

PAULIN ISMARD (PARIS)

## LE PÉRIMÈTRE DE LA LÉGALITÉ DANS L'ATHÈNES CLASSIQUE : RÉPONSE À ROBERT WALLACE

Robert Wallace propose un panorama très vaste de l'ensemble des situations par lesquelles les Athéniens, dans des circonstances exceptionnelles ou ordinaires, en venaient à ne pas appliquer leurs propres lois. Alors même que le discours de l'idéologie civique fait du règne des lois une valeur essentielle de la démocratie du IV<sup>e</sup> siècle, le cœur du droit athénien tiendrait moins au respect scrupuleux de leur lettre qu'à la défense de l'intérêt de la communauté civique. À l'appui de cette thèse, on pourrait d'ailleurs ajouter un passage de la *Rhétorique à Alexandre* du Pseudo-Aristote, dans lequel l'auteur condamne une conception trop étroite de la légalité et avance que la loi est avant tout, comme par nature, au service de l'intérêt général de la cité :

Ἄν δ' ἡμῖν συμβαίῃ τὸ παρὰ μοχθηροῖς δοκοῦσιν εἶναι νόμοις τὸ πρῶγμα πεπρᾶχθαι, ρητέον, ὡς οὐ νόμος, ἀλλ' ἀνομία τὸ τοιοῦτόν ἐστιν· ὁ μὲν γὰρ νόμος ἐπὶ τῷ ὠφελεῖν τίθεται, οὗτος δὲ βλάπτει τὴν πόλιν.

*S'il nous arrive que l'acte a été commis sous le règne de lois qui semblent être perverses, il faut dire que ce n'est pas une loi mais une illégalité, car la loi est établie pour servir la cité, tandis que celle-ci lui nuit<sup>1</sup>.*

Les sept catégories recensées par Robert Wallace me semblent toutefois présenter au moins deux cas de figures assez différents. Le premier cas de figure concerne des lois qui ne furent pas appliquées à différents moments de l'histoire athénienne, qu'elles aient été délibérément suspendues (2<sup>e</sup> catégorie), concrètement ignorées dans la vie courante athénienne (3<sup>e</sup> catégorie), ou que leur application ait été rendue caduque par l'évolution de la société (5<sup>e</sup> catégorie). Le second cas de figure (4<sup>e</sup> et 7<sup>e</sup> catégories) est celui pour lequel on peut supposer, sur la base des discours des orateurs et le plus souvent en l'absence d'informations sur le jugement rendu par les tribunaux, que le tribunal ne respectait pas nécessairement la lettre de la loi et privilégiait des considérations qu'on peut qualifier d'extra-légales. Sous ces deux dimensions, la réflexion de Robert Wallace invite à réfléchir au périmètre de la sphère de la légalité telle que pouvaient la concevoir les Athéniens, mais aussi à la coexistence éventuelle de différents niveaux de légalité dans la cité classique.

<sup>1</sup> [Aristote], *Rhet. Al.* 1443 a22 (trad. P. Chiron).

Lorsqu'on affirme que les Athéniens ne respectaient pas leur loi, on adopte tacitement une approche très légaliste, voire idéaliste à l'égard de ce que serait notre droit contemporain, destinée à mieux déconstruire en retour la rigueur juridique du droit athénien. Mais ne peut-on pas aussi admettre que la conception athénienne de la loi laissait prise à une certaine marge d'interprétation, si bien que ce qu'on considère à première vue comme extra-légal doit en réalité souvent être appréhendé comme relevant du champ de la légalité tel que les Athéniens le comprenaient ?

Dans la *Rhétorique* d'Aristote, la loi est présentée comme un des moyens de persuasion non techniques (*pisteis atechnoi*) à la disposition de l'orateur, à l'instar par exemple des témoignages ou des contrats<sup>2</sup>. En tant que preuve, la loi supposerait ainsi une interprétation par laquelle les juges se feraient d'une certaine façon à leur tour législateurs, comme les y invitent d'ailleurs souvent les orateurs.

À cet égard, les textes anciens invoquent deux notions susceptibles de venir en supplément de l'interprétation littérale de la loi, la *gnômê dikaiotatê* (l'avis le plus juste) ou l'*epieikeia* (l'équité), qui ont suscité dans la littérature savante deux types d'approche. Certains juristes, comme Wolff, ont considéré que la *gnômê dikaiotatê* ou l'*epieikeia* étaient subsidiaires par rapport à la loi dans l'établissement du droit. La *gnômê dikaiotatê* aurait ainsi pour charge de suppléer à l'absence ou à la défaillance des lois<sup>3</sup>. En ce sens, même si Wolff ne le formulait pas en ces termes, la notion serait susceptible d'orienter un jugement contre le sens de la loi elle-même. À l'inverse, Paoli, Gernet et Biscardi considéraient que l'*epieikeia* doit produire un jugement s'inscrivant dans le prolongement de la lettre de la loi<sup>4</sup>. La loi ne serait ainsi que « la mesure et le condensateur de la *gnômê diakaiotatê* », pouvait écrire Biscardi<sup>5</sup>.

L'extrait de l'*Aréopagitique* d'Isocrate cité par Robert Wallace semble soutenir la première ligne d'interprétation en ce que le logographe, évoquant les juges des contrats (*peri tôn sumbolaiôn*) de l'Athènes archaïque, oppose l'ordre des lois et ce qui serait commandé par l'*epieikeia*<sup>6</sup> :

Οὐ γὰρ ἐδέδισαν μὴ δυοῖν θάτερον πάθοιεν, ἢ πάντων στερηθεῖεν, ἢ πολλὰ πράγματα σχόντες μέρος τι κομίσαιντο τῶν προεθέντων· ἀλλ' ὁμοίως ἐθάρρουν περὶ τῶν ἔξω δεδομένων ὥσπερ περὶ τῶν οἴκοι κειμένων. Ἐώρων γὰρ τοὺς περὶ τῶν συμβολαίων κρίνοντας οὐ ταῖς ἐπιεικείαις χρωμένους, ἀλλὰ τοῖς νόμοις πειθομένους [...].

<sup>2</sup> Aristote, *Rhet.* 1375 a22.

<sup>3</sup> Wolff 1957.

<sup>4</sup> Voir notamment Paoli 1933, p. 39 ; Gernet 1955, p. 66-67 ; Biscardi 1999 ; O'Neil 2001. Sur l'*epieikeia* aristotélicienne en particulier, voir Harris 2004 ; Narcy 2008 ; Bertrand 2009.

<sup>5</sup> Biscardi 1999, p. 95.

<sup>6</sup> Isocrate 7, 33-34 (trad. G. Mathieu).

*Ils ne craignaient pas d'avoir à subir l'un de ces deux maux : ou bien tout perdre, ou bien avoir mille difficultés pour recouvrer une partie de ce qu'ils avaient confié ; ils avaient autant de sécurité pour les largesses faites au dehors que pour ce qui restait dans leur demeure ; car ils voyaient les juges des contrats, au lieu de recourir à l'epieikeia, obéir aux lois.*

Cet extrait s'inscrit de toute évidence dans un contexte polémique, favorable à l'idéalisation de l'ancienne Athènes, et une source précieuse, le serment des Amphictions de Delphes, présente une configuration bien différente :

δικα[ξῶ τ]ὰς δ[ικ]ας ὡς καὶ δ[ικ]αιοτάτα[ι γ]νώμα[ι, τ]ὰ μὲν  
 γε[γρ]αμμ[ένα --- e.g. τὰ δὲ ἄ]-  
 γρα[πτα? κ]ατὰ γνώμαν τὰν αὐτοῦ καὶ [ο]ὐ κερδαίνω τὰν δ[ικ]ᾶν  
 οὐ[δεμιᾶ? - - - - -]<sup>7</sup>.

*Je jurerai les causes selon l'opinion la plus juste possible (la gnômê dikaiotatê), les cas prévus par écrit [conformément aux textes, les autres] selon mon propre jugement et je ne ferai de profit sur aucune des causes [...].*

La *gnômê dikaiotatê* devrait ici orienter le jugement aussi bien lorsqu'il existe une loi écrite qu'en son absence. Dans plusieurs serments de juges, à l'époque classique ou au début de l'époque hellénistique, il est en revanche clairement indiqué que la *gnômê dikaiotatê* doit intervenir lorsque les lois font défaut<sup>8</sup>. Pour autant, rien n'indique qu'il s'agit dans ce cas de produire un jugement qui fasse fi de la légalité. L'esprit des lois doit d'une certaine façon suppléer à la lettre de la loi ; la *gnômê dikaiotatê* n'est pas la base d'un jugement alternatif à l'esprit des lois.

La question peut dès lors se poser sous un autre angle : dans quelle mesure les lois athéniennes admettaient-elles une liberté d'interprétation ? Nous touchons ici ce qu'Edward Harris a nommé l'*open texture* des lois athéniennes, dont on peut faire une des caractéristiques du régime démocratique.<sup>9</sup> Un passage de l'*Athenaiôn Politeia* au sujet des lois de Solon en offre d'ailleurs une explication très claire, précisant que le législateur avait institué « des lois obscures exprès, pour que le peuple soit maître souverain des jugements<sup>10</sup> ». Une telle conception ouverte de la loi serait ainsi la caractéristique du régime démocratique. Un passage de la *Rhétorique* l'assure d'ailleurs d'une autre manière : plus une loi est précise, moins

<sup>7</sup> CID 4, 1, l. 3-4 (trad. F. Lefèvre).

<sup>8</sup> Voir en particulier le serment des héliastes athéniens (Démosthène 24, 149-151) et le décret d'Eresos (Rhodes-Osborne 2003, n° 83, l. 9-17), avec les remarques de Harris 2006.

<sup>9</sup> Harris 2000.

<sup>10</sup> Aristote, *Ath. Pol.* 9, 2 : οἶονται μὲν οὖν τινες ἐπίτηδες ἀσαφεῖς αὐτὸν ποιῆσαι τοὺς νόμους, ὅπως ἢ τῆς κρίσεως [ὁ] δῆ[μος κ]ύριος.

elle est adaptée à un régime reposant sur un nombre important de juges<sup>11</sup>. La critique de la part des adversaires de la démocratie est de ce point de vue d'une parfaite cohérence : en affirmant que les Athéniens ne respectent pas leurs lois ou les manipulent au profit exclusif du *démos*, elle fait mine toutefois de ne pas comprendre que cette ouverture exégétique des lois athéniennes est au cœur du principe démocratique. Sous cet angle, ce qui nous apparaît à première vue comme extra-légal peut dès lors être appréhendé non pas en rupture mais appartenant pleinement au champ de la légalité.

Plusieurs plaidoyers athéniens peuvent soutenir une telle lecture. Dans un contexte de *dokimasia*, l'orateur du *Contre Philon* attribué à Lysias reconnaît ainsi explicitement que la loi n'a pas prévu un cas comme celui de Philon, qui n'a pas pris parti en faveur d'un camp ou d'un autre en 403 et s'est réfugié en Oropie. Sans doute l'orateur tente-t-il tout au long du discours de disqualifier moralement son adversaire en employant toutes sortes d'arguments, ce qui pourrait laisser croire que des arguments extra-légaux jouent un rôle déterminant, mais cette disqualification morale ne cesse d'être étroitement associée à un raisonnement juridique rigoureux, qui consiste à étendre la loi relative à la désertion au cas de Philon. En l'absence d'une loi qui porterait précisément sur le sujet, c'est bien à l'esprit des lois qu'en appelait l'orateur, selon une conception élargie de l'application de la loi.

Abordons désormais l'ensemble des cas de figure dans lesquels une loi cessait concrètement d'être appliquée, pour des raisons variées, qu'elle ait été suspendue ou, à l'instar de la loi sur les oliviers sacrés, que son application soit devenue *de facto* hors de propos. De tels cas de figure soulèvent, me semble-t-il, la question de l'existence éventuelle de niveaux de légalité concurrents dans l'Athènes de l'époque classique.

Il est en effet admis que l'œuvre de classement et de republication des lois athéniennes, à la fin du V<sup>e</sup> siècle, a conduit à une redéfinition des lois valides et des lois devenues désormais obsolètes<sup>12</sup>. Au début du IV<sup>e</sup> siècle, Andocide peut d'ailleurs citer la loi suivante :

Ἀγράφοι δὲ νόμοι τὰς ἀρχὰς μὴ χρηῖσθαι μηδὲ περὶ ἐνόος.

*Que les magistrats ne recourent en aucun cas à une loi non inscrite*<sup>13</sup>.

Si l'on admet que les *agraphoi nomoi* évoquées par Andocide désignent les lois non intégrées dans le nouvel édifice juridique plutôt que des « lois non écrites<sup>14</sup> », celles-ci peuvent sans doute se confondre avec les lois de Solon « tombées en désuétude »

<sup>11</sup> Aristote, *Rhet.* 1354 a30.

<sup>12</sup> Sur le processus dans son ensemble, voir la mise au point récente de Volonaki 2001.

<sup>13</sup> Andocide, *Myst.* 85.

<sup>14</sup> Voir ainsi Todd 1996, p. 127-128, ou, plus récemment, Pébarthe 2006, p. 141-143.

mentionnées par l'*Athenaiôn Politeia*<sup>15</sup>. Pourtant, ces lois « obsolètes » demeuraient accessibles aux Athéniens, puisque des auteurs de l'époque impériale ont pu consulter plusieurs lois soloniennes – sur les *axônes* de la *Stoa Basileios* ou dans les archives athéniennes – dont tout laisse penser qu'elles n'étaient plus appliquées à l'époque classique<sup>16</sup>.

Si la fin du V<sup>e</sup> siècle constitue une phase de cristallisation du droit athénien, avec une définition désormais rigoureuse de l'arsenal juridique à disposition des magistrats, il faut pourtant noter que la loi d'Andocide n'est guère citée au cours du IV<sup>e</sup> siècle. Il est légitime dès lors de se demander dans quelle mesure les lois « non inscrites » ou devenues « lettre morte », mais qui étaient connues des Athéniens, pouvaient à l'occasion refaire surface dans la procédure judiciaire. Même si, à en croire Andocide, les magistrats ne devaient pas théoriquement en tenir compte, rien n'interdisait un orateur de citer telle ou telle loi dans un contexte judiciaire. Il s'agissait somme toute d'une preuve non technique, pour reprendre l'expression aristotélicienne, qu'on pouvait citer au même titre qu'on faisait comparaître des témoins.

Les orateurs sont malheureusement bien avares de renseignements sur la provenance des lois qu'ils citent. Nous pouvons néanmoins songer à deux cas dans lesquels des « lois obsolètes » ont peut-être été citées devant les tribunaux. Dans le *Contre Théomestos* de Lysias, l'orateur se réfère à plusieurs reprises à des lois de Solon qualifiées de *palaioi*, avant de se livrer à toute une démonstration sur l'évolution du vocabulaire juridique : on peut se demander si ces *palaioi nomoi* n'étaient pas en réalité des lois soloniennes devenues caduques<sup>17</sup>. De façon bien plus probante, Adele Scafuro a mis en évidence la coexistence, au IV<sup>e</sup> siècle, de plusieurs lois distinctes sur la *kakôsis* – notamment telles qu'elles apparaissent respectivement dans le chapitre 56 de l'*Athenaion Politeia* et dans le *Contre Macartatos* de Démosthène<sup>18</sup>. Une version archaïque de la loi pouvait ainsi sans doute être produite devant les tribunaux dans une version qui différerait quelque peu de la loi couramment appliquée au IV<sup>e</sup> siècle – notamment concernant l'usage de l'*eisangelia* ou de la simple *graphê*<sup>19</sup>.

On entrevoit ainsi qu'il devait exister, en dépit de l'effort de rationalisation de la fin du V<sup>e</sup> siècle, une zone grise dans le droit athénien, les tribunaux ayant à chaque fois la charge de trancher ce qui ne trouvait pas de résolution au sein de l'arsenal législatif à proprement parler. D'ailleurs, malgré l'effort des thesmothètes qui

<sup>15</sup> Aristote, *Ath. Pol.* 8, 3.

<sup>16</sup> Voir en particulier Plutarque, *Sol.* 24. Sur la transmission des lois soloniennes jusqu'à l'époque impériale, voir les remarques de Rhodes 2006.

<sup>17</sup> Lysias 10, 15-20.

<sup>18</sup> Voir Aristote, *Ath. Pol.* 56, 6 et 56, 7, et Démosthène 43, 75.

<sup>19</sup> Voir Scafuro 2006, qui précise, p. 195 : « *While the procedure in the latter law may have been virtually obsolete in the fourth century, nevertheless the law was kept "on the books" as a venerable relic of the past.* »

avaient la charge de reclasser l'ensemble des lois pour éviter d'éventuelles contradictions entre elles, les orateurs pouvaient encore affirmer au IV<sup>e</sup> siècle que subsistaient des lois contradictoires<sup>20</sup>.

Les réaménagements successifs de la loi de Périclès, évoquée par Robert Wallace, sont tout à fait révélateurs de la coexistence de différents niveaux de légalité dans la cité du V<sup>e</sup> siècle et des difficultés juridiques qu'une telle situation pouvait entraîner. Si l'on admet que la loi de Périclès fut en effet ignorée et non pas annulée, la période de la guerre du Péloponnèse aurait vu trois niveaux de légalité fonctionner pour ainsi dire parallèlement : 1) la loi (ou le décret) de Périclès instituait que seuls les enfants de père et de mère athéniens pouvaient devenir citoyens ; 2) le décret mentionné par Diogène Laërce, citant Aristote, impliquait que les *nothoi* issus de relations adultérine ou d'une provisoire bigamie (l'interprétation reste délicate) étaient admis dans la citoyenneté – ce qui n'était toutefois pas contradictoire avec la lettre de la loi de Périclès<sup>21</sup> ; 3) les lois traditionnelles des phratries, seule institution avec le *dème* susceptible d'attester la citoyenneté<sup>22</sup>, constituaient néanmoins un obstacle particulièrement délicat à surmonter : il est en effet difficile d'imaginer que les phratries aient pu admettre en leur sein des individus qui n'étaient pas issus d'une filiation légitime. Sans se contredire formellement, ces trois niveaux de légalité cohabitaient sans que ne soit pourtant établie entre eux une véritable hiérarchie normative jusqu'à la fin du V<sup>e</sup> siècle.

Remarquons en outre que le décret cité par Diogène, s'il a bien existé, est globalement contemporain du moment où les *nothoi* devaient s'enregistrer au Cynosarges, attesté dans la deuxième moitié des années 420<sup>23</sup>. On peut faire l'hypothèse que s'était en réalité constituée une catégorie statutaire, celle des *nothoi* placés dans une position incertaine quant à leur citoyenneté. De façon assez similaire à celui de certains *atimoi*<sup>24</sup>, le statut des *nothoi*, qu'on décrit le plus

<sup>20</sup> Ainsi Démosthène 20, 91 : « C'est pourquoi, dans le passé, tant que cette procédure a été observée, on s'est contenté des lois existantes, sans en faire de nouvelles. Mais du jour où certains hommes politiques, abusant, m'a-t-on dit, de leur influence, s'arrogèrent le droit de légiférer sans égard aux temps, ni aux formes, le nombre des lois contradictoires est devenu tel, que vous élisez des commissions chargées du triage. Cet état de choses date de fort longtemps. » Sur la contradiction des lois au sein du droit athénien, voir Sickinger 2008. Lorsqu'un décret est voté, on a en outre le plus souvent l'impression qu'on se contente de redéfinir son périmètre étroit de validité, sans pour autant que l'ensemble des lois ne soit examiné.

<sup>21</sup> Diogène Laërce 2, 26 : γὰρ βουλευθέντας Ἀθηναίους διὰ τὸ λειπανδρεῖν συναυξήσαι τὸ πλῆθος, ψηφίσασθαι γαμῆν μὲν ἄστην μίαν, παιδοποιεῖσθαι δὲ καὶ ἐξ ἑτέρας· ὅθεν τοῦτο ποιῆσαι καὶ Σωκράτην. « Quand les Athéniens, à cause du manque d'hommes, voulurent accroître leur population, ils votèrent qu'il fallait épouser une Athénienne, mais avoir des enfants aussi d'une autre : d'où vient que Socrate aussi le fit » (trad. R. Goulet). Voir sur ce point les remarques de Ogden 1996, p. 72-75.

<sup>22</sup> Isnard 2010, p. 122-128.

<sup>23</sup> Athénée 6, 234 d-e.

<sup>24</sup> Voir Wallace 1998.

souvent par défaut comme « intermédiaire », s'inscrivait dans une zone grise du droit athénien, la charge de définir plus précisément leur appartenance à la communauté civique revenant en réalité aux tribunaux à l'occasion de chaque cas de contestation.

Concluons : le périmètre de la légalité, telle que la concevaient les Athéniens, était sans doute suffisamment large pour qu'il soit souvent périlleux d'aborder son application en termes de respect ou de transgression de la lettre de la loi. Mais au-delà même de l'ouverture exégétique des lois athéniennes, il convient sans doute d'insister sur la coexistence entre différents ordres de légalité, que le droit du IV<sup>e</sup> siècle, malgré la réorganisation de la fin du V<sup>e</sup> siècle, ne parvint sans doute jamais à totalement effacer.

#### BIBLIOGRAPHIE

- Bertrand 2009: J.-M. Bertrand, *À propos de la Rhétorique d'Aristote (I, 1373b 1-1374b 23). Analyse du processus judiciaire, IV. Épieikeia, CCGG 20*, p. 7-27.
- Biscardi 1999: A. Biscardi, *La "gnômê dikaiotaté" et l'interprétation des lois dans la Grèce ancienne [1970]*, in Id., *Scritti di diritto greco*, Milan, p. 89-102.
- CID 4: F. Lefèvre (éd.), *Corpus des inscriptions de Delphes, 4. Documents amphictioniques*, Athènes 2002.
- Gernet 1955: L. Gernet, *Droit et société dans la Grèce ancienne*, Paris.
- Harris 2000: E. M. Harris, *Open Texture in Athenian Law, Dike 3*, p. 27-79.
- Harris 2004: E. M. Harris, *Le rôle de l'epieikeia dans les tribunaux athéniens, RHDFE 82*, p. 1-13.
- Harris 2006: E. M. Harris, *The Rule of Law in Athenian Democracy. Reflections on the Judicial Oath, Dike 9*, p. 157-181.
- Ismard 2010: P. Ismard, *La cité des réseaux. Athènes et ses associations, VI<sup>e</sup>-I<sup>er</sup> siècle av. J.-C.*, Paris.
- Narcy 2008: M. Narcy, *L'équité chez Aristote : suspendre ou interpréter la loi ?*, *Mélanges de l'université Saint-Joseph [Beyrouth] 61*, p. 359-372.
- Ogden 1996: D. Ogden, *Greek Bastardy in the Classical and the Hellenistic Periods*, Oxford.
- O'Neil 2001: J. L. O'Neil, *Was the Athenian Gnome Dikaiotaté a Principle of Equity?*, *Antichthon 35*, p. 20-29.
- Paoli 1933: U. E. Paoli, *Studi sul processo attico*, Padoue.
- Pébarthe 2006: C. Pébarthe, *Cité, démocratie, et écriture. Histoire de l'alphabétisation d'Athènes à l'époque classique*, Paris.
- Rhodes 2006: P. J. Rhodes, *The Reforms and Laws of Solon : An Optimistic View*, in J. Blok-A. Lardinois (éd.), *Solon of Athens. New Historical and Philological Approaches*, Leyde, p. 248-260.

- Rhodes-Osborne 2003: P. J. Rhodes-R. Osborne (éd.), *Greek Historical Inscriptions, 404-323 BC*, Oxford.
- Scafuro 2006: A. C. Scafuro, *Identifying Solonian Laws*, in J. Blok-A. Lardinois (éd.), *Solon of Athens. New Historical and Philological Approaches*, Leyde, p. 175-196.
- Sickinger 2008: J. P. Sickinger, *Indeterminacy in Greek Law: Statutory Gaps and Conflicts*, in *Symposion 2007*, Vienne, p. 99-112.
- Todd 1996: S. C. Todd, *Lysias against Nikhomakhos: The Fate of the Expert in Athenian Law*, in L. Foxhall-A. Lewis (éd.), *Greek Law in its Political Setting. Justifications not Justice*, Oxford, p. 110-131.
- Volonaki 2001: E. Volonaki, *The Republication of the Athenian Laws in the Last Decade of the Fifth Century B.C.*, *Dike* 4, p. 137-168.
- Wallace 1998: R. W. Wallace, *Unconvicted or Potential Atimoi in Ancient Athens*, *Dike* 1, p. 63-78.
- Wolff 1957: H. J. Wolff, *Die Grundlagen des griechischen Vertragsrechts*, *ZRG* 74, p. 26-72.