

Autonomie de décision, autonomie de pensée

Dans un article paru en mai 2013 sur le Site des Etudes Juives, « Fabriquer la loi »¹, Franck Benhamou a brillamment démontré que l'obligation de suivre la majorité des juges au sein d'un même tribunal ne pouvait être extrapolée à la majorité des décisionnaires. Bien que je partage les idées qu'il développe ainsi que sa conclusion, il me semble qu'un passage fondamental du Talmud au sujet de la loi de la majorité a été occulté. Dans cette étude, je propose donc une analyse du texte talmudique en question, afin d'apporter un complément à son développement.

INTRODUCTION

Selon Maïmonide, il existe un énorme fossé entre la pratique de la Halakha à notre époque par rapport à celles où le Sanhédrin était en vigueur :

« Tant que le Grand Beth-Din était en place, il n'y avait pas de divergences en Israël (...). Depuis que le Grand Beth-Din a disparu, les dissensions se sont multipliées en Israël. Ce [juge] déclare [une chose] «impure» et donne des arguments pour justifier sa décision. Cet autre [juge] déclare [cette même chose] «pure» en donnant également ses arguments. Celui-là interdit [telle action] et celui-là autorise [cette même action.] »².

La situation décrite ici était déjà prise en compte dans le Talmud, qui proposait d'établir des critères pour ne pas tomber dans l'anarchie halakhique :

« [Enseignement anonyme:] Si [une question est posée à] deux [Sages], que l'un déclare [la chose] «impure» et l'autre «pure», que l'un interdise et que l'autre autorise ; si l'un des deux est plus grand «en sagesse et en nombre»³ il faut suivre son opinion. Si tel n'est pas le cas [et que les deux sont d'un niveau équivalent], il faudra suivre l'avis le plus strict.

¹ <http://www.lesitedesetudesjuives.fr/pages/halakha/philosophie-de-la-halakha/fabriquer-la-loi.html>

² Hilkhhot Mamrim 1, 4

³ A propos de la possibilité accordée à un « tribunal supérieur en nombre et en sagesse » de revenir sur les décisions d'une juridiction ayant statué antérieurement sur un même cas, voir TB Méguila 2a ; Moed Katan 3b ; Guittin 36b ; Avoda Zara 36a et Maïmonide, *Michné Torah*, op. cit., *Hilkhhot Moumrim* 2, 1-2.

[Enseignement divergent:] Rabbi Yeochoua ben Kor'ha dit : Dans des cas en rapport avec des lois de la Torah, il faudra suivre l'avis le plus strict, [mais] dans des cas relatifs à des règles instituées par les Sages, il faudra suivre l'avis le plus permissif.

Rav Yossef a dit : La Halakha est tranchée selon l'avis de Rabbi Yeochoua ben Kor'ha. »⁴

Maïmonide poursuit donc sa constatation de la décadence halakhique provoquée par la perte du Sanhédrin en se basant sur sa compréhension de ce débat talmudique :

« À une époque à laquelle il n'y a pas de Sanhédrin, si deux Sages ou deux tribunaux sont en controverse -ou bien [même à l'époque du Sanhédrin] tant que la loi à appliquer ne paraissait pas évidente à tous- qu'ils soient de la même génération ou non, que l'un dise «impur» et que l'autre dise «pur», que l'un interdise et que l'autre autorise ; si tu ne sais pas quel avis suivre, suis l'avis du plus strict en ce qui concerne les règles provenant de la Torah, et du plus permissif en ce qui concerne les lois instituées par les Sage. »⁵.

Il ressort implicitement de ses propos que dans un cas où il n'y a aucun doute quant à la conduite à adopter, il serait permis de suivre n'importe quel avis, qu'il s'agisse d'un avis permissif ou non⁶. Il est possible qu'un décisionnaire (*possek*)⁷ autorise un comportement, alors qu'un autre l'interdise en le qualifiant d'interdit de la Torah. C'est également ainsi que nous agissons de nos jours. Chacun suit « son Rav » ou, si ses compétences le permettent, sa propre compréhension du sujet.

Dans le cadre de cette étude nous essayerons de comprendre si cette pratique communément admise est légitime, en nous intéressant à deux questions principales qui correspondent aux deux facettes d'une même problématique⁸ :

⁴ TB, Avoda Zara, 7a

⁵ Hilkhhot Mamrilm 1,5

⁶ En effet, Maïmonide écrit : "Si tu ne sais pas quel avis suivre, suis l'avis le plus strict (etc...)". À contrario, celui qui "sait quel avis suivre" n'a pas besoin de se fonder sur les critères énoncés.

⁷ Bien que la question mérite d'être soulevée, l'objet de cette étude n'est pas de savoir qui peut être un décisionnaire.

⁸ Le sujet est vaste et les réponses nombreuses. Je vais tenter de reproduire ici les textes que j'ai étudiés et qui m'ont permis de cerner un peu mieux cette problématique. Les hébraïsants peuvent avoir accès à des ouvrages

- Pourquoi ne pas suivre la majorité des décisionnaires ?
- Pourquoi ne pas suivre dans tous les cas l'avis le plus strict lorsqu'une interdiction de la Torah est en jeu ?

1/ LE SANHEDRIN, LES NEUF MAGASINS, ET LA LOI DE LA MAJORITE

« *Ne suis point la majorité pour mal faire ; et tu ne te prononceras pas sur un litige en suivant la majorité, pour faire pencher le jugement* »⁹.

Comme l'explique Rachi en se basant sur le Talmud, la formulation de ce verset « *Ne suis point la majorité pour mal faire (...)* » sous-entend qu'il y a une obligation de la suivre « *pour bien faire* ». À priori, cette recommandation concerne spécifiquement un cas de jugement. Un passage du traité 'Houline va cependant nous montrer que cette recherche de la majorité a une portée bien plus grande :

- *Sur quoi les Sages se basent-ils lorsqu'ils enseignent de suivre la majorité ?*
- *Quelle est leur source ? [Il s'agit évidemment du verset d'Exode 23, 2 :] « Ne suis pas la majorité pour faire pencher [le jugement] »¹⁰.*

La *Guemara* ne se satisfait pas de cette réponse et poursuit :

« *La question n'a pas été posée sur une majorité perceptible (rov déita kamane), comme dans l'exemple des neuf magasins et du Sanhédrin, mais même dans le cas d'une majorité statistique (rov délita kamane), comme dans le cas du garçon mineur et de la fille mineure¹¹ (...)* »

Ce dernier passage mérite quelques éclaircissements. Le premier est relatif au cas des « *neuf magasins* », mis en parallèle avec celui du Sanhédrin. Rachi explique qu'il s'agit d'une situation dans laquelle un morceau de viande est trouvé par terre, dans une ville comptant dix commerces

plus érudits soulevant davantage de points, notamment le *Shaaré Yocher*, du Rav Shimon Shkop, qui analyse en détail tous les aspects de la Loi de la majorité (rov).

⁹ Exode 23, 2

¹⁰ TB 'Houline, 11a

¹¹ Nous reviendrons sur ce cas dans la suite de notre développement.

d'alimentation : neuf vendant de la viande cachère, et un vendant de la viande *terefa* (non cachère). Celui qui trouve le morceau peut alors le manger sans crainte car on suit la majorité des commerces vendant de la viande cachère.

À priori les deux cas n'ont rien à voir : dans le cas du Sanhédrin, il s'agit de rendre une décision de justice : faut-il attendre que l'unanimité des juges soit acquise avant de pouvoir rendre un verdict ? Si tel était le cas, la justice serait bien lente... Il importe maintenant de prendre une décision. Il se peut certes que la « vérité » soit du côté des avis minoritaires, mais la bonne marche de la société incombe à prendre ce risque. Un critère est donc fixé : les juges prendront leur décision en suivant la loi de la majorité.

Le cas du morceau de viande est tout différent : quel est le problème si celui qui le trouve s'abstient de le manger ? Il ne l'a même pas acheté ! Est-ce si dur de se priver de viande ? Allons-nous prendre le risque de transgresser un interdit de la Torah uniquement pour satisfaire un appétit ?

La même réponse que précédemment ne peut être rapportée : il n'y a ici aucune nécessité sociale. Il convient donc de chercher une autre raison. Du fait que ces deux exemples sont rapportés ensemble pour illustrer la Loi de la majorité, et qui plus est, qu'ils sont rapportés comme tirés de toute évidence du verset de l'Exode, il nous semble alors que la motivation du cas des « *neuf magasins* » devra également expliquer le cas du Sanhédrin.

Comprenons-bien qu'il n'est pas possible dans l'optique talmudique de considérer que celui qui suit l'avis du Sanhédrin ou qui ramasse le bout de viande reste toujours dans le doute. Certes, cela semblerait logique. Pour rester dans ce dernier cas, il y a effectivement un doute objectif : peut-être que le morceau ramassé est celui provenant du commerce non-cachère. En termes de probabilité, il y a une chance sur dix de consommer un morceau de viande *terefa*. Le doute est donc bien présent quoi qu'il arrive...

...Et pourtant, la consommation de viande non-cachère étant un interdit de la Torah, s'il y avait le moindre doute quant à la transgression de cet interdit, cela n'aurait pas pu être autorisé en vertu du principe voulant que l'on s'abstienne dans le cas d'un doute portant sur un interdit de la Torah (*sfeka doraïta la'houmra*)¹².

¹² TB, Betsa 3b.

Nous nous trouvons donc devant une situation particulière : objectivement le doute existe bel et bien, mais *halakhiquement* il n'existe plus. Le Talmud explique par ailleurs cette singularité par une formule juridique expliquant le véritable fondement de la Loi de la majorité :

« *La minorité ressemble à l'inexistant / miouta kéman délita damé* »¹³

En d'autres termes, la minorité s'annule face à la majorité, si bien qu'elle perd toute existence halakhique. Rav Guedalia Nadel compare cela à une grande casserole¹⁴ : lorsque tous les ingrédients sont mélangés, et qu'on plonge une louche dans le mélange, il est alors impossible de discerner les ingrédients minoritaires qui se confondent alors avec les ingrédients majoritaires. Dans le cas du Sanhédrin, même si des avis minoritaires ont été prononcés dans l'intimité de la délibération, ils ne sont plus visibles lors du verdict final. Dans le cas des « neuf magasins », celui qui trouve un morceau de viande sans savoir de quel commerce il provient, voit un seul élément sortir de cet ensemble de magasins. Il n'y a pas pour lui neuf magasins cachères et un non-cachère, mais une entité dont s'est détaché un morceau de viande.

Le doute n'existe plus car l'objet minoritaire n'existe plus. La Halakha ne réfléchit donc pas sous l'angle de l'objectif, là où le doute subsistera toujours, mais sous celui du subjectif : pour celui qui voit le résultat final dans la casserole, l'ingrédient minoritaire n'en fait pas partie. Pour celui qui voit la délibération des juges, l'avis contraire n'existe pas. Pour celui qui trouve un morceau de viande devant dix magasins venant en majorité de la viande cachère, le magasin qui n'en vend pas n'existe pas.

2/ LES AVIS MINORITAIRES DE LA MICHNA ET L'ERREUR JUDICIAIRE

L'annulation de la minorité face à la majorité soulève plusieurs problèmes. Celui qui nous intéresse concerne le cadre du jugement. Certes, l'avis minoritaire n'est pas rapporté dans le verdict, mais est-il pour autant complètement annulé, comme s'il n'avait jamais existé ? L'étude

¹³ TB, Kidouchine 80a. Cette formule est employée en l'espèce dans une question relative aux lois de pureté et d'impureté. Les *Tossafistes* l'extrapolent explicitement au cas d'un tribunal dans leur commentaire sur Baba Kama 27b.

¹⁴ Shioré Rav Guedalia 3, 15, p.101. La question de départ de R. Nadel concerne l'extrapolation de la Loi de majorité aux cas de « *ta'arovete* », c'est-à-dire des ingrédients interdits devenant, selon certaines conditions bien précises, permis à la consommation lorsque mélangés dans une grande quantité d'ingrédients permis.

et l'argumentation des juges s'envole-t-elle d'un seul coup ? Perd-t-elle toute valeur car elle n'a finalement pas été retenue ?

La réponse est certainement négative.

Notons tout d'abord que l'idée talmudique assimilant la minorité à l'inexistant, apporte une nuance qu'il est fondamental de prendre en compte : « *La minorité **ressemble** à l'inexistant* ». Il n'est pas écrit que la minorité **est** inexistante, mais qu'elle y ressemble. C'est comme si elle était inexistante dans un cas déterminé, mais dans l'absolu elle existe bel et bien.

Dans le cadre des controverses sur la loi à appliquer, cette idée peut avoir des conséquences concrètes.

Il est ainsi enseigné dans le traité *Edouyot*:

« -Et pourquoi mentionne-t-on les paroles d'un particulier parmi la majorité, puisque la Halakha ne suit que la majorité ? Car si un tribunal décide de s'appuyer sur les paroles d'un particulier, alors aucun tribunal [statuant après ce dernier] ne pourra annuler les paroles du [premier] tribunal à moins qu'il ne soit plus important en nombre et en sagesse. S'il est plus important que lui en sagesse mais non en nombre, [ou qu'il est plus important] en nombre mais non en sagesse, il ne pourra annuler ses paroles tant qu'il ne sera pas plus important en nombre et en sagesse.

-Rabbi Juda dit : Si c'est ainsi, pourquoi mentionne-t-on vainement les paroles du particulier parmi la majorité ? Car si un homme affirme : « J'ai appris ainsi [et non selon la Loi telle que présentée par le tribunal] ». On lui répondra : « Tu as entendu [la Loi telle qu'interprétée] selon les paroles d'un tel [particulier, dont l'avis ne peut être retenu car en désaccord avec la majorité] ». ¹⁵

Il est certain que le premier enseignement montre clairement que l'opinion du particulier n'est pas vaine car elle peut être adoptée par un tribunal¹⁶. La Loi de la majorité est totalement prise

¹⁵ TB, Edouyot 1, 5-6. Voir une version différente de cet enseignement dans la Tossefta Edouyot 1, 3.

¹⁶ Cependant, l'opinion de Rabbi Juda présentée dans la seconde *michna* refuse d'accorder une valeur légale à l'avis allant à l'encontre de la majorité, même s'il est mentionné dans la Michna. D'après lui, sa mention n'aurait

en compte, mais l'avis minoritaire n'est pas annulé pour autant. Il garde une certaine légitimité. Certes au moment de trancher la Halakha, l'avis minoritaire ressemble à l'inexistant, mais il reste susceptible d'avoir une existence dans le futur.

Par ailleurs, une discussion talmudique existe quant à la question des frais à payer par les juges en cas d'erreur judiciaire : si deux juges ont condamné et que l'un a innocenté, puis qu'une erreur de jugement est avérée, quels sont les juges devant apporter la réparation pécuniaire sur leurs biens propres, et selon quelle proportion ?

La *Guemara* réfute l'idée que celui ayant innocenté puisse avoir une part à payer : « *Il leur dira : si vous m'aviez écouté, vous non plus n'aurez pas eu à payer !* »¹⁷. Ainsi donc, seuls les juges s'étant trompés devront assumer leur erreur. Si l'on expliquait que l'avis minoritaire devenait inexistant, comme n'ayant jamais existé, cette conclusion serait incompréhensible. Les juges n'existent pas en tant qu'individualités, mais uniquement en tant qu'entité unique délivrant un même verdict, pourquoi le troisième ne serait-il pas obligé de payer avec les autres ?

Le Rav Guedalia Nadel propose un élément de réponse en soulignant parfaitement la nuance à prendre en compte dans le concept d'annulation de la minorité face à la majorité :

« Un tribunal est composé de trois individus distincts, dont l'un s'exprime ainsi et l'autre s'exprime ainsi. Ces trois-là ne forment pas une même entité, mais chacun s'exprime selon son opinion. En revanche, le tribunal lui-même constitue une seule entité, et il importe de donner un seul verdict ; il n'est pas possible de donner à la fois le verdict de la majorité et celui de la minorité.

La Torah dit à ce sujet « (...) après la majorité pour faire pencher [le jugement] », car l'opinion de la majorité crée le verdict du tribunal. La minorité est donc annulée, mais cela ne signifie pas que le juge minoritaire annule son opinion, et qu'il est désormais d'accord avec le verdict

pour autre but que d'éviter les récriminations des perdants d'un procès prétendant connaître d'autres traditions que celles sur lesquelles les Juges fondent l'arrêt les concernant (Maïmonide).

¹⁷ TB, Sanhedrin 30a

de la majorité. Il conserve toujours son opinion [bien qu'il ne puisse plus remettre en cause le verdict] (...). »¹⁸

Ainsi dans l'exemple du traité *Sanhédrin*, le fait que l'avis du juge minoritaire existe toujours dans l'absolu entraîne son exemption en cas d'erreur. Ce n'est pas car son avis s'annule dans le cadre du verdict initial, que son étude et son argumentation sont considérées comme n'ayant jamais existées. Non seulement son opinion conserve toute son autonomie sur le plan de la pensée, mais elle lui permet aussi de refuser d'endosser la responsabilité pécuniaire de leur erreur. Dans ce cas bien précis, son autonomie de pensée se transforme alors en une autonomie concrète le dissociant de la majorité.

3/ L'EXTRAPOLATION DU PRINCIPE DE MAJORITE AUX CAS DE MAJORITES STATISTIQUES (ROV DELITA KAMAN)

La *Guemara*, dans le traité *'Houlin* que nous avons rapporté plus haut, n'avait pas l'air de s'étonner que le cas des « neuf magasins » puisse s'apprendre du verset de l'Exode, car il s'agit, tout comme le cas du Sanhédrin, d'une majorité observable (*rov déita kaman*). En revanche elle s'étonnait que la loi de la majorité puisse s'appliquer dans le cas d'une majorité statistique (*rov délita kaman*). L'exemple cité était celui « du garçon mineur et de la fille mineure ».

Rachi rappelle qu'il s'agit d'un sujet traité dans la *Guemara*¹⁹ : les Sages et Rabbi Meïr sont en discussion à propos d'un cas de figure bien précis dans la Loi du lévirat²⁰.

Lorsque le frère du défunt est mineur, c'est-à-dire, qu'il n'est pas en âge de procréer, le lévirat est tout de même valable. Cependant les Sages du Talmud soulèvent un problème. S'il s'avère avec le temps que ce jeune enfant est stérile, le commandement ne pourra pas être accompli, et

¹⁸ Shiouré Rav Guedalia, op. cit.

¹⁹ TB, Yebamot 61b

²⁰ Pour rappel, si le mari décède sans fils, son épouse doit épouser le frère du défunt afin de lui assurer "un nom" par l'intermédiaire de son frère (Deut. 25, 5-6). L'unique objectif du lévirat étant de créer une descendance au défunt, un frère stérile n'y est pas soumis.

le frère risque alors de rentrer dans l'interdit corolaire : avoir une relation avec la femme de son frère dans un autre cadre que celui de la loi (*pogé'a béeshete aviv shélo bimkom mitsva*)²¹.

Selon les Sages, un tel mariage est tout de même autorisé. Puisque la majorité des enfants ne deviennent pas stériles, il faut suivre cette majorité²².

À la différence du cas du Sanhédrin et de celui des « neuf magasins », la majorité dont il est question ne repose que sur une statistique. On voit les membres du tribunal en rentrer et en sortir. On voit également les magasins les uns à côté des autres, avec la certitude que le morceau de viande est posé non loin et provient de ces derniers. Mais dans ce dernier cas, l'observateur extérieur ne voit rien.

Est-il encore possible d'apprendre cette règle de la majorité du verset de l'Exode ?

Dans un premier temps, la *Guemara* semble répondre par la négative. Elle recherche d'autres versets qui serviraient de base à l'acceptation d'une majorité statistique (*rov délita kaman*). Après l'analyse de plusieurs sources, un problème apparaît : chaque verset accepté comme source potentielle traite de cas pratiques impossibles à vérifier (*shé iefshar livdok*).

Par exemple, celui qui tue un homme est condamnable à la peine capitale. Cependant, s'il a tué un homme déjà condamné par une maladie incurable, cette peine ne s'applique pas. Mais comment savoir après coup, alors que les autopsies sont interdites, si l'homme tué était viable ou non ? Peu importe, répond la *Guemara*, la Torah demande quand même que soit mis à mort l'assassin car la majorité des hommes ne sont pas victimes de maladies incurables. Le doute est donc écarté en vertu de la loi de la majorité.

Or, comme le rappelle Rachi, dans le cas du frère mineur du défunt, il est possible d'attendre qu'il grandisse et d'avoir la certitude qu'il n'est pas stérile²³. Malgré cela, on suit a priori la Loi

²¹ La même question est posée sur place, au sujet d'un défunt qui était marié avec une mineure : rien ne certifie que celle-ci mettra au monde des enfants en se mariant avec son frère. C'est pour cela que la *Guemara* parle du « cas du garçon mineur **et** de la fille mineure ». Il faut comprendre : « (...) **ou** de la fille mineure » (Rachi sur TB, Yebamot 61b).

²² Pour Rabbi Meïr, en désaccord avec les Sages, le mariage sera interdit. En effet, ce dernier refuse d'appliquer la loi de la majorité dans les cas de majorité statistique. Son opinion mériterait une étude à part.

²³ Comment avoir la certitude qu'il n'est pas stérile puisque l'on attend, et qu'il ne s'est donc pas encore marié avec la veuve de son frère ? Il convient de répondre que tous ces cas de figures, inexistantes à notre époque, prennent en compte une société dans laquelle la polygamie était autorisée : si le frère se marie avec une première femme et qu'il a un premier enfant, il sera alors avéré qu'il n'est pas stérile, et il pourra donc accomplir enfin le commandement du lévirat.

de la majorité. Il en va donc de même dans tous les cas de majorité statistique (*rov délita kaman*), et même dans ceux qu'il est possible de vérifier (*eikha déeifhsar livdok*) : la minorité s'annule face à la majorité.

Au final, aucune des sources rapportées ne permet de trouver un fondement textuel à ce principe. Aucun verset de la Torah ne semble appuyer spécifiquement l'application de la loi de la majorité dans un cas de majorité statistique. Ce qui fait émettre à Rachi l'hypothèse que la *Guemara* est revenue sur sa question de départ, et a admis que le verset de l'Exode était à la fois la source de la loi de la majorité dans le cadre d'une majorité observable (*rov déita kaman*), et dans le cadre d'une majorité statistique (*rov délita kaman*)²⁴.

D'après cette explication, la portée de la loi de la majorité paraît presque infinie. L'une des questions posées en introduction revient alors : Si la loi de la majorité est si importante qu'elle s'étend jusqu'à des exemples de majorité statistique (*rov délita kaman*) dans des cas vérifiables (*eikha deefshar livdok*), pourquoi ne s'étendrait-elle pas aux différents décisionnaires ? La question est d'autant plus pertinente à notre époque, alors que de nombreux logiciels peuvent donner un ordre d'idée très précis des différents avis sur une même question. Peut-être pourrait-on même parler de majorité évidente (*rov déita kaman*)...

4/ QUAND LA MINORITE DEVIENT UNE ENTITE PROPRE (KAVOUA).

Dans le traité *Kétoubot*²⁵, la *Guemara* présente un nouveau cas des « neuf magasins » : Il y a toujours une majorité de commerces vendant de la viande cachère et une minorité vendant de la viande *terefa*. La personne qui se retrouve avec le morceau de viande ne l'a pas trouvé par terre, mais est rentrée dans l'un des dix magasins. Elle ne se rappelle pas dans lequel. Dans cette configuration, il est interdit de consommer le morceau dans le doute. Le magasin est alors considéré comme étant « fixe » (*kavoua*), or tout élément minoritaire fixe perd son statut de minorité et obtient la même importance (*'hachivoute*) que la majorité. La personne en possession du morceau de viande est donc désormais confrontée à une moitié de commerces

²⁴ Il propose également une autre hypothèse selon laquelle la loi de la majorité dans un cas de majorité statistique serait en fait une tradition orale ancienne établie sans aucune controverse (*halakha léMoshé mi-Sinaï*).

²⁵ TB, *Kétoubot* 15a

vendant de la viande *cachere* et une moitié vendant de la viande *terefa* (*kol kavoua kéme'htsa 'al me'htsa daméi*).

Pourquoi ? Quelle différence existe-t-il avec le cas « classique » des « neuf magasins » ? Dans les deux cas, une personne est en face de dix commerces, dont un seul ne vend pas de la viande cachère. Dans les deux cas, elle est avec certitude en possession d'un morceau provenant de l'un de ces dix magasins. Dans les deux cas, elle ne sait pas s'il provient d'un magasin vendant des denrées cachères ou de celui vendant des denrées non- cachères. Alors pourquoi une telle différence sur le plan de la loi ? Si ces cas de figure sont à ce point similaires, pourquoi dans le premier il sera permis de consommer le morceau de viande, alors que ce sera interdit dans le second ?

Selon ce que nous avons rapporté plus haut au nom de Rav Guedalia Nadel, l'annulation de la minorité face à la majorité est une donnée uniquement subjective. Celui qui trouve un morceau de viande sans savoir de quel commerce il provient, voit un seul élément sortir de cet ensemble de magasins. Il n'y a pas pour lui neuf magasins cachères et un non-cachère, mais une entité dont s'est détaché un morceau de viande.

Ce raisonnement ne peut être tenu que dans un cas où la subjectivité est possible. Or lorsque la personne est rentrée dans un magasin, mais qu'elle ne se rappelle pas lequel, il est désormais impossible de comparer l'ensemble des dix magasins à une grande casserole dont est sorti un élément commun. Il est évident que le morceau de viande ne sort pas de l'ensemble, mais bien d'un magasin en particulier, puisque la personne est rentrée dedans. Ce magasin est alors considéré comme une entité propre. Toute annulation subjective face à la majorité est désormais impossible, car l'entité prend autant d'importance (*'hachivoute*) que le reste des éléments s'assimilant également à une seule entité.

Une idée similaire peut être développée concernant le Sanhédrin : Tant qu'un seul verdict sort de l'ensemble des juges réunis, la minorité s'annule face à la majorité. Mais si un juge siège à part et prononce en toute légalité son propre verdict, il ne peut pas être considéré comme étant minoritaire face au tribunal composé de plusieurs juges. Il constitue une entité propre même si ces confrères sont plus nombreux. Dans une telle configuration, si le juge solitaire rend un verdict différent du Tribunal composé de plusieurs juges, cela équivaldra à deux tribunaux en controverse. L'avis le plus strict devra donc être suivi lorsque des interdits de la Torah seront en jeu.

Il ne s'agit pas cependant du cas dont parle Maïmonide, ni de la situation que nous vivons de nos jours. Chaque décisionnaire constitue une entité à part entière et les controverses ne peuvent pas être ramenées à une controverse entre deux entités égales. La véritable question que nous posons pour terminer cette étude est donc la suivante : « Peut-on encore parler d'une majorité de décisionnaires lorsque chacun constitue une entité propre ? ».

5/ DE L'AUTONOMIE DE DECISION (CONCLUSION DE L'ETUDE)

Le Rav Baroukh Epstein, dans son *Torah Temima*²⁶, écrit qu'il n'est possible de parler d'une annulation de la minorité face à la majorité que dans le cas où les juges sont ensemble au moment des discussions préalables à la délibération. En revanche, il n'est pas opportun de parler d'une « majorité » à propos des différentes *responsas* des décisionnaires. En effet dans le premier cas, il est évident que l'avis de la minorité n'a pas été retenu, puisqu'il y a eu confrontation directe et échange d'arguments. Mais dans le second, il se peut très bien que les tenants de l'avis « majoritaire » se seraient rangés à l'avis « minoritaire » s'ils avaient débattu face-à-face avec l'auteur ayant exprimé une opinion contraire.

Selon ce que nous avons vu précédemment, même le juge minoritaire au sein du tribunal jouit d'une autonomie de pensée pouvant engendrer a posteriori des conséquences pratiques. Lorsque le décisionnaire minoritaire ne s'exprime pas à l'intérieure d'une institution judiciaire définie, son autonomie de pensée devient également une autonomie de décision. Son avis ne peut pas être annulé par celui de la majorité, car il constitue une entité propre, complètement distincte des autres. Mais plus encore : l'avis de la majorité des décisionnaires n'existe pas ! Chacun représente une entité différente de l'autre. Même s'ils se rejoignent dans l'idée, du fait qu'ils n'aient pas discuté ensemble au même moment, dans le cadre du même tribunal, la décision ne peut être considérée commune.

Certes, le principe de la majorité a une portée extrêmement vaste, mais il ne peut s'appliquer que lorsque les différents éléments en question peuvent être comparés. Il est nécessaire que même l'œil le plus subjectif possible arrive à y voir un tout. Dans le cas des « neuf magasins », il n'est question que de commerces susceptibles de vendre le morceau de viande trouvé à terre.

²⁶ Commentaire sur le passage du traité TB 'Houlin 11a ; Exode 23, 23.

Mais si un magasin vend le même type de viande, alors qu'il se situe à l'autre bout du monde, il ne sera pas comptabilisé dans le total des commerces. Il est lui-même une entité propre²⁷.

Toujours dans le même cas, s'il se trouve un magasin *'halavi* (vendant exclusivement des produits lactés) à proximité des commerces vendant de la viande, il ne sera évidemment pas pris en compte dans le total des magasins. Non seulement il s'agit d'une entité propre, mais l'absence de comparaison possible -puisque'il est évident que le morceau de viande ne vient pas de là- fait que l'on ne réfléchit plus du tout selon la loi de la majorité²⁸.

Le parallèle avec les décisions halakhiques s'établit alors plus précisément à la lumière de ces deux exemples : l'autonomie de pensée du décisionnaire exprimée en dehors de tout tribunal rend son verdict *de facto* incomparable avec les autres verdicts émis dans des circonstances similaires. Il n'est alors plus question de raisonner en faisant appel à la loi de la majorité.

Si l'on ne fait plus appel à la loi de la majorité, il n'est plus possible d'affirmer que la minorité est annulée. Mais dans ce cas, faut-il alors suivre *dans le doute* l'avis le plus strict lorsqu'un interdit de la Torah est en jeu ?

Il nous semble que cela n'est pas obligatoire : du moment qu'un décisionnaire s'est exprimé clairement sur un sujet en affirmant que sa position est *juste*, le doute n'existe plus. D'autres s'expriment différemment ? Certes, mais chacun exprime une vérité, car comme l'explique le Rav Moshé Feinstein dans son introduction aux *Iguerote Moshé*, la vérité absolue n'est connue que de Dieu. Chaque décision prise en conformité avec les principes talmudiques (*klalé pisska*) représente une vérité. Il n'y a pas de doute quant à sa légitimité. Comme nous l'avons noté en introduction, Maïmonide admet implicitement qu'en dehors de tout doute, il n'est pas nécessaire de suivre le décisionnaire le plus strict lorsqu'une interdiction de la Torah est en jeu. Dans l'absolu, il n'est pas possible d'être dans une telle situation, le doute sur la volonté originelle de la Torah existera toujours. Cependant ce doute-là n'a pas d'incidence halakhique.

²⁷ Ou alors la part d'une autre entité, c'est-à-dire d'un autre ensemble de magasins dans l'endroit où il se situe.

²⁸ La réflexion se situe ici dans le cadre d'une majorité évidente (*rov déita kaman*). Je n'ai pas trouvé de contre-exemples dans le cadre d'une majorité statistique (*rov délita kaman*), mais il me semble que l'idée de l'exigence d'une comparaison fasse également sens. Par exemple dans le cas du « *garçon mineur et de la jeune-fille mineure* », soit une personne est stérile, soit elle ne l'est pas. La comparaison entre les uns et les autres s'impose donc.

Aussi dans notre cas, les critères permettant au décisionnaire de trancher la Halakha ont autant de force que le critère permettant à la majorité de l'emporter sur la minorité²⁹.

Yona Ghertman

²⁹ L'idée que l'application de la Halakha nécessite de dépasser un doute constamment existant se retrouve, notamment, chez Maïmonide. Dans les *Hilkhote yessodé haTorah* (7, 7) il met en parallèle l'obligation de suivre un prophète et celle de se fier à un témoignage de deux personnes. Dans les deux cas, de nombreuses conditions sont requises avant de faire confiance aux propos émis et de les suivre. Cependant, toutes les précautions possibles ne suffiront pas à enlever le doute existant quant à la véracité de leurs dires : Peut-être Dieu n'a-t-il jamais adressé la parole au prophète, même si celui-ci est un Sage connu pour sa piété ? Peut-être les témoins ont-ils menti, même si les juges se sont livrés à un examen minutieux de leur témoignage ? Le Maïmonide répond à ces interrogations de la manière suivante : « À propos de ces sujets et de cas semblables, le verset enseigne [Deutéronome 29, 28] : « Les choses cachées sont pour l'Éternel, notre Dieu, mais ce qui est révélé est pour nous et pour nos enfants », ainsi que [I Samuel 16, 7] : « L'homme voit ce qui est révélé aux yeux, mais Dieu voit dans le cœur ». Le Rav Eliahou Touguer explicite ainsi cette réponse : « Selon Maïmonide, il est impossible pour l'homme de connaître la vérité absolue dans une situation donnée. La Torah nous donne des critères sur lesquels fonder nos décisions. Bien qu'ils ne soient pas à l'abri de toute erreur, ils sont cependant applicables à nos circonstances. Si nous suivons ces critères et qu'une erreur se produit, Dieu n'en considère pas l'homme comme responsable » (*Michné Torah, Hilkhote Yessodé haTorah*, éd. L'Arche du Livre, p.261).