

Si l'heureux stratagème probatoire du Roi Salomon n'avait pas fonctionné

Marie-Anne FRISON-ROCHE

Agrégée des facultés de droit

*Directrice du Journal of Regulation & Compliance (JoRC) et de l'École européenne de la
Régulation et de la Compliance (EeRC)*

1. **Pierre Crocq**, directeur d'Instituts judiciaires (IEJ), amenait les étudiants, ceux d'Angers puis de Paris, jusqu'aux salles d'audience où, devenus juges et avocats, ils exercent aujourd'hui l'art de la justice. Nous y passons, chacun attendant la Justice, elle doit y être présente et incarnée. Les murs de l'IEJ de la Faculté de Droit d'Angers rendent désormais hommage à leur directeur. Tout autant qu'un livre et mieux que les parois de verre, les murs de pierre portent les inscriptions, les portraits, les représentations de cette justice humaines et de ceux qui l'enseignent et la rendent. Dans la grande salle d'audience du Tribunal judiciaire de Paris, forteresse de verre, il y a tout de même suffisamment de pierre et de hauteur pour qu'on ait pu y reproduire la lettre du premier alinéa de l'article 16 du Code de procédure civile, que l'on appelle « Code de professeurs » : *Le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction*. Merci aux professeurs Motulsky, Cornu, Foyer, Terré, qui firent naître ce Code-là, et cet article-là. Merci aux professeurs qui, comme Pierre Crocq, dirigent les IEJ et amènent les étudiants dans la salle des pas perdus, c'est-à-dire celle par laquelle l'on retrouve son chemin pour aller vers le bureau de l'aide juridictionnelle, vers la salle où le juge écoute publiquement et rendra son jugement à voix haute, vers son bureau plus à l'écart où il réconcilie.

2. **Le Roi Salomon dans le texte et dans les algorithmes.** – L'une des représentations que l'on donne souvent de la Justice pour la faire comprendre aux étudiants est celle du Roi Salomon. C'est effectivement une « histoire édifiante »¹. L'image est alors plus exacte, plus violente que l'image populaire du fruit coupé en deux sans chercher à savoir qui a raison et qui a tort². Il y eut rarement autant de distance entre le récit biblique et ce qui serait sa sagesse constituant à couper les demandes en deux pour que chacun s'en retourne à moitié content sans jamais que l'on sache qui avait raison et qui avait tort. Ainsi, si l'on demande une définition à l'algorithme, la réponse est : « un jugement de Salomon désigne donc un verdict mettant fin à un conflit en renvoyant dos à dos les parties : soit en partageant les torts, soit en contraignant l'une des parties à renoncer à

1. Expression utilisée dans la présentation que le Musée du Louvre donne du tableau.

2. F. Bénard, « "Le Jugement de Salomon" par Poussin : à tort et à raison ? », revue *Beaux-Arts*, mai 2024.

son action ». C'est le contraire même de la justice³. Mais l'on retrouvera sans doute de plus en plus cette définition inexacte dans les copies puisqu'on lit moins les textes qu'on ne se réfère qu'à ce que répètent inlassablement les algorithmes. Cette définition est pourtant inexacte.

3. Violence et passion. – Inexacte car en premier lieu dans le Livre des Rois⁴ il s'agit au contraire non pas de concilier sans savoir mais à l'inverse de discerner le vrai du faux et de ce seul fait d'en déduire qui a raison et qui a tort pour rendre entièrement justice à qui a raison et rejeter qui a tort : Salomon parce qu'il connaît la vérité des faits pourra ainsi dans ce second temps être juste. En second lieu, le récit n'est que de mensonges, menaces et morts. Il n'y a pas de douceur, tout est force. Passion du désir de posséder l'enfant chez celle qui n'en est pas la mère, force de l'amour chez la mère qui se sacrifie pour son enfant, force du Droit qui frappe deux fois, par l'ordre de trancher l'enfant, par l'attribution du titre juridique de mère, remettant ainsi par la Justice les choses en ordre⁵.

4. L'exactitude des tableaux. – C'est d'ailleurs ce que l'Art a retenu. Cette histoire biblique, que l'on dit ancrée dans des temps plus anciens et des terres plus lointaines encore, a été peinte par l'École de Raphael dans un tableau où l'on peut voir un cadavre de nouveau-né gisant à terre tandis que l'autre enfant se débat, sans doute en vain car l'exécuteur le tient fermement à la verticale et le tranchera tout du long sans que la victime tenue par une cheville ne puisse lui échapper. Les deux enfants ne sont guère regardés, ni celui qui vient de mourir, déjà abandonné par sa mère qui le tua dans la nuit en s'endormant sur lui, ni celui qui tente encore d'échapper à son sort, l'un frappé par la négligence de sa propre mère, l'autre bientôt tué sur ordre du Juge. Le Roi regarde l'enfant qui devrait donc mourir, levant déjà le bras, soit pour que sa sentence mortifère s'abatte soit pour le protéger et suspendre son ordre, tandis que les femmes se disputent la qualification juridique enviée et revendiquée de mère puisque Salomon a le pouvoir de donner ce titre juridique soit à l'une soit à l'autre. À l'époque, l'unicité de la maternité ne se disputait pas.

Valentin de Bourgogne en 1629 en reprit la composition. Le tableau réalisé par Poussin en 1649 est construit différemment. Il fait apparaître le juge immobile en position magistrale, droit regardant devant lui. Il est le personnage autour duquel tout s'agence, puisqu'il est la justice. Pesant le pour et le contre, dualité et opposition que représentent les deux plaidantes. Chacun de ses bras les désignant, il est par sa position même la balance de la justice. Pourtant il donnera entièrement satisfaction à l'une et rejettera l'ensemble de la prétention de l'autre.

5. La vérité découverte, préalable obtenu par le Roi Salomon pour un jugement qui ne pouvait dès lors qu'être juste puisque le Juge Salomon est impartial. – Lorsque le Juge Salomon se prononcera sur le fond du litige il dira que la femme défenderesse est la mère du nouveau-né disputé et rejettera

3. Par exemple André Wénin débute son analyse ainsi : « Dans le langage courant, un "jugement de Salomon" est un verdict qui renvoie dos à dos les parties et met fin de la sorte au litige confus qui les oppose, quand bien même ce doit être au mépris de la justice. » (« Le roi, la femme et la sagesse. Une lecture de 1 Rois 3, 16-28 », *Revue théologique de Louvain* 1998, fasc. 1, p. 29-45, p. 29.

4. Bible, 1. Rois 3, 16-28.

5. Selon la définition que Confucius donne de la Justice, consistant à appeler Mère la mère et Fils le fils.

entièrement la prétention de la femme qui lui réclamait l'attribution de l'enfant. Mais ce que l'on appelle le Jugement de Salomon n'est pas le jugement sur le fond, il est l'ordre par lequel il ordonne de couper l'enfant, c'est-à-dire non pas un acte de *juris-dictio* mais l'acte d'*imperium* par lequel la preuve du lien maternel est découverte. Cet acte de puissance est possible, il est ici acte de puissance absolue puisqu'il impose la mise à mort de l'innocence même qu'est le nouveau-né, puisqu'il est Roi. Le Roi Salomon découvre ainsi la vérité par une mesure d'instruction que seul un Roi, parce qu'il est doté d'Autorité, peut ordonner. Il lui est par la suite aisé d'être juste car tout tiers, s'il connaît la vérité, peut dans l'exercice de la *juris-dictio* être juste dès l'instant qu'il est impartial et désintéressé. C'est donc parce qu'il est un « Roi-Juge » qu'un tel récit peut se dérouler car, lorsqu'il prendra sa pure fonction de juge, alors Salomon pourra désigner d'une façon exclusive parce qu'exacte celle qui de droit mérite le titre de mère.

6. Plan. – Le Jugement de Salomon est donc une mesure d'instruction, un stratagème probatoire (I). Mais même un Roi ne peut être assuré de la réussite d'une mesure d'instruction que son *imperium* lui permet d'imposer, rien ne lui garantit la réussite du stratagème probatoire qu'il a conçu, c'est-à-dire la découverte de la vérité. La mesure d'instruction qu'il imagina suppose un amour maternel qui entraîne chez celle qui pourrait préférer continuer de disputer qu'elle choisisse plutôt ne pas posséder l'enfant en l'état de cadavre, simple proie inerte de la demande d'accaparement formulé par la demanderesse. C'est la vertu de la femme qui permet la sagesse du Juge⁶. Le moyen de preuve aurait pu ne pas fonctionner (II). Cela n'est guère envisagé dans le récit car l'on présente toujours le Roi Salomon comme étant sage et la mère comme préférant l'enfant à elle-même. Mais si l'on sort du Livre des Rois où la vertu règne, celle de la mère comme celle du Juge pour faire face à la passion de celle qui étouffa dans la nuit son nouveau-né et vient maintenant requérir la force de la justice pour s'emparer du second, l'on peut songer en déambulant dans la salle des pas perdus d'un palais de justice qu'il arrive bien souvent que des adultes se préfèrent aux enfants. Et si la seconde mère s'était préférée à l'enfant ? Que serait-il arrivé si l'ordre du juge, déjà en cours d'exécution, n'avait pas été arrêté par la vertu de la défenderesse (III) ? Qu'aurait alors fait le Roi pour exercer avec justice son office de Juge, puisque la vérité ne lui aurait pas été accessible (IV) ? Si l'on change un élément du récit, parce que la justice est humaine, que les passions animent les parties, que les enfants sont souvent les victimes silencieuses de part et d'autre⁷, alors la Justice est-elle encore possible⁸ ?

6. W.A.M. Beuken, « No Wise King without a Wise Woman (I Kings iii 16-28) », in A.S. van der Woude (dir.), *New Avenues in the Study of the Old Testament*, Leyde, 1989, p. 1-10.

7. Pour une présentation romanesque de ce drame en soi, É. Abécassis, *Divorce à la française*, Le Seuil, 2024.

8. W. Baranès et M.-A. Frison-Roche (dir.), *La justice, obligation impossible*, éd. Autrement, 2004.

I – Une mesure d’instruction que seul un roi, doté d’autorité peut ordonner, permettant ainsi le jugement juste adopté plus tard par le juge impartial

7. **Rétrospection de connaissance et préjugé.** – L’opinion du peintre, qui nous représente la situation, est faite. Pour que le tableau soit édifiant, la défenderesse est nimbée de lumière et sa protestation magnifique la fait se déployer dans l’espace du tableau tandis qu’elle espère que l’issue du litige n’aura pas pour prix la vie de l’enfant, alors que la demanderesse qui exige l’attribution de l’enfant, même la moitié de son cadavre, partage avec le premier nouveau-né qu’elle écrasa de son poids dans la nuit sa couleur cadavérique. Le spectateur est ainsi mis dans la connivence de ce qui apparaîtra plus tard comme la vérité. Avant le jugement sur le fond, nous avons une idée préconçue de ce qui doit être dit sur la prétention de l’une et de l’autre : donner tort à celle qui est comme la mort, donner raison à celle qui est comme la vie. Le peintre en nous montrant cet instant nous raconte déjà la suite⁹.

Voilà l’un des enjeux de l’impartialité quand on décrit un cas : ne pas par préjugé embrumer de lumière celui qui nous plaît et rendre repoussant celui qui ne nous plaît pas en respectant le principe premier du procès qui veut que c’est le Jugement qui fixe les places, ici celle qui tua son enfant en l’étouffant par négligence et qui veut en dérober un autre, la justice n’étant qu’un moyen pour y parvenir, et celle qui a pris soin de son nouveau-né, demeuré vivant. Les peintres, qui connaissent la fin du récit de Salomon, préjugent donc pour nous édifier, en insérant dans le jugement final le moment antérieur de l’instruction. C’est pourquoi le tableau est lui aussi un récit qui comprend l’avant (le mort du premier enfant la nuit précédente), l’instant (l’instruction) et le futur (la reconnaissance par le jeu des lumières de celle qui a tort et de celle qui a raison).

Que font les réseaux sociaux dans les procès en cours avant que les juges ne statuent ? Ne nimbent-ils pas de lumière ceux qu’ils veulent déjà triomphants et ne présentent-ils pas comme cadavériques ceux qu’ils estiment coupables ? Connaissent-ils déjà les jugements au fond ? Ou préjugent-ils pour obtenir gain de cause pour ceux qu’ils apprécient et mettre à mort ceux qui n’apprécient pas ? Les études abondent sur le « tribunal médiatique ». Le Louvre n’est pas si loin, où Poussin traçait dans son cadre les traits d’une histoire édifiante. Mais cette œuvre est rétrospective et le passé de la dispute peut donc se colorer de ce qui fut révélé par la suite, le peintre étant lui-même après le temps du jugement sur le fond. La Cour européenne des droits de l’homme rappelle que, lorsque les lumières qui sont données aux faits et aux personnes sont trop violentes, le débat démocratique et le droit à l’information ne sont plus servis.

7. **Une prétention étayée bâtie par celle qui réclame l’enfant vivant.** – Le texte est plus neutre que ces représentations picturales. Comme le souligne René

9. Comme l’observe François Bénard, préc. : « Dans l’instant de Poussin, il voit la mère qui s’abandonne, main en l’air. Ça y est, il comprend. Dans une seconde, son index stoppera le soldat, pour désigner la mère véritable. Juste derrière elle, un bouclier brille, comme l’ampoule de l’eureka, comme un éclair de lucidité. Le miroir illuminé, ce symbole “flash” de vérité universelle, le saint Graal de tous les juges comme Salomon, mastermind tout juste manifesté ».

Girard dans le commentaire qu'il fit du texte¹⁰, le récit biblique a forme judiciaire. Ce sont les parties qui nous parlent, comme sur les tableaux le Roi-Juge en position de balance nous regarde. En procédure et pour cerner ces éléments objectifs non pas du litige mais du débat, ce sont les femmes. L'objet du litige n'est pas l'enfant mort délaissé par sa mère qui ne songe pas à l'ensevelir, pas même à le couvrir, mais c'est l'enfant vivant qui, lui, ne peut parler puisqu'il est né dans la nuit. Ce sujet de la parole de l'enfant sera repris, et repris, et repris, notamment la question de savoir si d'une part dans le procès de ceux qui se le disputent il pourrait lui-même avoir son mot à dire, et d'autre part s'il le disait faudrait-il considérer ce qu'il dit ou faut-il qu'un tiers, par exemple un médecin, parle pour lui.

La demanderesse, femme qui veut se saisir de l'enfant vivant, développe devant le Juge un récit bien construit. L'édifice de fait est solide. Elle soutient qu'elle a donné naissance à son garçon mais que la femme, qui vit avec elle dans la maison de prostitution, qui a aussi engendré un garçon la même nuit et dont l'enfant est mort à la naissance, lui a dérobé : elle en réclame restitution. La défenderesse n'a pas de récit qui lui est propre. Elle dit simplement que c'est faux. Que c'est l'inverse qui s'est produit. Contredire, est-ce raconter ? L'article 30 du Code de procédure civile le soutient.

Comment savoir ce qui s'est passé ? Il ne peut renvoyer la demanderesse à mieux se pourvoir, en indiquant souvent la juridiction appropriée, que si l'obstacle consiste dans une incompétence juridictionnelle. L'on aurait pu dire qu'ici seul Dieu sait qui est la mère, et plus encore qui est le père, d'un enfant, mais la fin de non-recevoir ne fut pas soulevée par la défenderesse. Au contraire, sa défense fut pauvre, disant que tout ce que disant son adversaire était faux.

8. Les difficultés probatoires du cas : l'objet de la preuve et l'obscurité de la nuit, la crédibilité et le statut de prostituées, le déséquilibre du débat et l'absence d'autonomie de la dénégation. – Les difficultés probatoires sont plusieurs ordres. Elles tiennent principalement dans l'objet de la preuve : le lien de maternité entre la femme et l'enfant. Si de l'Antiquité à nos jours l'on pose que la mère est celle du ventre de laquelle sort l'enfant, c'est parce que le lien se voit et que la preuve en est ainsi aisée, ce qui ne fût jamais le cas pour le lien de paternité. Aujourd'hui, il faudrait bondir vers une autre définition de la maternité, à

10. R. Girard, *Choses cachées depuis la fondation du monde*, Grasset, 1978, 492 p., p. 341-351. Dans cet ouvrage Girard développe une interprétation judiciaire du récit comme manifestant avant tout la haine et la violence, celle de la femme qui saisit le Roi-Juge, celle judiciaire dont le Roi menace d'user. En cela, l'auteur reprend le thème de *La violence et le sacré* (Grasset, 1972), selon lequel c'est le juge, en tant qu'il est une personne juridique qui peut bloquer la spirale de la violence. Cette interprétation du Jugement de Salomon a donné lieu à un dialogue sur plusieurs années. Tout d'abord, en 1992, Alain Caillé et Jacques T. Godbout ont critiqué cette interprétation dans leur ouvrage *L'esprit du don* (éd. La Découverte) en estimant que l'essentiel du récit biblique tient dans l'amour maternel, c'est-à-dire dans le don et non dans la violence (de celle qui n'est pas la mère et qui va requérir la violence du Droit). Puis, en 2008, dans les *Cahiers de L'Herne* consacrés à René Girard, celui-ci a répondu en estimant que cet amour maternel « parlait de lui-même » dans ce texte mais développe l'idée que l'amour maternel de la mère est imité par l'autre femme sur le même enfant impartageable, ce qui va provoquer la violence que porte sa demande, expression de la violence des relations humaines, ici celle entre les deux femmes. Enfin, en 2020, Jacques T. Godbout répond à René Girard dans la *Revue du Mauss* dans un article « Le jugement de Salomon » (éd. La Découverte, n° 55, p. 41-55). Le juriste y verrait volontiers une application du principe du contradictoire, dont nous sommes les bénéficiaires, étant nous-mêmes placés dans le siège du Roi-Juge.

savoir le désir et la volonté d'avoir un enfant, pour sortir du casse-tête probatoire qu'engendrerait la mise en distance de l'accouchement avec la preuve de la maternité. Mais en changeant le mode de preuve, plus aisé puisqu'on produirait la preuve du désir par l'expression de celui-ci, la production d'un consentement, d'un contrat, d'une part l'on rend le lien maternel égal au lien paternel, d'autre part l'on peut établir pour un même enfant plusieurs liens de coparentalité, de comaternité, de tout ce que l'on désire et de tout ce que l'on veut. Dans ce nouveau système, le Roi législateur donnerait raison aux multiples femmes, celles qui veulent plus fortement l'enfant l'emportant sur les plus faibles. Le seul élément du tableau qui reste stable, c'est l'enfant nouveau-né, qui reste muet. Mais, aujourd'hui, le Juge penserait pouvoir le couper en deux.

Dans le temps du récit, où le Juge cherche encore la vérité du lien maternel, la difficulté est le manque de témoins car à un moment les deux enfants ont été substitués l'un à l'autre. À quel moment de la nuit, et comment ? Aucun tiers n'est là pour le raconter, puisque les deux parturientes dormaient après de leur enfant, l'une le protégeant, l'autre l'écrasant. C'est l'obscurité de la nuit qui fait obstacle et explique l'absence de moyens de preuve. Lorsque Carbonnier désigne la nuit comme espace de non-droit¹¹, il précise que le Droit s'en retire puisque tous les chats sont gris. Elles attendent le jour pour se battre et que le Juge les écoute. De la nuit, il ne reste aucune preuve du lien rattachant soit à l'une soit à l'autre.

Une autre difficulté probatoire, souvent soulignée, tient à l'absence de crédibilité des parties. Elles sont l'une et l'autre prostituées et les deux enfants sont nés dans un établissement de prostitution. Les commentateurs soulignent souvent que si l'une avait eu « une situation honnête » alors sa parole aurait eu davantage de portée pour le Juge et elle aurait gagné. C'est une étrange appréciation. Sans même se demander si la prostitution est une activité de « mauvaise vie », sans même aller dans une analyse psychosociale qui consiste à penser qu'un juge qui lui a une activité honorable écouterait davantage celle qui lui ressemble que celle qu'il désapprouve, c'est-à-dire qu'il n'atteint jamais la distance qu'on requiert de lui¹², si la prostitution ôte donc la crédibilité à la victime, thème de beaucoup de récits, ici cela n'entre pas en considération puisque l'une et l'autre ont cette activité-là. Cela rejoint plutôt la première question probatoire : la prostitution rend encore plus difficile la recherche du père ; dans ce litige où c'est la « propriété » de l'enfant qui est recherchée, si le père avait été détectable, l'enfant aurait été sans doute rendu à celui-ci, son légitime propriétaire¹³.

Enfin, la dernière difficulté probatoire tient dans l'absence de débat. En effet, celui qui se défend se contente de dire que tout ce que raconte la première est faux. Elle n'allègue pas de nouveaux faits, elle n'apporte pas de nouvelles preuves. Elle nie. Elle ne peut sans doute faire que cela car le mauvais stratagème de la voleuse d'enfant¹⁴ a consisté à non seulement lui prendre son nouveau-né mais encore à voler son propre récit : par avance construire une histoire où celle qui vole se présente comme la victime, et dit que l'enfant décédé est celle de l'autre

11. J. Carbonnier, « L'hypothèse du non-droit », *Arch. phil. droit* 1963, p. 55.

12. M.-A. Frison-Roche, « L'impartialité du juge », *D.* 1989, chron., p. 53-57.

13. Sur cette perspective du Droit romain, qui persiste encore, v. F. Terré, *L'enfant de l'esclave. Génétique et droit*, Flammarion, 1987, 248 p.

14. En opposition à « l'heureux stratagème » probatoire que va bâtir le Roi.

et non le sien, que l'autre femme l'a malmenée et lui a pris son enfant. La préméditation a consisté à s'emparer non seulement de l'enfant convoité mais encore du récit que devait raconter en défense la mère de l'enfant vivant ainsi dépouillée, de sorte que celle-ci n'a plus rien à dire. De débat, il ne peut plus y en avoir. La défenderesse ne peut plus que dire « ce n'est pas vrai » et se taire.

Il y a donc une aporie probatoire¹⁵.

II – Même un roi ne peut assurer la réussite d'une mesure probatoire

9. **Puissance du Roi, détenant l'*imperium*.** – Comment par son *imperium* de Roi Salomon va-t-il permettre au Juge Salomon de rendre la Justice, c'est-à-dire d'attribuer à chacun ce qui lui revient¹⁶, c'est-à-dire d'attribuer l'enfant vivant à la mère de l'enfant vivant et de restituer la dépouille de l'enfant mort à la mère de l'enfant mort ? La justice la plus pure est tautologique : la mère sera déclarée mère et cela suffira pour tout. Il n'y aura aucune consolation pour la mère de l'enfant qui périra. Il n'y a pas que la loi qui est dure, le jugement juste l'est aussi.

Par nature les mesures d'instruction peuvent être très violentes. Il est remarquable que les commentaires de ce litige civil empruntent tous au vocabulaire du Droit pénal, parlant de plainte, de culpabilité, d'accusation, etc. Ici, ordre est donné de tuer un enfant, dont la naissance datant de quelques heures atteste l'innocence. Mais toutes les mesures d'instructions sont violentes, y compris en matière civile, qu'il s'agisse de saisir de documents, d'entrer dans des lieux privés, etc., notamment pour la constitution de preuves *in futurum*.

10. **L'impuissance du Roi, la vérité n'étant pas dans les entrailles des enfants.** – Mais à supposer que les ordres émis soient toujours exécutés, encore faut-il que leur exécution produise l'effet que l'on attend d'une mesure d'instruction : l'apparition de la vérité. Tandis que le premier enfant est mort par étouffement causé par sa propre mère, la vérité serait censée ainsi sortir du ventre coupé en deux de l'enfant survivant. L'on crut si longtemps que l'on pouvait à ce point lire dans les entrailles que l'on sacrifia tant d'êtres vivants, y compris humains, afin de lire la vérité des choses, présentes et futures. Mais Salomon est un Roi sage, qui n'éventre pas ses semblables pour accroître sa connaissance et ne prétend le faire que pour mieux lire dans les reins et les cœurs des deux litigantes. Comme chacun le sait, ayant lu ou écouté le conte, c'est un stratagème qui est bâti sous couvert d'ordre émis.

11. **L'heureux stratagème intelligence du Roi, modèle pour chacun.** – Le Roi n'a jamais eu l'intention d'exercer son *imperium* contre celui des deux nouveau-nés qui survécut à la rapacité maternelle dont l'incurie causa la mort du premier, l'enfant désormais convoité étant vivant parce qu'il n'a pas été étouffé dans la nuit par le poids de l'indifférence de celle qui s'endormit sur l'autre. L'ordre

15. Sur les multiples solutions procédurales qui s'ouvrent alors au Juge si son stratagème ne fonctionne pas, v. *infra* n° 16 et s.

16. Ce qui fait ainsi rejoindre le Droit et l'Éthique. Cette définition de la Justice par Aristote dans le livre V de l'*Éthique à Nicomaque* a été reprise et développée notamment par Michel Villey (v. par ex. *Philosophie du droit. Définitions et fins du droit*, Dalloz, Précis, 1984, reprint Lefebvre-Dalloz, Bibliothèque Dalloz, 2001).

n'est émis que pour être interrompu par la mère qui s'insurge et se sacrifie pour que son fils ne le soit pas : son propre sacrifice peut arrêter celui de son fils. Il s'agit d'un « heureux stratagème », de ceux qui ne sont pas faits pour tromper afin que le vice l'emporte mais de ceux qui sont élaborés afin que l'ordre revienne¹⁷. Il y a du Marivaux dans cette histoire. Le Roi fait donc preuve d'intelligence¹⁸, si l'on définit celle-ci non pas comme l'aptitude à stocker des informations disponibles et à les corrélérer, puisqu'ici l'information recherchée (qui est la mère ?) n'est pas disponible, mais comme l'aptitude d'un être humain à s'adapter à une situation en choisissant des moyens d'action en fonction des circonstances¹⁹.

Sa mesure d'instruction n'était qu'une feinte pour provoquer celle qui détient la vérité, le cri du cœur permettant au lien maternel d'apparaître ainsi. Mais s'il est vrai que les rois de naissance peuvent aussi être intelligents, l'intelligence n'est ni une condition de leur titre ni leur apanage. Le modèle de la République, voire celui du marché, conduit à attribuer le pouvoir aux êtres humains aptes à adopter le comportement adéquat à la situation par le moyen d'action d'où il résultera la solution, ici la découverte de la vérité. Cette qualité pratique, qui est commune à tous les êtres humains, n'est pas même celle du scientifique, peut-être celle de l'entrepreneur, mais de celui qui tend un piège à celle qui ne veut que posséder l'enfant et envisage aussi sans faillir la mort de celui-là. Il n'est pas besoin d'être Roi pour procéder ainsi, il suffit de connaître l'âme humaine et ce désir de propriété que l'adulte a parfois sur l'enfant, lequel n'étant que la projection inerte d'un « projet ».

12. L'heureux stratagème probatoire est-il reproductible ? Évolution du système probatoire. – Il est pourtant bien singulier que nul ne fasse reproche à Salomon d'avoir agi ainsi, puisqu'il a menti, par « astuce ». Imagine-t-on qu'un titulaire du pouvoir de contrainte donne un ordre par exemple d'emprisonner une personne ou de la priver d'un droit essentiel, une personne dont l'innocence serait aussi incontestable que celle du nouveau-né, afin qu'une autre personne manifeste la vérité à seule fin de sauver la première ?

Cela est tentant, l'on rapporte que parfois cela se fait. Mais en Droit, l'on sait que les ruses et stratagèmes, ressorts fréquents de la comédie de mœurs et du marivaudage, sont des techniques probatoires qui, si elles sont autorisées dans le Droit américain, sont en principe interdites en Droit français. Mais le principe de loyauté est aujourd'hui battu en brèche non seulement lorsque la preuve a été obtenue d'une façon déloyale par la partie qui peut ainsi conforter son allégation mais encore lorsqu'il s'agit des autorités publiques qui peuvent utiliser les renseignements fournis par des informateurs, des signaleurs, les agents des autorités de régulation pouvant prendre la forme de visiteurs-mystère pour tester le comportement des organisateurs qu'ils supervisent. L'on pourrait considérer que

17. Sur la notion d'heureux stratagème, tel qu'on le trouve chez Marivaux, v. par ex. S. Marchand, « Quelques hypothèses sur la ruse marivaudienne », Sorbonne, 2012, 15 p.

18. Au sens de « cœur intelligent », notion à laquelle se réfère par ailleurs la légende de Salomon, don que lui aurait accordé précédemment Dieu. V. dans ce sens J. T. Godbout, « Le jugement de Salomon », préc. p. 49. V. *infra* n° 14 et s.

19. Sur cette question, v. par ex. S. Dehaene (dir.), *Formes de l'intelligence*, Collège de France, oct. 2025.

« l'heureux stratagème probatoire », exercice d'intelligence pour que la vérité soit accessible, serait entré par principe dans notre système juridique.

13. Le malheur de l'ordre probatoire exécutoire. – Mais ce stratagème n'a été ici « heureux » que parce que la mère préfère son enfant à elle-même : que serait-il advenu si cette présomption du fait de l'homme, ici du fait du Roi, n'avait pas fonctionné ? Le Roi aurait-il eu le temps d'arrêter le glaive dont il avait lui-même déclenché le mouvement ? Le temps qu'il observe le mutisme des deux femmes et qu'il voit le glaive s'abattre, le souffle du second enfant se serait-il éteint ? Car une mesure d'instruction par nature s'exécute.

III – L'enfant innocent sacrifié si sa mère n'avait pas été vertueuse

14. Le don précoce de la « sagesse divine ». – Le récit insiste sur le fait que Salomon, en tant qu'il est Roi puis en tant qu'il est Juge, exprime la « sagesse divine », sagesse qu'il reçut par ailleurs et précocement par le don d'un « cœur intelligent ». Il est aisé à Dieu d'être sage puisqu'il est toute connaissance et qu'il peut donc frapper sans faillir, étant parfaitement juste. En affirmant que Salomon, en redonnant le nouveau-né à sa mère et en se détournant de celle qui n'avait aucun lien avec celui-ci, avait en lui la « sagesse divine », le récit indique qu'il a statué comme peut le faire celui qui, comme Dieu, sait la vérité des choses, ici la vérité du lien maternel, ce qui coïncide avec l'objet de la dispute qui se réduit à ce lien-là, ce qui permet d'être parfaitement juste. Tout cela n'est possible que parce que Dieu a donné à Salomon, alors qu'il était encore presque enfant, un « cœur intelligent »²⁰, c'est-à-dire une aptitude à distinguer le bien du mal pour discerner le vrai du faux et faire triompher la vie sur la mort²¹.

15. La primauté de la sagesse de la mère, face au pari du Roi et à l'indifférence de l'autre partie. – Mais sauf à ce que Dieu ait parlé à sa place et lui ait indiqué qui était la mère de l'enfant, Salomon ne l'a su que par l'heureux dénouement de son stratagème : c'est donc la sagesse de la mère qui a permis au Roi de gagner son pari²². S'il avait perdu son pari, et que l'ordre probatoire avait été exécuté, l'enfant aurait été exécuté, dans l'indifférence de l'autre partie. C'est donc la sagesse de la mère, qui se sacrifia pour que son enfant vive, qui aurait mérité d'être couronnée par les peintres et ceux qui racontent l'histoire. Mais d'elle, l'on ne parle guère. L'on ne saura pas même son nom. Ce n'était qu'une femme, prostituée parmi toutes les autres.

Si elle n'avait pas été remarquablement sage, déjà sacrifiée par une société qui la réduit à servir les voyageurs qui passent, malmenée par sa compagne d'infortune qui la traîne devant un juge pour lui ravir son enfant, qu'aurait fait le Roi ? Aurait-il pu encore être juste, lui qui sans elle ne pouvait plus être sage ?

20. Le « cœur » est ici à prendre dans son sens grec du « *thumos* » c'est-à-dire d'énergie, celle qui caractérise la jeunesse. Cette énergie se retrouve dans la puissance du Roi à donner un ordre. Un « cœur intelligent » est celui qui est requis du Juge lorsqu'il met en état un litige dans lequel se déchaînent violences et passions.

21. Sur cette dialectique, v. A. Wénin, « Le jugement de Salomon », préc.

22. Comme l'expose Jacques T. Godbout se référant à l'amour maternel, « Salomon a fait le pari du don » (« Le jugement de Salomon », préc., p. 48).

IV – Si la vérité lui échappe, ce que peut faire le Juge Salomon pour être juste : pouvoir de rétractation, pouvoir de requalification, pouvoir du jeu probatoire

16. Pour être juste, rétracter la mesure d'instruction. – L'on peut imaginer qu'à la place du Roi immobile comme la balance, c'est alors un Roi prompt qui est requis, pour qu'il reprenne son ordre qui, voyant deux femmes immobiles et muettes attendant que l'enfant soit tranché et comprenant que sa ruse n'avait donc pas fonctionné, aurait interrompu l'exécution de son ordre. Il se serait rétracté. Or, si l'on a en mémoire les principes des articles 146 et 147 du Code de procédure civile, en premier lieu, en aucun cas une mesure d'instruction ne peut être ordonnée en vue de suppléer la carence de la partie dans l'administration de la preuve. Or, la demanderesse n'apporte aucun élément de preuve qui vienne étayer son propos. Or, tout est « invérifiable »²³. En second lieu, le juge devant limiter le choix de la mesure à ce qui est suffisant pour la solution du litige, en s'attachant à retenir ce qui est le plus simple et le moins onéreux, si trancher l'enfant en deux est simple et peu coûteux si on en reste à la perspective d'une telle violence, en revanche si l'heureux stratagème devait dégénérer en exécution, la mort est au-delà de ce qui est « suffisant » pour la solution du litige. Cela justifierait en Droit l'arrêt de l'ordre probatoire.

17. Pour être juste, requalifier la demande portée devant le juge. – Comme le montre René Girard, l'allégation des deux femmes n'est pas identique. C'est d'ailleurs pour cela que la vérité pourra apparaître d'elle-même. La seconde demande la préservation de l'enfant, la première demande l'appropriation de l'enfant. C'est ainsi que l'amour maternel, qui « parle de lui-même », apparaît comme une sorte de partie à l'instant, désignant la seconde comme mère, ce dont le Roi prend acte, lui permettant de juger justement, grâce au « cœur intelligent » que lui a donné Dieu. Salomon peut ainsi requalifier la demande portée devant lui : la demanderesse a construit une demande d'appropriation de l'enfant comme objet de désir²⁴. Le juge a, selon l'article 12 du Code de procédure civile, le pouvoir de redonner leur exacte qualification aux situations et aux prétentions. Le faisant, il peut rejeter une telle demande parce qu'un enfant, sujet de droit, n'est pas un objet d'appropriation. Il pourrait encore sans avoir à établir un lien de maternité à l'égard de quiconque désigner une personne apte à prendre soin de l'enfant, par exemple la défenderesse.

18. Pour être juste, désigner le titulaire du risque de preuve. – Salomon pourrait encore, du seul fait qu'il est Juge, être juste alors même qu'il n'aurait pas recouru à l'heureux stratagème que l'*imperium* de son statut de Roi en posant que le moyen de preuve auquel il avait songé échoue car il peut coûter la vie à un être humain²⁵. En effet, même s'il peut revenir au juge de rechercher lui-même la vérité, par exemple parce que le lien de filiation est une institution politique majeure qui ancre les personnes dans le groupe social et ne peut être laissé à la seule disponibilité des parties, la charge de preuve pouvant reposer sur les épaules du Roi, c'est encore à celle qui s'est présentée devant celui-ci en alléguant un tel

23. Dans ce sens, A. Wénin, « Le roi, la femme et la sagesse », préc., p. 34.

24. Ce que René Girard exprime à travers la notion de violence du désir mimétique.

25. V. *supra* n° 16.

lien entre elle et l'enfant de supporter le risque de preuve²⁶, succombant donc dans ce procès civil si le fait disputé n'est pas établi.

19. **Les moyens d'être juste sans connaître la vérité.** — L'on mesure donc que si Salomon n'avait été que Juge, sans être Roi, n'avait pu sembler ordonner de trancher l'enfant, il aurait encore pu être juste. En renonçant à établir la filiation maternelle de ce nouveau-né sans père et survivant de cette nuit sans témoin, par exemple en le confiant à qui semblait le plus apte à l'éduquer avec soin et dévouement, c'est-à-dire celle qui se soucie de lui, qu'elle soit ou non sa mère. Car il peut aussi y avoir des mères qui ne sont pas attentionnées. Et parfois la Justice et la Vérité ne se donnent pas la main.

Conclusion : maîtriser la violence et la passion de la vérité et du droit

20. **La sagesse, la justice et la passion de la vérité.** — Si l'on a une lecture moins confiante du récit, et l'on s'appuie moins sur l'épisode précédent par lequel Dieu donna à Salomon enfant un « cœur intelligent », forme de « sagesse divine » qui lui donna l'idée du « heureux stratagème » par lequel l'amour maternel parla de lui-même, la vérité apparut et la justice s'ensuivit d'elle-même, on peut estimer que celle qui criait le plus fort et avait capturé le récit de l'innocente aurait sans doute gagné. Comme il ne faut pas exclure que l'enfant aurait pu être tranché. À chaque instant, il s'en faut de peu pour le pire n'arrive. Sans doute parce que l'addition de la passion de la vérité peut mener parties et juges à une grande violence. Surtout si elle peut s'appuyer sur ce que Carbonnier désigne avec distance comme la « passion du droit »²⁷. Il faut se garder aussi de ces passions-là.

26. V. par ex. Th. le Bars, « De la théorie générale des charges de la preuve et de l'allégation à la théorie globale des risques processuels », in *Mélanges G. Goubeaux*, Dalloz-LGDJ, 2009, p. 319, les travaux de Gilles Goubeaux ayant été décisifs pour dégager l'autonomie de la notion de « risque de preuve ».

27. J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Flammarion, 1995.