

[Extrait de : *Folia Electronica Classica*, t. 19, 1, janvier-juin 2010]
<<http://bcs.fltr.ucl.ac.be/FE/19/TM19.html>>

Arbitraire et droit dans l'Athènes antique

par

Drieu Godefridi

Juriste et docteur en philosophie (Paris IV-Sorbonne), essayiste,
auteur, notamment, de *Le droit public* (Bruxelles, éd. Luc Pire, 2009)

<godefridi@fahayek.org>

Résumé : *Cet article offre une réflexion critique sur la juridicité du « surmoi » de l'Athènes antique, l'arbitraire de maints aspects de sa réalité vécue, et la sophistication des mécanismes juridiques et institutionnels qui, sous l'archontat d'Euclide, vinrent borner la démocratie radicale du Ve siècle a.C.n.*

Déposé sur la Toile le 10 mars 2010

Introduction

L'objet de ce texte est de montrer, par delà la représentation idéale qu'Athènes se faisait d'elle-même (I), la prégnance de l'arbitraire dans la réalité attique (II), et la sophistication mésestimée de son bornage euclidien (III).

I. Surmoi athénien

La tradition n'aime guère les concepts formels, qu'elle tient pour simplement ancillaires de valeurs substantielles. En témoigne l'étonnante exiguité de l'espace réservé à l'arbitraire et ses antinomes, dans la lecture la plus communément proposée de l'histoire et de la philosophie athéniennes. Pourtant, dès le VI^e siècle av. J.-C., l'arbitraire et son rejet, sont, mieux que structurants, *constitutifs* de la conscience collective athénienne - ou, ce qui revient à peu près au même, de la représentation que l'orgueilleuse cité attique se fait d'elle-même. Solon, le mythique législateur athénien, fut porté aux pouvoirs par un peuple lassé de l'arbitraire eupatride; l'*eunomia* est cet idéal emprunté à Sparte dans la perspective duquel Solon inscrit son code de lois écrites, mais c'est d'égalisation juridique qu'il fait vœu dans sa poésie - *j'ai mis par écrit des lois semblables pour le mauvais et le bon* - et c'est d'égalisation *juridique* - des conditions, jamais - qu'il s'agit réellement, puisqu'aussi bien, d'avoir pris le pouvoir à l'assemblée et dans le tribunal ordinaire, le peuple athénien (y compris, les thètes), le doit à Solon. Viennent les Pisistratides, dont la tyrannie, d'abord respectueuse de la légalité solonienne, se perdra bientôt dans l'arbitraire. Le *skolion* à la gloire des tyrannoctones Aristogiton et Harmodius, dont le martyre prélude l'accession au pouvoir de Clisthène, qui parachèvera la démocratisation d'Athènes, célèbre une notion dont la simplicité littérale s'est brouillée dans de très modernes controverses : l'isonomie. L'isonomie n'est certes pas un concept facile. Dans le dialogue des Perses et ailleurs dans son *Histoire*, Hérodote en use comme d'un parfait synonyme de démocratie, et des auteurs modernes soutiennent qu'il faudrait ne lire dans cette isonomie de la gestation démocratique athénienne, que la revendication de l'égalité des droits politiques, c'est-à-dire la démocratie, et non l'égalité des droits en général (qui peut être démocratique, aristocratique ou monarchique constitutionnelle, pourvu qu'on gouverne en se soumettant au droit). Bien que cette interprétation se heurte à d'importantes difficultés - la principale étant que s'il s'agissait de désigner la seule égalité des droits politiques, on est en droit de se demander pourquoi les Athéniens se donnèrent un étendard qui désigne, littéralement (*isos, nomos*) l'égalité des droits en général¹ - il ne paraît, cependant, guère douteux que la connotation politique de l'isonomie dût être déterminante aux yeux de ses premiers tenants, sans doute parce que, face à l'arbitraire du tyran, l'égalité des droits politiques leur parut impliquer l'égalité des droits en général (une inférence dont le siècle suivant se chargerait de démontrer la témérité). Quoiqu'il en soit, dès Thucydide, qui parle d'isonomie oligarchique² et qui, pour désigner l'égalité politique, *qualifie* l'isonomie de *politike*,³ l'isonomie désigne, non la seule égalité des droits politiques, mais l'égalité des droits en général, le règne du droit, par opposition au règne de la volonté arbitraire.

Dans la suite de l'histoire des idées athéniennes, en même temps que le mot isonomie ira en se marginalisant - ni Aristote, ni Démosthène, n'en feront la moindre mention - l'idéal qu'il désigne accèdera au panthéon des idéaux collectifs de la cité, bénéficiant d'un consensus

¹ *Isokratia* aurait parfaitement fait l'affaire, si vraiment il ne s'était agi que de désigner l'égalité de puissance politique.

² III, 62.

³ III, 82.

notablement plus large que celui dont jouissait la démocratie. Prenons-en, parmi les critiques de la démocratie, deux exemples. S'étant plongé dans l'étude des régimes politiques de cent-cinquante huit cités, Aristote était trop instruit des exigences concrètes, et son concept de droit, trop riche et nuancé, pour céder à cette naïveté de théoricien qu'est le dessin d'une constitution absolument idéale, pour toutes les époques, et tous les lieux : la forme qui convient dépend du degré de diffusion du savoir politique dans le corps social. L'essence du questionnement politique aristotélicien réside d'ailleurs moins dans la considération du *qui*, que du *comment* le pouvoir doit être exercé. En démocratie, explique Aristote, « il faut que ce soit les lois qui soient souveraines (...) et que le magistrat (...) soit souverain dans les <domaines> où les lois sont absolument incapables de se prononcer avec précision (...) »⁴. A l'opposé du spectre des possibles démocratiques⁵, « c'est la masse qui est souveraine et non la loi »; alors le peuple devient monarchie, unité composée d'une multitude, et règnent les démagogues. Démocratie illimitée et monarchie absolue, constate Aristote, sont des régimes analogues : « le caractère <de ces deux régimes> est le même, tous deux sont des despotes pour les meilleurs, les décrets de l'un sont comme les ordres de l'autre, et le démagogue et le courtisan sont identiques et analogues. » *Idem* pour la dernière espèce de la troisième forme possible du pouvoir politique, l'oligarchie, celle où « ce n'est pas la loi qui gouverne mais les magistrats ».⁶ Le point de départ de la recherche, explique Aristote, est celui-ci : « est-il plus avantageux d'être gouverné par l'homme le meilleur ou par les lois les meilleures ? » Réponse : « Celui à qui n'est, d'une manière générale, attachée aucune passion est meilleur que celui qui <en possède> naturellement. Or la loi n'en a pas, alors qu'il est nécessaire que toute âme humaine en renferme. »⁷ La loi est une raison sans passion : « ainsi donc, vouloir le gouvernement de la loi c'est, semble-t-il, vouloir le gouvernement du dieu et de la raison seuls, mais vouloir celui d'un homme c'est ajouter celui d'une bête sauvage, car c'est ainsi qu'est le désir, et la passion fait dévier les magistrats, même <quand ils sont> les meilleurs des hommes. »⁸ Aristote observe d'ailleurs que les royautés périssent lorsque « <les rois> essaient d'administrer <leur royaume> de façon trop tyrannique, dans les cas où ils s'estiment en droit d'avoir un pouvoir souverain dans trop de domaines et d'avoir le pas sur la loi. »⁹ D'où il suit que « moins les rois ont de domaines où ils sont souverains, plus leur pouvoir dans son intégralité durera nécessairement longtemps (...) », et de rappeler l'exemple du roi spartiate Théopompe, qui limita son propre pouvoir notamment en instituant au-dessus de lui la magistrature des éphores et qui, s'entendant reprocher par sa femme de léguer à ses fils une fonction royale diminuée, lui répondit qu'il la leur lèguait plus durable.¹⁰ Le règne de la loi ou celui de la volonté arbitraire du gouvernant : tel est bien le principal critère de distinction aristotélicien des constitutions droites et des constitutions déviées.¹¹ Plus précisément, des quatre espèces de royauté et d'oligarchie et des cinq espèces de démocratie, seule la première doit être appelée droite, les autres sont déviées ; quant à la dernière, le régime d'arbitraire, elle ne mérite pas même le nom de constitution déviée, car ramenant les hommes à un état pré-politique.¹²

⁴ Aristote, *Les Politiques*, trad. Pierre Pellegrin, Paris, Flammarion, 1993, 1282b.

⁵ Aristote distingue cinq espèces possibles de démocratie, dont le critère est le nombre de citoyens qui peuvent aspirer aux magistratures (*Les Politiques*, 1291b-1292a).

⁶ Aristote, *Les Politiques*, 1292a.

⁷ Aristote, *Les Politiques*, 1286a.

⁸ Aristote, *Les Politiques*, 1287a.

⁹ Aristote, *Les Politiques*, 1312b.

¹⁰ Aristote, *Les Politiques*, 1313a. Voy. aussi 1315b : les tyrannies durables sont celles où les tyrans acceptent, dans de nombreux domaines, de se faire « esclaves des lois ».

¹¹ Traitant de la sauvegarde des constitutions droites en général, Aristote écrit : « il faut s'efforcer, dans la mesure du possible, que personne ne viole la loi, et surtout se garder des petites violations, car l'illégalité finit par s'insinuer subrepticement comme la petite dépense qui, souvent répétée, anéantit les fortunes. » (*Les Politiques*, 1307b).

¹² Aristote, *Les Politiques*, 1272b.

Sur l'arbitraire, le discipulat du fondateur du Lycée aura été parfaitement académique : bien que de raison, le légalisme platonicien se révèle d'une farouche intransigeance. On a fait à Platon le procès de l'illégalité idéale du savant gouvernant qu'il décrit dans le *Politique*. L'auteur des *Lois* n'y envisage pourtant la pureté arbitraire d'un souverain philosophe, que pour admettre aussitôt qu'un tel berger, dont le pouvoir absolu serait conditionné et mesuré par la perfection du savoir, ne se trouve pas parmi les hommes. Se mettant en quête de la deuxième (*deuteron*) meilleure solution, le philosophe athénien articule, sur la base binaire d'un triple critère de droiture constitutionnelle - « contrainte et liberté, pauvreté et richesse, loi et absence de loi »¹³ -, six constitutions possibles : royauté et tyrannie, aristocratie et oligarchie, quant à la démocratie, elle n'a qu'un nom. Trois critères, donc, mais Platon n'en retiendra finalement qu'un seul¹⁴ : « maintenant que nous avons mis de côté cette constitution <idéale> et que nous avons admis que les autres sont inévitables, *la transgression des lois et le respect des lois* divisent chacune d'entre elles en deux. »¹⁵ Le respect des lois : tel est bien le critère platonicien ultime de rectitude constitutionnelle. Dans le champ des constitutions possibles, Platon se fait l'apologue du règne de la loi, une apologie qui n'est pas accidentelle ou occasionnelle mais qu'il répétera à maintes reprises dans *Le Politique* aussi bien que dans *Les Lois*.¹⁶ Quel est, en dehors de la constitution idéale, le meilleur régime ? « Le gouvernement d'un seul, soumis au joug de bonnes règles écrites, que nous appelons des lois, est la meilleure des six constitutions (...) ».¹⁷

De Solon à Aristote, des partisans de la démocratie à ses adversaires les plus résolus, le surmoi athénien est d'abord et avant tout juridique. L'affirmation ne manquera pas de surprendre. De l'*eunomia* solonienne à l'*isonomia* pré-clisthénienne, la célébration athénienne du *nomos* anticipe pourtant largement l'installation de la démocratie. Même après Clisthène, la guerre entre les démocrates athéniens et leurs adversaires laconisants ne cessa de faire rage, d'abord par les armes (au cinquième siècle); puis sur le plan des idées (quatrième siècle). Seule, demeure tout le long l'unifiante prétention juridique ; d'ailleurs, si l'on en croit Isocrate, ce n'est pas la démocratie ou le politique qu'Athènes a inventés : c'est le droit.¹⁸ D'où vient le malentendu ? Car confusion il y a, et il n'est pas superficiel : dans leur longue¹⁹ et passionnante introduction aux *Lois*, des auteurs aussi éminents qu'A. Diès et L. Gernet réussissent le tour de force de ne pas mentionner une seule fois ne serait-ce que le mot arbitraire, sur le rejet principal duquel se fonde pourtant, on l'a vu, l'ensemble de l'édifice politique platonicien, et dont les *Lois* ne sont que la canalisation concrète. S'inscrivant *de facto* dans le concept hobbesiano-schmittien de la souveraineté, ayant constaté que Platon entend substituer le gouvernement de la loi au gouvernement des hommes, MM. Diès et Gernet s'interrogent : mais où donc gît la souveraineté ?²⁰ La réponse n'est-elle pas dans la question ? Du point de vue de Platon, elle y figure indubitablement ! S'attachant à montrer, dans son célèbre ouvrage consacré à la *Naissance du politique*, que l'*isonomie* désigne la seule égalité politique, qu'elle s'oppose à la tyrannie pour se légitimer, et qu'au même moment (chute des Pisistratides) que s'écrit dans le ciel athénien le mot *isonomia*, la

¹³ Platon, *Le Politique*, trad. Par Luc Brisson et Jean-François Pradeau, Paris Flammarion, 2003, 291d-291e.

¹⁴ Ce que relèvent également L. Brisson et J.-L. Pradeau, p. 263. Cfr. aussi 292a, 296d-296e, 301a.

¹⁵ Platon, *Le Politique*, 302e, italiques ajoutés.

¹⁶ « Si j'ai appelé serviteurs des lois ceux que l'on nomme aujourd'hui gouvernants, ce n'est pas pour le plaisir de forger des termes nouveaux ; c'est qu'à mon avis, de cela dépend plus que de tout le reste le salut de la cité ou sa ruine. Que dans une cité la loi soit assujettie et sans force, et je vois sa perte toute proche ; mais où elle règne sur les chefs et où *les chefs se font les esclaves de la loi*, c'est le salut que je vois arriver là, et avec lui tous les biens que les dieux accordent aux cités. » : Platon, *Les Lois*, 715c-715d, italiques ajoutés.

¹⁷ Platon, *Le Politique*, 302e.

¹⁸ *Panegyrique*.

¹⁹ 206 pages.

²⁰ Introduction aux *Lois*, CXIV.

revendication de l'égalité juridique n'est pas un problème très important (!),²¹ Christian Meier affronte d'importantes difficultés théoriques, notamment l'élucidation du concept thucydidien d'oligarchie isonomique - qui ne peut être qu'une parfaite contradiction dans les termes si l'isonomie désigne la seule égalité des droits politiques -, et de la liberté grecque :

« Le substantif <eleutheria> n'apparaît qu'à partir de Pindare. (...) On reconnaissait maintenant l'importance centrale de la "liberté" pour l'eunomie. (...) Malgré cela, <les Grecs> restèrent dans l'horizon du droit préexistant. (...) Sa garantie dépendait des gouvernants. (...) En même temps que l'égalité des citoyens apparut une toute nouvelle forme de liberté : celle d'agir en politique et d'y participer aux décisions. Ce qui devint plus tard : vivre comme on voulait. (...) C'est donc par son lien à l'égalité que la liberté a pu échapper à l'horizon de la pensée nomistique, dans lequel elle n'avait désigné que des droits concrets dans un ordre établi : par sa rupture avec ses origines, le concept devint suffisamment abstrait pour inclure la liberté des citoyens en matière politique (et par la suite aussi dans leur vie privée). Il n'est ni prouvé ni exclu que la liberté ait déjà été une revendication politique face aux tyrans. Ce qui est certain, c'est qu'au Ve siècle le concept se politisa nettement, parce qu'il *ne désignait plus seulement négativement l'absence de contrainte* extérieure, mais bien surtout, positivement et pour tous, un statut et des possibilités politiques. C'est que la liberté ne pouvait être assurée que dans le domaine politique, où elle devenait cependant une simple question d'institutions (jusqu'au moment où la liberté privée de vivre comme on voulait occupe davantage le premier plan). »²²

La thèse de C. Meier sur la liberté des Grecs marque un progrès par rapport à l'opposition, non seulement simpliste, mais fautive, entre la liberté (négative, privée) des Modernes et la liberté (positive, politique) des Anciens : l'auteur constate que les Grecs connaissaient, et pratiquaient, ces deux modes de la liberté. Le problème est chronologique : C. Meier commence par affirmer l'antériorité de la liberté négative, puis l'antériorité de la liberté positive, puis à nouveau l'antériorité de la liberté négative, pour finir en réinstallant l'antériorité de la liberté positive. Que l'on veuille bien considérer l'isonomie dans ses *deux* dimensions, générale (égalité juridique) et particulière (égalité politique), et non sa seule dimension politique, et s'évaporent les difficultés : (1) si l'isonomie est d'abord opposée à la tyrannie, ce n'est pas en raison d'une « difficulté à légitimer sa propre domination » (C. Meier), c'est parce que *l'opposition à l'arbitraire est l'essence même de l'isonomie* ; (2) la notion d'oligarchie isonomique (Thucydide) n'est nullement problématique : une oligarchie est susceptible d'agir de manière arbitraire, ou dans le respect du droit ; (3) la liberté négative, comme absence de contrainte, suppose l'isonomie dans son sens général, c'est-à-dire l'absence d'arbitraire ; (4) conceptuellement, l'égalité devant la loi implique - ou, à tout le moins, favorise - la liberté positive, ou égalité des droits politiques : si tous sont égaux devant la loi, pourquoi l'un aurait le droit de voter, et pas l'autre ? On peut assigner à ce malentendu - dont la modernité est, pour une fois, réellement étrangère à la pensée grecque ! - deux causes, étroitement liées : d'une part, la question de l'arbitraire est moins prégnante de nos jours qu'elle ne le fut dans la réalité grecque antique (cfr. *infra*, II), ce qui peut expliquer le moindre intérêt que lui portent les Modernes ; l'ennui est que, dans leur empressement à l'égard du politique et de la démocratie, nombre d'auteurs en arrivent, plus fondamentalement, à méconnaître la pertinence propre de la juridicisation de l'arbitraire. Ainsi le précité Diès n'envisage-t-il - toujours dans son introduction aux *Lois* -, comme seule alternative au règne arbitraire du plus fort, qu'une loi "faite en vue du bien commun", ignorant cette dimension essentielle de la théorie platonicienne que, face à l'arbitraire du tyran, le seul fait de s'abriter d'une loi qui rend la contrainte prévisible, donc évitable, constitue déjà un progrès ; progrès tout formel, certes, mais dans lequel se niche,

²¹ Au motif que cette égalité existait déjà formellement depuis Solon. Mais n'est-ce pas précisément en réaction à l'abaissement de la légalité solonienne par les Pisistratides que s'est levée la revendication isonomique ?

²² C. Meier, 207-208, italiques ajoutés.

notionnellement et pour nos Athéniens, la possibilité même de la liberté :²³ non seulement la liberté négative leur était familière, mais les Athéniens en avaient un concept plus fin, que nombre d'auteurs contemporains !

Quoiqu'il en soit, la référence qui transcende les clivages homicides de la société athénienne, ce n'est certes pas la démocratie, c'est l'aspiration au droit.

II. L'arbitraire dans l'Athènes antique

L'arbitraire n'est pas un concept moral ; ou plutôt, il peut l'être, mais secondement : l'arbitraire est d'abord un concept formel, qui désigne ce qui, n'étant pas conforme à une norme préexistante, est le fruit de la souveraine volonté de son auteur. Il n'y a donc aucun jugement de valeur à soutenir, comme on va tâcher de le faire, qu'en dépit de ses velléités juridicisantes, non seulement Athènes ne dément pas, mais incarne de manière exemplaire, une réalité grecque antique noyée d'arbitraire.

Dans leurs relations, les cités grecques s'appliquèrent constamment à se faire la guerre, et à mener campagne contre le Perse. Ces guerres, décrites par Hérodote et Thucydide, ne sont pas des opérations isolées, des escarmouches, des guerres en forme comme on en verra dans l'Europe médiévale; ce sont, souvent, des guerres totales, qui mobilisent l'ensemble de la population, au moins masculine, de la cité, et qui peuvent aller jusqu'à l'extermination complète d'une cité ennemie, ou même simplement réfractaire. Rapporté aux volumes de population de l'époque, les Grecs ont développé un art du génocide et du meurtre de masse en regard duquel la plupart des guerres modernes sont du travail d'artisan. Non seulement Athènes, ne fut pas en reste, mais elle extermina avec détermination tout au long de la guerre contre Sparte, et quant elle n'était pas en guerre, elle n'avait de cesse de faire entrer, de gré ou de force, les cités dans sa ligue; pour aussitôt les soumettre à un lourd tribut. Pour démocratique qu'il ait été, par sa brutalité, sa détermination, son ambition et son cynisme, l'impérialisme athénien ne diffère nullement de la politique de puissance perse, dont Athènes défendra la Grèce, de la politique de puissance macédonienne, à laquelle elle succombera pour se sublimer, ni de l'impérialisme des Romains, qui provincialisera bientôt l'ensemble du bassin égéen. Le Léviathan de la mer Egée, au Ve siècle av. J.-C., ce n'est pas la militariste Sparte, c'est la démocratique Athènes.

Les Grecs développèrent également un art consommé de la guerre civile, ou *stasis*. Tout au long de la guerre du Péloponnèse, guerre de puissance mais également guerre idéologique, des factions démocratiques pro-athéniennes et aristocratiques pro-spartiates s'opposèrent les unes aux autres dans de nombreuses cités, prenant les armes, appelant des soutiens extérieurs contre leurs propres concitoyens, allant, au besoin, jusqu'à les mettre à mort. Lorsque la guerre contre Sparte commença de prendre, pour Athènes, une mauvaise tournure, des aristocrates - des oligarques, selon le point de vue auquel on se place - prirent le pouvoir et, après une première tentative avortée, instituèrent le régime dit des Trente. Ces trente aristocrates n'eurent pas plus tôt accédé au pouvoir qu'ils entreprirent de mettre à mort, d'abord leurs opposants, ensuite tout qui leur déplaisait, pour finalement en arriver à exterminer huit pourcent de la population athénienne totale, soit davantage en huit mois que n'avait fait de victimes athéniennes la guerre du Péloponnèse en vingt-sept années; c'est assez dire que la *stasis* n'était pas, à l'époque antique, un phénomène marginal.

²³ Dont elle constitue une condition nécessaire, quoique non suffisante : les Athéniens étaient parfaitement conscients de la possibilité de transporter l'arbitraire *dans* la loi - l'expression est d'ailleurs de Démosthène - et ce n'est évidemment pas cette légalité de façade que visent Platon et Aristote.

L'âme grecque était volontiers rétive à l'idée de travailler la terre, et de faire le commerce. Bien sûr, il faut nuancer : Athènes était plus commerçante que Sparte, laquelle l'était cependant encore trop - Sparte ! - selon le jugement dédaigneux des Perses (le Xerxès d'Hérodote, avant les Thermopyles). Reste que c'est l'ensemble du *way of life* grec qui suppose, notionnellement, le concours obligé de centaines de milliers d'esclaves (Athènes) ou de dizaines de milliers d'hilotes (Sparte). L'hilote n'est pas un esclave individuel, mais un esclave de Sparte; à diverses occasions, le droit spartiate autorise les Egéens à disposer librement des hilotes, pour les humilier, les battre, ou les mettre à mort. L'esclave athénien est la chose d'un citoyen, qui en jouit à sa guise, comme d'un objet. L'institution de l'esclavage est à peine questionnée sur le plan théorique - puisque l'esclave l'est par nature (Aristote, Platon) - et fait l'objet, à Athènes comme ailleurs en Grèce, d'un consensus social généralisé : on ne conçoit tout simplement pas de vivre autrement.

Dans les relations avec les autres cités, comme dans le traitement de ses esclaves, voire de ses propres citoyens (les Trente), Athènes atteint donc, on le constate, à des formes très pures, et sans état d'âme, d'arbitraire. Qu'en est-il de son régime politique ? Depuis les réformes de Clisthène et, surtout, d'Ephialte, la démocratie athénienne est directe, et radicale. Directe : les citoyens sont conviés en personne à l'assemblée populaire (*Ekklesia*) et au tribunal de droit commun (dit de l'Héliée); il n'y a pas de représentation. Radicale : jusqu'à la fin du Ve siècle av. J.-C., la séparation des pouvoirs, et l'idée de sa nécessité pour préserver la liberté des citoyens, sont éloignées de la pensée athénienne; presque aucune limite, matérielle ni temporelle, n'est apportée à l'expression de la souveraine volonté du peuple. La sécurité juridique qu'avait apporté aux Athéniens la mise par écrit des lois (Solon) fut ainsi défaite par le principe même de l'omnipotence ekklesiastique. Cette préséance de la démocratie sur le droit se montre dans cet autre grand lieu d'expression de la souveraineté populaire, qu'est le tribunal des héliastes. Il s'agit de saisir l'atmosphère du procès athénien. L'insistance sur le fait et les arguments *ad hominem* ne vient par seulement s'ajouter aux développements juridiques, comme un surcroît d'argument, elle constitue le plupart du temps l'essentiel du procès ; ce dont atteste la centaine de plaidoiries qui sont l'essentiel de notre accès au procès et au droit athéniens. Nombreux sont les procès où le droit n'est pas même plaidé, voire simplement communiqué au tribunal par les plaideurs.²⁴ Les juges athéniens étaient informés, non seulement de la *quaestio facti*, mais encore de la *quaestio iuris*, par les seuls plaideurs.²⁵ La règle était : *iura non novit curia*. Un plaideur qui s'en serait tenu à des arguments de droit aurait été soupçonné, à Athènes, de vouloir se dérober au débat.²⁶ Le procès athénien est un *débat*, une joute oratoire (*agôn*), tranché par des juges (*dikastai*)²⁷ non professionnels réunis en *jury*, et ce jury, c'est le *peuple* athénien tout entier. C'est en effet à des représentants du peuple que s'adresse le plaideur, non à des magistrats professionnels.²⁸ Selon les tribunaux et les affaires, les jurys athéniens étaient composés de quelques centaines de personnes, et jusqu'à 6000 juges. Tirés au sort, ces juges représentent le peuple athénien. En son nom les

²⁴ L. Beauchet, *Histoire du droit privé de la République athénienne*, Paris, Chevalier-Marescq & cie, 1897, XX; H. Yunis, « The Rhetoric of Law in Fourth-Century Athens », in *The Cambridge Companion to Ancient Greek Law*, M. Gagarin et D. Cohen (éd.), Cambridge University Press, 2005, 194 : « Athenian trials lacked any mechanism for considering on the basis of norms derived from the law itself what the law was and what the law required in the case at hand. (...) As a result, Athenian litigants had free rein. » ; A. Lanni, *Law and Justice in the Courts of Classical Athens*, Cambridge University Press, 2006, 38 : « there was no obligation to explain the relevant laws, and in fact some speeches do not cite any laws at all. »

²⁵ H. Meyer-Laurin, *Gesetz und Billigkeit im attischen Prozess*, traduit de l'allemand en anglais par D. Nattkemper (révisé par D. Mirhady), <http://www.sfu.ca/nomoi/ml5-7.htm> (site consulté le 25 novembre 2009).

²⁶ G. Mathieu, note sous Isocrate, *Discours*, I, trad. Georges Mathieu et Emile Brémond, Paris, Les Belles Lettres, 1929, 97.

²⁷ E. Harris s'agace du fait que certains auteurs traduisent *dikastai* par jurés, au lieu de juges (« The Rule of Law in Athenian Democracy. Reflections on the Judicial Oath », *Etica & Politica*, IX, 2007, 64 note 25.). Si d'un point de vue littéral Harris a raison, il n'en reste pas moins que la fonction des *dikastai* athéniens est plus proche de celle de nos jurés - qui votent - que de celle de nos juges. Voy. en ce sens V. Ehrenberg, *The Greek State*, London, Methuen, 1960, 72.

²⁸ V. Ehrenberg, 72-73 ; M. Gagarin, « The Unity of Greek Law », in *The Cambridge Companion to Ancient Greek Law*, M. Gagarin et D. Cohen (éd.), Cambridge University Press, 2005, 38.

décisions sont rendues; ainsi, le pouvoir judiciaire appartient véritablement au peuple et les tribunaux sont l'un des vecteurs de sa souveraineté.²⁹ Chaque plaideur dispose d'un temps limité prefix, au terme des deux plaidoiries (quatre pour les procès privés),³⁰ les juges sont invités à se prononcer, en règle le jour même, par un *vote* ; la majorité simple l'emporte. Il n'y a ni instruction,³¹ ni délibération préalable,³² ni motivation des jugements³³, ni possibilité de moduler la sentence.³⁴ Il n'y a pas non plus d'appel ou d'équivalent de notre cassation³⁵ et l'exécution de la sentence est immédiate.³⁶ Le jury, émanation du peuple, rend sur-le-champ, une décision souveraine. Cette immédiateté permet de comprendre l'importance cruciale des arguments personnels et du registre de l'émotion³⁷ : comment convaincre un jury qui décide en temps réel et n'a, en droit, aucune formation ou même velléité particulière, par d'arides et difficiles développements juridiques ?³⁸ De cette structure particulière du procès athénien, suit logiquement l'absence presque totale de jurisprudence.³⁹ La règle du précédent n'existe pas. Tout juste retrouve-t-on certains arguments de plaidoirie en plaidoirie. Mais de jurisprudence à proprement parler, point.⁴⁰

Droit des juges, le droit athénien ne pouvait donc pas l'être. Droit des juristes, comme à Rome, pas davantage: pesait, sur les plaideurs, l'interdiction légale de recourir à un conseil professionnel. Ce qui n'empêchait pas nombre de plaideurs de se payer les services d'un logographe; la vraisemblance obligeait cependant le logographe à s'en tenir, pour l'essentiel, à des arguments factuels et affectifs, évitant avec soin tout développement qui pourrait faire suspecter la main experte d'un spécialiste du droit.⁴¹ Pour des jurés athéniens, il n'y a pas de raisonnement juridique: il n'y a que des arguties juridiques. Un plaideur qui a pour lui le droit reste justiciable de l'opinion publique : pas en-dehors du tribunal, en son sein même.⁴² Venez-en au fait, citoyen ! Le jury tranchant souverainement au nom du peuple, aucun recours contre sa décision n'est possible. Des jugements sévères ont été prononcés sur l'administration de la

²⁹ C. Orfanos, introduction aux *Guêpes* d'Aristophane, trad. Hilaire Van Daele, Paris, Les Belles Lettres, 2002, VII.

³⁰ D. MacDowell, *The Law in Classical Athens*, New York, Cornell University Press, 1978, 249.

³¹ L. Gernet, *Droit et société dans la Grèce ancienne*, Paris, Sirey, 1955, 70.

³² H. Yunis, 194 ; A. Lanni, 39 ; Aristote, *Les Politiques*, 1268a, 9-10.

³³ H. Yunis, 194 ; A. Lanni, 120.

³⁴ Contre Hippodamos de Milet, qui proposait de donner au juge la possibilité de s'écarter de la peine demandée par l'accusateur ou l'accusé, Aristote défend le système athénien, qui évite selon lui la confusion (*Les Politiques*, 2.8.1-16).

³⁵ H. Yunis, 194.

³⁶ V. Ehrenberg, 73.

³⁷ Dans les procès privés, il était fait obligation aux parties de ne parler que de l'affaire : Aristote, *Constitution d'Athènes*, trad. Michel Sève, Paris, Librairie Générale Française, 2006, 67.1 ; voy. par exemple Isocrate, I, 51 ; Lysias, *Contre Simon*, in *Discours*, I, trad. L. Gernet et M. Bizos, Paris, Les Belles Lettres, 1924, 77.

³⁸ « It was hard to persuade an Athenian jury to give more weight to the rules of law than to the personalities involved in the case. » (D. MacDowell, 52). « Tous les moyens sont bons pour gagner sa cause, explique C. Orfanos, en vertu de quoi chaque justiciable se sert de ses talents pour émouvoir les jurés ; un acteur (...) récite en plein procès le plus beau passage de son répertoire, un flûtiste, pour récompenser le jury, accompagne de son instrument la fin de la séance, etc. » : C. Orfanos, note sous *Les Guêpes* d'Aristophane, *op. cit.*, 62.

³⁹ L. Gernet, 67, remarque que certains principes de droit semblent néanmoins s'être constitués par une série de jugements, tout en concédant que la question reste obscure. Voy. en ce sens Lysias qui, dans le discours *Contre Simon*, affirme à l'appui de sa thèse sur la notion de préméditation : « C'est dans ce sens que vous-mêmes avez déjà souvent tranché cette question de la préméditation. » (Lysias, I, 76).

⁴⁰ « The Greek intellect, with all its nobility and elasticity, was quite unable to confine itself within the strait waistcoat of a legal formula ; and, if we may judge them by the popular courts of Athens, of whose working we possess accurate knowledge, the Greek exhibited the strongest tendency to confound law and fact. The remains of the Orators (...) show that questions of pure law were constantly argued on every consideration which could possibly influence the mind of the judges. No durable system of jurisprudence could be produced that way. » : H. Maine, *Ancient Law*, Tucson, University of Arizona Press, 1986, 72-73.

⁴¹ G. Mathieu, notice à Isocrate, *Sur une affaire de banque*, in *Discours*, I, 69.

⁴² Voy. par exemple le cas de ce plaideur âgé, dans une affaire de coups et blessures entre rivaux amoureux, qui avait clairement la loi pour lui, mais qui dut faire amende honorable devant le jury parce qu'il savait son comportement ridicule et odieux au commun des mortels : Lysias, *Contre Simon*, 67 et notice.

justice à Athènes.⁴³ Et il est vrai que ce sacrifice du droit aux exigences de la démocratie radicale est singulièrement étranger aux catégories contemporaines. Il est, à tout le moins, difficilement conciliable avec l'idée de sécurité juridique, de prévisibilité. A la limite, le fait de juger en fonction de la volonté arbitraire du moment exclurait la notion même de droit, n'était que les plaideurs (et donc aussi, au moins dans une certaine mesure, les juges) se réfèrent constamment aux normes sociales et aux règles de juste conduite les plus communément partagées au sein de la cité.⁴⁴ C'est une vertu du nombre important de juges que, pour convaincre, le plaideur devait nécessairement en appeler à des préceptes de justice partagés par le plus grand nombre, même si l'expérience nous montre que les foules sont au moins aussi réceptives aux passions qu'à un discours rationnel sur ce que la justice requiert.⁴⁵

Ce que montre le procès de Socrate qui, en 399, constitue l'une des dernières manifestations mémorables du radicalisme démocratique athénien. Socrate est poursuivi pour impiété, et pour corruption de la jeunesse. Si l'on en croit les sources - de Socrate lui-même, comme on sait, il ne reste pas une ligne -, Socrate était laconisant, partisan du régime spartiate et de l'oligarchie. Au-delà, les sources divergent : si l'on suit Platon, Socrate était un légaliste acharné, puisqu'aussi bien il préféra la mort au déshonneur de se soustraire aux lois athéniennes; si l'on en croit Aristophane, Socrate ne cessa tout au contraire d'exciter ses disciples au mépris des lois athéniennes établies. Les chefs d'inculpation de Socrate, et le sort à lui réservé par ses juges athéniens, nous inclinent d'autant mieux à pencher pour la thèse d'Aristophane que, dans une plaidoirie prononcée cinquante ans après la condamnation de Socrate, s'adressant aux juges populaires dans un procès contre Démosthène, Eschine déclare : « Vous avez condamné à mort, ô Athéniens ! Socrate, ce fameux philosophe, pour avoir donné des leçons à Critias, un des trente tyrans qui avaient détruit le gouvernement populaire, (...) »⁴⁶ Sans doute un plaideur ne se risquerait-il pas à user de cet argument face au jury populaire qui va décider de son sort, s'il était spéculatif ou litigieux ; Eschine gagna son procès. Bien sûr, Socrate ne pouvait être formellement jugé pour ses activités antérieures à 404 av. J.-C. : l'accord qui avait mis fin à la lutte entre le régime oligarchique des Trente et les démocrates, consacrant le retour à la démocratie, prévoyait une amnistie plénière pour tous les Athéniens autres que les Trente, les Dix, les Onze et les anciens gouverneurs du Pirée. Pour que cette amnistie soit effective, Arkhinos, chef du parti démocratique modéré, avait fait voter une loi pour défendre de « rappeler le passé » et tout indique que cette loi fut scrupuleusement respectée. Ce n'est donc pas pour ses activités antérieures au régime des Trente que Socrate était poursuivi; il faut supposer qu'avec le retour de la démocratie, Socrate avait repris son enseignement.⁴⁷

Quoiqu'il en ait été de l'enseignement de Socrate, une autre donnée n'est pas douteuse, qui est l'arbitraire absolu des réalisations politiques de ses disciples; les meneurs des deux régimes oligarchiques qui ont lacéré Athènes de leur arbitraire, Alcibiade, Charmide, Critias, etc. - ne furent pas de vagues connaissances ou fréquentations de Socrate, ils furent ses disciples appliqués. Selon nos catégories modernes, même si le cas Socrate pose une question

⁴³ « I must record my opinion as an English lawyer, that it would be difficult to devise a judicial system less adapted to the due administration of justice. », cité par R.J. Bonner et G.S. Smith, *The Administration of Justice from Homer to Aristotle*, vol. 2, Chicago, The University of Chicago Press, 1938, 288.

⁴⁴ « Because the Athenian citizen body was ethnically, socially, religiously, and ideologically (if not economically) far more homogenous than contemporary societies, broad jury discretion must have been more predictable than it would be today. » : A. Lanni, 177. Un article du serment héliastique prévoyait qu'en cas de silence de la loi les juges devaient juger selon leur âme et conscience : L. Gernet, 1955, 67.

⁴⁵ D'éminents logographes comme Isocrate ne cachaient pas leur mépris pour l'éloquence judiciaire après qu'ils l'eurent quittée : Isocrate, I, VIII.

⁴⁶ Eschine, *Contre Timarque*, trad. de l'abbé Auger, Bibliotheca Classica Selecta, Université catholique de Louvain, http://hodoi.fltr.ucl.ac.be/concordances/eschine_contre_timarque/ (consulté le 17 nov. 2009), italiques ajoutés.

⁴⁷ I.F. Stone, « I.F. Stone breaks the Socrates story », *New York Times Magazine*, 8 avril 1979.

que peu d'intellectuels aiment aborder, qui est celle de la responsabilité personnelle de l'intellectuel face à la concrétisation de ses idées - « Dans les lettres aussi, le talent est un titre de responsabilité » : de Gaulle, refusant de commuer la condamnation à mort de Brasillach -, l'enseignement de Socrate ne justifiait certes pas qu'on le mette à mort, même si l'on est tenté de demander des circonstances atténuantes - pas pour Socrate, pour ses juges : voilà des citoyens qui venaient de souffrir, dans leur chair et dans leurs biens (et pour la seconde fois en l'espace de sept années), l'arbitraire sanglant de l'oligarchie ; ces juges étaient en droit d'attendre de Socrate, le maître de Critias et Charmide, à tout le moins une forme de politesse de l'abstention ; au lieu de quoi Socrate les gratifia de sa plus céleste morgue aristocratique, en les priant de le « taxer » d'un repas au Prytanée. Ce qui surprend d'autant plus notre conscience moderne est le conjugaison du caractère extrêmement vague des inscriptions - corruption de la jeunesse, impiété - et de la parfaite souveraineté des juges appelés à en décider dans l'instant. Mais tout cela était parfaitement normal pour un Athénien épris de démocratie, et si la figure de Socrate fut magnifiée par Platon, sa condamnation à mort ne semble avoir soulevé aucune espèce de commotion dans la population de la cité maritime. En somme, la mort de Socrate, c'est l'arbitraire démocratique qui assassine l'inspirateur de son jumeau oligarchique.

III. Bornage euclidien

Moins grandiose que le siècle de la guerre contre le Mède et dans le Péloponnèse, le IV^e siècle athénien fut aussi plus prospère, plus pacifique, et moins arbitraire en effet, même si la défaite de Crannon (322) marque la fin de l'indépendance athénienne. Si ce siècle inauguré par le procès et la condamnation à mort de Socrate (399) fut moins arbitraire que le précédent, c'est que les citoyens athéniens s'étaient avisés que la tyrannie n'en était pas moins redoutable pour avoir mille têtes (Aristote), et qu'il fallait dès lors apporter au pouvoir absolu de l'assemblée populaire (*Ekklesia*), des limites.

Précisons d'emblée que la séparation des pouvoirs n'était pas totalement inconnue de la démocratie athénienne du Ve siècle. Ainsi l'indépendance du tribunal de l'Héliée était-elle garantie par des mécanismes de tirage au sort matinal des juges-citoyens, pour les procès du jour, qui limitaient la probabilité d'une identité de personnes entre les législateurs et les juges (et qui réduisaient, sinon à néant, du moins à très peu, la possibilité pratique de corrompre la justice). Ainsi de la *graphè paranomôn*, action en illégalité dont on trouve une première occurrence en 415, qui permettait de déférer aux héliastes une loi ou un décret dont était alléguée la contrariété au droit existant. Pour réelles qu'elles aient été, ces limites au souverain pouvoir de l'assemblée athénienne étaient, toutefois, trop modestes pour l'arrêter en cas d'abus, et faire un équilibre d'ensemble.

Le bornage de l'arbitraire ekklésiastique ne commence réellement qu'en 403, après la chute des Trente, sous l'archontat d'Euclide, à l'initiative d'un citoyen nommé Tisamène, pour se poursuivre dans les années immédiatement postérieures. Conformément au décret de Tisamène, l'ensemble du corpus légistique athénien fut passé en revue, pour l'expurger de ses scories oligarchiques, des contradictions qui, au fil des décennies, en étaient venues à le hérissier, et des dispositions qui contrariaient la loi d'amnistie votée après la chute des Trente. Les lois ainsi retenues, par un collège de citoyens préposés à cet effet, et adoptées par le

Conseil (auquel on avait adjoint, pour la circonstance, un autre collège de citoyens, élus par les dèmes)⁴⁸, instituèrent le nouvel ordre constitutionnel athénien.

Ayant ainsi réordonné le passé, on s'attacha à réguler l'avenir : « Aucun décret (*psephisma*), qu'il émane du Conseil ou du peuple, ne prévaudra sur une loi (*nomos*). Il ne sera pas permis d'établir une loi pour un individu si la même loi ne s'applique pas à tous les Athéniens, sauf si la décision est prise par 6 000 votants dans un scrutin à bulletin secret. »⁴⁹ Bien que la distinction entre *psephisma* et *nomos* ne fût pas neuve, les Athéniens résolurent de la prendre, cette fois, au sérieux, en en tirant toutes les conséquences normatives, sur le triple plan législatif, légistique et juridictionnel :

(1) Si l'Ekklesia conserve le pouvoir de voter les décrets, elle perd le pouvoir de voter les lois, qui passe à l'institution nouvelle des nomothètes, choisis parmi les citoyens ayant prêté le serment héliastique.⁵⁰ Au vrai, la complexité de la, ou, devrait-on dire, des nouvelles procédures législatives - qui n'est pas sans évoquer les méandres de très contemporaine procédure législative de l'Union européenne ! -, implique l'intervention de diverses institutions, dont l'Ekklesia; mais le pouvoir final appartient aux nomothètes. En règle, l'initiative de la procédure législative échoit à l'Ekklesia, la forme de la procédure est d'un procès, d'une joute oratoire, entre partisans de la loi existante, et partisans de la loi nouvelle, ce procès se tient devant les nomothètes, à la sanction desquels revient la décision finale.⁵¹

(2) Une autre institution nouvellement créée, les thesmothètes, procède, chaque année, à une relecture, toute formelle, du corps des lois en vigueur, pour veiller à ce qu'aucune contradiction ou redondance ne les affecte. Si les corrections légistiques recommandées par les thesmothètes lui semblent suffisamment sérieuses, l'Ekklesia transmet le dossier aux nomothètes, pour décision.

(3) Au rang juridictionnel, il est stipulé que les tribunaux n'appliqueront les décrets, qu'autant qu'ils seront conformes aux lois. De plus, à côté de la *graphè paranomôn*, cette action en illégalité déjà mentionnée qui pouvait être dirigée indistinctement, contre les décrets et les lois, pour des motifs de légalité comme d'opportunité, est instituée une nouvelle action, la *graphè nomon mē épitēdeion theinai*, réservée aux lois; cantonnant *eo ipso* la *graphè paranomôn* aux seuls décrets.

Les différents éléments de cette réforme - qu'on qualifiera, par synecdoque, d'euclidienne -, composent un ensemble dont la sophistication toute moderne - du nouveau chez anciens !, écrirait Alain Boyer⁵² - fait à elle seule raison des variantes les plus tranchées de l'opposition des anciens et des modernes. Cet ordre est pourtant traversé par une constante ambiguïté, qui nous en révèle à la fois la carence conceptuelle et le caractère fondamental, et qui procède du concept athénien - plus généralement, grec - de droit. De Locres à Athènes, de Sparte à la Crète, l'idéal juridique grec est d'un droit qui naît de la divine inspiration d'un législateur unique (Zaleukos, Lycurgue, Charondas, Solon, etc.);⁵³ sitôt refermée la parenthèse de la démocratie radicale, Athènes renoue pleinement avec ce concept, en rapportant l'ordre euclidien, à Solon et Dracon. Inhérente au concept grec de droit, l'idée de sa pérennité : le législateur dispose pour tout, tous et l'éternité, et si le plus empirique des philosophes athéniens put concevoir, un demi-siècle plus tard, tout en invitant à la plus grande

⁴⁸ Andocide, *Sur les Mystères*, in Discours, trad. G. Dalmeyda, Paris, Les Belles Lettres, 2002, 83; M. Ostwald, *From Popular Sovereignty to the Sovereignty of Law: Law, Society, and Politics in Fifth-Century Athens*, University of California Press, 1989, 513.

⁴⁹ Andocide, *Sur les Mystères*, 87.

⁵⁰ Démosthène, *Contre Timocrate*, in *Plaidoyers politiques*, trad. Octave Navarre et Pierre Orsini, Paris, Les Belles Lettres, 2002, 21.

⁵¹ M. Hansen, *La démocratie athénienne à l'époque de Démosthène*, trad. de l'anglais par Serge Bardet avec le concours de Philippe Gauthier, Paris, Les Belles Lettres, 2003, 202 s.

⁵² *Revue Philosophique*, PUF, n° 4, octobre-décembre 2008, 407-22.

⁵³ Si la thèse de l'unité du droit grec est très discutable, celle de l'unicité de son concept l'est d'autant moins qu'il n'en existait, à l'époque, pas vraiment d'autre - à l'exception du repoussoir despotique perse -, et qu'il fallut attendre le développement de l'ordre juridique romain pour concevoir une oeuvre juridique qui, procédant des nécessités toutes mondaines de la vie concrète, soit bâtie, non par un législateur divinement inspiré, mais par des générations successives de juristes besogneux.

circonspection,⁵⁴ que l'usage inspire des modifications de détail,⁵⁵ la plupart de ses devanciers conçurent l'éternité immaculée, comme une perfection juridique. De ce concept grec d'un droit législatif qui dispose pour toujours, participe l'essence de la réforme euclidienne : ainsi la procédure d'adoption des lois est-elle toujours de *révision* législative, impliquant l'intervention, devant les nomothètes, d'avocats du droit existant;⁵⁶ ainsi la *graphè nomon* est-elle possiblement mue par la contrariété au droit existant d'une initiative législative : en droit, comme en fait - sept lois seulement furent votées, à Athènes, au IV^e siècle, contre des centaines de décrets -, la réforme de 403 aboutit à la constitutionnalisation du droit euclidien. C'est l'efficacité de cette constitutionnalisation, à laquelle il ne manque que le mot, qui constitue, sans conteste, le trait le plus saillant de la réforme euclidienne.

Dira-t-on enfin, que les réformes du IV^e siècle naissant consacrent, à Athènes, la séparation des pouvoirs? Si l'on s'enferme dans le labyrinthe conceptuel qu'ont échafaudé les modernes - et d'abord, les Français - la réponse sera probablement négative : de ce point de vue, il n'y a, en effet, de séparation des pouvoirs que si les pouvoirs législatif et exécutif sont maintenus hors de la portée du droit commun et du pouvoir judiciaire, soit qu'ils soient soumis à un droit et des juridictions propres (version contemporaine), soit qu'ils flottent dans l'éther - un tantinet paradoxal, s'agissant de la séparation des pouvoirs -, du plus pur arbitraire (version révolutionnaire). Cette notion franco-moderne de la séparation des pouvoirs est d'autant plus étrangère à l'Athènes antique, que la fonction exécutive y est partagée entre plusieurs institutions (archontes, stratèges, Ekklesia, etc.). En revanche, si l'on interroge la réalité athénienne à l'aide du plus universel concept montéquéviste-lockéen de séparation - Montesquieu écrit : distinction - des pouvoirs, qui exige que les fonctions régaliennes soient morcellées entre différentes institutions pour former un équilibre apte à arrêter les abus de pouvoir, alors l'ordre constitutionnel euclidien réalise une forme très convaincante, bien qu'atypique, de séparation des pouvoirs. Cette atypicité ne tient pas à la particularité de ses institutions, certes universelle, mais à la *nature* fondamentale de la séparation qui est, dans l'Athènes du IV^e siècle, davantage empreinte de temporalité, que de matérialité. Car il faut bien voir que si les réformes d'Euclide fondent un nouvel ordre constitutionnel, elles ne font aucunement violence à l'âme démocratique athénienne; Ekklesia, nomothètes, héliastes : c'est toujours au peuple athénien que revient, en dernière analyse, la plénitude du pouvoir de décision. Mais ce ne sont généralement pas les mêmes personnes qui siègent dans ces différentes institutions, toujours elles sont tirées au sort, et chaque institution répond à des procédures et un rythme, qui lui sont propres, s'inscrivant dans une stricte hiérarchie des normes et l'équilibre d'un concert institutionnel. Ainsi la *graphè nomon* se lit-elle à la fois comme un recours constitutionnel, lorsqu'elle porte sur un point de droit, et l'instrument d'un bicaméralisme offrant aux acteurs le loisir de la réflexion, lorsqu'est examinée l'opportunité d'une proposition. Ce morcellement temporel du pouvoir, les Athéniens en faisaient usage depuis Clisthène; Euclide le porte à un degré qui autorise à parler, en effet, de séparation des pouvoirs.

Conclusion

La tradition prise modérément les concepts formels, qu'elle tient pour vides; ce qui explique, sans doute, qu'elle ait négligé la cardinalité de l'arbitraire, dans la pensée politique grecque. Par-delà les divergences de leur typologie des régimes politiques, Platon et Aristote

⁵⁴ Aristote, *Les Politiques*, 1269a.

⁵⁵ Aristote, *Les Politiques*, 1287a.

⁵⁶ M. Hansen, 203.

communient, pourtant, dans une primordiale exécution de l'arbitraire et la célébration corrélative du gouvernant esclave des lois, deux siècles après que le mouvement démocratique athénien se soit mis en branle sous la bannière d'un concept lui aussi formel, et tout imprégné de juridicité : l'isonomie, antinome de l'arbitraire.

Pour autant, dans les relations entre cités, entre factions au sein des cités, dans le traitement des populations vaincues, dans l'institution et la naturalisation de l'esclavage de masse, les Grecs ont atteint à des formes d'arbitraire dont la pureté n'est pas sans évoquer ce despotisme oriental qu'ils méprisaient.⁵⁷ Par l'énergie de son impérialisme, sa propension à anéantir des populations, par l'abondance du terreau d'esclaves sur lequel a fleuri la belle liberté dont jouissaient ses citoyens, et l'extrême cruauté de ses guerres civiles, non seulement Athènes ne fit pas exception, mais elle fut sans conteste la plus formidablement arbitraire des cités grecques.

La double tragédie de la vie de Socrate figure le caractère malheureux de l'amour athénien des lois. Si l'on en croit son disciple Platon (plutôt qu'Aristophane), Socrate n'eut de cesse d'enseigner le respect des lois et préféra la mort, au déshonneur de s'y soustraire. Ce sont pourtant les disciples de Socrate qui instituèrent à Athènes les deux régimes les plus arbitrairement meurtriers de son histoire, et c'est le même Socrate qui fut ensuite condamné à mort parce que l'humeur de ses juges n'était plus à souffrir la morgue aristocratique d'un vieil iconoclaste. Ainsi la double tragédie de Socrate illustre le double échec de l'isonomie athénienne : dans la pratique des oligarques, et dans la pratique de la démocratie radicale.

« Ridicule et désordonné », le droit grec, rapporté au droit romain ? Le jugement de Cicéron est excessif. En témoignent la sophistication du droit public athénien, qui offrit aux citoyens, dès la réforme euclidienne de 403, des garanties - telles les deux *graphai (para)nomôn*, le contrôle du respect de la hiérarchie des normes, la constitutionnalisation de fait du droit pré-euclidien - dont la sophistication ne déparerait pas le plus abouti des États de droit modernes. Surtout, c'est Athènes qui, la première, consacre efficacement, entre le décret (*psephisma*) et la loi (*nomos*), comme norme générale, une distinction séminale de tout le droit public occidental.

⁵⁷ Voy. par exemple Hérodote, *L'Enquête*, trad. Andrée Barguet, Paris, Gallimard, 1964, VII, 104.