ». Que la chose ne soit pas très plausible n'importe guère ; le rappel de la sanction ne peut comporter d'erreur. Il arrive que, outre la mention de l'interdit et de la sanction, un troisième élément doive figurer dans la mise en garde. En effet, les actions qui sont interdites un jour particulier (par exemple le shabbat) peuvent avoir été commises par quelqu'un qui ignorait qu'on était ce jour-là. Ainsi, une mise en garde concernant une infraction sur le point d'être commise le shabbat doit comprendre le rappel de la règle, la sanction attachée à sa violation et le fait qu'aujourd'hui c'est shabbat. On s'en doute, autant il est possible d'invoquer une erreur ou une inadvertance avant la mise en garde, autant il n'est plus possible de s'en prévaloir après. Ainsi, celui qui a fait le vœu de jeûner un jour et se trouve sur le point de consommer quelque chose ne peut plus dire, après acceptation de la mise en garde, qu'il ignorait qu'aujourd'hui était le jour où il était censé jeûner. Ou encore, si quelqu'un est sur le point de se livrer à une union sexuelle avec une femme mariée et qu'il est mis en garde – et qu'il accepte cette mise en garde –, il ne peut plus, ensuite, prétendre qu'il pensait qu'elle était divorcée. Ces types de défense, basés sur l'erreur ou l'ignorance du droit ou des faits, sont recevables uniquement avant une mise en garde. On peut même affirmer qu'une des fonctions de la mise en garde est de les rendre irrecevables. Voici le résumé de Maïmonide :

Comment met-on en garde ? On lui dit : « Cesse ou ne fais pas cela, car c'est une faute et tu es passible de la peine de mort ou de la bastonnade ». S'il a cessé, il est exempté. De même, s'il se tait ou qu'il opine de la tête, il est exempté. Et même s'il dit : « Je sais », il est exempté. Il n'est passible que s'il s'autorise à la mort en disant « C'est pour cela que je le fais », après quoi il est mis à mort. Et il faut qu'il commette la faute toute de suite après la mise en garde, dans la foulée (*tokh kede dibbur*). Mais si ce n'est pas dans la foulée, il lui faut une autre mise en garde. Qu'il ait été mis en garde par l'un des témoins ou par un tiers devant témoins, même une femme ou un esclave, même par la voix d'une personne qu'il n'a pas vue, et même s'il s'est lui-même mis en garde, il est mis à mort⁸.

Ce passage nous enseigne que la mise en garde doit être prononcée juste avant l'infraction. L'expression *tokh kede dibbur* signifie « le temps de parler », que l'on pourrait formuler ainsi : pour être punissable, l'infraction doit être commise *dans la foulée* de la mise en garde. En effet, une mise en garde trop éloignée dans le temps peut être oubliée⁹. La mise en garde doit précéder l'infraction et non l'événement qui conditionne l'infraction. Prenons le cas de celui qui aurait fait le serment de ne

et mise en garde : étude comparative entre le droit de la secte du désert de Judée et le droit talmudique » (en hébreu), *Tarbiz*, 1997, p. 161 [https://www.jstor.org/stable/23599954].

⁸ MAÏMONIDE, *Hil. Sanhedrin* 12:2.

⁹ Nous envisagerons plus bas le cas où la mise en garde peut être réalisée plus tôt, pas forcément juste avant le moment de l'infraction.

pas manger de pomme s'il mange une poire. Admettons qu'il commence par manger une pomme et qu'ensuite il s'apprête à manger une poire. Une mise en garde précédant la consommation de la poire (la condition) n'est pas valide pour lui appliquer la peine liée au fait qu'il a mangé les deux fruits¹⁰. Cela rend encore plus difficile de réaliser une mise en garde qui rende applicables les sanctions.

II. LES EXEMPTIONS DE LA MISE EN GARDE

La mise en garde est un type de preuve : la preuve que l'accusé a sciemment, volontairement, intentionnellement, délibérément commis une infraction. Le fait que cette preuve doive être apportée en droit pénal suppose que le principe « Nul n'est censé ignorer la loi » n'y est pas d'application – contrairement au droit talmudique civil, où l'on présume que chacun connaît la loi et où le plus souvent la preuve de l'ignorance de la loi n'est pas une justification acceptable. On ne suppose pas pour le droit pénal talmudique que chacun connaît la loi. Au contraire, on présume l'ignorance, de sorte que la mise en garde est nécessaire, pour pouvoir démontrer le caractère intentionnel de l'infraction et appliquer la sanction qui lui correspond. Toutefois, cette obligation connaît une série d'exemptions que nous allons mentionner et expliquer. Parmi les exemptions figurent l'érudit (*haver*), le sage contestataire (*zaqen mamre*), l'incitateur (*mesit*), le hâisseur (*soné*), le poursuiveur (*rodef*), le cambrioleur (*ha-ba ba-maḥteret*), le faux témoin (*'ed zomem*), le fils rebelle (*ben sorer umore*) et le Noahide (*ben noah*). Nous dirons de ceux-ci qu'ils ne requièrent pas de mise en garde pour recevoir une sanction d'ordre biblique ou plus brièvement : ils ne requièrent pas de mise en garde.

A. L'érudit

Selon un principe, la mise en garde a pour fonction de *prouver* le caractère intentionnel de l'infraction ; dès lors, du moins selon l'avis de Rabbi Yosi bar Yehuda, si l'on peut prouver autrement le caractère intentionnel, la mise en garde devient inutile. Ainsi, l'érudit n'est pas censé ignorer la loi. Il ne peut échapper à la sanction sous le prétexte de son ignorance. Toutefois, il requiert tout de même une mise en garde, non à propos du droit, mais à propos du fait. Par exemple, un érudit peut très bien savoir qu'une action particulière est interdite durant le shabbat sans pour autant savoir qu'aujourd'hui, c'est shabbat ; il peut savoir qu'un animal est interdit à la consommation sans savoir qu'il s'agit ici d'un tel animal. Il peut encore savoir qu'il est interdit d'avoir une relation avec une femme fiancée ou mariée, sans savoir que telle femme est fiancée ou mariée. L'érudition – y compris la connaissance du droit – rend inutile la mise en garde dans la mesure où l'érudition et la mise en garde remplissent la même fonction. Contre Rabbi Yosi bar Yehuda, les Sages considèrent qu'il est indispensable de mettre en garde l'érudit comme l'ignorant¹¹. Une raison non rapportée dans la littérature talmudique pourrait être l'égalité devant la loi, valeur que résume la notion de *rule of law* : chacun doit recevoir le même traitement, l'ignorant comme l'érudit.

¹⁰ « Mise en garde », in *Encyclopedia Talmudit*, col. 309.

¹¹ TB Sanhedrin 8b, MAÏMONIDE, *Hil. Roṣe'ah* 2:4. Ailleurs, Maïmonide suit l'avis des Sages, contre Rabbi Yosi, tout en mentionnant la justification de ce dernier, *Hil. Sanhedrin* 12:2.

B. Le sage contestataire

Le sage contestataire (*zaqen mamre*) est celui qui poursuit un enseignement *contra legem* (en l'occurrence qui contredit l'interprétation – authentique¹² – imposée par le tribunal dépositaire de la Tora orale) et qui, malgré les multiples préventions, persiste dans son enseignement. Il acquiert ce statut dès lors que cet enseignement donne lieu à une action (de sa part ou de la part de ses disciples). Ce n'est pas simplement un érudit qui commet une infraction, c'est un érudit qui enseigne et met en application cet enseignement (ou conduit autrui à le mettre en application). Sa sanction n'est pas simplement associée à l'infraction découlant de l'action enseignée ; sa sanction porte sur son enseignement *illégal* et suivi d'effet – nous sommes passés d'un enseignement *contra legem* à un enseignement *illégal*. Le sage contestataire est convoqué plusieurs fois par les tribunaux successifs et ce n'est qu'ensuite, une fois qu'il est admonesté, qu'il ne requiert plus de mise en garde eu égard à son enseignement *illégal*¹³. Voici l'exposé de Maïmonide :

[Le *zaqen mamre* qui] a enseigné à agir ou a agi selon son enseignement est passible de la peine de mort et ne requiert pas de mise en garde. Même s'il a donné une raison à ses propos, on ne l'écoute pas. Plutôt, dès lors que des témoins ont constaté qu'il a agi selon son enseignement ou qu'il a enseigné à d'autres à agir de la sorte, on le condamne à mort dans le tribunal (*bet din*) de sa ville. On le saisit et on le conduit de là à Jérusalem. On ne le met pas à mort dans le tribunal (*bet din*) de sa ville ni dans le grand tribunal (*bet din ha-gadol*) qui serait hors de Jérusalem, mais on le conduit au grand tribunal (*bet din ha-gadol*) de Jérusalem. On le détient jusqu'à la fête et on le met à mort par strangulation lors de la fête, car il est dit « Et tout Israël entendra et verra », d'où le principe qu'il faut une annonce (*hakhraza*) [il faut annoncer : « Untel a été puni pour avoir commis tel interdit »]¹⁴.

C. L'incitateur

Celui qui incite (*mesit*) un autre à se livrer à l'idolâtrie a un statut particulier pour deux raisons. Premièrement, les témoins peuvent se cacher pour entendre l'incitation (ou sa répétition), alors que normalement les témoins ne peuvent se cacher, surtout s'ils mettent en garde. Deuxièmement, l'incitateur est tout bonnement exempté de mise en garde, en raison de l'interprétation d'un mot du verset (« secrètement¹⁵ »). En revanche, celui qui est incité (*musat*) requiert, selon la plupart des avis, une mise en garde pour être sanctionné. Les témoins sont cachés pour pouvoir assister à la scène, mais sont nécessaires pour établir les faits incriminés.

¹² L'interprétation authentique est celle qui est donnée par le législateur ou par les auteurs d'un traité (qui sont partie au traité).

¹³ *TB Sanhedrin* 88b.

¹⁴ MAÏMONIDE, *Hil. Sanhedrin* 12:2.

¹⁵ « Si ton frère, le fils de ta mère, ou ton fils ou ta fille, ou ton épouse qui est en ton sein, ou ton ami qui est comme ta vie t'incite secrètement en disant : "Allons servir les dieux des autres" que tu n'as pas connus, toi ou tes ancêtres » (*Deutéronome*, 13:7).

D. Le hâsseur

Nous savons que d'une manière générale, si une personne en tue une autre sans avoir été mise en garde contre l'interdiction de l'homicide, on ne peut pas lui appliquer la peine de mort d'ordre biblique. Toutefois, selon Rabbi Yosi, s'il est notoire que l'accusé haïssait le défunt et si l'on sait (par témoignage) que le crime a eu lieu, la haine notoire permet de présumer le caractère *délibéré* du crime : le mobile (la haine) est érigé en intention¹⁶. Rappelons que selon Rabbi Yosi, la mise en garde n'a comme fonction que de distinguer l'acte volontaire de l'acte involontaire. Rabbi Shim'on répond qu'il est encore possible que l'acte soit involontaire : il y aurait donc des hâsseurs dont la haine prouve le caractère délibéré du crime et d'autres dont le crime est involontaire. Ainsi, celui qui, devant témoins mais sans mise en garde, tue quelqu'un qu'il hait notoirement est passible, le cas échéant, de la peine de mort d'ordre biblique¹⁷.

Ajoutons que selon plus d'un décisionnaire médiéval, le hâsseur en question serait un érudit. Cette lecture résout la difficile question de la preuve de ce que le hâsseur connaissait la loi. Les Sages, contre Rabbi Yosi, considèrent que la présomption de connaissance de la loi ne suffit pas et, si le hâsseur tombe dans la catégorie de l'érudit, les Sages exigeront que soit faite une mise en garde.

Les deux cas suivants présentent des points communs avec le hâsseur, au sens où c'est leur comportement plutôt que leur érudition qui constitue un indice suffisant pour ne pas exiger une mise en garde. Cependant, dans les deux cas suivants, il ne s'agit pas d'une mise à mort prononcée par voie judiciaire, mais de l'usage de la force sur des agents adoptant un comportement particulièrement dangereux ou inapproprié.

E. Le poursuiveur

Si quelqu'un poursuit (*rodef*) autrui pour le tuer, si un homme poursuit une femme fiancée pour la violer ou si un homme poursuit un autre homme pour le violer, celui qui est poursuivi, tout comme celui qui assisterait à la scène, doit neutraliser le poursuiveur, voire, s'il n'est pas possible de l'arrêter autrement, le tuer. Une telle intervention ne requiert pas de mise en garde¹⁸. Tel est l'avis de Rav Huna – peut-être veut-il dire que la mise en garde ne doit pas être complétée par une acceptation (*qabbala*). Cet avis suppose que la mise en garde a une fonction *judiciaire* (elle permet l'application de certaines peines) alors que le cas du poursuiveur est extra-judiciaire, une manière de se faire justice (ou du moins police) soi-même. Une mise en garde serait toutefois utile si l'on n'est pas en mesure d'intervenir, pour s'assurer que le poursuiveur soit passible de la peine, une fois l'affaire portée devant le tribunal. Celui qui poursuit peut être tué au moment des faits (sans mise en garde) *parce que* l'infraction qu'il est sur le point de commettre est passible de la peine de mort (s'il y a mise en garde). Précisons : le fait que l'infraction soit passible de la peine de mort est une *condition nécessaire* mais *non suffisante* pour pouvoir le tuer au moment des faits. En effet, la Mishna prévoit que si quelqu'un se livre à d'autres infractions, comme la profanation du shabbat, on peut le mettre en garde et témoigner ensuite contre lui mais en aucun cas intervenir par la force.

¹⁶ X. PIN, *Droit pénal général*, 7^e éd., Paris, Dalloz, 2016., p. 177, § 187-188.

¹⁷ TB Makkot 9b.

¹⁸ Un avis contraire est formulé dans une barayta, mais n'est pas retenu (TB Sanhedrin 72b).

Par ailleurs, si l'infraction était passible d'une peine moindre que la peine de mort, il ne serait dès lors pas autorisé de le tuer.

L'intervention par la force, le cas échéant au prix de la vie du poursuiveur, est d'application même si le *rodef* qui poursuit pour tuer est un mineur, qui n'est donc pas censé mesurer l'importance de toutes ses actions. À cette indifférenciation entre l'adulte et le mineur, Rav H̄isda émet une objection. Afin de saisir la portée de cette objection, il est nécessaire de préciser que dans le cas où le fœtus met en danger la vie de la mère il est autorisé de le supprimer pour la sauver : le fœtus est perçu, à la faveur d'une fiction juridique, comme un *rodef*. Or, Rav H̄isda rétorque que lorsque l'enfant qui naît a sorti sa tête du ventre de sa mère, on ne peut plus le sacrifier pour sauver la mère : autrement dit, celui qui tue l'enfant qui a déjà sorti sa tête ne devrait, en toute logique, pas être passible d'une peine biblique sans mise en garde. La chose est étrange, puisque nous avons vu que la règle du *rodef* s'applique tant au mineur qu'au majeur. Qu'est-ce qui interdirait dès lors de supprimer un enfant qui est en train de naître si celui-ci met en danger la vie de sa mère ? En quoi le fait qu'il ait déjà sorti la tête change-t-il quoi que ce soit ? La Gemara précise que, ici, ce n'est pas un cas de *rodef* classique, mais un *rodef* par le ciel, c'est-à-dire que c'est la nature des choses¹⁹. Dès lors, on considère que l'enfant naissant n'est plus le porteur du danger et que, à ce titre, il est interdit de lui faire un sort, fût-ce pour sauver sa mère.

F. Le cambrioleur

Lorsqu'un cambrioleur a creusé tout un tunnel pour accéder à une propriété et qu'il tombe nez à nez avec le propriétaire, la question se pose de savoir si l'on peut faire usage de la force, fût-ce au prix de la vie du cambrioleur : « Si le voleur est découvert en train de creuser, qu'il ait été frappé et meure, il n'y a pas d'effusion de sang à ce sujet » (*Exode 22:1*). À première vue, le simple fait pour un cambrioleur de faire irruption chez quelqu'un, fût-ce par effraction, ne permet pas de déduire qu'il va tuer le propriétaire. Après tout, de nombreux cambrioleurs, volant sans vergogne des objets, auraient des scrupules à lever la main sur un humain. En réalité, ce qui autorise le propriétaire à tuer ce type de cambrioleur est que, ce dernier ayant fourni tant d'efforts pour creuser le tunnel, on peut supposer qu'il est particulièrement *déterminé* et qu'il tuerait quiconque se mettrait sur son passage. Par ailleurs, on suppose également que le propriétaire n'abandonnera pas facilement son argent. C'est uniquement dans cette mesure qu'il est autorisé de tuer le cambrioleur sans mise en garde : « le fait d'avoir creusé un tunnel est sa mise en garde » (TB Sanhedrin 72b). En revanche, celui qui se serait introduit par la porte d'entrée ou encore par le toit ne peut être tué. Tout au plus peut-on le mettre en garde, le « sommer » de partir, en lui disant que s'il ne part pas, on n'hésitera pas à faire usage de la force. Le cambrioleur ayant creusé un tunnel peut être rapproché de celui qui déteste, si ce n'est que le premier peut être tué avant le crime (le meurtre du propriétaire), tandis que celui qui déteste est *jugé* sans qu'il soit besoin de mise en garde.

G. Les faux témoins

Il existe deux types de faux témoins. Un témoignage est constitué de ce qu'on pourrait appeler une préface et un contenu. La préface précise le lieu et le moment

¹⁹ MAÏMONIDE, *Hil. Rošeah* 1:9.

des faits. Le contenu contient les faits relatés (par exemple *A* a tué *B*). Si un autre groupe de témoins affirme que *A* ou *B* était ce jour-là ailleurs, cela contredit le premier témoignage. Mais si un groupe de témoins affirme que les témoins eux-mêmes étaient ce jour-là ailleurs, le témoignage n'est pas simplement *contredit*, mais qualifié de *hazama* : celle-ci est le fait pour un témoin d'avoir menti (ou de s'être trompé) sur le lieu et le moment des faits. Un traitement particulier est réservé au faux témoin de ce genre, puisque le verset dit à son propos : « Vous lui ferez comme il a essayé (*zamam*) de faire à son frère » (*Deutéronome* 19:19). Ainsi, si le témoignage de ce genre de faux témoins, appelés '*edim zomemin*', portait sur un meurtre, ils sont passibles de la peine de mort.

La question se pose de savoir pourquoi ces faux témoins ne requièrent pas de mise en garde²⁰. Deux réponses sont apportées²¹ par les Amoraïm Abaye et Rava. Selon une première réponse proposée par Abaye, la raison pour laquelle ces témoins sont exemptés est qu'il est requis qu'il leur soit fait comme ils ont essayé de faire faire. Or, dans notre cas, ils ont témoigné mensongèrement à propos d'un meurtre. Pour que leur témoignage soit susceptible de mener à une condamnation à mort de *A* (accusé d'avoir tué *B*), il est nécessaire qu'il ait inclus le récit des événements (*A* a tué *B*), mais il doit en outre avoir rapporté que *A* a été mis en garde. On peut en déduire que les '*edim zomemin*' ont témoigné qu'une mise en garde a précédé le meurtre. Mais comme ils n'étaient pas sur les lieux du crime le jour en question, ce qu'ils ont essayé de faire avec ce faux témoignage, c'est précisément faire condamner *A* sans mise en garde. Ils prétendent (*de dicto*) qu'il y a eu mise en garde, mais de fait (*de re*) ils n'ont pas été témoins de la moindre mise en garde puisqu'ils étaient ailleurs²². Leur mise à mort (ou autre sanction) sera donc appliquée sans mise en garde. Selon certains décisionnaires médiévaux, la raison pour laquelle ces témoins sont exemptés tient au fait qu'il n'y a pas d'action dans le faux témoignage et dès lors la catégorie de l'acte non intentionnel (*shegaga*) ne s'y applique pas. On se souvient que l'une des fonctions de la mise en garde est de distinguer l'acte intentionnel (*mezid*) de l'acte non intentionnel (*shegaga*). Puisque ce dernier est impossible, les témoins *zomemin* sont exemptés de mise en garde. Ainsi, Maïmonide écrit :

Les témoins *zomemin* ne sont pas considérés comme agissant de manière non intentionnelle (*shegaga*), car il ne s'agit pas d'un comportement (*ma'ase*). C'est pourquoi ils n'ont pas besoin de mise en garde [cela provient d'une interprétation de *Nombres* 15:19, où le verbe « faire » est compris comme signifiant que seule une action tangible – par opposition à un témoignage – sera dite non intentionnelle]²³.

La seconde explication de l'exemption de mise en garde, énoncée par Rava, est fondée sur une considération plus pratique. En effet, la question se pose de savoir à quel moment la mise en garde pourrait être réalisée. On sait qu'une mise en garde doit être adressée juste avant l'infraction. Or, si juste avant de témoigner, chaque témoin était mis en garde et informé des risques qu'il court, cela pourrait

²⁰ MAÏMONIDE, *Hil. 'Edut* 18:4, 20:4. Précisons que le Talmud de Jérusalem rapporte un avis selon lequel les témoins *zomemin* ont besoin de mise en garde (TJ Ketubbot 4:5).

²¹ TB Makkot 4b, TB Ketubbot 32a.

²² La distinction entre la lecture *de re* et *de dicto* est présentée dans S. GOLTZBERG, *L'argumentation juridique*, 4^e éd., Paris, Dalloz, 2019, p. 92-95.

²³ MAÏMONIDE, *Hil. 'Edut* 20:4

le dissuader de témoigner. Si la mise en garde est faite *bien à l'avance*, cela ne dissuaderait pas les témoins, mais l'exigence d'imminence de la mise en garde ne serait pas respectée et les témoins pourraient dire avoir l'oubliée. Si, enfin, la mise en garde avait lieu *après* le témoignage, ce serait trop tard, le témoignage (donc, potentiellement, le faux témoignage) ayant déjà eu lieu.

Ces deux explications visent à justifier le fait que ce type particulier de faux témoin soit exempté de mise en garde.

H. Le fils rebelle

Le Pentateuque prévoit une sanction capitale pour le fils rebelle (*ben sorer umore*) :

Si un homme a un fils dévoyé et rebelle qui n'écoute pas la voix de son père et la voix de sa mère, et qu'ils le corrigent mais qu'il ne les écoute pas, son père et sa mère se saisiront de lui et le feront sortir vers les anciens de sa ville et vers la porte de son lieu. Ils diront aux anciens de sa ville : « Notre fils que voici est dévoyé et rebelle ; il n'écoute pas notre voix ; il est glouton et buveur ». Tous les hommes de sa ville le lapideront avec des pierres et il mourra ; et tu élimineras le mal de ton sein et tout Israël entendront et craindront (*Deutéronome 21:18-21*).

Cependant, les conditions d'une telle condamnation sont quasiment impossibles à réunir, puisque la Gemara, commentant ce passage, exige notamment qu'il ait entre treize ans et treize ans et trois mois, que les deux parents aient la même taille et la même voix²⁴. Il reçoit des mises en garde successives notamment devant le tribunal (de trois juges), mais pas de mise en garde précédant immédiatement une quelconque infraction qui rendrait sa rébellion passible de la peine de mort. C'est plutôt la somme des infractions qui, couplées à la mise en garde solennelle devant le tribunal, conduit le fils rebelle à être passible de la peine de mort. Certains décisionnaires médiévaux soutiennent toutefois que le fils rebelle requiert une mise en garde.

I. Les Noahides

Le droit talmudique ne prétend pas seulement régir les personnes juives. Il contient en outre une série de règles incombant à l'ensemble de l'humanité, laquelle est décrite comme descendant de Noé²⁵. Suivant une des listes les plus connues, les Noahides sont tenus d'établir des tribunaux, ont l'interdiction de blasphémer le nom divin, de se livrer à l'idolâtrie, à certaines unions sexuelles, à l'homicide, au vol et à la consommation de chair prélevée sur un animal vivant²⁶. Ils ne requièrent pas de mise en garde²⁷ – ce qui fait que le droit qui les régit est à la fois moins contraignant (il n'existe que quelques règles) et plus strict (puisque la mise en garde n'est pas requise et qu'ils ne peuvent invoquer l'erreur de droit). Maïmonide le

²⁴ TB Sanhedrin 71a, MAÏMONIDE, *Hil. Mamrim* 7:6.

²⁵ S. GOLTZBERG, « Greffes de sources talmudiques dans les théories du droit naturel du XVII^e siècle », *Dix-septième siècle*, vol. 279, n° 2, 2018, p. 231-244 ; L. VANA, « Les lois noahides. Une mini-Torah pré-sinaïtique pour l'humanité et pour Israël », *Pardès*, n° 52, 2013, p. 219-234.

²⁶ TB Sanhedrin 56a.

²⁷ TB Sanhedrin 57b.

formule ainsi : « Et un Noaħide est mis à mort grâce à un témoin, un juge et sans mise en garde²⁸ ».

Cette liste des cas exemptés de mise en garde n'est pas exhaustive. Par exemple, certains pensent que le blasphémateur (le terme *megadef* apparaît dans *Nombres* 15:30) requiert une mise en garde, mais d'autres répondent que le fait qu'il ne contient pas d'action tangible l'en exempte. Nous avons vu ce raisonnement pour le faux témoin. En revanche, tout le monde s'accorde sur le fait que celui qui maudit son frère ou le dirigeant (*nasi*) requiert une mise en garde – ce qui ne va pas de soi, puisque cette infraction ne contient pas plus d'action tangible que celle du blasphémateur. Celui qui rançonne ou qui livre des personnes à des tiers (le *masur* ou encore le *moser*), il faut *a priori* le mettre en garde pour qu'il ne commette pas cette infraction, mais si l'on ne parvient pas à le mettre en garde, on peut le tuer sans cette procédure²⁹. Enfin, certains types de récidivistes (d'infractions passibles de la peine de retranchement) ne requièrent pas, d'après les Sages, de mise en garde.

D'une manière générale, la règle est donc qu'il faut mettre en garde ceux qui sont sur le point de commettre une infraction passible de la peine de mort ou de la bastonnade d'ordre biblique. Les cas qui sont exemptés ont pour la plupart en commun de rendre cette mise en garde inutile en raison de la connaissance de la loi (l'érudit, le sage contestataire, le Noaħide, voire le hâsseur) ou très difficile (le poursuiveur, le cambrioleur, l'incitateur). Selon les avis, les faux témoins relèvent de l'une ou de l'autre catégorie. L'enfant rebelle, le poursuiveur et le cambrioleur sont jugés selon leur fin, c'est-à-dire selon les actions dont on suppose qu'ils les poseraient dans le futur proche (dans le cas du poursuiveur et du cambrioleur) ou lointain (dans le cas de l'enfant rebelle).

III. LA PHILOSOPHIE DU DROIT QUI SOUS-TEND CETTE MISE EN GARDE

Le moment est venu de tirer de ces descriptions des éléments de philosophie du droit. En l'occurrence, nous proposons de dégager de la notion de mise en garde – si difficile à réaliser – des indications concernant la philosophie du droit pénal talmudique. Cette procédure pénale permet de répondre à une question bien connue de la philosophie du droit, à savoir le caractère positif ou naturel des règles de droit. Autrement dit, la question se pose de savoir dans chaque culture juridique et à propos des différentes règles de droit, si l'inspiration, la conception, est positiviste ou naturaliste. Selon une version de la théorie du droit naturel, on devrait être en mesure d'identifier le caractère répréhensible de certaines actions par l'observation du monde. Il y aurait, pour les naturalistes, quelque chose de mauvais en soi *indépendamment* du fait qu'un système juridique l'interdise. Celui-ci interdit un comportement *parce qu'il* a constaté son caractère nuisible. En revanche, selon une approche positiviste, le fait qu'une action soit interdite par un droit ne peut se déduire de l'observation du monde. L'interdit peut fort bien être motivé par des considérations politiques, sociales, éthiques, des motifs de justice ; il reste que la source du

²⁸ MAÏMONIDE, *Hil. Melakhim* 9:14.

²⁹ MAÏMONIDE, *Hil. Hovel umazziq* 8:10.

droit³⁰ n'est contraignante que par le fait qu'une autorité habilitée l'interdit. Nous ne sommes pas tenus de respecter une interdiction qui n'est pas prévue ou dont la sanction n'est pas prévue par la loi. La règle de droit ne vise pas à être une approximation de ce qui est le cas dans la nature³¹, mais le fruit d'une *décision* – humaine ou divine. La conséquence est que selon une approche naturaliste, il peut exister des règles de droit positif auxquelles il ne faudrait pas obéir puisqu'elles sont mauvaises en soi, tandis que du point de vue positiviste, il n'existe pas de droit naturel, extérieur au corps de règles positives, qui permettrait de mesurer si le droit positif est bon ou mauvais. Il va de soi que dans les faits, chaque philosophie du droit envisage un mélange, un dosage, de positivisme et naturalisme. Par exemple, on peut percevoir en droit français des obligations des résurgences de droit naturel, notamment dans l'obligation d'aider certains membres de la famille dans le besoin.

Quelle est alors la conception du droit que se font les Rabbins du Talmud ? Selon Devora Steinmetz, la perception rabbinique de la loi est résolument positiviste : la révélation sinaïtique voit l'adoption de règles qui n'étaient pas auparavant accessibles aux fidèles par la seule raison. Ces règles *de droit positif* doivent être respectées non pas tant parce qu'elles sont bonnes intrinsèquement, mais parce qu'elles sont un *commandement*. Selon elle, la procédure de la mise en garde est l'indication de la dimension positiviste de ce droit. En effet, cette mise en garde reprend deux éléments qui sont à la base du droit pénal talmudique : l'interdiction et la sanction. Or, la sanction d'une infraction biblique n'est possible que si le Pentateuque prévoit explicitement³² et séparément une interdiction *et* une sanction. Un principe général de droit pénal talmudique énonce en effet : « *Eyn 'oneshin ela im ken mazhirin* » (« on ne sanctionne que si l'infraction est prévue explicitement »). Ce principe n'est pas équivalent à « *Nulla poena sine lege* » (« pas de sanction sans interdiction »), car il ajoute une exigence tenant à la formulation de l'interdiction. En effet, le droit pénal français ne s'exprime pas nécessairement sous la forme d'injonction à ne pas faire : « Le meurtre commis avec préméditation constitue un assassinat. Il est puni de la réclusion criminelle à perpétuité. », énonce le Code pénal 221-3. Il n'est pas écrit « N'assassinez pas » et encore moins « Prière de ne pas assassiner ». En revanche, l'interdiction biblique (*azhara*) doit, pour être suivie d'effets, être une *injonction* caractérisée par l'un des marqueurs suivants : les adverbes négatifs « *lo* » ou « *al* », le verbe « se garder de » (*hishamer*³³) ou la conjonction de subordination « de crainte que » (*pen*). D'une manière générale, on peut dire que les deux principes qui gouvernent le droit pénal général, y compris le droit pénal français (« pas

³⁰ La notion de source du droit est lourde d'implications. Elle est du reste datée et localisée. Pour ce qui nous concerne, la source du droit est une *prémisse* du raisonnement juridique (voir S. GOLTZBERG, *Les sources du droit*, 2^e éd., Paris, PUF, 2018).

³¹ L'accusation de sophisme naturaliste est typiquement moderne et n'atteint pas la conception du droit naturel classique (antique et médiéval) ou du moins ne l'atteint que lorsqu'un regard moderne est posé sur le monde médiéval. Chez les Anciens, en effet, le monde est bon, il est dès lors envisageable de déduire de ce qui est le cas ce qu'il faut faire, voir R. BRAGUE, *La sagesse du monde. Histoire de l'expérience humaine de l'univers*, Paris, Le Livre de Poche, 2002.

³² Le caractère explicite signifie qu'une source existe et qu'elle est comprise comme parlant de cette interdiction et de cette sanction. Il n'y a pas là, bien souvent, un énoncé explicite au sens où on l'entendrait aujourd'hui. Voir D. STEINMETZ, *Punishment & Freedom*, Philadelphie, University of Pennsylvania Press, 2008.

³³ La deuxième consonne est géminée, mais notre transcription simplifiée ne permet pas de l'indiquer.

d'infraction sans loi », *Nullum crimen sine lege*, et « pas de sanction sans loi », *Nulla poena sine lege*³⁴) s'appliquent dans le droit pénal talmudique et que ce dernier est encore plus exigeant, puisqu'il impose en outre à l'énoncé contenant l'interdiction une certaine formulation grammaticale.

Or, ces deux éléments, l'interdiction et la sanction, figurent dans la mise en garde suivie de l'acceptation. Ainsi, la mise en garde (*hatra'a*) au sens strict est une citation du verset biblique prévoyant l'infraction (*azhara*) et la sanction (*'onesh*) – et l'acceptation (*qabbala*) consiste pour l'accusé à assumer les conséquences de son infraction.

	Infraction	Sanction
Sources scripturaires, en particulier le Pentateuque	<i>azhara</i>	<i>'onesh</i>
Composants de la mise en garde au moment de l'infraction	<i>hatra'a</i> (rappel de l'infraction)	<i>qabbala</i> (rappel de la sanction)

Devora Steinmetz étudie ce recouplement, cet écho³⁵, entre, d'une part, la source scripturaire de l'infraction et de la sanction et, d'autre part, la mise en garde et l'acceptation. La mise en garde, qui reflète l'interdiction et la sanction, reflète plus profondément la vision positiviste des lois sinaïtiques. Elle souligne toutefois que, même en droit talmudique, une série d'infractions relèvent davantage, voire totalement, du droit naturel. Par conséquent, certaines sanctions sont présentées comme *naturelles*. Enfin, cela expliquerait pourquoi les lois des Noahides ne requièrent pas de mise en garde : ils sont en effet censés être au courant des règles émanant de la nature humaine.

Le meurtre est un interdit fondamental, qui ne dépend pas d'une culture juridique donnée. Il est en droit talmudique passible de la peine de mort. Plus précisément, parmi les quatre types de peines de mort, il s'agit de décapitation (*herreg*). La peine par décapitation ne ressemble guère à une mort naturelle. En ce sens, cette peine est le paradigme du droit sinaïtique, positiviste. Pourtant, la peine de mort par défaut (lorsque le crime est passible de la peine de mort sans plus de précisions) est celle de l'étranglement, qui ressemble quant à elle à la mort naturelle. Ajoutons que l'homicide involontaire doit également être traité, réglé. Il existe une série de règles concernant le cas du meurtrier involontaire, qui doit aller dans une des villes refuges et que le vengeur de sang est en droit de tuer (sans mise en garde, d'ailleurs). Le traitement particulier du meurtre indique le caractère naturel, bien qu'il s'agisse d'un îlot de règles naturelles au sein du corps de règles de droit positif de la révélation sinaïtique.

Les Noahides sont passibles d'une unique peine, qui est une peine de mort, pour l'infraction de n'importe quel interdit les concernant. Il existe une controverse portant sur la peine en question. Selon Tanna deve Menashe, la peine est l'étranglement (*heneq*), tandis que selon les Sages, la peine est la décapitation (*herreg*).

Tanna deve Menashe soutient que l'étranglement est la peine dont sont passibles les Noahides. La vision des lois noahides est ici celle d'une imitation du monde : l'étranglement est la mise à mort qui ressemble le plus à la manière dont

³⁴ Sur le fonctionnement de ce principe et de nombreux autres principes juridiques, on consultera S. GOLTZBERG, *100 principes juridiques*, Paris, PUF, 2018, en particulier l'introduction.

³⁵ D. STEINMETZ, *Punishment & Freedom*, *op. cit.*, p. 16.

on meurt naturellement. En effet, le jour de la mort naturelle, on expire : l'étranglement *mimerait* la mort naturelle, puisqu'il vient sanctionner une interdiction relevant du droit naturel. Steinmetz remet en question l'idée selon laquelle la peine de mort par étranglement viserait à ne pas mutiler le corps, créé par Dieu. Selon elle, il s'agit pour un tribunal humain de *réaliser* ou encore d'*entériner* un abandon de la vie déjà effectué par celui qui a accompli le meurtre³⁶.

Les Sages ont une vision des lois noahides plus pratique et plus proche du droit naturel moderne³⁷ : le but est d'assurer le bon fonctionnement de la société. Cette fois, les Noahides ne sont pas passibles d'une mort qui ressemble à la mort naturelle mais au contraire, de décapitation – en écho à la manière dont les humains se tuent mutuellement.

Plus généralement, le fait que les Noahides soient exemptés de mise en garde tiendrait au fait que les interdits qui s'imposent naturellement à eux (et qui sont strictement inclus dans la liste des règles s'imposant également aux Juifs) sont universels ou du moins relèvent d'une vision de l'universel et du droit naturel.

Un tableau permettra de visualiser l'opposition :

	Droit naturel		Droit positif
Sujets de droit	Noahides		Juifs
Nombre de règles	7		613 (incluant les lois noahides)
Degrés de responsabilité	Pas d'infraction non intentionnelle		Distinction entre infraction intentionnelle et non intentionnelle
Source de la règle	Le bien, la nature, le monde		L'adoption de la règle
Mise en garde	Pas nécessaire		Nécessaire (sauf exemptions)
Rétroactivité des interdits	Oui : les règles sont <i>déclarées</i> , mais préexistent		Non : les règles sont <i>adoptées</i> à partir d'un moment donné
Sanctions	Une seule, la peine de mort		De multiples sanctions
	L'étranglement (<i>heneq</i>) d'après Tanna deve Menashe	Décapitation (<i>hereg</i>) d'après les Sages	
	Cette mort ressemble à la manière dont on meurt naturellement	Cette mort ressemble à la manière dont les humains se tuent mutuellement	

³⁶ *Ibid.*, p. 18.

³⁷ *Ibid.*, p. 31.

Nous avons montré que la question de la preuve de l'intention en droit pénal talmudique est un indicateur du caractère positiviste de la loi talmudique ou plutôt de la vision positiviste qui anime les Sages du Talmud. Cette constatation est nuancée, d'une part, par la présence en droit talmudique interne de détails entourant le meurtre qui relèvent davantage du droit naturel (non la sanction, mais la nécessité de traiter l'homicide non intentionnel) et, d'autre part, par la procédure des lois s'adressant aux nations. Cette fois, c'est le caractère naturel de l'interdit, ainsi que la nature de la sanction, qui témoignent de la dimension naturelle de ce droit censément et potentiellement universel.

Stefan Goltzberg

Professeur de philosophie et membre du Centre de Théorie politique à l'Université Libre de Bruxelles, Chercheur qualifié auprès du Fonds National de la Recherche scientifique. Auteur notamment de « Greffes de sources talmudiques dans les théories du droit naturel du XVII^e siècle » et des ouvrages suivants : *100 principes juridiques*, Paris, PUF, 2018 ; *Les sources du droit*, 2^e éd., Paris, PUF, 2018 ; *Le droit comparé*, Paris, PUF, 2018 et *L'argumentation juridique*, 4^e éd., Paris, Dalloz, 2019.

BIBLIOGRAPHIE

- ANON., « Hatra'a (mise en garde) », in ZEVIN, Yosef (dir.), *Encyclopedia Talmudit*, (en hébreu), tome 11, col. 291-314
- BRAGUE Rémi, *La sagesse du monde. Histoire de l'expérience humaine de l'univers*, Paris, Le Livre de Poche, 2002
- ENKER Arnold, « Fondement du droit pénal hébraïque » (en hébreu), *Mishpatim*, n° 24, 1994, p. 177-206
- GOLTZBERG Stefan, « Greffes de sources talmudiques dans les théories du droit naturel du XVII^e siècle », *Dix-septième siècle*, vol. 279, n° 2, 2018, p. 231-244
- GOLTZBERG Stefan, *100 principes juridiques*, Paris, PUF, 2018
- GOLTZBERG Stefan, *Les sources du droit*, 2^e éd., Paris, PUF, 2018.
- GOLTZBERG Stefan, *L'argumentation juridique*, 4^e éd., Paris, Dalloz, 2019
- LICARI François-Xavier, *Le droit talmudique*, Paris, Dalloz, 2015
- PIN, Xavier, *Droit pénal général*, 7^e éd., Paris, Dalloz, 2016
- SHEMESH Aharon, « Témoignage, admonestation et mise en garde : étude comparative entre le droit de la secte du désert de Judée et le droit talmudique » (en hébreu), *Tarbiz*, 1997, p. 149-168 [<https://www.jstor.org/stable/23599954>]
- STEINMETZ Devora, *Punishment & Freedom*, Philadelphie, University of Pennsylvania Press, 2008
- VANA Liliane, « Les lois noahides. Une mini-Torah pré-sinaïtique pour l'humanité et pour Israël », *Pardès*, n° 52, 2013, p. 219-234