

GRANDES DOCTRINES JURIDIQUES, POLITIQUES ET ECONOMIQUES

Cours de Monsieur le professeur Denis Baranger

Bibliographie fondamentale du cours :

F. SAINT-BONNET, article « Loi », *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, coll. Quadrige, 2003

J. GAUDEMET, *Les naissances du droit. Le temps, le pouvoir et la science au service du droit*, 4^e éd., Paris, Montchrestien, 2006

R. ARON, *Les étapes de la pensée sociologique*, Paris, Gallimard, coll. Tel, 1976

FICHE N°1 : LE NOMOS (1)

Première partie : La « découverte de la loi » (J. de Romilly)

- Le prédroit en Grèce ancienne

DOCUMENT 1 : L. GERNET, « Droit et prédroit en Grèce ancienne » in *Anthropologie de la Grèce antique*, Paris, Maspero, 1976, p. 175-177, 247-260

- L'émergence du *nomos*

DOCUMENT 2 : J. de ROMILLY, *La loi dans la pensée grecque : des origines à Aristote*, Paris, les Belles lettres, 2001, p. 9-49

DOCUMENT 3 : aller chercher et lire, J. Gaudemet, *Les naissances du droit, op. cit.*, p. 11-24

- Le *nomos* et les notions grecques de la justice

DOCUMENT 4 : E. BENVENISTE, « *Thémis* » et « *Dikè* » in *Le vocabulaire des institutions indo-européennes. 2, Pouvoir, Droit, Religion*, Paris, Editions de Minuit, 1969, p. 99-110

- Le *nomos* et la loi divine

DOCUMENT 5 : R. BRAGUE, *La loi de Dieu*, Paris, Gallimard, coll. Folio, 2005, p. 40-58

DOCUMENT 6 : H. ARENDT, *De la révolution*, Paris, Gallimard, 2012, p. 282-292

I

Droit et prédroit en Grèce ancienne¹

L'histoire des institutions nous a familiarisés de longue date avec l'idée que les droits les plus anciens, très différents des nôtres, ont ce caractère commun que l'empreinte de la « religion » y est fortement marquée. C'est une idée qui avait besoin de se définir : elle s'est définie depuis quelques années, et, chose remarquable, chez les romanistes² ; donc, dans un domaine spécial, mais qui est celui du « fait ostensif » à partir duquel la généralisation ne serait pas interdite. Elle aboutit à une thèse dont l'expression la plus nette se trouve chez Pierre Noailles, et qui est la suivante : à Rome, un « droit sacré » a précédé l'apparition du « droit civil » qui tout ensemble s'en distingue et en est issu. — Mais il est remarquable aussi que, tout récemment, cette thèse ait rencontré l'opposition d'un autre romaniste, que ne pouvait certes pas influencer un préjugé défavorable : M. Henri Lévy-Bruhl³ accepte la formule : « à l'époque archaïque, c'est le rite qui crée le droit » ; mais il ajoute que le rite est imposé par la société ; les formes juridiques le sont toujours et, qu'elles soient religieuses ou non, elles sont également de la procédure au sens large, elles ont même principe et même office : il n'y a pas deux moments à distinguer, ou du moins il n'y a pas de différence de nature à reconnaître.

1. *L'Année Sociologique*, 3^e série, (1948-49), Paris, 1951, pp. 21-119. Étude dédiée « A la mémoire de Marcel Granet ».

2. Voir en particulier les études de P. NOAILLES, *Fas et jus*, 1948 ; dans la même direction, les travaux de HÄGERSTRÖM, DE VISSCHER, MÄGDALIN.

3. *Année Sociol.*, 3^e série, 1949, p. 601.

Il y aura toujours, probablement, des romanistes réticents ou résistants. C'est une attitude qui peut s'expliquer par le caractère même de leur objet. Les témoignages de « très ancien droit romain » — qui ne sont d'ailleurs pas bien abondants et qui, même suggestifs, restent parfois d'irritantes énigmes — ne se rapportent jamais directement, ou presque jamais, à un très ancien stade : une coupure s'est faite dans la mémoire sociale qui, de parti pris, ne remonte pas au-delà d'un événement tardif, celui de la « fondation de la Ville ». Aussi bien, c'est l'originalité de Rome qu'une pensée proprement juridique s'y est très tôt élaborée et formulée, et il arrive que les notions mêmes avec lesquelles l'historien du droit serait tenté d'opérer sont suspectes d'avoir subi une espèce de choc en retour. Ainsi, les termes de *reus* et de *damnatus*, qui sont des termes techniques du droit, s'appliquent aussi à deux moments d'une situation religieuse où le fidèle est successivement engagé sous condition et « condamné » à l'exécution de son vœu⁴ : il est possible que cette terminologie perpétue la pensée très ancienne d'une obligation qui n'est pas encore l'obligation juridique⁵, mais il est possible aussi que, dans une société déjà pénétrée et comme envahie par le droit, le formulaire du commerce avec les dieux ait été marqué par les catégories modernes du *ius*. — La conclusion pratique, c'est qu'il faudrait élargir l'enquête. Car la question subsiste : ce sont les faits qui peuvent y répondre.

Mais quelle est la portée de la question ? On pourra toujours garnir un dossier archéologique ; on pourra toujours recueillir, dans l'ethnologie comme dans l'histoire, les témoignages de pratiques et de croyances à travers lesquelles nous voyions le droit fonctionner sous des espèces « primitives » : s'il ne s'agit que de cela, on pourra renouveler quelque peu l'*ethnologische Jurisprudenz* de naguère, mais l'ensemble de ces faits archaïques restera un système clos, sans rapport intelligible avec l'état de droit qui, dans l'« évolution », passe pour lui avoir succédé. La question posée par les romanistes va plus loin : peut-on reconnaître un état où les relations que nous nommons juridiques seraient conçues suivant un autre mode de pensée que dans le droit proprement dit, et dans quel rapport cet état nous apparaît-il avec l'état juridique lui-même, *là où nous constatons la succession* ? On voit tout de suite quel intérêt pourrait avoir le

4. G. WISSOWA, *Relig. u. Kultus der Römer*, p. 382.

5. Cf. M. MAUSS, Essai sur le don, *Année Sociologique*, nouv. série, I, 1925, p. 135 et suiv.

problème. La fonction juridique, comme fonction autonome, se reconnaît sans peine dans un grand nombre de sociétés où elle présente naturellement bien des variations, mais aussi une unité irréusable ; et nous entendons par là non pas seulement une fonction sociale au sens quasi extérieur du mot, mais une fonction psychologique, un système de représentations, d'habitudes de pensée et de croyances qui s'ordonnent autour de la notion spécifique de droit. Dirait-on qu'elle existe par définition dans toute société, réserve faite des apparences qu'elle peut revêtir et des justifications que les hommes peuvent s'en donner ? Ou faut-il admettre qu'elle apparaît à certains points de l'expérience historique comme quelque chose de nouveau par rapport à ce qu'il faudrait appeler le prédroit ?

Des questions du même ordre ont déjà été soumises à une enquête méthodique. L'étude a pu être centrée sur une catégorie : on n'a pas besoin de rappeler ici le travail de M. Davy sur la préhistoire du contrat⁶. Elle a pu être étendue à une zone très large de faits juridiques : Huvelin a considéré les rapports entre les pratiques et les notions de la magie et les formes les plus anciennes du « droit individuel »⁷.

Le mémoire de Huvelin est de 1907 : il appelle quelques remarques destinées à faire le point. D'abord, quant aux notions qui y sont maniées, Huvelin et Mauss ont eu une espèce de polémique au sujet des parts respectives du « magique » et du « religieux » ; et il apparaît qu'il avait été fait un usage abusif du premier. Mais on retiendra surtout qu'en pareille matière, il n'est pas indispensable de s'asservir à des définitions posées d'avance : la notion de « force magique » ou « magico-religieuse », si elle caractérise un certain type de pensée par opposition à celui du droit, peut être utilisée sans remords. Aussi bien une attention trop exclusive aux données pittoresques de la magie peut-elle amener à intervertir l'ordre des faits : il arrive à Huvelin de considérer comme premiers, relativement à des formes de droit, des faits « magiques » qui sont en réalité des sous-produits, comme les *defixiones* et autres envoûtements. D'autre part, la notion de « religieux » sous laquelle est compris tout ce qui,

6. G. DAVY, *La Foi jurée. Étude sociolog. du contrat. La formation du lien contractuel*, 1922.

7. P. HUVELIN, *Magie et droit individuel*, *Année Sociol.*, X, 1907.

procédure par-devant l'Aréopage exigeait un serment des parties et même, sous le nom de *diemortia*, un serment d'un rituel spécial et d'une extrême gravité. Mais c'est un serment qui ne décide plus. C'est un serment introductif d'instance.

Or, dans toutes les causes qui se plaident à Athènes, un serment du même genre est un préliminaire obligé. En dehors des procès pour homicide, il prend de plus en plus l'aspect d'une formalité sans conséquence : la tradition le conserve pourtant ; et il peut subsister en effet parce qu'on n'en retient que la fonction. Pour la logique et pour la réflexion religieuse, il peut aussi paraître une chose énorme : si la moyenne des usagers, comme toujours en pareil cas, s'accommode de la contradiction, un Platon y répugne : pour la cité des *Lois*, il ne veut pas de ce serment²⁹⁹. Et en effet on ne le comprendrait pas s'il n'était un legs, le témoignage d'une évolution. C'est un serment qui se distingue formellement de celui qui, par exception ou dans une coutume d'arbitrage où se prolonge un état archaïque, conserve encore une valeur décisive : il ne s'en distinguait pas dans le principe. chose curieuse, Platon l'appelle le serment de Rhadamanthe. Or, le serment de Rhadamanthe, dans la tradition, c'est celui qui avait été institué par le frère de Minos, précisément pour « trancher les procès³⁰⁰ ». Il ne les tranche plus.

Il semble bien qu'il y ait eu quelque chose de semblable à Rome, au point de départ de la procédure que nous y connaissons dans l'ordre civil. Sans doute, on ne saura peut-être jamais ce qu'était le plus ancien *sacramentum*. « Objet consacré » ou plutôt « consacré », il a pu être autre chose que le serment ; il a pu aussi bien avoir des affinités avec lui, témoin la destinée du mot. En tout cas, il a dû fournir le moyen de trancher une affaire suivant la pensée d'un « droit sacré » (on admet qu'avant d'être le dépôt d'une somme d'argent, il aurait comporté la remise de bêtes de sacrifice). En passant dans le droit civil, il change de fonction et de signification. Dans l'état ancien, l'épreuve à laquelle il donnait lieu pouvait s'accomplir immédiatement devant le roi-prêtre³⁰¹ ; dans le nouveau, il est le préliminaire par quoi se noue le procès dans une phase *in jure* qui est obligatoirement suivie d'une phase *in iudicio*.

Ce qui, dans le prédroit, équivalait à jugement était concentré dans la « preuve » dont la vertu religieuse décidait immédiatement.

299. PLATON, *Lois*, XII, 948 B-E.

300. PLATON lui-même l'indique d'abord.

301. Cf. R. MONTEN, *Manuel de dr. rom.*, I, p. 165.

ment. Cette vertu décisive n'existe plus ; mais l'acte qui la réalisait devient le symbole d'un début de série temporelle dont la notion, curieusement accusée par la procédure de l'action de meurtre³⁰², apparaît neuve. Un procès est une forme qui s'inscrit dans la durée, avec un commencement et une terminaison³⁰³. C'est une forme qui, une fois inventée, s'impose aux esprits comme une réalité à part. C'est une création, et elle est fondamentale. Encore peut-on apercevoir, derrière elle, le passé.

III

EX URBE QUARRITUM

Avec les débuts de l'organisation procédurale, nous sommes, dans les sociétés antiques, au seuil du droit. Et dans la mesure où des exigences et des situations doivent pouvoir se justifier en justice, c'est bien le droit comme tel et dans son ensemble qui s'offre des lors à l'observation. S'il est vrai qu'il y a changement, il faut voir le sens du changement. Notre objet immédiat, c'était de repérer certaines formes du prédroit et de définir, à travers ces formes, une certaine pensée ; mais finalement, la question du rapport se pose.

On peut prendre d'emblée une première vue. Les symboles du prédroit sont des symboles essentiellement efficaces. La main qui donne, ou qui reçoit, ou qui prend ; le bâton qui affirme le pouvoir, ou qui le délaisse, ou qui le confère ; la parole imprécatrice, le geste ou la posture qui ont valeur d'imprécation ; le rite des *róua*, le sang de la victime ou le vin de la libation, etc. ; tout cela agit immédiatement et en vertu de sa propre *dynamis*.

Les formes du droit sont efficaces aussi ; mais leur vertu fonctionnelle autrement : le symbolisme, reconnu comme tel, accepté comme tel, est un symbolisme réfléchi. L'esprit prend de la distance ; au lieu de l'efficacité qui adhère à la forme préjuridique, il y a celle qui vaut au regard de la société et où s'accuse un

302. L'accusateur qui a obtenu gain de cause est tenu de jurer, sur les « parties découpées » de la victime, que le jugement est vrai et juste (DESCRIBE, II, 87). Le procès se trouve encadré entre deux serments symétriques : le signe de la pensée nouvelle est archaïque, il y a à la fois continuation et transposition.

303. Sur l'emploi du mot *τέλος* (« fin » — « fin efficace ») dans la terminologie judiciaire, cf. *Arch. et hist. du dr. gr.*, I, p. 124 et suiv. [= *Droit et Société dans la Grèce anc.*, p. 69 et suiv.].

caractère de conventionnel et de volontaire, pour parler grec : un caractère de νόμος (et il n'est pas inopportun d'observer que l'anthèse, classique en grec, de la « convention » et de la « nature » peut être mise en rapport avec l'établissement du droit).

On constaterait déjà ce caractère dans le formalisme de certains droits archaïques. En un sens, le formalisme est une suite, un prolongement. Les symbolismes qu'il utilise continuent ceux du prédroit, ou sont de même ordre ; mais leur signification est multiple, et surtout elle est l'objet d'une espèce de décret ou d'une concession implicite de la part de la société. Jusque dans leur nature imagée, ils participent d'un état nouveau : dans le langage du droit — comme dans le langage tout court — l'expressivité même est soumise à une convention plus ou moins perçue. Si la pensée du rite efficace est à la base du formalisme, le formalisme lui-même apparaît comme une stylisation du rite³⁰⁴. Mais nous n'insisterons pas là-dessus, en raison des conditions où l'expérience se présente à nous : si l'ancien droit romain est un type de droit formaliste, mais dont les antécédents nous échappent³⁰⁵, inversement la Grèce, qui nous a fourni quelques enseignements sur la préhistoire, nous en fournit peu sur le formalisme qu'elle paraît avoir assez vite dépassé. En revanche, d'autres données nous sont offertes pour l'une et l'autre civilisation.

Celle-ci d'abord, qu'entre le prédroit et le droit, une certaine continuité s'indique.

Sur un point, le cas romain, d'ailleurs spécial, est d'autant plus suggestif. On sait que le latin est une des langues indoeuropéennes qui ont conservé, avec une fidélité singulière qu'explique peut-être une tradition de « collègues », tout un fonds de vocabulaire qui intéresse avant tout la religion, mais qui intéresse aussi le droit en tant qu'associé à la religion : le témoignage de la sémantique permet à l'occasion — et, pour commenter, dans le mot *ius* lui-même — de reconnaître ou d'entrevoir un domaine mixte. Mais ce n'est pas de cette vérité très générale

304. Le mot aurait peut-être l'avantage de réserver la part d'esthétique qu'il y a dans le droit, comme sans doute dans toute activité sociale.

305. D'autres perspectives se dessinent, par exemple, dans le droit germanique : cf. H. VORDENBERGER, *Die altgerman. Rel. in den deutschen Volkserzählungen*, 1923. Et, pour l'étude de toute une série de comportements préjuridiques, on n'a qu'à rappeler le travail de Maurice Cahon sur la libation.

qu'on se satisfera : elle nous aide seulement à comprendre que les Romains, en raison de leur « conservatismisme » ou plutôt de la discipline mentale qui leur est propre, puissent attester tout ensemble, dans une série d'exemples probants qui appartiennent au droit spécialisé, la persistance des mots et la transformation de la pensée.

Le mot *aucloritas* est un mot juridique : il s'applique à des notions qui relèvent de la technique du droit, par exemple à propos de l'incapacité d'un impubère ou de la garantie du vendeur. Or, il est déjà notable que ces emplois circonscrits n'en épuisent pas toute la substance et qu'il garde encore en pleine époque historique un certain halo de pensée sentimentale et indéterminée³⁰⁶ ; mais d'autre part, il est avéré qu'il a sa place dans la religion et que l'usage qui en est fait dans la religion a précédé et préformé celui qui en est fait dans le droit. Une tradition tenace met en rapport *aucloritas* et *augurium* (qui sont en effet apparentés)³⁰⁷ : *l'aucloritas* est la force que confère à un être ou à un acte la consécration qui vient du vol des oiseaux. Dans les rites des félix, le *verberarius*, porteur de la touffe d'herbes sacrées avec laquelle il a touché le *pater patratus*, joue vis-à-vis de celui-ci le rôle d'*aucloritas*, c'est lui qui patronne et sanctifie par la vertu des *sagmina*. — Le même mot *aucloritas*, sur le plan juridique, désigne la confirmation nécessaire d'un acte ou d'une situation que proprement elle « autorise » : il concerne la possession ou l'exercice d'un pouvoir de droit³⁰⁸.

Une observation analogue peut être faite à propos du mot *adlicere*, mot consacré pour une des espèces de la juridiction du préteur ; il a fini par s'appliquer à un transfert, à une attribution procédant du magistrat, mais il signifie d'abord une ratification prononcée par lui au bénéfice d'une partie : lui aussi est par ailleurs un terme défini pour désigner les signes favorables que donnent les oiseaux, particulièrement la confirmation indispensable qu'ils fournissent à l'investiture d'un chef militaire³⁰⁹. Le témoignage de termes comme *dammare*³¹⁰, *obligare*³¹¹, peut-être

306. Cf. H. LÉVY-BRUHL, *Notions étiques*, p. 20 et suiv.

307. Cic., *De har. resp.*, 18 ; VAL., *Max.*, I, 1.

308. Cf. A. MADDALAINI, *Essai sur les orig. de la sponsio*, p. 19 et suiv.

309. Cf. NOALLES, *Fas et jus*, p. 223 et suiv. (en particulier, pour la notion active de l'*auclor* où s'indiquerait le joint avec le prédroit, p. 274).

310. PASTEURS, s. v. *Pyraclor*.

311. On sait que Humeau en faisait grand état pour ses thèses. Mais ni ses fantaisies étymologiques, ni l'étroussesse de son interprétation par la « magie » ne doivent décourager.

312. Cf. ERNOUR et METZLER, *Dict. étym. de la langue lat.*, p. 521.

nerium, serait également instructif. Mais il y a lieu d'insister un peu plus sur le mot qui est en apparence le plus neutre et dont l'enseignement s'ajuste aux observations qu'on a pu faire sur les débuts de la procédure : c'est le mot *agere*.

Il signifie l'action en justice, spécialement dans la première période du droit, celle des « actions de la loi » dont les plus anciennes sont marquées d'un caractère ritueliste si frappant. Mais l'antériorité chronologique du sens religieux est directement attestée : des mots de la même famille (*ago, agonium, agonales*) sont des mots tout à fait archaïques et qui concernent des formes archaïques de la religion. Il y aurait donc, dans le droit, une espèce de transposition : comment faut-il l'entendre ? Le sens de *agere* est essentiellement « duratif »³¹³ ; il s'applique à un processus qui se déroule dans le temps et qui consiste, au premier cas, dans l'accomplissement des rites d'un sacrifice ou plus généralement d'une action religieuse³¹⁴ ; de même l'action judiciaire, où une série prévue est déclenchée par l'acte introductif d'instance, implique un schème temporel. Dans les deux cas, une « forme » socialement valable s'inscrit entre deux termes ; les valeurs y sont d'ordres différents : l'identité du mot n'en suppose pas moins le sentiment de la correspondance.

Le grec ne présente pas de pareils exemples de continuité ; au surplus, si l'expérience romaine est probante sur ce point, c'est grâce justement à la singularité nationale dont elle est affectée. Mais le témoignage du latin nous amène à considérer un certain nombre de faits, à la fois institutionnels et linguistiques, qui se trouvent communs à l'une et à l'autre civilisation — parfois dans un parallélisme remarquable — et qui peuvent illustrer le fait général d'un passage du prédroit au droit. Une même donnée s'y peut reconnaître : des institutions spécifiquement juridiques prolongent, sous le même nom et avec des fonctions homologues, des formes anciennes qui avaient un autre contenu et un autre mode de dynamisme, pour tout dire : des formes qui sont identiques ou apparentées à celles que nous avons reconnues comme des exemplaires de prédroit.

On ne s'étonnera pas que cette observation nous soit offerte d'abord parmi les actes qui, concernant le droit de la personne, ont pour objet propre, dans le principe, un changement d'état. L'adoption et l'affranchissement ne nous sont connus directement

que comme actes juridiques, dans un stade où ils intéressent la cité. Mais nous ne sommes pas sans information sur un stade antérieur où leur fonction se cantonne dans une société « familiale » : or, nous constatons que c'est par de tout autres moyens qu'elle s'exerce alors. On n'a pas perdu le souvenir, en Grèce³¹⁵ ni à Rome³¹⁶, de l'adoption *in cubiculo* qui simule un enfantement par la mère de famille : formalisme qui a pratiquement disparu — qui suppose d'ailleurs un autre concept de l'affiliation que celui de l'époque historique — et qui réalise par un mimétisme efficace une parenté substantielle. Pareillement, nous constatons ou devinons la survivance de rites traditionnels lors de l'affranchissement : chez les Romains, le maître donne un soufflet à l'esclave et le fait tourner sur lui-même³¹⁷ ; chez les Grecs, il a dû y avoir des rites qui avaient rapport au foyer, et l'absorption d'une « eau de liberté » provenant d'une source particulière est plusieurs fois attestée³¹⁸. Rien de tout cela n'a de vertu juridique : l'affranchissement a d'autres conditions formelles, ou n'en a point. Mais dans tout cela, on peut reconnaître l'héritage d'un passé qui ne comportait pas, justement, de forme juridique, mais des symboles efficaces dont l'efficacité est du type qu'on a vu : celui du liquide absorbé est assez parlant, et tout autant celui de la main, qui a dû laisser sa trace dans le nom même de la *manumissio*³¹⁹. Même nom en effet, même acte en un sens, mais de mécanisme tout à fait différent.

Une donnée corrélatrice nous est fournie par la *sporsio*. En droit romain, c'est le nom d'un contrat formel d'ailleurs très simple, mais qui exige le prononcé des mots *spondesne ? spondeo*. Nul doute que le terme ne s'applique, de par l'étymologie, à la libation : nous savons donc dans quel ensemble de pratiques et dans quel cercle de notions il se situe d'abord ; et à supposer, comme on en fait la supposition, qu'il se rapporte à un serment primitif, ce serment primitif est tout autre chose, nous l'avons vu, qu'un engagement verbal plus ou moins solennel. L'oubli a été complet ; le changement est radical : il n'y a plus rien de commun entre la valeur originelle du mot et son emploi à l'époque historique. Mais

315. Diod., IV, 39, 2. Cf. Glotz, *Solidar.*, p. 162 et suiv.

316. PLINE LE JEUNE, *Panég.*, 8.

317. Cf. H. LEVY-BRUHL, *Quelques prob.*, p. 62 et suiv.

318. Cf. ВЛАКОВИЦ, in *Hermes*, XIX, p. 463 et suiv.

319. *Contra* : H. LEVY-BRUHL, o. l., p. 64, n. 2 (mais qui tire argument du droit romain historique, postérieur à un état où c'est le geste de la main qui pouvait faire un affranchi).

313. *Id.*, ib., p. 28 et suiv.

314. Sur *augurium agere*, cf. WISSOWA, o. l., p. 524.

c'est le même mot : à la faveur d'une transition que nous ne pouvons plus retracer, une opération du droit s'est substituée à une opération du prédroit. Or, l'ἔγγυον grecque présente un cas parallèle. A une réserve près : l'acte symbolique qu'elle a dû signifier d'abord est autre³²⁰. Il s'agit, nous l'avons dit, d'un acte comme la paumée. Cette valeur primitive a été oubliée elle aussi, c'est l'étymologie seule qui la dénonce. Dans un état intermédiaire, nous voyons l'ἔγγυον devenue contrat verbal³²¹. Enfin, suivant une évolution qui s'indique chez les Romains, mais qui fut achevée de bonne heure chez les Grecs, elle est à l'époque classique un contrat sans formes. Et la comparaison est d'autant plus probante qu'entre le droit grec et le droit romain, le parallélisme ne s'arrête pas là : nous verrons que les domaines d'application de l'ἔγγυον et de la sponsio, d'après le strict emploi des termes, sont les mêmes.

Nous apercevons une ligne de développement : elle peut aller jusqu'au point où le formalisme s'amoindrit ou disparaît. Il y a eu un tournant décisif, c'est celui qui est marqué dans les mots quand on passe du serment-libation par exemple à l'engagement *verbis* et, d'une manière générale, de l'action religieusement efficace à l'action juridiquement valable. Or celle-ci, à sa manière, a bien une forme, elle aussi ; et une forme qui vaut. Comment vaut-elle ?

A travers les données du droit archaïque, il est possible de reconnaître le fait nouveau : il s'y accuse même avec une espèce d'insistance.

Le fait nouveau, c'est l'affirmation de l'acte juridique comme tel. Qu'est-ce qu'un acte juridique, et qu'est-ce qui en fait la vertu ? L'expérience romaine est à retenir d'abord, parce que les traits y sont comme appuyés. Pour toute une série du plus ancien droit, on a pu souligner un élément essentiel, celui de la « ratification du groupe social »³²² : qu'elle se manifeste par un vote, par un assentiment des comices, par l'homologation du magistrat, ou

par l'assistance de témoins de telle qualité et en tel nombre, elle correspond à une espèce de participation de la société dont on peut dire qu'elle fonde la valeur sociale de l'acte. Donnée capitale.

Mais en voici une autre qui ne laisse pas d'embarrasser. Quand on en vient à la stipulation, il faut bien constater qu'elle ne rentre pas dans le cadre, puisqu'elle ne comporte aucune présence réelle de la société. C'est une réponse insuffisante de rappeler que la sponsio dérive du serment : car elle n'est plus un serment, elle ne vaut plus par la libation dont le nom s'y perpétue. La vraie réponse consiste à invoquer un autre élément que le même auteur a mis en relief dans les plus anciens actes juridiques, à savoir l'efficacité de la déclaration formelle. Mais la question par là n'est que reculée : D'où vient cette efficacité ? On entend bien qu'elle est dérivée du prédroit comme celle du formalisme en général : la puissance des mots est d'abord une puissance magico-religieuse, et nous l'avons rappelé incidemment à propos de certaines formes du serment apparentées à l'affirmation oraculaire³²³. Mais la vertu juridique, c'est autre chose ; quand la loi dit, de celui qui contracte ou qui teste, *uti lingua nuncupavit*, il y a bien dans la formule le souvenir du verbe créateur³²⁴, mais le souvenir seulement : le droit opère comme une laïcisation de la parole (la même, sur un autre plan, que la philosophie eut à accomplir). Ce qu'il faut comprendre, c'est comment la forme imposée à la « déclaration de volonté » peut représenter à sa façon, et par elle seule, un « contrôle de la collectivité »³²⁵ : voilà le problème.

Passons à la Grèce. La Grèce nous offre une documentation plus restreinte, mais de données tout à fait comparables. Une certaine participation sociale y apparaît, pour une série d'actes, comme un fondement de validité³²⁶. Mais cet élément ne donne pas non plus une explication complète : la « déclaration de volonté » vaut également par elle-même, et à l'occasion par elle seule. Il y a même lieu de présumer qu'elle a présenté des formes analogues à celles du droit romain : le formalisme de la procédure, si marqué

323. Cf. pp. 216-217.

324. Le mot *nuncupatio*, qui lui aussi est devenu un terme du droit, a un passé où s'entrevoit au moins une signification magico-religieuse.

325. C'est justement ainsi que M. Lévy-Bruhl pose la question, p. 6.

326. En ce sens on pourrait invoquer non pas seulement le rôle ancien présumable des témoins de la *diamartyria*, mais celui des « témoins de droit » dans le droit de *Gortyne*, les formes de l'adoption dans le même droit, les formes de la vente d'immeuble dans *Théophraste* ; cf. l'emploi du mot *ἐπιτιμῆναι* qui équivaut à ratifier dans *Il.*, XXIII, 534 et suiv.

320. La sponsio a d'ailleurs son correspondant étymologique non pas seulement dans les *σπονδοί* du droit international, mais dans l'ἔπισπρένδεν de la loi de *Gortyne*, engagement du droit privé, mais dont nous ne savons rien de plus que le nom.

321. Hérodote, VI, 130.

322. H. Lévy-Bruhl, *Nouv. Ét.*, p. 6 et suiv.

dans le droit de Gortyne sur d'autres points, a dû s'imposer, dans le même droit, à la formation des contrats dont nous connaissons les désignations — nettement « concrètes » dans leur étymologie — et malheureusement rien de plus³²⁷. En tout cas, il y a au moins deux faits positifs à verser au dossier. Le premier, général, c'est l'intention qui s'accuse dans des mots, et dans l'emploi de mots, comme *ἑπιδορία*, « convention orale » (lequel devait fournir à l'époque romaine une traduction tout indiquée pour *stipulatio*) : le caractère d'engagement *expressis verbis* y est souligné non au point de vue de la preuve, mais au point de vue de la validité³²⁸. Le second fait, isolé, est à notre gré décisif : Hérodote indique formellement, dans l'histoire romancée du mariage de Mégacles, l'échange de *certa verba* qui est un équivalent quasi exact de la *spontio* romaine et par quoi le contrat, nous dit l'historien, se trouve définitivement passé, a désormais son plein effet (*ἐκκρόπορο*) : le beau-père prononce *ἐγγυῶ* ; et le gendre répond *ἐγγυῶμαι*. L'une et l'autre voix du verbe ont subsisté d'ailleurs dans l'usage courant. — Au total, même souci, même insistance dans le droit archaïque des Grecs que dans l'ancien droit romain ; et, pour ce cas particulier, même création juridique. Il y a des raisons à cette convergence.

Le groupe de mots auquel appartient *spondeo* a un emploi ancien qui se perpétue à l'époque classique, mais qui y a perdu son importance : il s'applique au « contrat de fiançailles ». D'autre part, c'est le même groupe qui a fourni son vocabulaire au cautionnement : le *sponsor*, c'est le garant ; et le terme *spontio* s'applique surtout à l'engagement *verbis* de la caution³²⁹. Ce sont exactement les deux applications de l'ἐγγυῶν : l'ἐγγυῶν apparaît comme l'acte constitutif du mariage (et nous avons des raisons de penser qu'elle a été anciennement contrat de fiançailles) ; elle est aussi, et sans rapport direct avec ce premier emploi, contrat de cautionnement. Elle a ces deux applications, et elle n'en a pas d'autre ; le parallélisme est au moins curieux. A vrai dire, *spontio* en latin a encore un autre emploi spécialisé, et c'est peut-être celui qui éclaire tout : dans l'ordre international, le mot désigne une

327. Loi de Gort., IX, 34 *et suiv.* ; cf. *supra*, p. 253, n. 323.

328. Le sens étymologique (*idem dicere*), souvent explicité dans l'usage courant, est particulièrement accusé dans un texte législatif par PLATON, *Lysis*, XI, 920 D ; cf. 953 E.

329. Le mot *stipulatio*, sous lequel est le plus souvent désigné le contrat verbal, recelait le souvenir d'un symbolisme d'ailleurs obscur, mais certain — et remarquablement oublié.

espèce de traité, de nature et de portée inférieures à celles du *fedus*, mais qui, de quelque façon qu'on interprète un épisode fameux de l'histoire romaine³³⁰, met en jeu des responsabilités collectives. — Or le contrat de fiançailles, en principe, faisait intervenir des groupes familiaux. Et le cautionnement (où la similitude de vocabulaire à Rome est peut-être le souvenir d'une indifférenciation primitive entre garant et « débiteur principal ») suppose en tout cas des solidarités traditionnelles, familiales ou autres. Ces formes contractuelles seraient donc issues, en fin de compte, d'un régime d'accords entre groupes. La garantie sociale, elles la possédaient en quelque sorte par hypothèse quand elles sont entrées dans le droit. L'élément d'engagement *expressis verbis* peut dès lors se suffire à lui-même : pour certaines séries, il répond, lui tout seul, à cette exigence de garantie sociale que satisfait par ailleurs l'intention plus ou moins directe de la collectivité.

Car le droit, même quand il recueille l'héritage des solidarités anciennes, les dépasse. Dans un milieu nouveau apparaît un nouveau type de rapports, celui justement où peut s'individualiser le contrat. Les phénomènes de prédroit que nous avons pu déceler, au hasard de la documentation et par suite à des niveaux différents, ont au moins ceci de commun qu'ils relèvent d'organisations sociales qui ont été supprimées ou absorbées par la cité. Il semble qu'ici nous tenons le passage : entre les débuts du droit proprement dit et la création d'une forme de société, il y a corrélation. Le fait éclatant, c'est l'établissement de la cité où s'impose la notion de cette souveraineté du groupe dont participe l'efficacité juridique. Dans ce monde antique que nous avons en vue, l'apparition d'un mode de pensée est le témoignage d'une révolution.

Quelle signification humaine lui attribuer ? C'est la question à laquelle aboutit une étude de préhistoire comme celle qu'on a esquissée ; et c'est peut-être celle qui la justifierait.

Sous l'aspect le plus apparent, l'opposition entre droit et prédroit est une antithèse absolue. En gros et par comparaison, nous dirions que la pensée juridique est une pensée abstraite et

330. *Spontio* des Fourches caudines : cf. H. LÉVY-BRUHL, *o. l.*, p. 110 *et suiv.*

positive, qu'elle ait pour objet des choses, des personnes ou des relations. Dans une espèce où le droit obéit pourtant à un souci religieux, il prononcera que l'obligation de sépulture incombe à ceux qui ont appréhendé τὰ νοήματα, la succession conquise comme « biens »³³¹ ; τὰ νοήματα, l'expression est traditionnelle ; c'est celle qu'emploient déjà la loi solonienne, la loi de Gortyne. La notion de νοήμα est la notion économique type³³² : il n'y est fait état ni de qualification religieuse, ni d'efficacité spécifique. L'acquisition de l'hérédité est encore dénommée, dans certains cas, *embalautis* : ce n'est plus qu'un mot, le pouvoir d'investiture de la terre ou du tombeau n'est plus représenté. La « valeur » singulière de tels ou tels objets — armes, vêtements, pièces de métal — s'efface (tout au plus, la notion des *res mancipi* pourrait-elle en figurer le souvenir, ou la transposition). La pensée qui anime la *traditio per glebam*, telle que la légende grecque nous la rend présente dans sa nature authentique, la Grèce l'a si bien oubliée qu'elle n'en offre même plus le dérivé dans un état de formalisme³³³ ; et si on retrouve la trace d'une pensée semblable dans le *sacramentum in rem* des Romains, c'est seulement la trace qu'il peut y avoir dans un symbolisme de pure forme³³⁴. — Parallelement la puissance religieuse d'un *parans*, telle qu'elle se manifeste dans une malédiction à effet de *sacratio*, ne fonctionne plus. Celle d'un mort qui a le privilège d'emporter dans sa tombe les objets qui sont de ses « appartenances » disparaît d'elle-même. Le pouvoir de disposition testamentaire qui sera accordé au défunt — quand il aura pu être dégagé de l'opération entre vifs — est d'une tout autre nature que celui de l'imprécation qui accompagne les dernières volontés et qui n'apparaît plus, isolément, qu'en survivances nettement reconnaissables comme telles. En contraste, la capacité juridique, active ou passive, est chose qui se définit abstraitement et, même quand le droit consacre une distinction de statuts comme le fait la loi de Gortyne, c'est en différences quantitatives qu'il la résout (tarifs de composition). C'est justement dans le droit que commence à s'affirmer une

331. Loi *ap.* [Dém.], XLIII, 58.

332. Notion dont l'autonomie s'affirme pleinement par la généralisation de la monnaie : cf. Aristot., *Éth.*, *Nic.*, IV, 1119 b 26, définition des νοήματα ; pour le rapport avec la pensée spéculative, HéRACT., fr. 90 Diels.

333. On signale un rite curieux de serment dans lequel une motte de terre est prise en main par le revendiquant (Pap. *Greif.*, I, 11) ; mais il s'agit probablement d'une forme égyptienne (cf. E. WEISS, *Griech. Papyrusrecht*, I, p. 228).

334. GAUDES, *Instit.*, IV, 17 ; cf. AULU-GELLE, *N. A.*, XX, 109.

idée abstraite de la personne³³⁵. — Enfin la notion de bien juridique s'oppose à celle des créations d'état³³⁶ ou des changements d'état comme en réalisait une pratique magico-religieuse. Elle s'y oppose par certain caractère d'idéalisme : même à travers les formes quand le formalisme subsiste, ce sont des représentations humaines et des volontés humaines qui apparaissent comme les vraies conditions d'un pouvoir ou d'un devoir ; même la *spontio* romaine, pour ne pas parler de l'ἰσολογία grecque, est le témoignage de cette pensée. Si un type équivoque comme le *nezum* dont la Grèce a connu l'équivalent a été éliminé assez tôt chez l'un et l'autre peuple, c'est sans doute que, par le quasi-asservissement qui le sanctionnait, il n'était plus compatible avec la structure sociale de la cité ; mais on peut dire aussi qu'il était condamné d'avance par sa nature aberrante puisque, par la vertu du rituel d'engagement, il réalise dans l'immédiat une « sujétion réelle » qui est autre chose que le lien du contrat³³⁷.

Tel est le premier aspect. Et on voit tout de suite l'interprétation qu'il peut suggérer. Une fois atteint l'âge du droit, assez vite du moins, notre pensée se trouve de plain-pied avec les monuments qu'il a laissés — témoin le singulier prestige du droit romain à travers les siècles : tout se passe comme si la pensée juridique était le produit d'une raison humaine qui n'attendait pour se manifester que d'être libérée de l'hypothèque de la « religion » et de l'empire des préjugés « mystiques ». — Il y a aussi bien la conception inverse. Pour peu qu'on soit sensible à l'histoire, c'est sur le changement social qu'on mettra l'accent : la pensée juridique ne ferait que « refléter » la donnée nouvelle, celle d'une société organisée sur le type de la cité ou de l'État. — Mais en vérité l'un et l'autre schémas sont en défaut.

Il n'y a pas lieu d'insister sur le premier. Le droit ne se produit pas à la manière d'une révélation ; même dans ses formes archaïques, on peut constater tout de suite des dissimilitudes qui

335. Cf. M. MAURSS, Une catégorie de l'esprit humain, in *Journ. of the Royal Anthropol. Inst.*, 1938, p. 275, sur le fait romain.

336. Laquelle se prolonge parfois à l'époque historique dans le concept de ce qu'on pourrait appeler les droits virtuels. Une proxénète, c'est-à-dire un bien hôte d'un étranger, a beau être dénoncé, elle remplit spontanément dans la personne d'un descendant (cf. G. DAUX, in *Mit. Der Ostasiat. Mus.*, p. 117 sq.). La *patris potestas* (créée par un rite religieux lors de la naissance) n'est éteinte qu'après trois ventes successives du fils.

337. Cf. NOARINSS, *o. l.*, p. 113. Il est curieux de voir les XII Tables (VI, 1) accuser intentionnellement dans le *nezum* un caractère d'acte juridique qui continue à lui être étranger pour une part.

sont en rapport manifeste avec des différences de structure ; et le thème de la relativité du droit n'est pas d'hier puisque les Grecs déjà s'en étaient avisés. Faut-il ajouter que c'est dans une histoire sociale que la pensée du droit se dessine, dans une histoire qui ne s'est pas faite toute seule ? C'est sous le signe de Pouvoir et de Force qu'Eschyle a mis le règne de Zeus, en ses débuts. — Mais ce qu'à l'inverse il est impossible de méconnaître, c'est que la pensée du droit est une pensée constructive : au monde de la représentation magico-religieuse elle substitue un autre monde, qui en est à la fois l'homologue et l'antithèse. C'est ainsi qu'à la *fédes* ancienne que la tradition symbolise par les exemplaires mythiques de serment ou par l'institution du roi Numa³³⁸ ; une autre *fédes* succède, une « bonne foi » qui a le même nom, mais qui en diffère³³⁹ ; et que le droit, aussi bien, n'incorpore pas immédiatement³⁴⁰. Rien de plus révélateur en effet que ce que nous appelons les faiblesses ou les tâtonnements du droit commençant : il lui a fallu édifier ses notions ; il lui a fallu organiser un système nouveau qui a ses catégories à lui, où la causalité et le temps prennent une signification inédite³⁴¹. Aussi bien les solutions différent-elles d'un droit à l'autre : la notion de droit subjectif, l'administration de la preuve, la formation du lien contractuel ne sont pas les mêmes en Grèce et à Rome. Mais les différents modes de vérité auxquels le droit atteint, il y atteint à

338. Le grec *πίστις* qui s'applique avec une prédilection traditionnelle au serment, est exactement parallèle à *fédes*. (Sur l'évolution de celui-ci, cf. E. PAKKIKEL, in *Rheine. Mus.*, 1916, p. 187 et *suiv.* ; sur sa valeur primitive de substantif verbal correspondant à *credo*, MERRILL, *Mon. Soc. Ling.*, XXII, p. 218 ; or, l'élément subjectif qui appartient à la notion, indo-européenne, de *credo* est proprement la confiance dans l'efficacité du *rite* : cf. G. DURVÉLIL, *Mère-Vervina*, p. 35 et *suiv.*.)

339. La *πίστις*, « confiance » de nature idéale, s'oppose à l'autre, celle que matérialisent, si on ose dire, les rites du serment ; il est remarquable que la double valeur puisse apparaître simultanément, au risque d'une contradiction qui ne craint pas de s'accuser dans la lettre : BURR, *Mélanges*, 731 et *suiv.*

340. Avec la tradition d'une *πίστις-fédes* remontant à la nuit des temps il y a un contraste saisissant dans le fait qu'à Rome la notion de *fédes* en matière contractuelle n'a trouvé place qu'assez tard (cf. la reconnaissance encore plus tardive du *fidéicommiss*), et qu'en Grèce, il y a encore des législations qui réaccordent pas d'action au créancier qui s'en est remis à la *πίστις* de son débiteur (THÉOPHR. ap. STOB., *Ecl.*, IV, 20 ; ARISTOT., *Éth. Nic.*, II, 6, 13).

341. Sur l'emploi du *fidus* dans les formules d'engagement, cf. HUVELIN, *Études*, p. 291, n. 3 ; comparez avec le formulaire du serment dans *Il.*, III, 281 et *suiv.*, celui du serment de l'époque historique où le futur est de règle. Le développement de la catégorie linguistique est en rapport, ici comme en d'autres cas, avec l'évolution institutionnelle.

l'intérieur de ce monde dont l'établissement de la procédure a imposé la représentation³⁴². Monde étonnant — ni plus ni moins que celui qui le précède — où une création de la pensée apparaît comme réalité objective, où le droit, qu'il s'appelle *jus* ou *δικαιον*³⁴³, continue d'affirmer, par cet élément irréductible qu'est l'exigence de réalisation, l'idée d'une force qui est autre que la force.

On a fait grief à Huvelin de « ne pas distinguer la magie religieuse de la magie juridique »³⁴⁴. Peu importe la formulation : dans cette remarque tient toute la question qui nous intéresse.

Le très ancien droit romain illustre la notion d'une force qui ne procède pas de la contrainte matérielle, mais de la vertu du rite. Ce droit est pourtant déjà du droit : l'efficacité en est subordonnée à des conditions et à des règles qui sont instituées par la cité et qui, par là, en définissent la notion. La force qu'il anime à tous ses moments est une force spécifique : ce n'est plus celle qui est immanente au rite religieux en tant que tel. Mais entre celle-ci et celle-là, il n'y a pas seulement opposition, il y a continuité : sans la première, la seconde ne se serait pas produite dans la représentation des intéressés. La portée de l'expérience romaine, en effet, a paru élargie par une autre expérience, celle que fournissent des sociétés voisines et de développement à certains égards parallèle. A vrai dire, les deux diffèrent ; mais elles se complètent. Le passage lui-même est attesté à Rome ; il l'est moins en Grèce où nous n'avons guère de témoignage d'un droit vraiment archaïque. En revanche, la Grèce a conservé, dans sa mythologie surtout, quelque souvenir d'un ancien état que les faits romains permettraient de postuler, mais seulement de postuler : celui où des forces religieuses fonctionnent à des fins que le droit réalise plus tard par ses moyens propres.

342. Cf. WOLFF, *o. l.*, p. 84 : « Once a machinery for the supervision of self-help was devised... it became possible... to build, by hinting the scope of liabilities, a law of obligations ».

343. Le *jus* apparaît tout ensemble comme création de la cité et comme attribut d'un sujet (sans objectif et subjectif dont il y a comme une synthèse dans la formule *meum esse ex jure Quiritium aïo*). Le grec accuse dans la notion de *δικαιον* l'élément de « justice » — et par suite, dans le plan spéculatif, de revendication morale.

344. HÄGGERSTRÖM, *o. l.*, p. 601. — Toutefois, HUVELIN, *Magie*, p. 27, parle de la « force juridique » comme caractérisant l'état postérieur à celui de la « magie ».

Cette constatation n'a-t-elle qu'un intérêt d'histoire ? C'est un fait que la notion de force juridique ne peut se réduire à des éléments positifs : c'est également un fait que le droit ne peut s'en passer. D'où il l'hérite, c'est ce qu'on a cru apercevoir. Le droit est une conquête majeure : il a permis de formuler en termes de raison une multitude de rapports toujours inédits ; mais s'il est vrai — c'était la leçon d'Emmanuel Lévy — que la pensée n'y est pas seulement représentation, mais anticipation, c'est qu'il garde encore quelque chose, en ses états les plus récents, du « mysticisme » qui se constate à ses origines.

2

Le temps dans les formes archaïques du droit¹

On considérera ici quelques aspects de la notion du temps à des stades anciens de la fonction juridique. Notre objet se trouve doublement défini : quant au problème et quant à la matière de l'observation.

Une question très générale dans l'histoire des sociétés est celle de la prise que l'homme exerce sur le temps. Dans quelle mesure peut-il ou eroit-il restituer le passé pour l'utiliser à des fins diverses ? Dans quelle mesure prétend-il maîtriser l'avenir en se dominant, pour telles échéances, la garantie d'un événement ou d'un état ? Il est clair que la question se pose dans bien des espèces et à bien des moments d'histoire : on rappellerait au besoin qu'une idée comme celle de la planification est une idée récente. — Il est clair aussi que le droit est un lieu privilégié pour l'enquête. A date récente, des nouveautés du même ordre ont pu y apparaître : exemple une opération comme l'assurance sur la vie, dont la légitimité restait en cause il n'y a pas si longtemps et que les rédacteurs du Code civil jugeaient encore immorale : immorale, c'est-à-dire qui ne rentrerait pas dans une structure traditionnelle. Mais aussi bien il y a des raisons particulières pour que le droit nous intéresse : c'est un problème qui lui est essentiel de savoir comment et en quel sens il s'appuie sur un passé ou vise un avenir. Et pour l'analyse psychologique il offre un avantage certain : c'est que les faits intellectuels y sont en relation expresse avec des situations sociales et avec une action humaine ; on ne sera pas

1. *Journal de Psychologie*, t. LIII, juillet-sept. 1956, pp. 379-406.

DOCUMENT 2 : J. de ROMILLY, *La loi dans la pensée grecque : des origines à Aristote*

CHAPITRE PREMIER

DÉCOUVERTE DE LA LOI

Il peut paraître étrange de parler de la naissance des lois comme d'une découverte que l'on puisse situer, pour un certain peuple, à une certaine date. Car, *a priori*, tout groupe d'hommes, quel qu'il soit, ne peut subsister que si ses membres obéissent à un certain nombre de règles régissant leur comportement ; et ce que nous savons de la Grèce antique illustre ce principe. Encore faut-il savoir la nature de telles règles.

Elles peuvent être religieuses : dans ce cas elles se rattachent souvent à des oracles divins, et elles se transmettent par tradition sacerdotale. Elles peuvent aussi être familiales : c'est ainsi que E. Benveniste (dans *Le vocabulaire des institutions indo-européennes*, p. 103) définit la *themis* de l'époque homérique en disant : « Dans l'épopée, on entend par *themis* la prescription qui fixe les droits et les devoirs de chacun sous l'autorité du chef du *genos*, que ce soit dans la vie de tous les jours à l'intérieur de la maison ou dans les circonstances exceptionnelles : alliance, mariage, combat ». De telles règles peuvent aussi valoir pour les relations des diverses familles entre elles et avec un souverain : dans ce cas, elles prennent déjà valeur politique. Pourtant, ce ne sont point des lois. N'ayant souvent pas

d'autre existence que l'acceptation tacite de ceux qui les observent, elles ne prétendent être ni valables pour un État dans son ensemble, ni connues de tous, ni souveraines par elles-mêmes.

Or, la Grèce ancienne présente l'avantage unique de nous faire assister à la transformation de règles de ce genre en lois proprement dites : dans les faits, dans le vocabulaire, on voit naître une notion dont devait vivre ensuite toute notre civilisation occidentale.

L'époque homérique, en effet, ne connaissait pas de lois : elle ne connaissait que les règles évoquées tout à l'heure. Le pouvoir était entre les mains des rois ; la société était féodale ; la justice se rendait dans la famille ou par débat et arbitrage. Bien que cette situation ait sans doute pas mal évolué depuis l'époque mycénienne jusqu'au début du VIII^e siècle (date probable d'Homère), cette évolution compte peu auprès des grands changements qu'allaient connaître les deux siècles suivants.

Dès le début du VIII^e siècle, on vit s'organiser des cités : l'expansion coloniale en porte témoignage.

On est malheureusement très mal renseigné sur la naissance de ces cités. Mais il est indiscutable qu'elle a dû s'accompagner d'une première mise en commun des usages et d'une première entente sur les fonctions réservées à chacun. C'est ce dont Platon a eu conscience quand, à sa manière largement idéalisée, il évoque, au livre III des *Lois* (681 bc), la façon dont des représentants examinent les coutumes des divers groupes, afin de discerner celles qui méritent d'être retenues, au nom de l'intérêt commun.

Mais surtout il se trouve que, dans ces cités, le régime monarchique ne tarda pas à disparaître. Des régimes aristocratiques prirent sa place ; et une véritable vie politique put alors prendre naissance. Cette mise en commun du pouvoir appelait tout naturellement l'élaboration de règles communes fixant les droits et les fonctions de chacun. La loi apparut donc lorsque,

sous une forme ou sous une autre, les citoyens eurent accès à la vie politique.

Or, à la même époque, une invention capitale allait faciliter l'élaboration de ces normes communes : cette invention est celle de l'écriture.

A vrai dire, ce n'était pas tout à fait une invention : Les Grecs de l'époque mycénienne avaient utilisé un syllabaire, que nous lisons depuis peu sur les tablettes où il s'est conservé. Mais ce syllabaire — d'ailleurs mal adapté au grec — avait disparu dans le naufrage de la civilisation mycénienne, lors de l'arrivée de nouvelles populations. Il devait être ensuite remplacé par un alphabet dérivé du phénicien, et dont ils se servent pour y introduire des voyelles, et dont ils se servent encore aujourd'hui. Les premiers témoignages connus de l'emploi de cet alphabet remontent au milieu du VIII^e siècle. Or, l'écriture devait devenir très vite un moyen d'émancipation politique : par l'écriture, il devenait aisé de fixer, une fois pour toutes et à l'usage de tous, les règles qui, jusqu'alors, ne pouvaient représenter que des traditions incertaines soumises soit au secret soit à l'arbitraire des interprétations. La loi politique ne pouvait prendre corps que du jour où l'on pouvait la consigner par écrit.

Ici encore, Platon peut servir de témoin ; car, au livre III des *Lois*, il ne manque pas d'insister sur ce rôle joué par l'écriture. Au début, dit-il, les hommes n'avaient point de lois ; et il explique : « En effet, l'écriture n'existe pas encore à cette période du cycle : ils vivent selon des coutumes, et ce que l'on appelle des règles traditionnelles » (680 a). Et Euripide, célébrant, dans les *Suppliantes*, la démocratie athénienne, n'est pas moins net, puisqu'il précise, au vers 432 : « Une fois les lois écrites, le faible et le riche jouissent d'un droit égal »¹.

De fait, l'affranchissement politique, qui donne nais-

1. Cf. ci-dessous pp. 20-21, 148.

sance aux cités, et la diffusion de l'écriture, qui permet de donner aux règles une existence objective et commune à tous, donnèrent très vite naissance à tout un travail de législation. La tradition, sur ce point, n'est guère sûre ; et beaucoup de légende se mêle à beaucoup de propagande. Il n'empêche que la Grèce gardait le souvenir d'une série de grands « législateurs », qui avaient donné aux diverses villes leurs constitutions. Le plus célèbre est celui sur lequel on sait le moins, à savoir Lycourgue, qui passait pour avoir donné ses lois à Sparte ; en tout cas, la grande « rhétra » de Sparte, loi constitutive de la cité, semble bien remonter au milieu du VIII^e siècle. D'autres législateurs devaient rester célèbres en Grèce : tels Zaleucos, le législateur de Locres, que l'on plaçait vers 660, ou Charondas, le législateur de Catane, que l'on plaçait vers 630. C'était, en Grèce, un mouvement général. Et les cités qui n'avaient pas de personne compétente faisaient venir du dehors quelqu'un pour leur donner des lois : Thèbes, par exemple, semble avoir fait venir ainsi le Corinthien Philolaos². Pour ce qui est d'Athènes, la tradition rapporte qu'elle connut successivement deux législateurs : Dracon, un noble Athénien de la fin du VII^e siècle, et Solon, le plus fameux de tous, qui vécut au début du VI^e siècle, et qui ouvre pour nous l'époque classique, destinée à devenir, à Athènes, l'époque démocratique.

2. Cet élan, éminemment caractéristique des Grecs, qui les poussa à mettre par écrit, le plus vite possible, les règles d'un droit le plus net possible, explique que l'on ait pu se demander s'ils avaient jamais pratiqué un droit coutumier (cf. par exemple Ed. Meyer, *Gesch. d. Alt.*, II, p. 573, et Hirtzel, *Thémis...*, p. 359).

régler, avec l'accord de tous, les divers aspects de la vie commune ; et leur autorité devait ainsi se substituer à toute souveraineté d'un individu ou d'un groupe, sentie dès lors comme une offense.

La loi s'oppose à l'arbitraire.

En cela apparaît l'échec relatif de Solon. Car, après avoir joué dans sa patrie le rôle d'arbitre entre les pauvres et les riches, et promulgué toute une série de lois, gravées sur bois, il n'eut pas la consolation de se dire qu'il laissait, en mourant, Athènes en bon ordre : un an avant la mort de Solon et malgré tous ses efforts, Pisistrate s'empara du pouvoir à Athènes et celle-ci, après bien d'autres cités grecques, connaissait la tyrannie. Les Athéniens ne devaient devenir responsables de leur propre vie politique qu'après le renversement de la tyrannie et sous un nouveau législateur, plus nettement démocratique que Solon : la constitution établie par Clisthène, brisa le cadre des castes familiales, arrêta le pouvoir des grandes familles, et, partageant le peuple en tribus, instaura la constitution qui devait régir l'Athènes classique, avec son conseil des cinq cents et son assemblée du peuple. De ce moment, la loi, fondement et émanation de la démocratie, devient loi politique, devient *nomos*.

C'est ce que confirme l'examen du vocabulaire. Car le mot *nomos*, qui désigne la loi en grec n'a été appliqué au domaine politique qu'à partir de cette époque.

Au début, naturellement, aucun mot n'existait pour désigner une chose dont nul ne pressentait seulement l'existence. Le mot *nomos* existait bien. Et, s'il ne se rencontre pas chez Homère³, il est vite attesté ensuite (chez Hésiode, Archiloque, Théognis, Alcée, etc...) Mais,

3. Au chant I de l'Odyssée, vers 3 (« Celui qui visita les cités de tant d'hommes et connut leur esprit »), Zénonoïde lisait *nomon* pour *nom*. La leçon *nomon* a été défendue par divers savants (Wilamowitz, Hirtzel) mais le singulier s'y justifiait mal (Ehrenberg) et elle est aujourd'hui presque toujours rejetée.

parmi ses multiples sens⁴, on ne relève pas le sens politique. Il peut s'appliquer au chant et à la musique, ou bien désigner un rite religieux, parfois une coutume, ailleurs un principe moral. Il se rattache manifestement à la racine de *nemô*, qui veut dire partager (encore que le rapport sémantique avec *nemô* soit parfois difficile à préciser) ; et il désigne, en fait, toute espèce de règle en toute espèce de domaines.

Et, d'ailleurs, quand on commença à rédiger des lois, *nomos* n'est point le mot auquel on eut recours. La loi constitutive de Sparte s'appelle *rhétra*, et le mot se rattache au verbe signifiant dire. Sagissait-il d'une « parole donnée » (comme dans l'*Odyssée*, XIV, 393 où le mot désigne un pacte), ou bien d'une parole sacrée⁵ ? La chose importe peu, étant donné que cet emploi n'est point attesté ailleurs. A Athènes, le nom donné d'abord aux lois était *thesmos*, le mot se rattachant au verbe signifiant poser, instituer⁶. Et le passage de *thesmos* à *nomos* est des plus révélateurs.

De fait, on emploie *thesmos* (qui, lui, est déjà dans Homère), pour les lois de Dracon. Et Solon lui-même appelle ses propres lois, des *thesmoi*. Dans le célèbre fragment 24, quand il déclare fièrement : « J'ai rédigé des lois égales pour le bon et pour le méchant » (V. 18-20), c'est le mot *thesmoi* qu'il emploie. On peut, il est vrai, se demander s'il n'emploie pas une fois *nomos*, dans ce même poème, lorsqu'il dit aux vers 15-16 :

4. M. Ostwald en distingue 13 !

5. Il peut y avoir l'idée d'une injonction : Simonide, cité par Hérodote VII, 28, disait que les Spartiates étaient morts en obéissant aux *rhémasti* des leurs, et il semble y avoir un écho entre les deux termes.

6. Et sans doute aussi à *thémis*, qui désigne la justice sous son aspect primitif et divin. E. Benveniste (*Le vocabulaire des institutions indo-européennes*, pp. 102-103) rappelle le rapport fondamental : et il insiste sur le fait que le mot désigne le droit familial et s'oppose à *dikè*, qui est le droit entre les familles de la tribu.

« Cela, je l'ai accompli par la force de la loi, unissant la contrainte et la justice ». Le papyrus du texte d'Aristote (où ce texte est cité) dit en effet : *kratei nomou* ; en revanche les manuscrits de Plutarque et d'Aelius Aristide disent *kratei nomou*, et il faut comprendre : « Cela, je l'ai réalisé par mon autorité, unissant en un tout la contrainte et la justice ». Les éditeurs, les commentateurs, sont incertains⁷. Qu'il nous suffise de reconnaître que, même si le texte portait ici *nomou*, le sens ne serait pas encore proprement politique : il ne ferait qu'évoquer sous une forme morale et abstraite l'idée toute pure d'une règle, d'un ordre introduit dans la vie humaine.

Selon n'emploie donc pas *nomos* au sens de loi d'une cité. Et s'il définit l'ordre qu'il fait régner comme *eunomia*, il ne semble pas que ce mot soit à rattacher à *nomos*⁸.

En revanche, après coup, ses lois recevront le nom de *nomoi* qu'elles ont déjà chez Hérodote.

De quand date ce nouvel emploi et quelle en est la première attestation ? Il est amusant de le chercher et difficile de l'affirmer. On trouve des emplois où le mot pourrait désigner des lois, mais désigne plus probablement des traditions en usage dans tel ou tel pays (ainsi Archiloque, fr. 230 Budé) ou encore des façons de vivre (ainsi Théognis, 290) voire des règles de principe (*ibid.*,

7. Parmi les défenseurs de *nomou*, il faut citer, après bien d'autres, Sier (pp. 230 sqq.) et Gigante (pp. 32 sqq.), qui insistent sur le sens élevé à donner alors à *nomos*, définissant un idéal éthique et religieux. Parmi les défenseurs de *nomou*, Ehrenberg (p. 116, n. 5) et Heilmann.

8. Il a été rattaché à *nomos* = loi par les Grecs de l'époque classique, mais cette relation s'est établie après coup : en fait le mot semble devoir être rattaché au verbe, *eu nemesinai*, avec son sens plus général de « être bien administré », « vivre avec ordre ». Le fait a été indiqué par Hirzel et Ehrenberg, puis par Sier, et, enfin, étudié en détail par Martin Oswald, pp. 62-137. Selon M. Gigante le mot évoquerait le reflet politique d'un *nomos* divin.

54). Puis, vers le début du v^e siècle, les exemples incertains se multiplient. Dans la 2^e *Pythique* de Pindare (86), écrite vers 475, le mot *nomos* désigne une forme de constitution (monarchique, démocratique, aristocratique). Dans la première (62), écrite en 470, on peut se demander s'il s'agit de lois, au sens précis du mot, ou d'un ordre de fait traduit dans des usages. Le sens de législation en général est attesté, déjà alors, dans deux beaux fragments d'Héralcite, l'un qui dit que tous les *nomoi* humains tirent leur force d'un *nomos* divin (fr. 114)⁹, l'autre qui dit que les citoyens doivent se battre pour leur *nomos* tout autant que pour leurs remparts (fr. 44). Ces exemples, encore incertains¹⁰, sont tous extérieurs à Athènes — comme le sont les trois inscriptions relevées par M. Ostwald et qui emploient *nomos* pour désigner des lois, entre 465 et 455¹¹. En revanche, il est plusieurs exemples d'Eschyle qui, sans être décisifs (car la réalité dont il traite exclut l'idée de lois écrites), évoquent de façon très nette l'habitude de *nomos* écrit dans le monde où vit l'auteur. Celui que M. Ostwald considère comme la première attestation sûre de *nomos* au sens politique est emprunté aux *Supplantes*, qu'il date, non sans vraisemblance, de 464-3. C'est le passage qui dit, aux vers 387-391 : « Si les fils d'Égyptos ont pouvoir sur toi de par la loi de ton pays, lorsqu'ils se déclarent tes plus proches parents, qui pourrait s'opposer à eux ? » Il peut s'agir d'une coutume, mais le ton suggère l'habitude de textes précis. De même, l'atmosphère juridique donne du prix aux deux passages des *Euménides* où Eschyle, écrit, en 458, que « la loi » défend au meurtrier de parler avant d'être purifié (448) ou qu'un homme est « suivant la loi » le suppliant de Phôte d'Apollon (576). Naturellement, il s'agit là d'usages religieux ; mais le débat semble imiter

9. Selon Ostwald, p. 27, il s'agit de *mores*.

10. Ostwald ne les retient pas ; mais Heinmann, p. 71, est moins sévère.

11. Pp. 43-47.

les débats juridiques d'alors ; et le fait que les exemples se fassent de plus en plus nombreux¹² montre que l'habitude de se référer au *nomos* était, à cette époque, solidement enracinée.

On peut donc avec certitude dater l'emploi nouveau de la fin du v^e ou du début du v^e siècle. Et le fait que *thesmos* disparaisse d'un coup à la même époque¹³ autorise à penser que la vogue soudaine de *nomos* est liée à l'avènement de la démocratie. Il est évident que cette vogue commence à un moment donné entre Pisisstrate et Périclès. Il est tentant de penser qu'elle est en rapport avec les réformes de Clisthène. Cette hypothèse, déjà présentée par plusieurs savants¹⁴, vient d'être brillamment défendue dans le livre récent de M. Ostwald, *Nomos and the beginnings of the Athenian democracy*. Pour lui le mot *nomos*, avec le mot *isonomia*, ont été apportés dans la vie politique athénienne par Clisthène, en 507-506.

Il ne devait plus en sortir ; et il est remarquable de constater que ce changement de vocabulaire se traduit avec éclat dans les termes mêmes désignant certains magistrats. Il y avait eu à Athènes, dès le milieu du v^e siècle, le collège des six « *thesmothètes* », chargés de transcrire les *thesmia* et de les conserver pour le jugement des différends. Ce collège subsista et Aristote décrit son rôle au iv^e siècle. Mais lorsque, vers la fin du v^e siècle, les modérés eurent le pouvoir à Athènes et décidèrent de procéder à une révision des lois, ils créèrent un collège nouveau, celui des « *nomothètes* » : le contraste reflète le renouvellement du vocabulaire, qui est, à cette époque, tout à fait ancré dans les mœurs.

Il se peut que la différence de valeur des deux mots rende compte de ce changement. Pour M. Ostwald, le *thesmos* impliquerait que la loi est instituée par un

12. On peut citer les « lois nouvelles » ou les « lois à lui » que fait régner le jeune Zeus dans le *Prométhée*, 149 et 403.

13. Le mot disparaît pratiquement en 450.

14. Hirzel, Schroeder, Heinmann.

législateur placé au-dessus des autres et à part : l'on passerait de *thesmos* à *nomos* au moment où serait rejetée l'idée de lois imposées du dehors¹⁵.

En tout cas, il est hors de doute que ce changement correspond au désir de marquer l'entrée dans une ère nouvelle, plus moderne et plus positive. Et il n'est pas imprudent de supposer que le triomphe remporté par la jeune démocratie athénienne sur l'invasion perse contribua à raffermir le nouveau vocabulaire et les nouvelles idées. De fait, les Grecs, qu'ils fussent plus ou moins libéraux, et que leur constitution fut oligarchique ou démocratique, se rejoignaient dans l'opposition au despotisme barbare. Si bien que leur haine de la tyrannie se doubla d'une opposition de culture, à laquelle, jusque-là, ils n'avaient guère été sensibles.

La loi — et, plus précisément, la loi écrite — devint alors le symbole même de cette double opposition : elle incarna pour les Grecs la lutte contre la tyrannie, et l'idéal démocratique, mais aussi la lutte contre les barbares, et l'idéal d'une vie policée.

Ces deux oppositions se traduisent à la fois dans un passage célèbre d'Hérodote.

Déjà avant Hérodote, dans les *Perses* d'Eschyle, une tragédie qui fut représentée huit ans seulement après Salamine, l'opposition entre la liberté grecque et la servitude perse était nette ; et à propos des Athéniens, le coryphée étonnait l'épouse de Darius en répondant à sa question : « Et quel chef sert de tête et de maître à l'armée ? » par la fière formule : « Ils ne sont esclaves ni sujets de personne » (241-242)¹⁶. Mais Eschyle ne

15. Pour Hirzel (*Themis...*), la différence est dans l'extension : le *thesmos* est le principe fondamental des différents *nomoi* ou usages pratiques ; le *thesmos* devient *nomos* quand la règle devient coutume.

16. Cette opposition se traduira dans de nombreux textes postérieurs avec plus de force encore. C'est ainsi que, dans l'*Héliène*, Euripide écrit : « Les barbares sont tous esclaves, sauf un seul » (276) et, dans l'*Iphigénie à Aulis*, qu'il faut que les Grecs commandent aux barbares et non les barbares aux

parlait pas encore de la loi. Hérodote, au contraire, reprend la même opposition dans son Histoire et lui donne pour clef la notion de loi : au livre VII, Darius s'étonne (comme faisait son épouse dans les *Perses*) de penser que les Grecs (en l'occurrence les Spartiates, et non les Athéniens) peuvent se risquer contre lui « s'ils sont tous également libres et ne sont pas soumis au commandement d'un seul » ; et, précisant sa pensée, il observe : « S'ils étaient, à la mode de chez nous, soumis à l'autorité d'un seul, ils pourraient, par crainte de ce maître, se montrer plus braves qu'ils ne sont naturellement, et contraints par les coups de fouet, marcher, quoique en plus petit nombre, contre des ennemis plus nombreux ; laissés libres d'agir, ils ne sauraient faire ni l'un ni l'autre ». A cet étonnement du barbare, Dénarète répond par la loi : « Car, s'ils sont libres, ils ne sont pas libres en tout, ils ont un maître, la loi, qu'ils redoutent encore bien plus que tes sujets ne te craignent ; du moins font-ils tout ce que ce maître leur commande »¹⁷. La loi est donc tout à la fois le complément de la liberté et son garant ; et cette combinaison caractérise la Grèce.

Les textes postérieurs atteignent rarement la même fermeté ; ils se contentent, en général, d'affirmer le refus de l'absolutisme. Mais on peut constater qu'à l'occasion ils savent rappeler que la loi doit être considérée comme l'apanage de la Grèce. C'est ainsi qu'Euripide, quand Jason développe des arguments d'habile sophiste pour prouver qu'il ne doit rien à Médée, lui fait analyser les avantages qu'elle a trouvés à le suivre : « D'abord la terre grecque, au lieu d'un pays barbare, est devenue ton séjour ; tu as appris la justice et tu sais vivre selon la loi, non au gré de la force... »¹⁸. De même, dans

Grecs, « car les uns sont esclaves et les autres sont libres » (1400-1401). Mais le mot « loi » n'est pas employé.

17. VII, 104 ; sur la formule du *nomos despotés*, cf. ci-dessous, p. 63.

18. *Médée*, 536-538 : νόμος τε χρισθῶρα.

Oreste, quand Ménélas se défend d'être devenu barbare en vivant chez les barbares et rappelle que c'est un trait grec d'honorer ceux de sa race, le vieux Tyndare lui répond fièrement (487) : « Et de ne pas vouloir être au-dessus des lois ! »¹⁹

Quoi qu'il en soit, en invoquant la loi comme le contraire de la tyrannie, il va de soi que les textes supposaient, du même coup, l'opposition aux tyrans barbares ; or, le contraste est fréquent.

Le jeune Zeus du *Prométhée* est un tyran²⁰. Bien qu'il soit un dieu, les critiques formulées contre lui opposent son arbitraire à l'idée de lois fixes et connues : « Je sais qu'il est dur et qu'il tient le Droit à sa discrétion » (187), « au nom de lois nouvelles, Zeus exerce un pouvoir sans règle » (149-150)²¹. Enfin, il règne « érigé en lois ses caprices » (403-404).

Si l'idée de lois écrites ne peut ici être formulée dans toute sa force, elle l'est au contraire dans le théâtre d'Euripide, qui, on le sait, ne s'interdit pas les allusions à la politique contemporaine.

Dans sa tragédie des *Suppliants*, écrite peu après 424, Euripide oppose l'Athénien Thésée à un héraut de Thèbes. Et Thésée se vante que la tyrannie soit innue chez lui : « Dès le premier mot, tu es dans l'erreur, étranger, en cherchant ici un tyran. Notre ville n'est pas au pouvoir d'un seul homme. Elle est libre. Son peuple la gouverne... » (403-405). Le héraut répond alors par une critique sévère de la démocratie, régime où, selon lui, règnent tout à la fois l'intrigue et l'ignorance. On a donc un débat en forme, où les mérites des deux

19. On trouve des pensées analogues, mais moins nettement formulées, dans *Hélène*, 276, et dans les *Troyennes*, 932.

20. Le mot même est employé dix fois. La pièce doit sans doute être mise en relation avec la situation politique régnant en Sicile ; elle a pu être écrite et représentée à Géla. Au contraire, le roi des *Suppliants*, avec son souci de consulter le peuple, représente un souverain constitutionnel et, en un sens, démocratique.

21. Le mot grec est ἄθετος.

régimes sont tour à tour mis en lumière. Or, que trouve Thésée pour critiquer la tyrannie ? que trouve-t-il pour exalter la démocratie ? La loi, et, plus exactement, la loi écrite : « Rien pour l'État n'est plus dangereux qu'un tyran. D'abord, avec lui, les lois ne sont pas communes pour tous : un seul homme gouverne, qui détient la loi en ses propres mains, et il n'y a plus là d'égalité. Au contraire, quand les lois sont écrites, le faible et le riche jouissent d'un droit égal... » (429 sqq.). La critique de la tyrannie et l'éloge de la démocratie se poursuivent pendant quelque vingt-cinq vers, regroupant toute une série d'arguments, que d'autres textes préparaient. Mais en point de départ, au principe, Euripide a placé la loi. De façon caractéristique, le mot *nomos* est répété dans trois vers consécutifs. Et le régime qui s'oppose à la tyrannie se définit, en début de phrase et en début de vers par cette condition essentielle : « Une fois écrites les lois... »²². Avant l'égalité, avant la liberté, au principe de l'une et de l'autre, se trouve la loi.

Et Sophocle, qui pourtant ne pratique pas autant qu'Euripide l'allusion politique, fait pourtant dire à son Thésée, lui aussi, qu'Athènes est la ville où rien ne se fait « sans la loi » (*Oedipe à Colone*, 914).

On pourrait ajouter d'autres exemples plus ou moins nets. Le IV^e siècle n'en manque pas. Il en est de très beaux dans la *Mitienne* de Démosthène, comme ce passage où il rappelle (188) : « N'est-ce pas grâce aux lois que vous avez une part égale aux autres ?... »²³. Il en est de péremptores chez Eschine, qui proclame dans

22. M. Ostwald insiste dans son livre (voir en particulier pp. 43-47) sur le fait que le mot *nomos* n'implique pas nécessairement loi écrite et que d'être écrite ou non ne change en rien la nature d'une loi. Le passage d'Euripide montre bien que, si la différence juridique est faible, la différence politique est, elle, considérable. Il est caractéristique du *nomos* grec qu'il soit écrit, bien qu'il y ait des *nomoi* non écrits : de même Hérodote dit que le régime du *nomos* est caractéristique des Grecs, bien qu'il y ait des *nomoi* barbares.

23. Cf. ci-dessous, p. 147.

le *Contre Timarque*, 4, et répète dans le *Contre Clésiphon*, 6 : « Voici, en effet, ce que l'on entend toujours dire : il y a, dans le monde, trois genres de gouvernement, la monarchie, l'oligarchie, la démocratie. Les deux premières formes sont régies par le bon plaisir des chefs, les États démocratiques le sont au contraire par les lois établies. » Dans le premier de ces deux discours, il poursuit même : « Vous savez aussi que ce sont les lois qui garantissent la sécurité des citoyens d'un État démocratique et de sa constitution, tandis que les monarches et les chefs d'une oligarchie trouvent leur salut dans la méfiance et dans les gardes du corps... ». Enfin il déclare peu après : « nous dont la constitution est fondée sur l'égalité et le droit » (5 : la constitution est *ennomon*).

Certes, tous les auteurs du IV^e siècle ne virent pas les choses de manière aussi simple. Si la loi, pour les démocrates, caractérisait leur régime par opposition aux autres, et pour certains, les Grecs par opposition aux barbares, il caractérisait aussi, pour quelques-uns, les hommes par rapport aux bêtes²⁴.

Pourtant, dans son principe même, la loi n'a jamais cessé de rester marquée par les conditions dans lesquelles elle était née. Même Platon, qui n'avait jamais été tendre ni pour la démocratie athénienne ni pour l'égalité impliquée par ses lois, devait à son tour revenir, lorsqu'il pensait à la tyrannie, des formules que n'eût pas désavouées le Thésée des *Suppliantes*. On le voit dans les lettres VII et VIII. Dans cette dernière, à 354 bc, il indique comment Lycourgue a transformé la tyrannie en une royauté destinée à se perpétuer : « car c'est la loi qui commandait en reine aux hommes, et non les hommes qui se faisaient les tyrans des lois ». Dans la lettre VII, à 334 c, il donne un avertissement solennel : « que la Sicile ne soit pas assujettie à des

24. Cf. ci-dessous, p. 174.

despotes, pas plus que toute autre ville — c'est du moins mon avis — mais aux lois »²⁵.

Du Démocrate d'Hérodote au Platon de la lettre VII, en passant par le Thésée d'Euripide, la tradition est bien la même. Elle implique un sens aigu de cette loi commune que les citoyens avaient su se donner et dont ils attendaient à la fois le bon ordre et la liberté.

Pour eux, déjà, la liberté se définissait comme l'obéissance aux lois.

Cet aspect laïc et démocratique de la loi, qui correspondait aux conditions de sa découverte et se traduisait dans le choix du vocabulaire n'était cependant pas sans appeler aussi des difficultés. On avait écarté tout mot qui pût suggérer une décision imposée, un ordre donné par quelqu'un à quelqu'un d'autre ; mais le mot adopté et dont les emplois, on l'a dit plus haut, étaient extrêmement variés, se prêtait, de ce fait à des associations également diverses, impliquant une ambiguïté latente et des divergences possibles.

Nomos concilie, en effet, l'idéal abstrait du bon ordre et les simples habitudes observées dans la pratique.

Il y a un *nomos* divin, réglant la part de chacun dans l'ordre de l'univers ; c'est en vertu de ce *nomos* que, selon Hésiode, si les animaux s'entredévoient, les hommes, eux, ont reçu en don la justice et sont récompensés lorsqu'ils savent s'y conformer. L'ordre, la règle, la mise en place qui président ainsi à l'ensemble de l'univers, sont ce que les hommes se glorifieront de faire régner dans leurs cités. Aussi Théognis parle-t-il avec mépris de « ceux qui autrefois (comme, dans l'*Odyssée*, le Cyclope) ne connaissaient ni droit ni lois » (54). La « loi » représente ainsi un idéal de civilisation ; elle est

25. Dans ces deux formules, on retrouve le même écho au texte de Pindare que l'on trouvait dans Hérodote : cf. ci-dessous, p. 63-65.

26. Chant IX, 214, mais dans l'*Odyssée* le mot est *θέμιονος* et non *νόμος*.

la règle en soi, le principe d'ordre ; et les hommes se la donnent comme Zeus la donne au monde.

Mais, à l'autre extrémité du champ sémantique, elle évoque seulement la façon dont les choses se font dans la pratique, par l'effet de l'habitude. Ceci explique que l'on parle d'abord de *nomos* là où les traditions sont le plus établies, c'est-à-dire dans le domaine des rites religieux. Hésiode parle du *nomos* divin, mais il parle aussi de sacrifices offerts « suivant les rites » (*Théogonie*, 417) ; et ce sens se conservera tout au long de l'hellénisme. On parlera aussi de façons de faire, de coutumes, qui peuvent être critiquables et qui, en tout cas, varient d'un peuple à l'autre : le *nomos*, dans ce cas, est aussi peu respectable, aussi peu justifié, aussi peu normatif, qu'il était respectable, justifié, et normatif dans le premier cas.

La loi politique, le *nomos* au sens qui nous occupera ici, se situe donc à la rencontre de ces deux notions. Elle consiste, au nom d'un idéal d'ordre, à préciser une fois pour toutes, les traditions et les usages auxquels les membres d'un groupe donné entendent se conformer. Sa valeur normative se fonde sur l'habitude²⁷ et se trouve confirmée par elle²⁸.

Le mot *nomos* enferme donc en lui-même une tension entre ces deux valeurs — normative et positive — d'où, on le verra plus loin, allaient naître bien des problèmes. Mais il traduisait aussi, par là-même, une aspiration à reconnaître un ordre humain et à donner valeur absolue aux façons de faire quotidiennes, qui fera la fierté des Grecs tout au long de l'histoire et, dans une certaine mesure, passera toute vive jusqu'à nous.

27. Ehrenberg, p. 104 : une fois créée la tradition juridique, il se développe une autorité à caractère normatif.

28. Cf. Aristote, *Politique* II, 1269 a 20 : « La loi, pour se faire obéir, n'a d'autre force que l'habitude ».

CHAPITRE II

LIMITES DE LA LOI, LOIS ÉCRITES ET NON ÉCRITES

Si la loi en Grèce avait été, comme elle le fut dans certaines civilisations, considérée comme loi révélée et garantie par une autorité religieuse, sa nature en tant que telle n'eût jamais été mise en question. Mais le mot *nomos*, dont la valeur allait de l'ordre du monde aux habitudes de tel groupe particulier, ne pouvait se spécialiser dans un emploi intermédiaire et rigoureusement défini, sans que des difficultés surgissent, et en haut et en bas de l'échelle sémantique.

La difficulté relative au bas de cette échelle et consistant à distinguer la loi politique de la simple coutume devait être perçue en premier et se révéler bientôt comme la plus grave : car l'impossibilité de trancher entre la loi et la coutume allait permettre de mesurer la relativité des lois à la relativité des coutumes.

Contre cette relativité, un seul refuge était possible : il fallait le chercher vers le haut, là où la loi pouvait être sentie comme universelle et comme ayant valeur absolue. Mais là aussi une difficulté existait : toute loi ne pouvait pas se réclamer de tels garants — et en particulier pas la loi écrite, dont les Grecs étaient si fiers. C'est pourquoi, très vite, certains d'entre eux distin-

guèrent entre deux sortes de lois et opposèrent à la loi politique, ou loi écrite, ce qu'ils appelèrent les « lois non écrites ». Ils entendaient par là des règles admises par les hommes sans être pourtant consignées dans un code, et pouvant, par suite, prétendre à des fondements absolus. L'expression, par son caractère négatif, devait, en fait, recouvrir des significations fort diverses, dont il importera ici de suivre le déploiement et l'évolution. Mais, qu'il s'agisse de règles relevant de l'autorité divine ou bien du jugement humain, et données comme universelles ou bien comme nationales, ces lois non écrites traduisent, à chaque fois, l'aspiration vers un bien et une justice qui complèteraient et dépasseraient les règles posées par le législateur. En ce sens, on peut dire que le recours à une telle formule impliquait une réaction aux insuffisances de la loi écrite ; et la variété même des acceptions qu'elle comportait mesure bien le nombre de ces insuffisances.

Aussi peut-il être bon de commencer par l'examen de cette notion, encore que cela aille à l'encontre de l'ordre chronologique rigoureux : dialectiquement, le mouvement qui consiste à dépasser la loi écrite et celui qui consiste à en contester la valeur sont complémentaires ; mais la référence aux lois non écrites, en demandant plus que la loi, n'ouvrirait pas directement un problème : elle est le témoignage d'une difficulté, mais aussi d'un effort pour la transcender dans le sens de l'ordre et de la justice.

1. Les lois non écrites

La formule de « loi non écrite » semble à première vue être uniquement négative. Et le fait est que, d'un point de vue tout juridique, elle a pu être employée pour désigner des lois anciennes, non retenues au cours d'une mise à jour, et n'ayant, de ce fait, aucune validité. Un décret de 403, conservé dans Andocide (*Sur les Mys-*

tères, 83-86) fixe le rôle des nomothètes dans la révision générale des lois entreprise alors et précise que les lois retenues devront être affichées ; sur quoi il ajoute : « Une loi non écrite ne doit être appliquée par les magistrats en aucun cas »¹.

Mais cette valeur purement technique est assez exceptionnelle ; et, dans la pratique, les lois non écrites se sont opposées aux lois écrites de façon beaucoup plus fondamentale et profonde : elles ont représenté des règles trop générales et des impératifs trop absolus pour devoir jamais être lois écrites. Alors que les lois écrites changeaient d'une époque à l'autre, et d'un pays à l'autre, elles se sont présentées comme l'expression d'une règle dépassant toutes ces limites et se rattachant, par conséquent, à un absolu.

Une étude importante de R. Hirzel a été consacrée à définir la nature de ces règles² ; il importe cependant d'y revenir ici parce que cet auteur ne s'est nullement préoccupé du rapport avec l'évolution de la notion de loi en général. Or, il est manifeste que non seulement la notion de loi non écrite est une réaction aux insuffisances de la loi écrite, mais qu'elle subit elle-même une sorte d'évolution intérieure tendant à donner à ces règles elles-mêmes un tour de plus en plus laïc et relatif.

Au début, le *nomos* (on ne parlait pas encore de loi écrite ou non écrite) était, de toute évidence, profondément teinté de religion. Il désignait les rites, ordonnés par les dieux ; il désignait les règles morales, imposées par eux ; il désignait l'ordre du monde, institué par eux. La tradition qui fait du *nomos* un ordre universel rattaché au vouloir divin est attestée dès l'époque d'Hésiode et remonte peut-être plus haut.

1. On peut également faire rentrer dans les lois non écrites celles qui le sont par accident et du fait d'une omission : cf. Aristote, *Rhetorique*, 1374 a. De même Platon parle des lois qui « restent à promulguer » (*Lois*, 793 a.).

2. *Agraphos Nomos*, Abh. Kön. Sachs. Ges. d. Wissenschaften (Phil.-Hist.) 20, 1900, 98 p. in-4°.

Elle a pris, en effet, un éclat particulier dans les cercles orphiques ; et peut-être est-ce parmi les orphiques que le *nomos* a été, pour la première fois, non seulement personnifié, mais divinisé. Dans le fragment 21 K, il est seulement question de *nomos* divin ; mais, selon un autre fragment, la Justice descend de Nomos et de Piété (105 b, K) ; et un autre encore fait de Nomos le père de Zeus (160 K). Enfin, et surtout, on a consacré un hymne orphique, qui est une invocation à Nomos, « le Saint souverain des mortels et des immortels, le céleste Nomos » (64).

Quoi qu'il en soit, cette tradition — orphique ou non — se retrouve chez divers auteurs anciens. Chez Hésiode, le *nomos* que Zeus a assigné aux hommes est l'observance de la justice qui les empêche de s'entre-dévorer (*Travaux*, 276) : Eschyle, à son tour, parle de la loi de Zeus, quand il évoque, dans les *Suppliants*, 673, « Zeus Hospitalier, dont la loi cheuve règle le destin ». Et, parmi les philosophes, Héraclite, on l'a vu, parle du *nomos* divin⁴ ; il dit que tous les *nomoi* humains sont, en fait, « nourtris par lui » (fragment 114)⁵. De même, un passage imitant Héraclite, dans le traité hippocratique *Du Régime* (I, 11), dit que ce que les dieux ont disposé reste toujours en état, tandis que les lois humaines sont prises dans l'ignorance, les hommes ne connaissant pas ce qu'ils imitent....

Jusqu'à-là, toutefois, aucune opposition réelle ne se fait sentir : les lois humaines sont le reflet de la loi

3. Cf. ci-dessous, p. 23.

4. Cf. ci-dessus. Voir aussi I. M. Linforth, *The arts of Orpheus*, Berkeley, 1941.

5. Le sens semble être que les diverses règles auxquelles obéissent les hommes ne sont rendues possibles que par l'existence d'un ordre divin qui préside au tout. En tout cas, l'opposition de la loi divine aux lois humaines est celle de l'un multiple — c'est-à-dire, déjà, l'opposition de l'absolu au relatif, à laquelle est consacrée le présent chapitre. Cf. Gigon, *Héraclite*, p. 15.

divine, ou bien son émanation, ou encore son imitation ; en tout cas, il y a continuité de l'une à l'autre.

Mais, à partir du moment où la loi humaine se révèle précaire et contradictoire, alors, tout à coup, l'opposition se fait sentir ; et l'on a soudain, au théâtre, la fière affirmation que la loi divine est la seule qui compte : on a *Antigone*.

Dans *Antigone*, Sophocle a procédé avec la lucidité clairvoyante d'un Grec : il a imaginé un conflit de devoirs, une situation dans laquelle l'État aurait une exigence et la conscience morale ou religieuse une autre. Mais il faut ajouter qu'il s'est fait la partie belle. Car l'exigence de l'État est ici représentée non pas par une loi, examinée, acceptée, observée, mais par un simple décret, émanant d'un homme qui accède tout juste au pouvoir, et qui sera, en fait, amené à revenir sur sa propre décision⁶.

Cela ne change d'ailleurs rien à la netteté du problème ; et Sophocle est tout prêt à admettre que le décret de Créon était valide et avait force de loi⁷ : non seulement Créon parle lui-même, à propos de son décret, de *nomos* et d'obéissance au *nomos* (449 ; 481 ; 663) ; mais les autres personnages et le chœur s'expriment à tour de rôle et termes similaires. Ismène parle d'être « rebelle au *nomos* » (59), le chœur emploie le

6. Cf. Ehrenberg, *Sophocles and Pericles*, p. 35 ; Knox, *The Heroic Temper*, p. 95. Knox tend à limiter la portée intellectuelle qu'avait l'opposition entre loi écrite ou non écrite pour Sophocle et met en garde contre le risque de prêter à celui-ci des idées qui devraient échoir plus tard ; pourtant l'emploi du terme, et son emploi réitéré à cette époque, implique bien la conscience d'une opposition.

7. Il ne s'agit pas — et c'est là que l'opposition peut sembler boiteuse — d'une loi écrite. Mais Sophocle insiste sur le fait qu'elle avait été promulguée et portée à la connaissance de tous : la première question de Créon à Antigone est « Connais-tu la défense que j'avais fait proclamer ? » (447). S'il ne s'agit pas de loi écrite, l'ensemble de l'action se déroule comme si c'en était une.

même mot (382) et Antigone elle-même, lorsqu'elle part à la mort, se plaint en gémissant : « Voyez ce que je suis et voyez quelles lois me frappent... » (847). Au reste, le chœur précise qu'il ne conteste nullement la valeur légale de l'arrêt royal : « Rien ne t'empêche évidemment d'user de toute loi qui t'agrée... »⁸.

Il y a donc, aux yeux de Sophocle, une sorte d'équivalence sommaire entre les termes. Et cette équivalence revêt un double sens : elle révèle avant tout le peu de prix que porte Sophocle à une législation d'ordre purement politique, qui s'accorde mal aux impératifs religieux ou moraux : en regard des lois divines, ce qui est loi humaine ou simple décret tend aisément pour lui à se confondre. D'autre part, la possibilité même de la confusion révèle, en dehors de toute référence à la réaction de Sophocle, que la relativité des lois humaines était déjà facilement admise.

Quoi qu'il en soit, ayant ainsi donné à la loi humaine un caractère aussi fragile que possible, Sophocle lui oppose, par la bouche d'Antigone, ce qu'il appelle les lois non écrites ou divines. Le texte est célèbre, mais vaut d'être ici rappelé dans les termes mêmes. Créon vient de s'indigner qu'Antigone ait pu passer outre à la ce n'est pas Zeus qui l'aurait proclamée ! Ce n'est pas la Justice, assise aux côtés des dieux infernaux ; non, ce ne sont pas là les lois qu'ils ont jamais fixées aux hommes, et je ne pensais pas que tes défenses à toi fussent assez puissantes pour permettre à un mortel de passer outre à d'autres lois, aux lois non écrites, inébranlables des dieux ! Elles ne datent, celles-là, ni d'aujourd'hui ni d'hier, et nul ne sait le jour où elles ont paru. Ces lois-là,

8. Mazon traduit ici librement : « de prendre toutes mesures ». Créon est évidemment un de ces tyrans dont Euripide dit qu'ils détiennent la loi en leurs propres mains.

9. Créon n'emploie pas le mot *nomos* ; et Antigone parle avec mépris de ses proclamations (454). Mais le mot *nomos* figure à 452 : cf. note précédente.

pouvais-je donc, par crainte de qui que ce fût, m'exposer à leur vengeance chez les dieux ? » (450-460).

Le passage est justement célèbre ; et il nous permet d'identifier avec précision une première forme de loi non écrite — la plus haute, la plus pure, qui est la loi d'ordre religieux.

A cet égard, d'ailleurs, il importe de préciser que le terme de loi non écrite peut s'appliquer, et s'appliquait à cette époque, à des traditions d'ordre rituel, transmises dans les familles chargées de certains cultes. Le *Contre Andocide* qui nous est parvenu parmi les œuvres de Lysias nous a conservé le témoignage d'une allusion que fit Périclès à de telles lois non écrites¹⁰.

Mais les lois non écrites d'Antigone¹¹ ont une valeur plus universelle et sont d'ailleurs connues de tous. Elles semblent avoir pour fonction d'opposer à la relativité des lois humaines quelque chose d'inébranlable. Par une rencontre caractéristique, il se trouve, d'ailleurs, que cette obligation de la sépulture, qu'Antigone donne pour si absolue, s'applique à un domaine qui est précisément celui que venait de choisir Hérodote pour montrer la relativité des coutumes humaines¹².

Quel était le fondement de ces lois, selon Sophocle ? Il le dit bien : les dieux.

Sans doute, l'ensevelissement des morts constituait

10. VI, 10 ; cf. Ehrenberg, *op. cit.*, pp. 44-45.

11. Ici encore, Sophocle n'emploie pas le mot *nomos*, mais le dérivé *nomina*, habituellement employé pour une tradition, un usage en vigueur. Le mot est bien choisi pour l'opposition avec le décret récent de Créon — et il n'y a pas lieu d'en tirer argument pour affaiblir l'opposition ; du reste, le mot *nomos* est employé ailleurs pour les « lois » en question (cf. pour *Antigone*, 1113 ; pour les passages parallèles, entre autres, *Édipe Roi*, 865).

12. III, 38, cf. ci-dessous, p. 62. Sophocle et Hérodote qui se connaissaient bien, devaient être d'accord pour respecter les rites ; mais l'un les respectait en tant qu'expression d'un absolu et l'autre en tant que relatifs.

une obligation généralement acceptée en Grèce¹³. Mais ce n'est point ce sur quoi Sophocle insiste ; et il est manifeste que, pour lui, l'universalité de ces lois n'est que le signe de leur origine divine. On peut, à cet égard, lui attribuer le raisonnement que l'on trouve dans les *Mémorables* de Xénophon (IV, 4, 19), quand Socrate parle à Hippias des lois non écrites ; Hippias répond d'abord : « Oui, celles qui sont en usage de façon semblable dans tout pays » ; et Socrate : « Pourrais-tu dire, alors, que les auteurs en sont les hommes ? — Comment cela pourrait-il être, puisqu'ils ne sauraient se réunir tous et qu'ils ne parlent pas la même langue ? — Alors qui, crois-tu, a établi ces lois ? — Pour moi, dit-il, j'imagine que les dieux les ont fixées pour les hommes. » De même Isocrate, dans le *Panathénaique* (169) rapproche l'universalité des lois non écrites et leur origine divine, quand il dit que Thésée n'a pas toléré « que fût aboli un usage ancien, une loi ancestrale, que l'ensemble des hommes n'a cessé de pratiquer, non parce que la nature humaine l'a établie, mais parce qu'une puissance divine l'a imposée. »¹⁴

Sophocle, en tout cas, ne parle que des dieux. Il dit que toute désobéissance est sanctionnée par eux. Et c'est bien ce qui donne à ces lois un caractère inébranlable, ou, comme dit le grec, « sûr ».

Choisir ces lois est donc préférer les dieux aux hommes, l'éternel au périssable, l'assuré au précaire. De fait, dans la tragédie de Sophocle, celui qui brise la volonté de Créon est précisément l'interprète des dieux, le divin Tirésias. Et son intervention consiste à dire ce que les dieux annoncent (998 sqq.), ce qu'ils exigent, et ce en quoi ils se déclarent offensés (1068 sqq.). Si

13. Cf. Ehrenberg, pp. 29-30, pour l'importance de cette loi et aussi pour le rapport entre Sophocle et Hérodote.

14. La phrase reprend une remarque plus brève du *Panegyrique*, 55. Le côté religieux se retrouve dans le *Panathénaique*, 174, où les mêmes lois sont appelées « lois fixées par la divinité ». Voir cependant ci-dessous, p. 43.

bien qu'au moment où il cède, Créon sait que son tort a été de méconnaître la loi des dieux et sa prééminence : « Ah ! j'ai bien peur que le mieux ne soit pour l'homme d'observer les lois établies jusqu'au dernier jour de son existence ! » (1113-1114).

Cet aspect religieux prêté ici aux lois non écrites est caractéristique de Sophocle et représente certainement une aspiration qui lui était chère. On retrouve dans *Ajax*, à deux reprises, les « lois des dieux » (1130 et 1343). Dans les deux cas, d'ailleurs, il s'agit, comme dans *Antigone*, du devoir consistant à ensevelir les morts. On retrouve dans *Oedipe à Colone* la mention des « vieilles lois de Zeus », à côté de qui siège l'antique Justice (1383). Et surtout l'on retrouve, dans *Oedipe Roi*, un chœur qui célèbre les lois divines en termes non moins éloquents que ceux d'Antigone, et insiste non moins qu'elle sur le caractère divin et éternel de ces lois : « Ah ! fasse le Destin que toujours je conserve la sainte pureté dans tous mes mots, dans tous mes actes. Les lois qui leur commandent siègent dans les hauteurs : elles sont nées dans le céleste éther, et l'Olympe est leur seul père ; aucun être mortel ne leur donna le jour ; jamais l'oubli ne les endormira : un dieu puissant est en elles, un dieu qui ne vieillit pas. » (863-871)¹⁵.

Il faut d'ailleurs préciser que cette loi d'origine religieuse est, en fait, liée à tout un ensemble de valeurs morales. Et, déjà dans *Antigone*, il est certain que les lois non écrites présentent un caractère complémentaire, moins hautement affirmé, mais toujours latent, par lequel elles relèvent du sens moral en général. Du fait qu'il n'est point de tribunal pour les infractions à

15. On pourrait citer également les « très grandes lois » qui valent du renom à Electre, vu sa piété envers Zeus (*Electre*, 1095-1096, le mot étant ici *nomina*, comme dans *Antigone*). Le sens des « grandes lois » (avec le mot *thesmos*, dans *Antigone*, 797) est un peu différent : il désigne l'ordre qui règne sur le monde, et se rapprocherait, à cet égard, de l'exemple d'*Oedipe à Colone*.

ces lois, ni de prêtres pour guider et diriger les conduites humaines, ces lois divines ont, en effet, pour exégète et pour garant le jugement moral des individus.

Antigone sait qu'elle agit selon l'ordre des dieux ; mais sa décision doit moins à la crainte du châtement divin qu'à un sentiment immédiat du bien. Elle agit par sentiment de l'honneur (46 : « J'entends que nul ne soit en droit de dire que je l'ai trahi ») ; elle agit par pitié fraternelle (73 : « J'irai reposer près de lui, chère à qui m'est cher ») ; elle agit par disposition naturelle (523 : « Je suis née pour partager non la haine, mais l'amour »¹⁶ ; elle agit en vertu d'un choix intérieur (465-6 : « Subir la mort, pour moi, n'est pas une souffrance. C'en eût été une, au contraire, si j'avais toléré que... »). Toutes ces déclarations, qui composent un personnage vivant, précisent le sens du texte sur les lois non écrites : elles montrent que ces lois sont inscrites par les dieux dans la conscience des hommes — comme y sont inscrits l'amour du beau, l'amour des Thrésias, Créon, dans la pièce, doit subir une première attaque : celle de son fils Hémon, dont l'argumentation consiste à se faire l'interprète de l'opinion commune : il évoque la « rumeur obscure » qui monte dans la ville (700) et « ce que dit tout le peuple de Thèbes » (733). Il y a donc, à côté de la référence aux dieux et à un niveau plus humble, une référence à l'opinion admise, ou, si l'on veut, à la conscience morale.

En ce sens, on peut dire que, contre la légalité politique, incarnée dans Créon, Antigone représente un ordre des dieux, évident pour le cœur des hommes et sanctionné tout à la fois par les uns et par les autres.

Ces deux aspects de la loi non écrite se retrouvent, en un dosage qui diffère selon les cas, chez tous ceux qui s'en sont réclamés.

En gros, l'on peut distinguer deux tendances — celles

16. Traduction Mazon modifiée.

que tendaient à unir les deux textes de Xénophon et d'Isocrate cités à propos de Sophocle. Et il se trouve que, dès l'époque de Sophocle, on a la preuve que d'autres auteurs parlaient de « lois non écrites » en dominant à cette notion un contenu plus moral que religieux. L'exemple le plus célèbre est celui de Thucydide, dans un passage de l'oraison funèbre qu'il prête à Périclès. Il lui fait dire, en effet, que, malgré la tolérance et la liberté régnant à Athènes, on ne rencontre dans la cité aucun désordre : « car nous prétions attention aux magistrats qui se succèdent et aux lois — surtout à celles qui fournissent un appui aux victimes de l'injustice et qui, étant lois non écrites, comportent pour sanction une honte indiscutée » (II, 37, 3)¹⁷.

Ce sont toujours les lois non écrites ; mais leur application a changé : elles concernent ici le domaine des relations entre les hommes ; et leur sanction aussi a changé : celle-ci réside dans l'opinion et dans l'opinion seule. Quant à l'origine, on n'en parle pas. Et tout se passe comme s'il s'agissait d'un simple *consensus* humain.

M. Ehrenberg est parti de cette distinction pour tenter d'établir une sorte d'opposition et même de polémique, entre ces deux contemporains, mêlés ensemble à la politique athénienne, que sont Sophocle et Périclès¹⁸. Peut-être a-t-il poussé un peu loin l'opposition. Mais, du point de vue qui nous occupe, la distinction qu'il a mise en lumière est importante. Elle montre comment l'équilibre entre les deux aspects des lois non écrites s'est, en fait, trouvé renversé et comment, non contents d'avoir inventé la loi morale de caractère religieux, les Grecs du V^e siècle devaient également inventer la loi morale fondée sur la conscience humaine.

C'est sous cette forme qu'on la trouve, par exemple, chez Démosthène, qui, dans le *Sur la Couronne* (275),

17. Notre traduction, rectifiée.

18. *Sophocles and Pericles*, Oxford, 1954.

ayant évoqué la différence entre l'erreur volontaire, l'erreur involontaire et l'échec, ajoute que cette différence n'apparaît pas seulement dans les lois : « La nature elle-même l'a précisé dans les usages non écrits et dans les mœurs des hommes »¹⁹. Et c'est sous cette forme encore qu'on la retrouve dans la *Rhétorique* d'Aristote, I, 1368 b, quand il oppose les lois communes et particulières : « Par loi particulière, j'entends la loi écrite qui régit chaque cité ; par lois communes, celles qui, sans être écrites, semblent être reconnues par le consentement universel ».

Quoi qu'il en soit, ces deux séries de textes sont, en un sens, concordantes : les uns admettent une origine divine, les autres ne s'attachent qu'à un accord des hommes, mais les uns et les autres sont d'accord pour parler de lois non écrites, d'une portée plus large que les lois politiques.

Ces lois se traduisent en une série de préceptes moraux, qui échappent au domaine de la loi politique et qui, par une rencontre assez remarquable avec la tradition judéo-chrétienne, ont tendance à se présenter sous la forme de commandements : ceux-ci occupent, à la frontière entre religion et morale, la même fonction, ou presque, que les dix commandements chrétiens. Ils n'ont pas été codifiés avec la même rigueur. Ils observent, dans certains textes, comme un début de codification. En particulier, on rencontre souvent un groupe de trois commandements, qui ordonnent d'honorer les dieux, ses parents²⁰, et les hôtes. Déjà, Eschyle écrit dans les *Suppliants*, 707 sqq. : « Aussi bien le respect des pères est-il la troisième loi inscrite au livre de la Justice ». Il y a, d'ailleurs, des variantes : les liens d'hospitalité, de reconnaissance et d'amitié ont tendance à se confondre et prennent volontiers la place

19. L'expression est *agrapheis nomimois*, comme dans *Antigone*.

20. Sur les aspects particuliers de ce commandement et son histoire, cf. Hirzel, *Agraphos Nomos*, p. 32.

l'un de l'autre. L'exemple de la reconnaissance est retenu dans les *Mémorables* de Xénophon (IV, 4, 24) et dans la *Rhétorique* d'Aristote (I, 1374 a 23) comme exemple de loi non écrite. Et la *Rhétorique à Alexandre*, II, 1421 b place à côté du respect des parents la bienfaisance envers les amis et la reconnaissance envers les bienfaiteurs.

On pourrait, à la rigueur, relever dans ces listes différentes et surtout dans ces formulations différentes l'influence du tempérament des auteurs et celle aussi de l'histoire des idées²¹ ; mais la matière risque d'être un peu fuyante ; et le terme de loi non écrite représente une dénomination trop négative pour ne pas couvrir des impératifs fort divers²². Du moins la tendance à formuler des « commandements » révèle-t-elle assez le caractère moral que revêtaient ces lois.

Du reste, tel est bien le sens que leur donne Aristote dans un long passage de la *Rhétorique* (1374 a et b) consacré aux délits non prévus par les lois. Certes, quelques-uns d'entre eux correspondent à des lacunes de ce qu'il appelle la loi « particulière et écrite » ; mais la loi ne parle pas non plus des actes « qui représentent le plus haut degré de la vertu et du vice, et auxquels s'appliquent les reproches et les éloges, les marques de mépris et les honneurs, les gratifications ; par exemple, avoir de la reconnaissance pour son bienfaiteur, lui rendre un service en retour de celui qu'il nous a rendu, être secourable à ses amis, et tous actes de ce genre ». Et

21. Ces commandements, qui se retrouvent, à époque tardive, parmi d'autres, dans les commandements pythagoriciens, seraient d'origine éléusienne et orphique selon G. Thomson (*Asceytias Orestias*), 269 sqq. et 362 sqq. Cette interprétation est réfutée par V. Ehrenberg, *Sophocles and Pindar*, Appendix A, dont nous retiendons volontiers l'opinion, sauf lorsqu'il essaie de séparer les trois commandements de la loi non écrite : ils en sont sans aucun doute un des aspects.

22. On remarquera d'ailleurs que le devoir relatif à la sépulture, si fréquemment mentionné en rapport avec les lois non écrites, ne figure pas dans nos listes de commandements.

Aristote offre un mot pour cet aspect de la justice qui, comme il dit, « dépasse la loi écrite », c'est le mot *d'epitkeia*, ou d'équité, qui occupe une si grande place dans l'*Éthique* à *Nicomaque*²³ : l'équité comporte, selon le texte, que l'on soit indulgent aux faiblesses humaines, que l'on considère non la lettre de la loi, mais son esprit. En somme, ce qui ressortit de la loi non écrite relève de la morale et de la solidarité humaine ; et seul un sentiment direct du bien peut l'imposer aux hommes.

Bien qu'il n'y ait pas un abîme entre la grande loi des dieux invoquée par Sophocle et les règles de bonne équité auxquelles se réfère Aristote, il semble que ces deux auteurs fournissent un peu les maillons extrêmes d'une chaîne. Et tout se passe comme si la loi non écrite — destinée, chez les uns et chez les autres, à suppléer aux faiblesses de la loi écrite — avait peu à peu subi une évolution tendant à la placer sur un plan de plus en plus humain et laïc.

Cette évolution même n'était cependant pas sans danger : elle amenait la disparition des garants divins et, par suite, elle risquait d'exposer la loi non écrite à la même relativité que la loi écrite. En effet, privée de ses garants divins, la loi non écrite ne correspondait plus qu'à un accord tacite, qui semblait être universel mais pouvait fort bien ne pas l'être.

C'est ce qui explique les deux avatars de la loi non écrite.

II. Les lois communes

Lorsque les lois non écrites ne sont plus des lois divines, elles deviennent, en effet, plus simplement, les lois communes d'un certain groupe.

Aussi bien faut-il remarquer que, même commune à

23. Cf. en particulier V, 14 (1137 a sqq.), où le développement est très proche de celui de la *Rhétique* cité ici.

tous les hommes, une loi commune sans garant perd beaucoup de son caractère normatif pour se ramener à un usage. Le grec a de tout temps employé des formules où « la loi des hommes » n'est pas autre chose ; et l'ambiguïté de telles formules complique encore l'analyse. Cette ambiguïté apparaît par exemple, dans le passage où le serviteur d'Hippolyte donne comme une loi des hommes le fait de haïr la morgue (*Hippolyte*, 91-93), ou encore dans le fragment 332 d'Euripide, où c'est une loi commune des hommes que d'aimer ses enfants. La valeur est un peu la même lorsque Isocrate, pour critiquer l'éducation des Lacédémoniens, dit qu'ils se sont écartés des « lois communes » et n'ont pas une idée qu'ils partagent ni avec les Grecs ni avec les barbares (*Panathénaique*, 213). Enfin, à la limite, on parlera des lois des dieux elles-mêmes en termes d'usages et non de devoirs. Quand, dans le passage d'*Hippolyte* qui vient d'être mentionné, le serviteur demande s'il en va de même chez les dieux, le pieux Hippolyte répond en déclarant : « Oui, s'il est vrai que nous, les mortels, nous avons pour lois celles des dieux²⁴ : il ne veut évidemment pas dire que nous obéissions à un ordre direct, mais que les dieux font sans doute la même chose que nous ; et, dans la même pièce, Artémis s'exprime avec plus de netteté encore, puisqu'elle dit : « Telle est la loi des dieux : aux désirs qu'a formés la volonté d'un autre, nul ne consent à faire obstacle ; toujours nous lui laissons le champ libre » (1328-1330). Les dieux ont leurs coutumes, comme tel peuple particulier a les siennes.

Il ne faudrait cependant pas penser qu'une fois coupé le lien avec les dieux, la loi non écrite doive nécessairement perdre sa forme normative. Une loi commune des hommes est quelque chose de trop général pour ne pas s'apparenter à une simple description de nature. En revanche, un système de valeurs cher à

24. 98, traduction modifiée.

un groupe donné, qui se sent différent des autres et supérieur à eux, peut assez aisément définir un idéal commun. Et, s'il s'agit de corriger la variété du droit, de cité à cité, s'il s'agit de chercher quelque part, où ce soit, un ensemble de règles débordant ce cadre, et s'appliquant en particulier aux devoirs simplement humains qui peuvent régir les rapports entre gens de diverses cités, alors on a recours à ce que les auteurs appellent les lois communes des Grecs.

Celles-ci représentent une forme de loi non écrite, déjà un peu plus circonscrite dans sa présentation, mais aussi plus aisée à définir et plus fréquemment évoquée.

1) Lois communes des Grecs.

Il se trouve, en fait, que les deux auteurs qui représentent le mieux l'évolution des idées aussitôt après Sophocle — et qui sont ses contemporains, mais un peu plus jeunes — sont aussi les premiers à avoir mentionné avec quelque insistance ces lois communes des Grecs. Ils l'ont d'ailleurs fait à un moment où la lutte entre Grecs avait pris un caractère si violent que la conscience des gens cherchait assez naturellement à retrouver des traditions pour justifier son indignation.

Si les Lacédémoniens devaient trahir le serment prêté à Platée, ils commettraient une faute, disent les Platéens, « envers les lois communes des Grecs et envers vos ancêtres » (Thucydide, III, 59, 1). Quand les Platéens ont tué des hommes qui s'étaient rendus et qu'ils avaient promis d'épargner, ils ont agi, disent les Thébains « contre toute loi » (III, 66, 2) ; aussi Sparte doit-elle les punir : « Défendez donc, Lacédémoniens, la loi grecque qu'ils ont transgressée... » (III, 67, 6). De même, un peuple qui refuse de laisser ensevelir des morts, comme les Athéniens à Delion, est accusé de « violer la loi commune des Grecs » (IV, 97, 2). Par un trait bien caractéristique, les Athéniens, contre qui est portée cette accusation, répondent en brandissant une

autre « loi grecque », qui elle-même ne fait que constater l'usage du droit de conquête : les lois non écrites qui n'ont point les dieux pour garants peuvent vite devenir usages ; les Athéniens le savent, et s'en servent. Mais il est manifeste que leur réponse ne se situe pas sur le même niveau que l'attaque : la loi qu'ils ont transgressée implique une condamnation morale²⁵.

Il en va de même des lois communes des Grecs que l'on trouve chez Euripide, dans un contexte comparable.

En particulier, l'affaire de Delion semble avoir inspiré directement les *Suppliantes* d'Euripide ; et le sujet de la pièce porte, une fois de plus, sur un refus de sépulture. Or, à trois reprises, on trouve dans la pièce la « loi des Grecs » ou même, avec un terme rare, la « loi panhellénique ». Aethra invite Thésée à agir contre les coupables en disant : « empêche qu'ils transgressent les lois communes des Grecs » (311). Thésée lui-même exige la sépulture des morts en disant : « Je ne fais qu'observer le droit commun des Grecs » (526) ; et plus loin il déclare officiellement : « nous voulons préserver la loi de tous les Grecs » (671)²⁶.

De même, si le massacre des prisonniers thébains apparaît dans Thucydide comme une atteinte aux lois des Grecs, Eurysthée, dans les *Hérachides* d'Euripide, précise que, puisqu'il s'est rendu, le mettre à mort serait une faute contre ces mêmes lois : « A présent que l'on m'a épargné quand je m'offrais volontiers à la mort, les lois des Grecs enseignent que je rendrai impur celui qui me tuera » (1010-1011)²⁷.

25. Le « *nomos* des Grecs » mentionné dans l'*Anabase* (V, 4, 33-34) n'est aussi qu'une coutume, une façon de vivre, opposée à celle des barbares ; mais cette « façon de vivre » se confond avec l'idée de civilisation : faire l'amour en public est à l'opposé du *nomos* des Grecs.

26. Traduction rectifiée : la traduction de la collection des Belles-Lettres, apparemment peu soucieuse du problème traité ici, traduit : « nous voulons le respect du droit universel » !

27. Traduction M. Delcourt. En revanche, les passages d'*Hé-*

Au reste, la preuve que les « lois des Grecs » impliquent de véritables commandements est apportée par le fragment 883 du même Euripide, qui définit les trois vertus essentielles comme étant « le respect des trois celui des parents, enfin celui des « lois communes des Grecs ».

Certes, l'application de ces « lois communes des Grecs » porte avant tout sur les règles de la guerre. Et elles devaient, en quelque sorte, rester spécialisées en ce domaine. C'est ainsi que l'on retrouve des allusions à ces lois dans des textes historiques²⁸, comme Diodore (XIII, 23-24 ; XIX, 63) ou Plutarque, *Vie de Périclès*, 29. Mais il n'en reste pas moins qu'elles font appel à des principes très généraux, relevant de l'ordre moral. Ce sont des « lois grecques » parce que les Grecs représentent la civilisation²⁹ ; mais, avant tout, elles définissent ce qu'on appelle le droit des gens.

D'ailleurs, il est aisé de constater que lois non écrites et lois des Grecs se chevauchent, se recouvrent, se confondent : il s'agit dans les deux cas d'ensevelir les morts³⁰, d'épargner des suppliants ou bien des prisonniers qui ont fait reddition³¹, de rester fidèle à des serments³², de respecter ses hôtes³³. Tous ces devoirs présentent le caractère commun d'avoir été à l'origine des devoirs d'ordre religieux et de porter dans la pra-

lène où il fait allusion aux rites funéraires grecs appelés *nomoi* des Grecs (1241, 1246, 1429, 1561) ont un caractère plus spécifiquement religieux.

28. Sans parler de « lois », Thucydide dit encore : « Tous les Grecs indistinctement tenaient pour suspect qu'on traversât le pays d'autrui sans en avoir obtenu l'autorisation. » (IV, 78, 2). Cf. par exemple l'Archéologie de Thucydide. » (IV, 78, 2).

30. Ainsi particulièrement athénien, le *Panegyrique* d'Isocrate. *Plaintes* d'Euripide, dans Thucydide, dans les *Supplémentaires* (textes cités plus bas).

31. Ainsi dans les *Héraclides* d'Euripide, dans Thucydide, dans Diodore.

32. Dans Thucydide ; voir aussi Plutarque, *Périclès*, 29.
33. Dans le *Cyclope* d'Euripide, 299.

tique sur les relations d'ordre humain, dans lesquelles ils visent à maintenir une sorte de solidarité de principe, et de respect d'autrui.

A ce titre, on peut, selon les cas, les considérer comme lois « divines » ou comme « loi des Grecs ». On en trouve une preuve éclatante dans la façon dont Isocrate évoque, en divers passages de son œuvre, le rôle joué par Athènes dans l'affaire des Sept contre Thèbes, lorsqu'elle obligea Thèbes à laisser ensevelir les morts. On a cité plus haut un passage du *Panathénaique*, 169, dans lequel il disait que « l'ensemble des hommes » reconnaissait un tel devoir et qu'une « puissance divine » l'avait imposé. Or, dans le même discours, à la phrase suivante, le même Isocrate dit qu'Athènes se refuse à laisser Thèbes « transgresser une loi commune des Grecs ».

Entre les deux formes de lois non écrites, il n'y a donc souvent qu'une différence de terme. Et le changement de terme s'explique de deux façons.

Tout d'abord, le second terme s'applique mieux à une époque informée de la relativité des lois et des coutumes. Il est plus positif. Il est moins idéaliste. Par là, il correspond à une philosophie moins idéaliste.

Mais, en même temps, ce second terme correspond à une tendance politique. Il apparaît surtout dans des textes où l'union des Grecs est sentie comme un besoin. Chez Euripide, il s'accompagne du terme révélateur de « panhellénique ». Il implique un appel à une solidarité grecque. Et ce qu'il a perdu en idéalisme sur le plan de la philosophie en général se retrouve, de la sorte, au niveau de la pensée politique.

Une coloration politique analogue caractérise le second avatar de la loi non écrite, qui, lui, implique la considération d'une collectivité plus réduite encore.

2) Les « patria ».

La loi non écrite, au lieu de s'appliquer à l'humanité entière, ou bien à tous les peuples grecs, peut, en effet,

ne s'appliquer qu'à une cité déterminée. A ce moment elle désigne un ensemble de principes qui n'ont pour garants que la tradition et se transmettent, en fait, par le moyen de l'éducation.

On hésiterait à faire rentrer de tels principes dans les lois non écrites si le témoignage de Platon n'était, sur ce point, formel.

Dans le *Politique*, 295 a, il admet que le législateur, dépassé par le nombre et la variété des cas que doit prévoir la loi, peut, au lieu d'instituer des lois écrites, se contenter de règles « non écrites », et « donner force de loi aux coutumes nationales ».

Dans les *Lois*, il est plus net encore ; car, évoquant les principes d'une vie raisonnable et modérée, il précise que ces principes seront le lien de la cité : « Toutes ces règles, formulées par nous tout à l'heure sont ce que le vulgaire appelle les coutumes non écrites³⁴ ; et ce qu'il nomme les lois des ancêtres n'est pas autre chose que l'ensemble de ces règles » (793 a). Ces règles ne doivent, à son avis, ni être appelées des *nommoi* ni être passées sous silence. Elles sont « comme des coutumes ancestrales et tout à fait anciennes qui, sagement établies et fidèlement observées, tiennent enveloppées d'une entière sauvegarde les lois déjà écrites ». Et il fait encore appel, pour le salut de la cité, à des préceptes de ce genre, lorsque, souhaitant que l'acte voluptueux s'accompagne de quelque honte, il déclare que se cacher doit être, en ce domaine, une obligation « créée par la coutume et la loi non écrite » (841 b)³⁵.

Cette notion de tradition vaut à différents niveaux ; mais il est manifeste qu'ici encore, deux sortes de raisons peuvent pousser à la mettre en avant.

Il est, d'abord, des raisons purement intellectuelles,

34. L'expression est *agraptha nomina*, comme dans *Antigone*.
35. L'expression, ici, est bien « loi non écrite ». On remarquera que l'application de cette loi coïncide avec ce que Xénon considèrerait comme une tradition grecque : cf. ci-dessus, p. 41 et n. 25.

qui tiennent aux limites de la loi écrite, dans son contenu et dans son fondement. Platon et Aristote, l'un et l'autre³⁶, insistent sur l'idée que la loi non écrite ne saurait prévoir tous les cas : pour une analyse systématique, il manque donc un principe quelconque valable pour ceux qui n'étaient pas prévus. D'autre part, à une époque où la loi écrite se trouvait contestée, une tradition nationale pouvait, à défaut de garants divins, constituer un fondement de caractère vivant et concret.

Aussi bien, comme pour les « lois communes des Grecs », et plus nettement encore, cette tradition non écrite semble avoir dû son importance à des raisons d'ordre politique. Les traditions sont le fait des nobles, des conservateurs ; et les grandes familles sont les plus désignées pour conserver le sens des valeurs passées, des *patris*³⁷. A Athènes, ceux qui sont opposés aux excès de la démocratie demandent le retour à ce qu'ils appellent la « constitution des ancêtres » ou *patris politeia*³⁸ ; et ils insistent sur la vertu, dont ils auraient, en quelque sorte, l'apanage. D'ailleurs, si Sparte est connue pour l'obéissance aux lois dont témoignent ses citoyens, elle l'est aussi pour le secret de ses institutions et pour ses traditions rigoureusement transmises. Si la loi écrite est démocratique, la tradition non écrite est aristocratique³⁹.

36. Cf. *Rhétique*, 1374 a et ci-dessous, pp. 211-212.

37. Sur cet aspect, cf. Hirtzel, *Agraphos Nomos*, pp. 44-45.

38. Les partisans de la *patris politeia* s'élèvent à l'occasion contre le trop grand nombre des lois athéniennes. Ainsi Isocrate, dans l'*Aréopagitique*, 41 : « Les bons politiques doivent, non pas remplir les portiques de textes écrits, mais maintenir la justice dans les âmes : ce n'est pas par les décrets, mais par les mœurs, que les cités sont bien régées » ; cf. *Panégistique*, 78, et ci-dessous, p. 184.

39. Hirtzel, *Agraphos Nomos*, pp. 69-70, montre bien la différence entre Sophocle, qui se fait le chantre de la loi non écrite, et Euripide, qui célèbre la loi écrite. De même, tous deux louent Thésée, mais l'un pour l'ordre et pour l'éducation morale, l'autre pour la liberté démocratique.

3) Lois non écrites et loi naturelle.

Sous des formes très différentes et à des moments différents de l'histoire athénienne, la loi non écrite a donc offert un recours à ceux que le *nomos* écrit laissait insatisfaits. Senti comme limite, comme relatif, il ne suffisait pas aux consciences un peu exigeantes, qui aspiraient, selon les cas, à une loi morale, à un droit des gens, voire à un système de valeurs marquant l'unité d'une cité.

Ces rôles différents, ces approches successives, ces interprétations toujours renouvelées, expliquent que ce grand classificateur que fut Aristote se soit heurté à un problème. R. Hirzel dans son étude sur les lois non écrites est parti de ce qui est à ses yeux une contradiction : dans la *Rhétorique*, I, 1368 b 7, Aristote déclare, en effet, qu'il entend par loi particulière la loi écrite qui régit chaque cité, et par lois communes celles qui, sans être écrites, semblent être reconnues par le consentement universel⁴⁰; or, peu après, à 1373, b 4, il donne une définition différente : « Par loi, j'entends d'une part la loi particulière, d'autre part la loi commune; par loi particulière, celle qui pour chaque peuple, a été définie relativement à lui : et cette loi est tantôt non écrite, tantôt écrite; par loi commune, j'entends la loi naturelle⁴¹. Car il y a une justice et une injustice dont tous les hommes ont comme une divinité et dont le sentiment leur est naturel et commun, même quand il n'existe entre eux aucune communauté, ni aucun contrat : c'est évidemment là, par exemple, ce dont parle l'Antigone de Sophocle ». Et, bien entendu, Hirzel ne manque pas de trouver d'autres témoignages,

40. *Περὶ τῶν νόμων ἀναλογησάμενος* *ῥητορ.* C'est la classification que Diogène Laërce, III, 86, attribue à Platon.

41. *κοινὸν δὲ τὸν κατὰ φύσιν*, cf. plus loin pour Antigone : *ὁς φύσει ὅν τοῖτο δέκατον*.

confirmant, pour les uns, le premier classement, pour les autres, le second⁴².

En réalité, pour qui a suivi dans le temps les avatars de la loi non écrite, le flottement d'Aristote se comprend fort bien et ne suppose, de sa part, aucune contradiction réelle.

Si on laisse de côté les *patría*, comme il est très naturel de le faire et comme les Grecs l'ont fait lorsqu'ils ont découvert le problème des lois non écrites, l'opposition qui se dégage est claire et ferme : elle ne comporte que deux termes et ne met en regard des lois de la cité, ou lois écrites, que la loi non écrite d'Antigone ou la loi commune des Grecs. Cherchant seulement à préciser les buts des coupables, Aristote part de cette distinction.

Mais bientôt, voulant être à la fois plus clair et plus exhaustif, il reprend sa distinction en y insérant — comme on l'a fait dans ce chapitre, les *patría*. Seulement, du coup, il est amené à présenter un classement plus subtil : car les *patría*, de toute évidence, ne sont ni des lois universelles, ni par conséquent des règles ressortissant au jugement moral.

Si bien que le flottement d'Aristote attire, en définitive, notre attention sur la différence de nature, profonde et riche de sens, qui oppose la loi écrite et les *patría*, dans leur relativité, à la vraie loi non écrite — celle qu'Aristote ramène à une sorte de droit naturel. De fait, si l'on met à part les *patría*, il est manifeste que les Grecs, après avoir élaboré une théorie des lois de la cité, ont eu tendance à corriger et à compléter cette notion, en y joignant celle d'une loi naturelle, ancrée dans la conscience des hommes et pouvant,

42. Pour le premier, *Éthique à Nicomaque*, VIII, 1162 b 21 sqq. Pour le second, *ibid.* X, 1180 b et *Politique* VI, 5, 1319 b.

Cf plus récemment J. W. Jones, *The law and legal theory of the Greeks*, p. 64 : « Aristotle's references to the unwritten law are neither clear nor consistent. At one time, it is the rules universally recognized, as distinguished from the particular law of a state; at another, it is part of such particular law ».

selon les cas, expliquer ou compléter la loi politique, et même, à l'occasion, prendre le pas sur elle.

C'est très exactement cette loi dont Antigone affirme l'existence. Pourtant, l'on remarquera que Sophocle n'a pas employé l'expression de loi naturelle : cette expression ne se rencontre pas avant le IV^e siècle (du moins dans les textes conservés) : on la trouve presque dans un passage de *Sur la Couronne* cité plus haut⁴³ ; mais il semble que la doctrine n'apparaisse avec précision que chez Aristote. Chez lui, l'existence d'une loi naturelle est clairement affirmée. On a cité plus haut un passage de la *Rhétique* qui distingue les lois particulières, propres à chaque peuple, des lois communes, qu'il appelle « naturelles » : « par loi commune, j'entends la loi naturelle ». De même, dans *L'Éthique à Nicomaque*, V, 10 (1134 b), Aristote oppose la justice « naturelle » à la justice « légale » : « Est naturelle celle qui a partout la même force et ne dépend pas de telle ou telle opinion ».

Le fait que l'expression de « loi naturelle » ne soit pas répandue plus tôt n'a, au reste, rien de surprenant : elle ne pouvait surgir que comme une réponse à la fameuse opposition entre la loi et la nature, qui devait prendre à Athènes une importance primordiale à l'époque des sophistes ; elle représente un effort de conciliation après une crise et porte, par conséquent, dans le choix même des mots, la trace de cette crise. Mais, pour le fond, Aristote ne s'y est pas trompé : la loi non écrite représente bien la loi naturelle.

Quoi qu'il en soit, et pour n'envisager le problème que du point de vue qui est le nôtre, c'est-à-dire celui de relevés jusqu'ici témoignent de deux traits assez remarquables.

Tout d'abord des références si fréquentes et si

43. Cf. ci-dessus, pp. 35-36.

diverses marquent bien qu'à divers points de vue, la loi écrite, dont la jeune démocratie athénienne était si fière, ne se suffisait pas à elle-même et n'était pas en mesure de s'identifier avec la justice. Trop relative, trop limitée, trop partielle et parfois partiale, la loi écrite était, en un sens, inférieure à la loi non écrite.

Et d'autre part, s'il est vrai que, par contraste, la loi écrite apparaît relative et limitée, tandis que la loi non écrite apparaît absolue et plus ou moins universelle, les avatars qu'elle subit montrent que, avec l'évolution des esprits, elle devait elle-même subir le contre-coup de la relativité à laquelle elle avait pour fonction d'échapper.

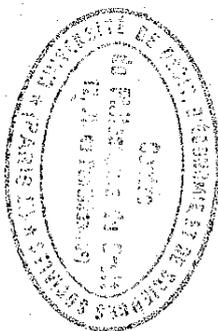
Aussi bien est-il temps d'en venir à ce second problème que devait bientôt soulever la loi écrite — le problème lié à son rapport avec les coutumes et à la découverte du caractère tout relatif présenté par ces coutumes. Ce problème était déjà perçu à l'époque de Sophocle ; et les prises de position qu'il devait entraîner expliquent pour une bonne part l'effort réitéré des Grecs d'alors pour se réfugier à l'abri d'un ordre moins mouvant ; mais elles expliquent aussi que la pensée grecque se soit ainsi trouvée devant une difficulté qu'il fallait résoudre directement.

La loi non écrite fournit un alibi, qui laisse la loi écrite à ses périls.

DOCUMENT 4 : E. BENVENISTE, « *Thémis* » et « *Dikè* » in *Le vocabulaire des institutions indo-européennes. 2, Pouvoir, Droit, Religion*

chapitre 1

thémis



Sommaire. — La racine commune à skr. *tha*, ir. *arta*, lat. *ars*, *artus*, *ritus*, qui désigne l'« ordre » comme adaptation harmonieuse des parties d'un tout entre elles, ne fournit pas, en indo-européen, de désignation juridique.

La « loi », c'est en skr. *dhāman*, en gr. *thémis* — littéralement la règle établie (racine * *dhé* « poser dans l'existence ») par les dieux. Cette règle définit le droit familial : ainsi *thémis* s'oppose à *diké*, « droit interfamilial ».

La structure générale de la société, définie dans ses grandes divisions par un certain nombre de concepts, repose sur un ensemble de normes qui constituent un droit. Toutes les sociétés, mêmes les plus primitives, et à plus forte raison la société indo-européenne qui n'a rien de primitif — nous avons pu voir qu'elle a une civilisation matérielle développée et une culture également riche — sont régies par des principes de droit quant aux personnes et aux biens. Ces règles et ces normes se marquent dans le vocabulaire.

Comment connaissons-nous l'organisation juridique de la société indo-européenne ? Y a-t-il un terme qui, dès l'époque commune, désigne le droit ? A une question ainsi posée, impliquant à la fois la généralité de la notion et la totalité des langues, il semble qu'on doive répondre non. Il y a bien des termes pour le « droit », mais ils sont propres à chaque langue. Cependant les principaux se relient à des éléments du vocabulaire commun et peuvent attester déjà une spécification juridique remontant à l'époque indo-européenne.

Il nous faudra étudier à la fois l'origine des termes

attestés historiquement et l'évolution qui, partant de formes communes, en a particularisé le sens pour aboutir à des noms d'institutions.

On peut poser, dès l'état indo-européen, un concept extrêmement important : celui de l'« ordre ». Il est représenté par le védique *ṛta*, iranien *arta* (avestique *aša*, par une évolution phonétique particulière). C'est là une des notions cardinales de l'univers juridique et aussi religieux et moral des Indo-Européens : c'est l'« Ordre » qui règle aussi bien l'ordonnance de l'univers, le mouvement des astres, la périodicité des saisons et des années que les rapports des hommes et des dieux, enfin des hommes entre eux. Rien de ce qui touche à l'homme, au monde, n'échappe à l'empire de l'« Ordre ». C'est donc le fondement tant religieux que moral de toute société ; sans ce principe, tout retournerait au chaos.

L'importance de cette notion se marque au nombre considérable de formes lexicales qui en sont tirées. Il serait vain d'énumérer en détail tous les dérivés indiens et iraniens de *ṛta* et *arta*, dans le vocabulaire et dans l'onomastique. L'antiquité indo-iranienne du terme se marque en outre à des archaïsmes de morphologie : le « fidèle de l'*arta*, qui est moralement accompli » est dit en sanskrit *ṛta-van*, féminin *ṛta-vari* ; de même en iranien *artavan*, *artavari*. Cette différence remarquable entre le masculin et le féminin de la forme suffixale *-van*, *vare* s'explique par le même jeu que l'ancienne flexion dite hétéroclitique, qui a laissé des survivances dans le paradigme de grec *hádōn*, *hádatos*, latin *iter*, *itineris*.

De plus, dans l'Avesta, cette notion est personnifiée : il s'y trouve un dieu *Arta*. Par l'intermédiaire d'une suffixation d'abstrait en *-tu*, l'indo-iranien a constitué le thème véd. *ṛtu*, av. *ratu*, désignant l'ordre spécialement dans les saisons, la période de temps — et aussi : la règle, la norme, d'une manière générale.

Toutes ces formes se rattachent à une racine *ar-*, bien connue par de nombreuses formations hors de l'indo-iranien et qui rejoignent plusieurs des catégories formelles précédentes. La racine est celle de gr. *arastískō* « ajuster, adapter, harmoniser » (arn. *arnel* « faire »), à laquelle se relient plusieurs dérivés nominaux : avec

-ti, lat. *ars*, *artis* « disposition naturelle, qualification, talent » ; avec *-tu*, lat. *artus* « articulation », et aussi avec une autre forme du radical, lat. *ritus* « ordonnance, rite » ; gr. *artús* (arn. *ard*, génitif *ardu* « ordonnance ») ainsi que le présent *artimō* « arranger, équiper » ; avec **-dhrō-* gr. *arthrōs* « lien, jonction » ; avec **-dhrō-*, gr. *arthron* « articulation, membre », etc.

Partout, la même notion est encore sensible : l'ordonnance, l'ordre, l'adaptation étroite entre les parties d'un tout, bien que les dérivés se soient diversement spécialisés selon les langues. Voilà donc, dès l'indo-européen, un concept général englobant, sous de nombreuses variétés lexicales, les aspects religieux, juridiques, techniques, de l'« ordre ». Mais sur chaque domaine des termes distinctifs étaient nécessaires. C'est pourquoi le « droit » a reçu des expressions plus précises et qui doivent être étudiées dans leur sphère propre.

Voici maintenant les principales.

En sanskrit védique on rencontre d'abord *dharmā-*, neutre *dharmān*, qui équivaut à « loi », mais dont le sens propre est « maintenance, statut » (de *dhā-* « tenir ») et selon les cas « coutume, règle, usage ». C'est un terme de vaste portée dans la religion, la philosophie, le droit aussi, mais limité à l'Inde.

A cette racine indo-iranienne *dhā-* « tenir fermement » correspond probablement celle de latin *firmus*, qui a une formation en *-m-* comme *dharmān*. La « loi » est ici « ce qui tient fermement, ce qui est établi solidement ».

Une autre image est reflétée dans skr. *dhāman*, « loi », et aussi « siège », « lieu ». La formation de *dhāman* est symétrique de celle de *dharmān*, mais elle procède de *dhā-* « poser », indo-européen **dhē-* « poser, placer, établir », racine qui a donné en latin *facio* et en grec *tithēmi*. Il faut noter que le sens de **dhē-* est : poser d'une manière créatrice, établir dans l'existence, et non pas simplement laisser un objet sur le sol. Le dérivé *dhāman* désigne donc l'« établissement », à la fois ce qui est posé, créé et l'endroit où l'on pose, où l'on établit ; à la fois le domaine, le site et aussi la chose posée, créée dans le monde. A partir de là, nous voyons comment se définit aussi le sens de « loi » pour *dhāman*, la « loi »

étant d'abord un « établissement », une institution fondée et prenant dès lors existence.

Cette conception n'est pas limitée à l'indo-iranien. Nous trouvons dans d'autres langues aussi des termes tirés de la même racine et qui se relient au vocabulaire du droit. En grec, nous en avons plusieurs, et de haute importance. D'abord, *thesmós* (dorien *thetmós*, *tehmós*, ancienne forme à redoublement * *thetmō-*) « disposition légale, règle, norme ». Mais le terme le plus notable est *thémis*.

La formation de *thémis* est voisine de celle de *thémethla* (chez Homère *themelía*) qui se rapporte à la construction et désigne « la base, le fondement ». On sait que *thémis* présente une flexion archaïque : le génitif est chez Homère *thémistos* et le pluriel *thémista*, *thémistes*, normalisés ultérieurement en gén. *thémistos*, acc. *thémín*. Il s'agit probablement d'un ancien neutre. Il n'y a pour l'instant rien à tirer, ni pour la forme ni pour le sens, du mycénien *ti-mi-to* qui y a été comparé.

A la quantité radicale près, *thémis* est exactement comparable à l'aveistique *dāmi-* sous le rapport de la formation, et ce rapprochement est notable, car une suffixation en *-mis*, comme celle de *dāmanis*, est assez rare. Cela rend probable que *thémis* est un mot très ancien et qu'il a subi des arrangements destinés à normaliser une flexion archaïque.

Mais l'aveistique *dāmi-* a reçu la fonction de nom d'agent et signifie « créateur ». Si nous cherchons à gr. *thémis* un correspondant de même sens, nous le trouvons dans le dérivé neutre en *-man* tiré de la même racine en indo-iranien, qui est *dhāman* « loi », et qui désigne précisément, au sein de l'ordre prescrit par Mitra et Varuna, une disposition relative à la maison et à la famille. Ce trait est important, parce qu'il montre la sphère d'application de cette loi. Or, que signifie *thémis* ? Corrélation notable, *thémis* désigne le droit familial et s'oppose à *dike* qui est le droit entre les familles de la tribu (1).

(1) L'histoire de ces deux termes, leur signification précise et leur rapport sont étudiés dans un ouvrage excellent de Gustave Glotz, *La solidarité de la famille dans le droit criminel grec*, Paris, 1904. (Cf. notamment p. 21.)

On doit y insister, car les dictionnaires ne tiennent aucun compte de cette distinction. De plus, la *thémis* est d'origine divine. Seul ce sens permet de comprendre et d'unifier des acceptions en apparence très diverses. Dans l'épopée, on entend par *thémis* la prescription qui fixe les droits et les devoirs de chacun sous l'autorité du chef du *génos*, que ce soit dans la vie de tous les jours à l'intérieur de la maison ou dans les circonstances exceptionnelles : alliance, mariage, combat.

La *thémis* est l'apanage de *basileüs*, qui est d'origine céleste, et le pluriel *thémistes* indique l'ensemble de ces prescriptions, code inspiré par les dieux, lois non écrites, recueil de dits, d'arrêts rendus par les oracles, qui fixent dans la conscience du juge (en l'espèce, le chef de la famille) la conduite à tenir toutes les fois que l'ordre du *génos* est en jeu.

On retrouve même dans les emplois les plus consacrés, les caractères spécifiques de cette notion. Considérons l'expression d'allure banale *bê thémis estin* qu'on traduit généralement par « comme il convient ». Ainsi Il. 2, 72-73 : « Je vais tenter (les fils des Achéens) d'abord par des paroles, *bê thémis estin* ». Agamemnon parle ici en *basileüs* responsable de son armée, il en est le chef, il exerce la *thémis*, qui lui prescrit la conduite à suivre, les usages à observer. Cette *thémis* s'énonce par des *thémistes*, qui sont des arrêts. Au chant 16 de l'Iliade, v. 387, nous voyons « la colère de Zeus contre les hommes qui par violence dans l'assemblée décident des *thémistes* boiteuses, tordues », c'est-à-dire ceux qui rendent, sous l'empire de la violence, des arrêts injustes.

Parfois le contexte est indispensable à l'appréciation de l'emploi. Patrocle s'élançait dans le combat et défait successivement tous ses adversaires ; mais brusquement sa mort se prépare sans qu'il le sache, car Phoibos Apollon lui-même va l'affronter sous un déguisement. « Son casque de bataille roule sous les pieds des chevaux et se souille de sang et de poussière... Il n'était pas permis (*ou thémis éen*) auparavant que ce casque pût se souiller de poussière, mais il couvrirait la tête d'un homme divin, d'Achille ; mais alors Zeus a accordé à Hector de le porter sur sa tête. » (16, 796 ss.) L'expression même l'indique ;

c'est en vertu d'un ordre divin que ce casque qui appartenait à Achille ne doit jamais se souiller de poussière. C'est qu'Achille est un « homme divin » (*anēr theios*, v. 798), il fait partie de la famille divine ; ses armes même bénéficient de ce privilège divin.

Cette organisation sociale et la *thémis* qui y règne ressortent mieux encore du tableau inverse que le poète trace en quelques traits du pays des Cyclopes. Ceux-ci, dit-il, sont *athémistes* ; chez eux, il n'y a ni assemblées de délibération, ni *thémistes* ; chacun dicte sa loi (*themisteiēiē*) à ses femme et enfants, et nul ne se soucie des autres (Od. 9, 106-115). Voilà illustrée d'une manière lumineuse la définition de la *thémis*. Là où il n'y a pas de *génos* et de roi, il n'y a pas de *thémis*, ni d'assemblée ; chaque famille vit sous sa propre loi. Ces Cyclopes sont décidément des sauvages.

Et voici maintenant un texte qui présente une corrélation des deux termes *thémis* et *dikē*, et qui, de l'un, nous achemine vers l'étude de l'autre.

Ulysse est reçu chez Eumée sans être reconnu de lui et il le remercie pour son hospitalité : « Puisse Zeus et les autres dieux t'accorder tout ce que tu peux souhaiter ! » Eumée répond : « La *thémis* ne me permet pas (*ou moi thémis est'*), même si quelqu'un venait de plus misérable encore que toi, d'outrager un hôte ; car c'est de Zeus que viennent tous les hôtes et tous les pauvres » (Od. 14, 53 ss.).

Ainsi un étranger est reçu au sein de la famille en vertu de la *thémis*, parce qu'il vient de Zeus. Eumée poursuit : « Je ne puis, dit-il, que te donner un petit don, mais je te le donne volontiers ; car telle est la *dikē* des esclaves, toujours dans la crainte quand de nouveaux maîtres ont le pouvoir... » Il pense ici à la domination tyrannique, capricieuse, brutale des prétendants. Cette fois, l'emploi de *dikē* montre justement que l'on sort de la famille même et qu'il s'agit de rapports avec d'autres groupements. Justice et droit sont strictement définis par les limites du domaine où ils s'appliquent.

Tout nous rappelle donc que cette *thémis*, ces *thémistes* ne sont pas inventées, arbitrairement fixées par ceux qui doivent les appliquer : elles sont d'origine divine.

Comme Nestor le dit à l'Atride : « Tu régnes sur de nombreux *laoi* ; à toi Zeus a confié le sceptre et les *thémistes*, afin que tu diriges leurs délibérations » (Il. 9, 97). Le roi, le désigné de Zeus est investi de ces deux attributs ; l'un, matériel, le sceptre ; l'autre, la connaissance des *thémistes*.

A l'autre extrémité, au rang le plus humble, le porcher Eumée invoque aussi la *thémis* pour honorer de son mieux l'hôte, qui vient de Zeus. Partout s'affirme ce rapport entre l'ordre du *génos* et les sentences divines. Et par-delà la civilisation homérique, nous retrouvons dans le *dhāman* indien un correspondant précis de *thémis* : c'est l'ordre de la maison et de la famille, établi par une volonté divine, celle de Mitra et de Varuṇa.

chapitre 2

dikē

Sommaire. — Le latin *dico* et le grec *dikē* imposent la représentation d'un droit formulaire, déterminant pour chaque situation particulière ce qui doit être. Le juge — hom. *dikas-pōlos* — est celui qui a la garde du formulaire et qui prononce avec autorité, *dicit*, la sentence appropriée.

A la notion de *thémis* fait pendant celle de *dikē*. La première indique la justice qui s'exerce à l'intérieur du groupe familial ; l'autre, celle qui règle les rapports entre les familles.

Et tout de suite nous apercevons, entre l'expression de ces deux notions, des différences significatives. L'une touche à la formation même des termes. On a vu ci-dessus que *thémis* est dérivé de **dhē-* au moyen d'un suffixe dont l'indo-iranien a l'équivalent. Il en va autrement de *dikē*, qui est tiré de la racine **deik-* avec addition de *-ā* féminin, et dont les correspondants nominaux reproduisent la racine non suffixée ; ce sont les noms-racines skr. *dis-* « direction, région », lat. **dix*, qui survit dans la locution *dixis causā* « pour la forme ».

Une autre différence entre *thémis* et *dikē* se marque encore dans la représentation respective des notions. A la base de *thémis*, il y a une racine « poser, placer, établir ». Le sens du terme s'énonce ainsi directement et sa valeur institutionnelle procède de la même conception qui est présente dans les formes verbales de cette racine. Ici, par contre, nous sommes en présence d'une racine qui n'explique pas immédiatement le sens pris par *dikē*, et qui, même en grec, se développe autrement dans ses formes verbales et dans ses formes nominales.

Il s'agit d'une racine * *deik-* qui donne respectivement *dis-* en sanskrit, *dis-* en iranien, *dico* en latin, *deiknumi* en grec. Mais ces formes, si exactement correspondantes, ne concordent pas dans leur sens, puisque gr. *deiknumi* signifie « montrer » et lat. *dico* « dire ». Il faudra donc arriver, par un travail d'analyse, à dégager le sens qui expliquera que *dikē* ait le sens de « justice ».

Si l'accord de l'indo-iranien et du grec donne le droit de considérer comme premier le sens de « montrer » par rapport à celui de « dire », il n'en résulte pas que la translation de « montrer » à « dire » soit aisée à restituer. C'est déjà là un premier problème.

Essayons de construire cette représentation ancienne de « montrer ».

1) « montrer » de quelle manière ? avec le doigt ? C'est rarement le cas. En général le sens est « montrer verbalement », par la parole. Cette première précision est confirmée par de nombreux emplois de *dis-* en indo-iranien pour « enseigner » — ce qui revient à « montrer » par la parole, non par le geste. En outre, il y a en latin un composé sur lequel il faudra revenir, où * *deik-* est joint à *ius* : c'est *in-dex*, où * *deik-* représente un acte de parole.

2) « montrer » de quelle manière ? incidemment, à titre d'exemple ? et n'importe qui peut-il « montrer » ?

Le composé latin *in-dex* implique le fait de montrer avec autorité. Si ce n'est pas là le sens constant de gr. *deiknumi*, le fait est dû à un affaiblissement de la racine * *deik-* en grec. Toute l'histoire de lat. *dicere* met en lumière un mécanisme d'autorité : seul le juge peut *dicere ius*. Cette liaison se retrouve dans une langue italique, avec *med-* substitué à *ius* dans l'osque *med-dis*, latinisé en *medix* où *med-* est apparenté au lat. *medeor*. Dans cet équivalent osque de *index*, le terme pour « droit » est distinct, mais *dicere* reste constant.

Il faut rappeler en outre la formule latine où le préteur résumait les trois fonctions qu'il n'a le droit d'exercer qu'à certains jours que le calendrier prescrit : *do, dico, addico*. Il est fondé à « donner », à « énoncer certaines règles », à « adjuger ». Cette même représentation conduit à l'emploi fréquent de *dicere* dans la langue des

tribunaux : *diem dicere* « fixer un jour pour une cause » ou *multam dicere* « prononcer une amende ».

3) « montrer », mais quoi ? une chose visible, un objet existant ? Voici le dernier trait de la signification de * *deik-* : c'est montrer ce qui doit être, une prescription qui intervient sous la forme, par exemple, d'un arrêt de justice.

Ces indications permettent de préciser le sens initial de gr. *dikē*, en tant que terme d'institution. En comparant les formes skr. *dis* et lat. *dicis causa*, on voit que * *dis* énonce cette fonction comme normative ; *dicis causa* signifie « selon l'énonciation formelle », ou comme nous disons « pour la forme ». On rendra donc * *dis* littéralement comme « le fait de montrer avec autorité de parole ce qui doit être », c'est-à-dire la prescription impérative de justice.

Cette valeur impérative de *dikē* ressort de plusieurs exemples. Dans la description du bouclier d'Achille figure une scène de justice décrite en détail (Iliade 18, 497 ss.). Deux plaideurs sont devant le tribunal ; l'assemblée, fort agitée, prend parti pour l'un ou pour l'autre. L'enjeu est une *pointé*, le prix du sang, servant au rachat d'un meurtre. Au centre de l'assemblée sont les anciens, assis dans un cercle sacré sur des pierres polies. Chacun d'eux se lève et prononce à son tour. Au milieu d'eux il y a deux talents d'or réservés au juge qui « aura dit la plus droite sentence », *dikēn ithinūata eipoi* (v. 508).

Une *pointé* est le type même de la cause qui intéresse la *dikē*, la justice interfamiliale. Les termes de l'expression homérique attestent une même construction en grec et en latin : nous avons *dikēn eipēin* « dire la *dikē* », comme en latin *dicere*. On voit comment cette « monition » aboutit à un acte de parole : en grec le substantif *dikē* a appelé un verbe « dire » (*eipēin*) ; en latin c'est le verbe même « montrer » (* *deik-*) qui a glissé au sens de « dire ».

Relevons enfin l'adjectif *ithūus* (*ithūnata*) « droit » (au sens d'une ligne droite). L'image complète bien celle qui est impliquée dans * *deik-* : montrer ce qu'on doit faire, prescrire la norme. Car, il ne faut pas l'oublier, la *dikē* est une formule. Rendre la justice n'est pas une

opération intellectuelle qui exigerait méditation ou discussion. On se transmet des formules qui conviennent à des cas déterminés, et le rôle du juge est de les posséder et de les appliquer. Par là s'explique l'un des anciens et rares noms du « juge », l'homérique *dikas-pólos*. C'est une désignation curieuse, formée comme *ai-pólos* « le chevrier », *bou-kólos* (avec *-kolos* variante de *-pólos*) « le bouvier », *oïno-pólos* « celui qui observe le vol des oiseaux (et qui en tire les augures) ». En tant que *dikas-pólos*, le juge est « celui qui veille sur les *dikai* ». Nous avons là un juxtaposé de caractère archaïque avec un accusatif pluriel au premier terme. Les *dikai* sont bien les formules de droit qui se transmettent et que le juge a charge de conserver et d'appliquer.

Cette représentation répond à ce que nous savons des codes de justice chez les peuples de civilisation traditionnelle, recueils de lois orales, articulés fortement autour des relations de parenté, de clan ou de tribu.

Tel est le point de départ du sens qu'on assigne ordinairement à *diké* : « usage, manière d'être », et où l'on peut encore retrouver la valeur d'institution. Quand Ulysse descendu aux enfers rencontre sa mère, il lui demande pourquoi il ne peut la saisir : telle est, répond-elle, la *diké* des mortels, ἀλλ' αὐτῆν δῖον ἔστι ποσειδῶν (Od. 11, 218). Ce n'est pas la « manière d'être », mais bien la « règle impérative », la « formule qui règle le sort ». Par là on arrive à l'emploi adverbial *dikēn* « à la manière de », c'est-à-dire « selon la norme de telle catégorie d'être ». La manière « habituelle » est en réalité une obligation de nature ou de convention.

Dès lors cette formule qui fixe le sort et l'attribution est devenue en grec la « justice » même. Mais la notion éthique de justice, telle que nous l'entendons, n'est pas incluse dans *diké*. Elle s'est peu à peu dégagée des circonstances où la *diké* est invoquée pour mettre fin à des abus. Cette formule de justice devient l'expression de la justice même, quand la *diké* intervient pour mettre fin au pouvoir de la *bia*, de la force. La *diké* s'identifie alors avec la vertu de justice — et celui qui a la *diké* pour lui est *dikaïos* « juste ».

chapitre 3 ius et le serment à Rome

Sommaire. — Parallèle à *diké*, le latin *ius*, qu'on traduit par « le droit », a un verbe dérivé, *irare* qui signifie « jurer ». Etrange au premier abord du point de vue sémantique, cette dérivation est éclairée par deux enquêtes complémentaires :

1°) rapproché de l'av. *yozi* et considéré dans son affinité particulière avec le verbe *dico* (*ius dicere*, *iudex*), *ius* peut être défini comme « la formule de contomnie » ;

2°) nombre de textes montrent qu'à Rome, jurer, *irare*, c'est prononcer une formule, le *ius iurandum* « serment », litt. « formule à formuler », redoublement significatif de ce qui est essentiel dans l'acte de jurer ; de fait, le juré doit répéter mot à mot la formule qui lui est imposée : *adiurati in quae adactus est verba*.

Autre terme latin lié à la pratique juridique, *arbitr* désigne, curieusement, à la fois le « témoin » et l'« arbitre ». En fait les textes montrent que l'*arbitr* est toujours le témoin invisible, propre à devenir, dans certaines actions judiciaires déterminées, un *iudex* impartial et souverain.

L'analyse des emplois de *diké* a fait ressortir, entre autres, la fréquence des corrélations entre le grec *diké* et le latin *ius*. Ces deux termes, quoique différents par leur origine, entrent dans des séries parallèles : *dikēn eipein* répond à *ius dicere* ; *dikaïos* à *iustus*, enfin, d'une manière approximative, *dikas-pólos* à *iudex*. En outre, nous avons à relever le fait que *diké* désigne, par rapport à *thémis*, le droit humain opposé au droit divin, et que de la même manière, le *ius* s'oppose à ce que les Latins appellent *fas*. Que signifie donc en propre ce mot *ius* ? Ici persiste une étrange obscurité. On sait bien que *ius* désigne « le droit » ; mais ce sens lexical ne nous livre pas la signification véritable du terme. Et si nous cherchons celle-ci dans la relation entre *ius* et ses dérivés, nous rencontrons un nouveau problème : le verbe de *ius* est *irro* « jurer ».

L'IDÉE GRECQUE DE LOI DIVINE

2

Il me faut commencer par revenir en quelques mots sur ce qui constitue comme le degré zéro du lien entre le politique et le religieux : la Grèce classique. On a pu écrire l'histoire de l'émergence de la pensée grecque comme celle d'une laïcisation d'une mentalité religieuse au profit du « positif », du « laïc ». En politique, la figure « orientale » du roi sacré s'y est effacée au profit de la démocratie. En même temps, et parallèlement, la vision du monde des cosmogonies ioniennes présente une « désacralisation du savoir, avènement d'un type de pensée extérieur à la religion¹ ».

Si la Grèce a défait le lien entre le pouvoir et la divinité, elle a en revanche dégagé l'idée de « loi divine » et, déjà, celle de loi, le genre dont la loi divine est une espèce. Or, l'idée de loi n'a rien d'évident. Il en est déjà ainsi des mots qui la désignent. Les étudier permet de comprendre de quoi la Grèce a su dégager l'idée de loi.

LOI ET MŒURS

Le grec possède, à côté de *nomos*, d'une part, des mots formés sur la racine **dh* comme *thesmos* ou *themis*² ; il réserve, d'autre part, un terme spécial, *pséphisma*, pour les mesures qu'un corps politique décide de prendre dans des circonstances déterminées, et au prix d'un vote, auquel cas ces décisions sont demblée marquées comme d'origine humaine.

Le mot nomos

Dans le mot *nomos*, la notion de loi n'est pas demblée dégagée de celle de mœurs. *Nomos* désigne aussi bien les lois positives que les usages, les coutumes. Platon distingue : « Ce que la foule appelle les coutumes non écrites (*agrapha nomima*), il ne convient pas de les appeler lois (*nomos*³). » L'étymologie à partir du verbe *nomō* renvoie à l'idée de pâturage, ce qui permet divers jeux sur le législateur comme berger⁴. Le terme est relativement tardif ; il ne se trouve pas chez Homère. On l'a fait valoir à des fins apologétiques pour défendre par là l'antériorité de Moïse sur le plus ancien poète grec⁵.

Chez Hésiode, où *nomos* est attesté pour la première fois, il désigne la coutume, la façon d'agir, le *way* au sens le plus large. L'emploi de termes appartenant au vocabulaire juridique pour désigner la manière d'être d'une chose n'est pas le privilège de la Grèce. Ils se retrouvent dans l'akkadien *urtu*, le latin *pactum* (*hoc pacto*) ; le grec *dikē* (accusatif *dikēn*) ; et, dans la Bible, le mot pour « jugement » (*mishpat*) désigne aussi la façon de se comporter

que nous appellerions « naturelle » d'un être⁶. C'est ainsi qu'Hésiode écrit que « le fils de Kronos a donné comme *nomos* aux bêtes sauvages de se manger les unes les autres⁷ ». À l'évidence, *nomos* ne désigne pas ici un commandement ni même une activité valorisée en général. Bien au contraire, le poète insiste aussitôt après sur le devoir pour l'homme d'éviter une attitude analogue. Les animaux n'ont pas de *dikè*; Zeus a donné celle-ci aux hommes et à eux seuls. Le poète la connaît et l'en-seigne aux hommes⁸.

Avec l'avènement de la démocratie athénienne, l'idée de norme passe du *thesmos* comme imposé par un agent extérieur au *nomos* comme accepté par un groupe. Ce dernier mot change de sens. Il voulait dire « coutume » ; il en vient à être défini comme « la décision du peuple assemblé prescrivant ce qu'il faut faire et éviter⁹ ».

Loi et divinité

La norme et la divinité sont associées d'abord sous la figure des déesses du droit Thémis et Dikè¹⁰. Le divin apparaît comme origine de la norme là où Homère parle de Zeus comme de celui qui confère au roi le sceptre et les « arrêts » (*themistes*). Ce don permet de régner ou de « diriger les délibérations » (*bouleuschai*¹¹). Mais, pas plus que chez Hésiode, qu'on vient de citer, il ne s'agit de dicter une règle de comportement.

Il arrive que des auteurs attribuent la divinité aux *thesmoi*. Ainsi, Eschyle fait parler les Érinnyes de leur *thesmos* parfait donné par les dieux, et réalisé par le destin¹². Mais il s'agit probablement de la position dans l'univers que les divinités de la ven-

geance doivent aux dieux. La mention du destin le rappelle : les lois s'imposent plus aux dieux qu'elles ne viennent d'eux. Pour Xénophon, ceux qui demandent aux dieux dans leurs prières des choses non conformes à ces règles (*athemnia*) n'en sont pas plus exaucés que ceux qui demandent aux hommes des choses contraires à leurs lois (*paranomia*) ne réussissent auprès d'eux. Il y a là une simple exigence de cohérence interne dans l'action¹³. Selon voit dans l'idéal de *leunomia* une sorte d'ordre divin. Mais si cet ordre est tel, ce n'est pas parce qu'il viendrait d'un acte mythique de la divinité. C'est parce qu'il s'inspire de la légalité et de la nécessité immanentes à l'être politique de l'homme¹⁴. Le concept vague de « lois non écrites » est rattaché aux dieux par plusieurs auteurs : elles viendraient des dieux et des ancêtres. Ainsi, Démosthène, dans un passage souvent cité, écrit que « toute loi (*nomos*) est une trouvaille et un don des dieux¹⁵ ».

Mais c'est seulement Sophocle qui permet de comprendre ce que signifie le caractère divin d'une loi. Dans le célèbre passage de *l'Antigone*, l'héroïne dit des lois dont elle se réclame contre le décret de Créon que « personne ne sait d'où elles sont apparues ». C'est qu'elles ne sont en fait jamais apparues du tout, elles sont si manifestes qu'elles n'ont pas de point d'émergence¹⁶. Dans un chœur, peut-être en réponse aux attaques des sophistes contre l'origine divine des lois, le même tragique parle des lois « enfantées à travers l'éther céleste, dont l'Olympe seul est le père ; la nature mortelle des hommes ne les a pas engendrées, et l'oubli (*lathna*) ne risque pas de les endormir. Un grand dieu est en elles, qui ne vieillit pas¹⁷ ». La mention de l'éther est une comparaison implicite : les lois, parce que divines, sont aussi visibles que l'éclat du ciel serein. La divinité

des lois signifie la permanence de ce qu'elles ont de manifeste.

Or, ce statut est justement celui du divin. Notre idée d'un « dieu caché » n'est pas de toujours. Elle est formulée pour la première fois dans un texte aussi célèbre que peu clair du second Isaïe (45, 15). Mais elle se trouve déjà, implicitement, dans des textes antérieurs de la Bible. Peut-être apparaît-elle dans la théologie égyptienne, à l'époque de Ramsès, comme réaction à l'idée d'Akhenaton selon laquelle le dieu est manifeste dans le disque vivant du soleil¹⁸. Pour les Grecs, est divin ce qui n'a pas d'origine assignable. Il en est ainsi des rumeurs : elles courent sans que personne ne sache qui les a lancées ; leur sujet est un « on », et elles s'imposent sans autre autorité qu'elles-mêmes ou par le fait qu'elles sont reprises par tous. Or de telles rumeurs (*fossa ou phémé*), selon Homère, viennent de Zeus ; selon Hésiode, elles sont elles-mêmes un dieu. L'idée est à la base du proverbe « *vox populi, vox dei*¹⁹ ». Le divin, dans cette optique, n'a rien de caché et n'a donc aucun besoin d'être révélé. Ainsi Pindare associe-t-il ce qui est divin et ce qui est manifeste, à tel point qu'il appelle une divinité, d'ailleurs inventée par lui pour désigner la source même du visible — la « mère du soleil », purement et simplement du nom de Theia, « la divine²⁰ ».

Les dieux ne légifèrent pas

C'est parce que les lois divines sont manifestes qu'il n'est pas nécessaire de les faire connaître, qu'elles ne demandent aucune promulgation. Plus même que l'absence de mise par écrit, c'est l'absence de proclamation en général qui caractérise la

loi qu'on appelle « non écrite²¹ ». Dans ce contexte, les lois non écrites sont associées aux dieux, comme dans *Antigone*, où Sophocle mentionne « les choses qui valent chez les dieux (*theôn nomima*), qu'on ne peut écrire (*agrapta*) et infailibles²² ». Chez Sophocle, « écrit » et « divin » s'excluent : ou bien une loi est « écrite », auquel cas elle est humaine, ou bien elle est divine, et, alors, elle ne saurait s'écrire. D'autres auteurs risquent cette association, mais il paraît s'agir d'une écriture avant tout métaphorique. Ainsi, un pieux jeune homme, l'Ion d'Euripide, demande aux dieux : « Comment serait-il juste que vous qui avez écrit [*grap-santas* : prescrit ?] les lois pour les hommes méritiez vous-mêmes qu'on vous accuse de les transgresser [*lanomia*?] ? » Dans le cas des oracles, ce ne sont jamais les dieux qui composent les vers livrés par la Pythie²⁴.

Certes, les dieux sont invoqués comme garants des droits dans le serment ; ils punissent les coupables²⁵. Mais ils ne sont pas source de droit. Un dieu n'émet jamais un commandement. Bien sûr, les Olympiens n'hésitent pas à intervenir pour instruire tel ou tel homme de ce qu'il doit savoir dans une situation déterminée. Ils aiment à donner des conseils, telle Athéna à son favori Ulysse. Et le dieu de Delphes ne cesse d'émettre des oracles. Un dieu exerce même cette fonction de façon spéciale : Hermès. Il avertit les hommes, comme dans un passage célèbre du début de *l'Odyssée*, qui nous livre un bel exemple de la manière dont les dieux se comportent envers la loi. Il s'agit de l'histoire d'Agamemnon, tué par l'amant de sa femme, puis vengé par son fils. Le messager divin n'a nul besoin de rappeler que l'adultère et le meurtre sont détestables aux yeux de Zeus. Il ne cite pas les commandements du Décalogue, mais se contente d'un impéra-

tif hypothétique : ne pas céder à la tentation, car autrement la vengeance viendrait. Une transposition philosophique de l'idée se trouve dans une formule lapidaire d'Aristote : « Dieu n'est pas un chef qui gouvernerait en donnant des ordres²⁶. »

La conception que Rome se faisait du « droit divin » (*ius divinum*) était parallèle à cette sensibilité grecque et supposait déjà quelque chose comme une désacralisation : ce droit divin n'était pas un droit révélé par les dieux, mais le droit qui permettait d'établir avec ceux-ci un système de relations prévisibles qui, comme tel, est de création humaine²⁷. Lorsque Rome et l'hellénisme se combinèrent, les deux trouvèrent, ou auraient trouvé ridicule l'idée juive d'une démarche à suivre dictée par des dieux — la *halakka* juive ou la *sharia* islamique —, susceptibles en principe d'indiquer le comportement correct en toutes circonstances. Au III^e siècle, Galien se moque, non du contenu des lois de Moïse, mais de la façon dont il les a données aux Juifs, sans fournir la moindre preuve et en se contentant de dire : « Dieu a ordonné, Dieu a dit. » Son contemporain Alexandre d'Aphrodise (vers 198) se moque des stoïciens qu'il caricature comme agitant des questions aussi graves que : convient-il de croiser les jambes quand on assiste au cours d'un philosophe ? peut-on prendre la plus grosse part quand on déjeune avec son père²⁸ ?

LES PHILOSOPHES

Avec la naissance de la philosophie apparaît un concept qui lui est indissolublement lié, celui de na-

ture (*physis*). Son entrée en scène bouleverse le champ entier de la réflexion. La « loi » va devoir se situer par rapport à la « nature », soit dans son opposition à elle, comme pure convention, soit dans son articulation à celle-ci, à titre de loi « naturelle ». Les philosophes ont proposé diverses façons de formuler le rapport entre « loi » et « nature » ; chez eux, l'idée de divinité intervient à l'intérieur de ce rapport.

Les premiers philosophes

L'expression « loi divine » se trouve pour la première fois, dans ce qui nous est parvenu de l'hellénisme archaïque, chez Héraclite, dont un fragment pourrait affirmer que « les lois humaines se nourrissent (*trephontai*) de la [loi] divine²⁹ ». Le sens est, comme à l'accoutumée, fort obscur. Le mot « loi » n'étant pas répété, on pourrait comprendre que les lois humaines se nourrissent du divin. Que signifie cette « nourriture » ? S'agit-il d'une dérivation à partir d'une origine ? Ou d'une consolidation, selon un autre sens du verbe en jeu ici, voire d'une telle ? Quel rôle joue l'ambiguïté du mot *nomos*, qui désigne aussi une source de nourriture ?

Héraclite ne parle pas des dieux, mais du divin. Tous les philosophes tendent en effet à neutraliser la divinité. Et la divinité des lois tient selon eux à ce qu'elles proviennent non des dieux, mais du divin. Il faut distinguer les dieux et cela même d'où les dieux tiennent leur divinité ou, si l'on veut, le divin et ce qui de lui se cristallise en telle ou telle figure concrète, comme celle des Olympiens³⁰. L'adjectif « divin » prend de la sorte une extension plus vaste que les dieux eux-mêmes et peut qualifier, par

exemple, ce qui est « naturel ». L'opposition archaïque nature/coutume (*physis/nomos*) le cède à une harmonie : on peut parler d'un *nomos* de la *physis*. Ainsi, la loi doit provenir de ce qu'il y a de plus divin en nous, mais il s'agit en l'occurrence de l'intellect. L'idée est chez Platon : « De toutes les choses qui s'apprennent, celles qui peuvent le plus souverainement faire que celui qui les étudie devienne meilleur sont sans doute celles qui ont trait aux lois, si du moins celles-ci sont droitement instituées ; ou alors, la loi (*nomos*), qui est divine et digne d'admiration, aurait en vain reçu un nom apparenté à l'intellect (*nous*³¹). » Platon ne distingue pas des lois divines et d'autres qui ne le seraient pas : selon lui, c'est intrinsèquement que la loi est divine.

On retrouve le même jeu de mots chez Aristote : « Celui qui ordonne à la loi (*nomos*) de commander semble ordonner que ce soient le dieu et l'intellect (*nous*) qui commandent seuls ; celui qui ordonne que ce soit l'homme y ajoute la bête. » Par suite, ceux qui sont soumis à cette « loi » qui est comme divine, et à plus forte raison ceux dont on peut dire qu'ils sont eux-mêmes une loi, sont comme des dieux parmi les hommes. L'idée de loi naturelle se trouve chez Aristote, qui distingue loi propre à une cité et loi commune. La première peut être écrite ou non ; la seconde est selon la nature (*kata phusin*). Le passage renvoie à l'*Antigone* de Sophocle et à Empédocle³².

Les théories hellénistiques

Les stoiciens furent cependant les premiers, semble-t-il, à faire un usage systématique de l'expres-

sion « loi divine ». Son contenu est rarement explicité. Mais en a-t-il vraiment besoin ? Épictète en formule les exigences minimales : « conserver ce qui est à soi, ne pas s'attaquer à ce qui est à autrui³³ ». L'expression désigne alors la raison éternelle de Dieu, et d'un dieu qui n'est pas distinct de la nature. Chez les stoiciens, l'idée est très souvent présente ; et le mot aussi, parfois en toutes lettres. Pour eux, la loi est l'expression du divin immanent, présent dans le monde et l'animant. La loi naturelle est divine, elle s'identifie à Zeus³⁴. Elle est divine parce que la cité qu'elle régit est au premier chef celle des dieux, et seulement de façon secondaire celle des hommes, comme on peut appeler les enfants citoyens parce que leurs pères le sont³⁵. Les lois des cités humaines sont ainsi relativisées au profit du cosmopolitisme. Les lois ne tirent pas leur autorité de ce qu'elles sont la voix de la cité. Il y a une autre source d'autorité, qui n'est plus l'État, mais la raison. Ce pourquoi le stoïcisme se situe plus au niveau de la morale qu'à celui du droit³⁶.

Selon Cicéron, qui suit là-dessus les stoiciens, la loi est « la raison suprême dans la nature » (*ratio summa insita in natura*) ; la nature est gouvernée par les dieux, la *ratio* crée entre l'homme et ceux-ci une première société ; l'univers est une cité commune aux dieux et aux hommes. Loi et divinité ne sont pas reliées directement, mais par l'intermédiaire de la raison. La divinité de la loi ne tient pas à sa nature de commandement. La loi est éternelle ; elle est l'esprit de Dieu (*mens dei*). Elle a été donnée par les dieux au genre humain : « La loi véritable et initiale (*princeps*), capable d'ordonner et d'interdire, est la droite raison du Jupiter suprême (*ratio est recta summi Jovis*). » Le monde obéit à Dieu comme à une loi³⁷.

Cette façon de voir entre en concurrence avec l'idée selon laquelle le roi serait la « loi vivante ». Idée ancienne, d'après Musonius, peut-être d'origine persane, mais relayée avec une connotation négative par Euripide : le roi tient la loi dans ses mains, et, positive, par Aristote. Les meilleurs sont eux-mêmes loi³⁸. Les théoriciens « pythagoriciens » de la royauté l'orchestrent puissamment, avec un parallèle cosmologique : le roi est à la cité ce que Dieu est à l'univers³⁹. Chez le Pseudo-Archytas, l'idée de « loi vivante » a l'intérêt de remplacer celle de loi divine dans le rôle de pôle opposé à loi inanimée, qui est la lettre⁴⁰. La formule entre dans le monde romain avec Cicéron, pour lequel le magistrat est une « loi parlante », et trouve sa place dans le droit avec Ulpien⁴¹.

De la loi divine au Dieu-loi

L'expression « loi divine » se rencontre chez des penseurs postérieurs, mais le sens de l'adjectif « divin » reste flou. Là non plus, aucune loi déterminée n'est édictée par un dieu ou par le Dieu suprême. Plotin parle de « loi divine » là où il est question du destin des âmes, peut-être en écho à une formule du *Phédre*⁴². Hiéroclès parle de l'homme comme d'un être amphibie qui, placé entre deux niveaux d'être, selon les choix moraux qu'il pose, est capable de s'élever ou de se dégrader, tel celui qui néglige les lois divines et décroît de la dignité qui lui est propre⁴³.

Porphyre distingue trois sortes de loi : divine, mortelle, conventionnelle. La loi divine est « ignorée de l'âme que sa folie et son intempérance rendent impure, mais elle brille au travers de l'impassibilité et de la sagesse. On ne peut la transgresser,

car rien pour l'homme n'est au-dessus d'elle ; ni la mépriser, car elle se refuse à briller en qui serait prêt à la mépriser. Elle ne change pas non plus au hasard des circonstances, car de tout temps elle est supérieure au hasard et plus forte que toute ruse de la violence. Seul l'intellect la connaît quand, explorant ses propres profondeurs, il la découvre imprimée en lui-même⁴⁴ ».

Certaines expressions supposent qu'un pas de plus est franchi et que loi et dieu peuvent s'identifier. Le plus souvent, l'affirmation selon laquelle les lois sont des dieux n'est guère qu'une image. Un poète tragique non identifié dit que la loi est pour les hommes le plus grand dieu ; Platon, que la loi est le dieu des hommes tempérants ; et le stoïcien Hiéroclès, qu'il faut respecter les lois de la patrie comme des dieux seconds⁴⁵. D'autres textes sont à prendre plus au sérieux. Ainsi, Plutarque affirme que « Zeus n'a pas la Justice comme parèdre ; il est lui-même Justice et Statut (*Themis*), la plus ancienne et la plus parfaite des lois⁴⁶ ». On peut même parler de Dieu comme de la loi du monde. C'est ce que fait notamment Thémistius⁴⁷.

PLATON

L'idée selon laquelle la loi divine pourrait être aussi la loi d'une cité, autrement dit, que la loi ou les lois d'une cité humaine pourraient être divines, ne se retrouve guère dans le monde antique. Platon représente une exception de taille. C'est une des raisons pour lesquelles il me faut lui consacrer un trai-

tement particulier, une autre étant sa forte influence sur le Moyen Âge islamique et juif⁴⁸.

Origine divine des lois ?

Le dialogue central de Platon quant à mon problème est de toute évidence les *Lois*. La question de l'origine y est posée. Ce dialogue, très probablement le dernier que Platon ait rédigé, ou largement ébauché, est préparé par d'autres, antérieurs. Dans le *Ménon*, un caractère divin est attribué, sans doute avec quelque amère ironie, à l'homme d'État qui, sans trop savoir pourquoi, réussit en ses entreprises. Dans la *République*, c'est le modèle idéal de la cité qui est qualifié de divin. Par extension, ceux qui y participent par imitation, les philosophes, sont eux aussi dignes de l'adjectif « divin ». Les lois et mœurs des cités existantes se mesurent au niveau de « divin » ou de « bestial » qu'elles contiennent⁴⁹.

Dans les *Lois*, le problème de l'articulation théologico-politique se présente sous l'angle de la législation humaine : il s'agit des lois d'une cité déterminée dont la fondation est une tâche humaine, confiée à des hommes concrets. Elle se distingue par là des cités antérieures dont la situation est inverse : leur existence concrète est incontestable, mais leur fondation est attribuée à des héros ou demi-dieux ayant vécu dans un passé indéterminé. D'autre part, puisque cette fondation est encore à venir, il convient de s'interroger non pas sur une cité déterminée, mais sur la meilleure cité possible. Les présuppositions dernières de l'existence civile des hommes doivent donc affleurer et être prises en compte comme telles.

Dans les *Lois*, l'adjectif « divin » est très fréquent, et le tout premier mot du dialogue est « Dieu », qui apparaît justement sous la figure d'un législateur : est-ce un dieu ou un homme qui est à l'origine des lois de la Crète et de Sparte ? La divinité constitue ainsi comme l'exergue de tout le dialogue, qui insistera d'ailleurs sur le peu d'importance des choses humaines une fois qu'on les compare aux réalités divines et sur le caractère normatif qui revient aux dieux plutôt qu'aux hommes. La mesure sur laquelle tout se règle n'est plus la dialectique, mais la théologie. C'est elle qui détermine l'ordre de ce qui est digne d'être honoré : Dieu, puis les choses divines, enfin, parmi celles-ci, l'âme⁵⁰.

Platon conserve l'idée selon laquelle c'est le divin qui doit commander. La nature humaine n'est pas à même de se gouverner seule ; elle a besoin de la souveraineté divine, qui s'exerce précisément par la médiation du *nomos*. Platon part de la simple constatation d'un fait : jamais aucun homme n'a créé une loi ; les facteurs qui créent les lois sont bien plutôt les rencontres (*tukhè*) et les coïncidences (*sumphora*). Montesquieu pourrait souscrire à ce genre de remarque et, avec lui, toute la tradition sociologique. Loin de s'arrêter là, toutefois, Platon remarque qu'on peut aussi choisir une autre optique, et affirmer qu'un dieu tient le gouvernail de toutes choses, et avec le dieu, la rencontre et l'occasion (*kairòs*), auxquelles s'ajoute la compétence (*tekhnè*). De la sorte, les lois sont bien le résultat d'une inspiration divine. Les opinions sur l'origine des lois dont partait le dialogue se trouvent ainsi confirmées, mais à un niveau supérieur⁵¹. L'idée d'une loi divine résultant d'un acte législatif est donc attestée dans les *Lois*, ainsi que dans le *Mémos*, si ce dialogue est bien de Platon⁵².

*Les lois comme succédané
du règne des dieux*

Le divin au pouvoir est-il une loi positive ? Dans un passage cité plus haut, il est dit que le juge doit étudier la *lettre* de la loi pour devenir meilleur, en raison de la parenté de la loi (*nomos*) et de l'intellect (*nous*). La cité qui est fondée est donc un « régime divin » (*theia politeia*). Mais les lois doivent y être précédées de prologues qui puissent persuader les citoyens de leur bien-fondé. Or, l'existence même de ces prologues exclut que les lois qui les suivent puissent être révélées. À l'inverse, quand Poseidonios regrette que Platon ait ajouté des prologues à ses lois, il dit préférer des lois qui seraient « comme des voix émises de façon divine⁵³ ».

Pour Platon, le fait même qu'il existe des lois prouve implicitement que l'homme n'est plus lié au divin de façon immédiate. Si le divin avait une influence sur la cité, il l'exercerait par l'intermédiaire d'un homme politique qu'il inspirerait, et cette inspiration (*theia moira*) serait justement ce qui rendrait toute loi superflue. Or, nous ne savons même pas si « le Bien nous veut du bien », s'il est une providence pour les cités. Alors que la *République* suppose que cette providence n'existe pas, les *Lois* laissent entendre le contraire et en donnent un exemple : Sparte est le type même d'une cité sauvée par le dieu, c'est-à-dire par la chance qui a fait naître jumeaux les deux premiers rois et suscité des hommes inspirés comme Lycurgue⁵⁴.

Le mythe du règne de Kronos relate en tout cas que le dieu, dans son amour pour le genre humain, l'a placé sous la responsabilité de divinités

(*daimôn*) ; c'est ce gouvernement qu'il nous faut imiter, grâce à la loi qui est comme la « disposition (*dianomè*) de l'intellect⁵⁵ ». La politique est ainsi le substitut imparfait du gouvernement des hommes par des êtres supérieurs ; elle est rendue nécessaire par le départ de ces derniers et l'abandon de l'homme à soi-même. La politique se trouve sécularisée, lorsque la loi (*nomos*) remplace le berger (*nomens*) divin⁵⁶.

Le divin est la présence d'un principe souverain, supérieur à toute fixation, et en particulier à toute mise par écrit. Idéalement, le divin qui doit commander n'est pas extérieur ; c'est l'intellect qui est logé à l'intime de chacun, et même au plus profond de la structure de l'univers physique. Les dieux ne sont pas législateurs des cités, mais ils le sont pour le cosmos. Le démiurge du *Timée*, s'il est un ouvrier, est aussi un législateur⁵⁷. Au livre X des *Lois*, le raisonnement destiné à établir l'existence des dieux entraîne un renversement de l'ordre communément admis entre le naturel et l'artificiel ; on croit d'habitude que l'art (*technè*) vient après la nature (*phusis*) ; il faudra comprendre que l'âme est antérieure à tout ce qui est corps, et qu'en conséquence la prétendue nature n'est autre qu'un art divin⁵⁸.

La législation sur le divin

Si l'homme politique divinement inspiré reste un cas limite, les représentants du divin tels qu'ils existent réellement, les prêtres, donc, sont expressément écartés du pouvoir. L'image du prêtre roi est exorcisée et mise au débit de l'Égypte⁵⁹.

Pour Platon, les lois ne sont pas divines quant à leur origine, mais elles ne doivent pas moins s'occu-

per du divin. La nouvelle Magnésie, encore à fonder, aura des lois sur les temples, sur les sacrifices, sur les hymnes, sur les honneurs à accorder aux défunts. Il doit en être ainsi parce que toute cité implique un rapport au divin. L'Étranger d'Athènes pose de la sorte qu'une cité d'athées est impossible. La théologie est le fondement de l'État. C'est contre cette supposition et ses formes dérivées que sera formulé, bien des siècles plus tard, le fameux paradoxe de Bayle sur la possibilité d'une société d'athées⁶⁰. Pour Platon, les lois doivent punir celui qui croit que les lois peuvent tout, y compris créer des dieux ; l'athée s'imaginer en effet que les dieux existent en vertu de certaines lois⁶¹. Les lois vont donc devoir défendre des dieux qu'elles n'ont pas créés, mais qui existent par nature. La loi vient au secours de la nature et, selon une formule qu'Aristote appliquait à l'art, « mène à bien ce que la nature est incapable d'œuvrer à fond ». Ce faisant, la loi manifeste son statut d'objet artificiels⁶². Du coup, le refus de l'idée d'une théologie civile telle que Varon la définira plusieurs siècles plus tard mène chez Platon à quelque chose comme une théologie pé-nale.

Platon avait esquissé une classification de l'impiété qui a connu une fortune extraordinaire, « tout ce que la lumière naturelle a jamais dit de plus sensé en matière de religion⁶³ ». L'impiété comporte trois niveaux : croire qu'il n'existe pas de dieux ; croire qu'ils existent, mais sans se soucier des hommes ; croire qu'ils existent et se soucient des hommes, mais qu'ils se laissent fléchir par des prières et des sacrifices. Les trois niveaux s'impliquent de la même façon que dans le célèbre traité de Gorgias sur *Le Non-être*, formellement, et, jusqu'à un certain point, quant au contenu (existence, connaissance, commu-

nication⁶⁴). Pour l'Étranger d'Athènes, il s'agira d'affirmer contre toute forme d'impiété l'existence des dieux, leur providence, et leur incorruptibilité morale. Il faudra éradiquer les trois erreurs par la persuasion comme par la force, cette dernière étant d'ailleurs conçue comme la prolongation de la persuasion par d'autres moyens.

*

En Grèce et pour quiconque a subi l'influence de la pensée grecque, l'idée de « loi divine » est donc bien présente. Mais elle l'est beaucoup plus que l'idée d'une « loi de Dieu ». L'adjectif qui qualifie la loi n'indique pas la trace d'une origine chez un dieu que pourrait désigner un substantif, voire un nom propre. Il est le signe d'une divinité qui ne se présente effectivement que comme un adjectif, prêt à venir qualifier un peu tout : le monde naturel et ses merveilles, y compris les immortels ; ce qui, parmi les choses humaines, est là depuis toujours et se rencontre partout ; et enfin ce qui dans l'homme a accès aux plus hautes réalités.

De son côté, l'idée de « loi » ne se présente pas comme l'expression d'une volonté explicite, mais plutôt comme issue de l'intime des choses, comme rémanation de ce qui leur est le plus propre. Il peut s'agir de ce qui se fait depuis un temps immémorial dans un terroir défini, au point que la loi se confond avec la coutume ; il peut s'agir à l'autre extrême de l'universel que la réflexion des philosophes a arraché à la profondeur de la réalité. Dans tous les cas, la loi exprime quelque chose comme la *nature* de ce qui est.

Là où le divin vient qualifier une ou des lois, il le fait comme un élément du monde, dans le cadre de

ce que Jan Assmann appelle le « cosmothéisme⁶⁵ ». En revanche, comme nous le verrons, la loi divine des pensées postbibliques et médiévales est celle d'un dieu extérieur au monde, et qui y intervient.

3

LES CONDITIONS HISTORIQUES DE L'ALLIANCE

La loi divine était en Grèce une idée régulatrice qui pouvait tout au plus compléter ou corriger la législation des hommes ; au Moyen-Orient, elle a acquis la vigueur de ce qui règle une société réelle. L'hellénisme classique n'avait pas de livres saints, de textes sacrés faisant autorité. Il connaissait des auteurs unanimement respectés, voire largement sus par cœur. Homère est peut-être l'éducateur de la Grèce, celui qui a formé son *Volksgeist*, et, comme tel, l'auteur d'une œuvre quasiment sacrée. Mais il n'est pas à mettre sur le même plan que des documents révélés. La mythologie ne s'est jamais cristallisée en un système permettant de discriminer les versions authentiques, canoniques, d'éventuelles additions. Ce n'est que très tardivement que l'hellénisme a tenté de se donner des livres sacrés : par exemple, fort maladroitement, avec les *Oracles chaldaiques*, qui d'ailleurs, détail révélateur, étaient censés venir d'Orient.

Il me faut examiner maintenant les lois divines réelles, à savoir les livres qui ont été présentés comme contenant une législation à caractère divin. Je rappellerai les conditions historiques de leur apparition. Par une mise entre parenthèses méthodolo-

DOCUMENT 6 : H. ARENDT, *De la révolution*

282

De la révolution

par la loi suprême de la Révolution qui venait de leur donner naissance. « Une loi révolutionnaire, déclarait Condorcet, résumant presque quatre années d'expérience révolutionnaire, est une loi qui a pour objet de maintenir cette révolution, et d'en accélérer ou régler la marche*4. » Condorcet, il est vrai, émettait aussi l'espoir qu'en accélérant la marche de la Révolution, la loi révolutionnaire précipiterait le jour où la Révolution serait « achevée », et qu'elle « en hâterait la fin » ; vain espoir. En théorie comme en pratique, seul un mouvement opposé, une contre-révolution*, pouvait arrêter un processus révolutionnaire qui était devenu une loi en soi.

« Le grand problème en politique, que je compare à celui de la quadrature du cercle en géométrie, [est le suivant] : comment trouver une forme de gouvernement qui mette la loi au-dessus de l'homme⁵. » Sur le plan théorique, le problème de Rousseau ressemble étroitement au cercle vicieux de Steyès : ceux qui s'unissent pour constituer un nouveau gouvernement sont eux-mêmes institutionnels, c'est-à-dire que rien ne les autorise à faire ce qu'ils se sont mis en devoir d'accomplir. Le cercle vicieux en matière législative ne se situe pas au niveau de la législation ordinaire, mais à celui de l'établissement de la loi fondamentale, la législation ou la constitution qui, désormais, est censée incarner la « loi suprême » d'où, en dernier ressort, toutes les lois tirent leur autorité. Et ce problème qui se présentait comme la nécessité pressante d'un absolu, les hommes de la Révolution américaine eurent à l'affronter comme leurs

Fondation II : Novus ordo saeculorum

283

homologues français. L'inconvénient, pour citer une fois encore Rousseau, c'était que pour mettre la loi au-dessus de l'homme et établir ainsi la validité des lois faites par l'homme, il faudrait des dieux*.

Le besoin d'avoir des dieux dans le corps politique d'une république se manifesta au cours de la Révolution française par la tentative ultime de Robespierre de fonder un culte entièrement nouveau, le culte de l'Être suprême. Au moment où Robespierre présenta son projet, la principale fonction du culte devait être d'arrêter la Révolution, devenue folle. Sur ce plan, la fête grandiose — ce misérable succédané condamné d'avance qu'était allée chercher la Révolution pour remplacer la Constitution qu'elle avait été incapable de produire — échoua totalement ; à ce qu'il semblait, le nouveau dieu n'était même pas assez puissant pour inspirer la proclamation d'une amnistie générale et faire preuve d'un minimum de clémence ou a fortiori de miséricorde. Le ridicule de l'entreprise atteignit un point tel qu'il devait être aussi manifeste aux yeux de ceux qui assistaient aux cérémonies d'initiation qu'à ceux des générations ultérieures ; même à l'époque, ce spectacle devait laisser croire que « le dieu des philosophes », que Luther et Pascal avaient accablé de leur mépris, avait finalement décidé de se révéler sous les dehors d'un clown. Si nous avions besoin d'une confirmation du fait que les révolutions de l'époque moderne, malgré le vocabulaire déiste qu'elles employaient à l'occasion, ne présupposent pas l'écroulement des croyances religieuses en tant que telles,

mais certainement la perte de toute leur signification dans le domaine politique, le culte robespierriste de l'Être suprême y suffirait. Pourtant, même Robespierre, dont le manque de sens de l'humour était bien connu, aurait peut-être renâclé devant tant de ridicule, si ce culte ne lui avait pas semblé à ce point nécessaire. En effet, ce n'était nullement d'un « Être suprême » dont il avait besoin — l'expression n'est pas de lui —, il lui fallait plutôt ce qu'il nommait un « Législateur immortel » ou encore, dans un contexte différent, « un appel continuel à la justice⁶ ». Dans le contexte de la Révolution française, il avait besoin d'une source d'autorité transcendante et toujours présente, qu'on ne pourrait identifier ni à la volonté générale de la nation ni à celle de la Révolution, de sorte qu'une Souveraineté absolue — le « pouvoir despotique » de Blackstone — confère la souveraineté à la nation, qu'une Immortalité absolue garantisse à la république sinon l'immortalité, du moins la permanence et la stabilité, et qu'une Autorité absolue fasse finalement office de source de justice d'où les lois du nouveau corps politique pourraient tirer leur légitimité.

C'est la Révolution américaine qui démontrera que, de ces trois besoins, celui d'un Législateur immortel était le plus urgent et le moins prédestiné par les conditions historiques particulières où se trouvait la nation française. Car l'envie de nous moquer du clown nous quitte peut-être quand nous trouvons les mêmes notions, dépeülées de tout ridicule, chez un John Adams, qui réclamait lui aussi le culte d'un Être suprême,

qu'il appelait « le grand Législateur de l'Univers⁷ », ou quand nous nous souvenons de la solennité avec laquelle Jefferson, dans la Déclaration d'indépendance, en appelait aux « lois naturelles et au Dieu de la nature ». De plus, le besoin d'un principe divin, d'une sanction transcendante dans le domaine politique, et l'idée curieuse que ce besoin se ferait le plus fortement sentir en cas de révolution, c'est-à-dire quand on devrait établir une nouvelle instance politique, tout cela avait été clairement prévu par presque tous les théoriciens précursseurs des révolutions, à l'exception, peut-être, du seul Montesquieu. Ainsi Locke, qui croyait si fermement qu'« un principe d'action [a été planté en l'homme] par Dieu lui-même » (de sorte que les hommes n'auraient qu'à suivre la voix d'une conscience donnée par Dieu, sans devoir recourir, si j'ose dire, au jardinier transcendant), était convaincu que seul un « appel au Dieu du Ciel » pouvait aider ceux qui sortaient de l'« état de nature » et s'apprêtaient à établir la loi fondamentale d'une société civile⁸. À partir de là, dans la théorie comme dans la pratique, on ne peut échapper au fait paradoxal que ce furent précisément les révolutions, leurs crises et leurs situations critiques, qui amenèrent les hommes si « éclairés » du XVIII^e siècle à plaider en faveur d'une sanction religieuse au moment même où ils s'apprêtaient à libérer complètement le domaine séculier de l'influence des Églises et à séparer une fois pour toutes le politique du religieux.

Afin de saisir plus précisément la nature du problème que soulève cette quête d'absolu, il n'est

peut-être pas inutile de nous souvenir qu'il ne se posa jamais à l'Antiquité grecque ou romaine. Il est très remarquable que John Adams — qui, avant même l'éclatement de la Révolution, avait insisté sur « les droits antérieurs à tout gouvernement terrestre [...] qui tirent leur origine du grand Législateur de l'univers », et joua ensuite un rôle clé « en maintenant et en soulignant que [la loi naturelle] fut comme un recours auquel on serait amenés par le Parlement bien plus tôt que nous ne le pensions⁹ » — ait cru, il faut le souligner, que « selon l'opinion générale des pays antiques seule la Divinité était appropriée pour donner des lois aux hommes¹⁰ ». Le fait est que Adams se trompait : ni le *nomos* grec ni la *lex* romaine n'étaient d'origine divine ; ni chez les Grecs ni chez les Romains, le concept de législation n'avait besoin d'une inspiration divine¹¹. La notion même de législation divine l'implique : le législateur doit être extérieur et au-dessus de ses propres lois, mais dans l'Antiquité, ce n'était pas la caractéristique d'un dieu mais d'un tyran que d'imposer au peuple des lois auxquelles lui-même ne serait pas lié¹². Il est néanmoins vrai qu'en Grèce, il était admis que le législateur n'appartînt pas à la communauté, qu'il pût être un étranger auquel on fit appel ; mais cela signifiait simplement que l'établissement de la loi était prépolitique, antérieur à l'existence de la *polis*, de la cité, de la même façon que la construction des murs d'enceinte précédait l'avènement de la cité elle-même. Le législateur grec était extérieur au corps politique, mais il n'était ni au-dessus ni divin. Le terme même de *nomos* qui,

au-delà de son étymologie, revêt tout son sens par opposition à la *physis*, les choses naturelles, souligne la nature « artificielle », conventionnelle, humaine, des lois. De plus, même si le *nomos* finit par revêtir des sens différents tout au long des siècles de la civilisation grecque, il ne perdit jamais totalement sa « signification spatiale » originelle, c'est-à-dire « la notion d'un domaine, d'une province, à l'intérieur duquel un pouvoir déterminé peut légitimement s'exercer¹³ ». À l'évidence, nulle idée de « loi suprême » ne pouvait faire sens au regard de ce *nomos*, et les lois de Platon elles-mêmes ne tirent pas leur origine d'une « loi suprême » qui non seulement déterminerait leur utilité mais surtout constituerait leur légalité et leur validité proprement dites¹⁴. La seule trace que nous trouvons de cette notion du rôle et du statut du Législateur au regard d'un organe politique dans l'histoire des révolutions et dans une fondation moderne semble être la célèbre proposition de Robespierre : « Les membres de l'Assemblée constituante s'engagent formellement à laisser à d'autres le soin de bâtir le temple de la Liberté, dont ils [avaient] jeté les fondations ; qu'ils s'excluent ainsi, glorieusement, de la prochaine élection. » Et la source réelle de la suggestion de Robespierre est si peu connue, dans les temps modernes, « que les historiens ont attribué son geste à toutes sortes d'arrière-pensées¹⁵ ».

La loi romaine, quoique presque totalement différente du *nomos* grec, n'avait pas non plus besoin d'une source d'autorité transcendante, et si l'acte législatif demandait une aide des dieux — le signe

de tête affirmatif par lequel, selon la religion romaine, les dieux approuvent les décisions prises par les humains —, il n'en avait pas plus besoin que pour les autres actes politiques importants. À la différence du *nomos* grec, la *lex* romaine n'était pas contemporaine de la fondation de la cité, et la législation romaine n'était pas une activité prépolitique. Au sens originel, *lex* désigne le « lien étroit », c'est-à-dire ce qui relie deux choses ou deux partenaires que des circonstances extérieures ont réunis. Par conséquent, l'existence d'un peuple, au sens d'unité organique, ethnique ou tribale, est totalement indépendante de toutes les lois. « [...] Les Latins, peuple de Saturne, dit Virgile, sont équitables non par contrainte ni pour obéir aux lois, mais de leur propre gré et par fidélité aux mœurs de leur vieux dieu¹⁶. » C'est seulement après qu'Énée et ses guerriers furent arrivés de Troie et qu'une guerre eut éclaté entre les envahisseurs et les autochtones, que le besoin de « lois » se fit sentir. Ces « lois » représentaient plus qu'un moyen de rétablir la paix ; c'étaient des traités et des accords au moyen desquels une nouvelle alliance, une nouvelle unité se constituaient, l'unité de deux entités totalement différentes que la guerre avait mises aux prises et qui désormais s'associaient. Pour les Romains, la fin d'une guerre n'était pas la simple défaite de l'ennemi ou l'établissement de la paix ; une guerre s'achevait d'une façon satisfaisante pour eux seulement quand les ennemis de naguère devenaient « amis » et alliés (*socii*) de Rome. L'ambition de Rome n'était pas de soumettre le monde entier à sa puissance et à son *imperium*, mais

d'englober tous les pays de la terre dans le système d'alliances romain. Ce n'était pas là simplement une vision de poète. Le peuple de Rome lui-même, le *populus Romanus*, devait son existence à une association, issue de la guerre, c'est-à-dire à l'alliance entre patriciens et plébéiens, dont les luttes intestines trouvèrent leur conclusion dans les célèbres lois des Douze Tables. Et pour les Romains, ce document, le plus ancien et le plus noble de leur histoire, n'était pas inspiré par les dieux pour autant ; ils préféreraient croire que Rome avait envoyé en Grèce une mission chargée d'y étudier les différents systèmes de législation¹⁷. C'est pourquoi la République romaine, fondée sur l'alliance perpétuelle conclue entre patriciens et plébéiens, se servait principalement de l'instrument des *leges* pour les traités et pour gouverner les provinces et communautés qui appartenaient au système d'alliances romain, c'est-à-dire au groupe toujours croissant des *socii* formant la *societas Romana*.

Parmi les théoriciens préévolutionnaires, j'ai dit, seul Montesquieu ne jugea jamais nécessaire d'introduire un absolu, un pouvoir divin ou despotique, dans le domaine politique. Si je ne m'abuse, c'est étroitement lié au fait qu'il fut le seul à employer le mot « loi » dans son acception ancienne, proprement romaine, en le définissant dès le premier chapitre de *l'Esprit des lois* comme le *rapport**, la relation subsistant entre des entités différentes. Sans doute, suppose-t-il lui aussi l'existence d'un « Créateur et Conservateur » de l'univers et parle-t-il aussi d'un « état de nature » et de

«lois naturelles», mais les rapports subsistant entre le Créateur et la création, ou entre les hommes dans l'état de nature, ne sont rien de plus que des *règles** qui déterminent le gouvernement du monde et sans lesquelles il n'y aurait pas de monde du tout¹⁸. Ni les lois religieuses ni les lois naturelles ne constituent donc pour Montesquieu une «loi suprême» à proprement parler: elles ne sont rien de plus que les relations qui existent et préservent différents domaines de l'être. Sachant que, pour les Romains comme pour Montesquieu, une loi est purement et simplement ce qui relie deux choses, ce qui la rend relative par définition, ce dernier n'avait nul besoin d'une source d'autorité absolue et pouvait définir l'«esprit des lois» sans jamais poser le difficile problème de leur validité absolue.

Ces rappels et ces réflexions historiques tendent à suggérer que tout le problème d'un absolu qui validerait des lois positives créées par l'homme était en partie un legs de l'absolutisme; lui-même héritier de ces longs siècles où il n'existait en Occident aucun domaine séculier qui n'eût ses racines dans la sanction que lui donnait l'Église et où, par conséquent, les lois séculières étaient conçues comme l'expression terrestre d'une loi prescrite par Dieu. Mais ce n'est qu'une partie de l'histoire. Autre aspect plus important et plus lourd de conséquences, pendant tous ces siècles, le mot «loi» avait revêtu un sens totalement différent. Ce qui importait c'était que — hormis l'immense influence de la jurisprudence et de la législation romaines sur le développement des systèmes et interprétations juridiques, tant médié-

vaux que modernes —, les lois étaient comprises comme des commandements, elles se conformaient à la voix de Dieu, qui dit à l'homme: Tu ne feras point. De toute évidence, de tels commandements ne pouvaient être obligatoires en l'absence d'une sanction supérieure, religieuse. C'est seulement dans la mesure où l'on entend par loi un commandement auquel les hommes doivent obéissance, indépendamment de leur consentement ou de leurs accords mutuels, que cette loi a besoin, pour être valide, d'une source d'autorité transcendante, c'est-à-dire d'une origine qui doit se situer par-delà le pouvoir humain.

Cela ne signifie pas, bien entendu, que l'ancien *ius publicum*, la loi de la nation, que l'on baptisa plus tard «constitution», ou le *ius privatum*, qui devint notre droit civil, possèdent les caractéristiques des commandements divins. Mais le modèle dont l'Occident avait tiré la quintessence de toutes les lois, y compris celles dont l'origine romaine ne faisait aucun doute, et même en matière d'interprétation juridique, où tous les termes employés étaient ceux de la juridiction romaine, du droit romain, ce modèle lui-même n'était nullement romain; issu de la Bible, il était représenté par les Dix Commandements. Ce modèle ne changea pas quand, au xvii^e et au xviii^e siècle, la loi naturelle prit la place de la divinité, celle qu'avait occupée autrefois le Dieu des Hébreux qui était législateur parce qu'il était le Créateur de l'Univers, et qu'avait ensuite occupée le Christ, représentant visible et incarnation de Dieu sur terre, d'où les vicaires du Christ, les papes et les évêques, et les rois qui les

suivaient, avaient tiré leur autorité, jusqu'à ce que les protestants rebelles en revinssent finalement aux lois et aux alliances des Hébreux et à la figure du Christ lui-même. Car l'inconvénient, avec la loi naturelle, c'était précisément qu'elle n'avait pas d'auteur, qu'on ne pouvait la concevoir que comme une loi de nature, au sens d'une force impersonnelle, surhumaine qui, de toute façon, contraindrait les hommes, sans que ce qu'ils faisaient, ce qu'ils projetaient de faire ou ce qu'ils omettaient de faire importe le moins du monde. Pour qu'elle fût source d'autorité et validât les lois faites par l'homme, il fallait ajouter à « la loi de nature », comme le fit Jefferson, « et au Dieu de la nature », par quoi, selon l'esprit du temps, la manière dont ce dieu était censé s'adresser à ses créatures importait peu, soit qu'il leur parlât par la voix de la conscience, soit qu'il les éclairât de la lumière de la raison, plutôt que par la révélation de la Bible. Ce qui a toujours importé, c'est que la loi naturelle avait elle-même besoin d'une sanction divine pour devenir une obligation aux yeux des hommes.¹⁹

La sanction religieuse des lois humaines finit par requérir bien plus qu'une simple construction théorique de « loi suprême », plus même que la croyance en un Législateur immortel et que le culte d'un Être suprême; elle requérait une foi profonde en « une vie future de récompenses et de châtements » considérée comme le « seul véritable fondement de la moralité²⁰ ». L'important, c'est que ce ne fut pas seulement vrai dans le cas de la Révolution française où le peuple ou la nation

devait prendre la place du prince absolu et où Robespierre avait purement et simplement « retourné l'ancien système comme un gant²¹ ». (Là, assurément, la notion d'« immortalité de l'âme » qui servirait de *rappel continu* à la justice^{*22}, était indispensable; c'était le seul frein possible, tangible, susceptible d'empêcher le nouveau souverain, ce maître absolu délié de ses propres lois, de commettre des actes criminels. Comme le prince absolu, en termes de droit public, la nation ne pouvait mal faire puisqu'elle était le nouveau viceaire de Dieu sur terre; mais puisqu'elle était capable de très mal faire et parce qu'elle agissait très mal dans la réalité, comme le prince, il fallait qu'elle s'expose elle aussi à la peine qui serait « exigée par nul autre que le Dieu vengeur », selon la formule éloquent de Bracton.) C'était encore plus vrai dans le cas de la Révolution américaine où toutes les Constitutions des États mentionnent explicitement une « vie future de récompenses et de châtements », alors qu'on n'en trouve aucune trace ni dans la Déclaration d'indépendance ni dans la Constitution des États-Unis. Il ne faudrait pas en conclure que les rédacteurs des Constitutions des États étaient moins « éclairés » que Jefferson ou Madison. Quelle qu'ait pu être l'influence du puritanisme sur le développement d'un caractère américain, les fondateurs de la République et les hommes de la Révolution appartenaient au siècle des Lumières; ils étaient tous déistes et insister comme ils le faisaient sur une croyance en une « vie future » détonnait étrangement avec leurs convictions religieuses. Ce n'est certes pas une