Université Paris II – Panthéon Assas Master 1 droit public 1^{er} semestre

GRANDES DOCTRINES JURIDIQUES, POLITIQUES ET ECONOMIQUES

Cours de Monsieur le professeur Denis Baranger

FICHE N°2: LE NOMOS (2)

Deuxième partie : Le nomos dans la démocratie athénienne

DOCUMENT 1 : M. H. HANSEN, *La démocratie athénienne à l'époque de Démosthène*, Paris, les Belles lettres, 1993, p. 195-212

DOCUMENT 2 : <u>aller chercher et lire</u>, J. GAUDEMET, *Les naissances du droit*, 4^e éd., Paris, Montchrestien, 2006, p. 75-82

DOCUMENT 3: Platon, Le Criton, Paris, les Belles lettres, 1959, p. 226-233

Troisième partie : Lectures et usages modernes du nomos

- Le *nomos*, droit de la liberté

DOCUMENT 4: F. HAYEK, *Droit, législation et liberté*, Paris, PUF, coll. Quadrige, 2007, p. 119-129, 187-192, 205-219, 229-242, 281-289, 297-302, 314-319

- Le *nomos* comme délimitation juridique d'une unité substantielle

La délimitation du corps politique (nomos grec vs lex romaine) :

DOCUMENT 5 : H. ARENDT, Qu'est-ce que la politique ?, Paris, Seuil, 1995, p. 156-173

La délimitation de l'espace :

DOCUMENT 6 : C. SCHMITT, *Le nomos de la terre*, Paris, PUF, coll. Quadrige, 2012, p. 47-55, 70-83

Les lois et les nomothètes

Dans la théorie moderne du droit public, on distingue souvent entre «réglementation générale » (sans limitation de durée) et réglementation d'espèce (dont la validité est limitée à l'accomplissement de son propos) ¹. Comme bien d'autres théories du droit public, celle-ci plonge ses racines dans l'Antiquité : elle s'est esquissée avec les écrits d'Aristote ², enseignée à l'Académie de Piaton ³ et pratiquée dans l'Athènes du v' siècle.

signifie quelque chose comme la «regle étabile», e est le plus eux des trois. La dixtinctieir qu on fait entre *thism*os et nomos st purement chronologique, des lois de Diacon en 621, puis de introduit par Clisthene Iorsqu'il instaura la démocratie à En dialecte attique, il y a trois mots pour ce que nous appe solon en 594 etaient des *Mismon*'s, mais celles de Clistfiene en 507 lurent appelées noma Le nouveau mot fut précisément Athènes 3. Il n'y a donc en attique classique que deux mots: nomos, qui signifie à l'ongine « répartition organisée », puis égislative, on peut repérer une legère différence dans nos ons aujourd'hui les lois "theemos, nomas et psephisma. Theemo tonos concernant les procès pour trahison est appelée d'abord uoique les deux mots fassent référence à la même décision ohon, par exemple, relate le procès des stratèges, la loi de Can sephisma, puis nomos une ou deux lignes plus bas? Néanmoins ources: nomos est utilise de préférence lorsqu'on insiste sur l ces deux mots s'emploient dans le même sens. Lorsque Xén v siecle "Toutes nos sources concernant l'Athenes du v siec amenent a traduire proprement nomes et traduir par aloi ni semblent avoix eté en usage lors des scrutins au début ne décision en principe prise au moven de psepho, de ga « coutume », puis finalement « loi »; et historia qui

LA RÉVISION DES LOIS

contenu de la foi, *psephisma* lorsqu'on le fait de la procedure de

An w siecie cependant les mots prirent une acception toute

bhisma. Le premier se mit à désigner les réglementations genèdifférente : on distinguait désormais entre deux sortes de réglerales, de duree illimitée, tandis que le second designa une Pour des raisons pranques, les nomas seront dans les pages qui mentation, que désigna chacun des deux mots nomos et psereglementation despece, caduque une fois accompli son objet suivent traduits par «1018», et psephismato par « décrets».

La révision des lois, 410 399 av. J.-C.

410-404 av. J.-C.

ser des termes modernes, concernait principalement le droit privé, le droit criminel et la procédure légale 10. Rien n'indique qu'on ait jamais essayé de réviser ou de recodifier ces lois avant première crise constitutionnelle sérieuse depuis Clisthène, ses habitants vivaient toujours sous les lois de Dracon et de Solon. connus aux vie et ve siècles avaient bien sûr créé de profonds changements dans les règles qui fixaient les pouvoirs des différents organes de l'État; mais ces changements n'avaient que peu touché la législation de Dracon et de Solon, qui, pour utili-Quand, en pleine Guerre du Péloponnèse, Athènes connut sa Les considérables développements constitutionnels qu'elle avait la fin du v° siècle ¹¹

ieur nature : prémices de la démocratie ou soutien de l'oligartion oligarchique de 411 et la démocratie ne fut restaurée qué pour leur camp la «constitution des ancètres». Et tombaient d'accord que les lois de Dracon et de Solon formaient la base sur laquelle l'État devait être fondé, mais divergeaient sur nons dont ils pouvaient disposer, pour partie de leurs querelles idéologiques. Les lois en question ne contenaient probablement pas de dispositions constitutionnelles 14 et nul ne savait exacte-De la défaite des Athéniens en Sicile (413) résulta la révoluqu'au printemps de 410. Au cours de ces luttes pour tel ou tel regime, democrates et oligarques avaient pareillement revendichie !! Ce désaccord venait pour partie du manque d'informament quelle était la loi en vigueur, puisqu'il n'y avait pas eu de

con sur l'homicide et peut-être aussi une importante loi sur les pouvoirs du Conseil 16; mais la révision des lois de Solon a dû mières décisions que prirent les démocrates fut-elle instituer être une lourde tâche, puisqu'il lui fallut six ans, de 410 à 404, sur l'Agora - d'où il semble d'ailleurs avoir été enlevé peu avec les oligarques au pouvoir en 404. L'accusation était probablement dénuée de fondement, puisqu'il fut reconduit dans une commission de codificateurs (anagrapheis ton nomon), à qui ils donnèrent pour tâche de colliger et publier les lois encore en La commission fut très vite en mesure de republier la loi de Drapour la mener à bien if et venir à bout de faire graver le code se vit intenter un procès pour avoir falsifié des lois et collaboré sa tâche après la restauration démocratique de 403 et jusqu'à codification pendant près de deux siècles. Aussi l'une des previgueur, et d'abord et avant tout celles de Dracon et de Solon 115 après, quand les Trente prirent le pouvoir 18. La figure de proue sur les murs de la Stoa Basileios, le portique de l'archonte-roi, de cette commission était un certain Nicomachos; en 399/8, il 'achèvement de la révision complète en 400/399 19

403-399 av. J.-C.

défendu par Teisaménos, que cite in extenso Andocide dans son discours Sur les mystères 20. Deux sections de législateurs (nomosa tête 21; la seconde section des nomothètes devait procéder à thères) furent créées, l'une élue par le Conseil des Cinq Cents; ration, en pratique, cette section pourrait bien être un avatar de Après la restauration démocratique de 403, les Athéniens décidèrent que les lois de Dracon et de Solon resteraient en ratifiées et publiées. Les principes qui présideraient à cette nouvelle codification furent fixés dans un décret proposé et la commission des anagrapheis, avec de nouveau Nicomachos à accepter telle loi et l'inclure dans le code révisé. Les lois adoptées seraient de nouveau gravées sur la Stoa Basileios; et à l'avevigueur jusqu'à nouvel ordre, mais seraient de nouveau révisées, oublication préliminaire de toutes les lois à prendre en consigéun «audit» (une docimasie) de toutes les lois??, c'est-à-dire qu'apres audition des avis, on voterait pour savoir s'il fallait autre, forte de 500 membres, élue par les différents dèmes lors de leurs assemblées. La premiere fut chargée du recoent et de la nir l'Aréopage devrait veiller sur l'administration des lois par les a de la companya de l

LA RÉVISION DES LOIS

magistrats. Il est important de noter que la rainfication des lois fut confiée aux nomothètes, et que l'Assemblée n'eut absolument aucun rôle dans le travail législatif." Il faut également bien comprendre que le code révisé incluait toute une série de lois constitutionnelles (c'esta-dire les règles qui définissaient les pouvoirs de chacun des organes de l'Étai). Et non plus seulement le droit privé ou criminel et la procédure légale.

Il ressort du disours d'Andocide que, cette fois-ci, la révision des lois fut achevée assez vite, tout comme leur gravure sur le mur du Portique Royal ²⁵. La révision adjoignit aux lois de Dracon et de Solon un certain nombre de lois adoptées sous la démocraite anterieurement à 404 et publiées jusque-la sur des sieles dressées un peu partout ²⁵. Mais l'œuvre de codification n'était pas finie pour autant, puisque Nicomachos et ses collègues continuèrent en codifiant les sacrifices que l'État devait accomplir et financer pendant l'année ²⁷. Il fallut quatre ans pour y parvenir et publier un colossal calendrier sacrificiel dont nous possédons quelques fragments ²⁷.

Par la suite, la législation en vigueur à Athènes fut constituée lois qu'ils purent adopter posterieurement à la révision. On parlait toujours des. « lois de Dracon et de Solon » 3, mais ce n'est pas étonnant si l'on considère que de nombreuses lois archaiques, fixant principalement le droit prive, demeurèrent inchangées tout au long du 1v° siècle et avaient donc du être incorporées au nouveau code, avec ou sans corrections. Par veau code, mais aussi pour de nouvelles lois, telles que les lois des lois ratifiees par les nomothetes et de toutes les nouvelles exemple, du temps de Démosthène l'homicide était toujours traité selon la loi de Dracon de 621 30, et l'héritage encore régi par la loi de Solon de 59431. Dans le langage courant, y compris dans les discours devant le Tribunal du Peuple, parler de « loi de Solon » était juste une façon de dire « loi actuellement en vigueur » 22; on n'employait pas seulement l'expression pour des lois authentiquement soloniennes et incorporées au nousur les nomothètes, adoptées dans les années d'après 403 38

Après le discours *Sur les mysières* d'Andocide, on n'entend plus parler du mur de la Stoa Basileios et, quand un orateur cite ses sources, il cite soit une stèle ³⁴, soit les archives publiques au *Mètrôon* ³⁵. L'explication en est sans doute que le nouveau corpus des lois connut pendant de nombreuses années après 400

des modifications et des corrections si considérables que les Athéniens durent renoncer à les republier continuellement sur la pierre. Les lois originales furent par la suite écrites sur le papyrus et conservées aux archives; on en copia et publia aussi sur la pierre, mais l'idée d'un code de loi assez stable pour valoir la peine qu'on le grave sur le marbre fut abandonnée.

L'organisation du code de lois

magistrat responsable de leur administration. De nos jours, on pénal, etc. A Athenes, on le faisait entre les lois du Conseil, les principes tout à fait différents des nôtres aujourd'hui. Dans nos sociétés modernes, elles sont organisées selon leur contenu; à Athènes elles l'étaient selon la procédure, c'est-à-dire selon le d'intérêt général. lois de la compétence du Conseil, lois de la compétence des neuf archontes, lois concernant les autres Les lois d'Athènes étaient écrites et regroupées selon des trouver côte a côte dans la même section du code athénien des baient-elles sous la juridiction de l'archonte, la plupart des lois religieuses sous celle de l'archonte-roi, et le polémarque a dû avoir sous la sienne toutes les lois relatives aux métèques et autres étrangers à Athènes 7. Les lois sur les nomothètes et la procédure distingue entre droit constitutionnel, droit administratif, droit lois des archontes, de l'archonteroi, etc. 9. On pouvait donc lois qui - selon nos façons de penser - avaient des contenus totalement différents. Pourtant, la lor sur les nomothètes, citée par Démosthène 24 montre que le corpus dans son ensemble pouvait eire divise en quaire grandes sections. lois magistrats. Pusque chaque magistrat avait, jusqu'à un certain point, une compétence déterminée sur des bases matérielles, la division des lois correspondait en gros à un classement pratique: ainsi les lois concernant la famille et l'héritage tom-Conseil, puisqu'il revenait aux pratanes et au Conseil de partich oer a la designation des nomothètes. " Par contraste avec les lois onginelles de Solon, le nouveau corpus inclut un grand nombre de Jois institutionnelles (c'est-à-dire de réglementations qui définissaient la composition et les pouvoirs des organes du gouvernement) 39. Elles ne constituaient pas une partie séparée ou particulièrement protégée du code; les Athéniens n'avaient pas de se trouvarent probablement dans la section des lois relevant du constitution au sens formel du terme et, quoiqu'ils aient parfois

usé de clauses restrictives pour rendre plus difficile l'abrogation d'une loi ou d'un decret. ", de telles clauses ne se rattachaient pas à ce que nous appelons des lois constitutionnelles.

La législation au IV siècle

Du fait de la révision de 403/2, les Athéniens se dotèrent d'une nouvelle définition de la «loi ». d'un nouvel organe legis l'aif et d'une nouvelle procedure fant pour l'élaboration que pour le contrôle des lois. Désonnais, les lois seraient clairement distinguées des déterets: elles seraient taites par les nomothètes et noin par l'Assemblée «lles seraient adoptées selon une procedure analogue à un procés; et si leur validire était mise en cause, elles seraient soumises à contrôle devant le Tribunal du Peuple elon une procédure nouvelle. «Laction publique pour avoir proposé et souienu une loi mopportune » (graphé nomon me quit deum herma). La vieille institution destinee au contrôle des lois la graphé paranomén fut des lois reservée aux décretis et doit à partu de ce moment, c'est-a-dur après 403 avoir été comprise éconème une « action publique intentec pour avoir proposé inconstitutionnellement un décré».

Ces lois concernant la législation

La nouvelle procédure législative fut régie par une série de lois, dont trois nous sont connues (les témoignages dont nous disposons ne nous permettent pas de dire s'il y en eut davan-

La « loi de révision » 4. Dans son discours contre Timocrate, Démosthène cite une loi stipulant que tout le corpus des lois, section par section, devait être soumis pour approbation à la première Assemblée de chaque année. Si une loi de quelque section était rejetée par le peuple, n'importe quel citoyen pouvait proposer de la changer. Le peuple, choisissait cinq représentants pour défendre la loi existante et les deux parties présentaient leurs arguments devant une section de nomothètes, laquelle décidait par un vote soit de conserver sans modification le texte en vigueur, soit de lui substituer la proposition de remplacement is

La « loi d'amogation ». Une autre loi, citée dans le même dis-

LA LÉGISLATION AU IV* SIÈCLE

cours, prescrit que n'importe quel citoyen, à n'importe quel moment de l'année, peut proposer la modification d'une loi existante, à la seule condition qu'il propose à une section de nomothètes d'examiner une alternative précise ".

La "ba d'mspection". Dans son discours Contre Clésiphon, Eschine paraphrase une loi qui prescrit que les thesmothètes veillent sur les lois d'Athènes: s'ils trouvaient dans le corpus des lois caduques, contradictoires ou des doublons, ces lois devaient être soumises au peuple, qui désignerait une section de nomothètes pour résoudre la question 46.

Les nomothètes

velle organisation législative doit dater du début dun siècle on admis, quant au vocabulaire, le nouveau distinguo: les nomos sieurs centaines de décrets adoptés par l'Assemblée 47 et sept lois graphique, soit dans la littérature, on peut conclure que la noudocuments epigraphiques a notre disposition contiennent plugie. Cinq fois seulement on nous dit que l'Assemblée a adopté une sous la forme d'un décret; et comme ces cinq cas A partir des lois et décrets qui ont subsisté soit sous forme épidues aux nomothètes 48. Nous reviendrons sur cette énorme difque la division des compétences entre Assemblée et nomothètes fut scrupuleusement conservée. Une décision appelée « loi » chaque fois qu'une décision est nommée « décret », on trouve la formule « le peuple a décidé » ou « le Conseil et le peuple ont décidé » 30. Nos sources littéraires utilisent la même terminolorieures à la reforme législative 3. Nos sources du 1vº siècle férence numérique; pour le moment, l'important est d'observer sont tous datables de 403/2, ces lois sont probablement antémontrent toutes, sans exception, que les Athéniens avaient dire si les nomoi étaient toujours une réglementation générale sans limitation de durée et les trephismate toujours une réglementation d'espece, de validité limitée dans le temps; c'est ce blee Reste à savoir s'ils l'avaient aussi admis sur le fond, c'est-acommence par la formule: « les nomothères ont décidé » plutôt de 403/2, juste apres la restanration démocratique 🗥 sont toujours adoptés par les nomothètes, jamais par qui sera discuré pp. 205-208.

Quel genre de personnes étaient les nomothètes? Le discours de Démosthène contre Timocrate nous renseigne : il est dit

dans la « loi de révision » qu'ils doivent être choisis parmi ceux nomothètai étaient donc recrutés à partir d'un panel de 6000 citoyens qui avaient prété ledif serment (hoi omômokotés), tout logie avec les jurvs on peut supposer que les nomothètes etaient serment et que le Conseil les assisterait dans leur tâche 33. Hoi irés au sort pour un jour donné <u>parmi ceux q</u>ui s'étaient préqui ont prêté le Sement des Héliastes 7. En accord avec cette décret instituant une section de nomothètes et disposant que 1001 nomothètes seraient choisis parmi ceux qui avaient prêté comme les jures du Tribunal du Peuple (hor dikastar) 34; par anatance de la legislation proposée — peut-être 501 au minimum, mais 1001, voire 1501 ou plus pour les questions les plus imporoi, Timocrate avait en 354/3 fait adopter par l'Assemblée un sentes le matin meme et que leur nombre variait selon l'impor-

La procédure législative

hetes . A part cela, la procedure legislative y etait la meme la façon dont elles étaient engagées, mais elles aboutissaient guait les trois lois elle pouvait venir à)de l'Assemblée. b)de ciaire comportait sept façons différentes de faire venir devant même pour la législation; seule la question de l'initiative distin-Le fait que les Athéniens aient eu au moins trois lois différentes, qui prescrivaient chacune une procédure législative différente, a embarrassé les historiens, et plusieurs tentatives en vue de reconstituer ce qu'était la tâche des nomothètes reposent sur la supposition que les lois qui la régissaient doivent avoir été adoptées successivement ou avoir concerné différentes sortes de révisions des lois 35. Mais une telle supposition ne repose ellemême sur rien : au contraire, avoir en même temps plusieurs procédures valables pour la même chose était un trait typique de la démocratie athénienne. Par exemple, la procédure judises juges un magistrat corrompu; les procédures différaient par toutes à un procès devant le Tribunal du Peuple 36. Il en était de n'importe quel citoven ou c) de magistrais, à savoir les thesmodans ses grands traits et peut être décrite comme suit: 1. L'initiative de la procédure a lieu de trois façons, comme on vient de le voir.

LA LÉGISLATION AU IV[®] SIÈCLE

sion div code, c'est adire d'un changement apporte à une loi contradictoire de la procédure, chaque proposition de los étant perçue comme une misé en accusation des lois exis-La législation semble avoir toujours le caractère d'une ren alors en vigueur?". Cela vient sans nul doute de la form

3. Cest l'Assemblée qui décide st la révision du code est necessaire " et, daus l'affirmaiive, choisit les cinq avocats charges de defendre les lois existantes

4. Une proposition visant à modifier les lois existantes doit être publiée devant le Monument des Héros éponymes, sur l'Agora, pour permettre aux citoyens qui le veulent de prendre la parole sur ce sujet ".

thètes) et lui présente la proposition de loi. Dans tous les cas la procédure législative doit avoir impliqué un ou plusieurs probouleumata ouvers ?. En outre, le Conseil avait un secrétaire des lois ?: c'est un indice que les nouvelles lois étaient 5. Le Conseil est implique dans la procédure législative dans la mesure où il fixe l'ordre du jour pour chaque réturion de discutées aussi bien au Conseil qu'à l'Assemblée. 6. La proposition de modifier une loi doit être lue à l'Assem-"Assemblée (laquelle préparera la désignation de nomo-

7. Lors d'une réunion ultérieure, le peuple décide par déciet la désignation de nomothètes et leur nombre, puis voie leur blée et peut apparemment y être débattue ⁶⁴

Le matin du jour fixé pour l'examen d'une proposition de oaiement en conséquence "

 La reimon est dingée par un bureau penteire de neuf proedres, l'un d'eux est chois, pour être le president de ce loi, le nombre convenable de nomothères est ure parmi ceux qui ont prete le Sement des Hehastes oureau (epistates ton proédron)

deux parties se sont exprimées, les nomothetes votent à main levée "Si la majonte est en fave<u>ur de la modification pr</u>opo-Quand les les lois existantes. Apres son discours, went le tour des einq see celle-a devent desormais la foi en vigueur is. la majorite antena de la proposition se presente comme l'accusateur L'action législative se déroule comme celle d'un procès. y est hostile, les jois existantes restent inchangées. avocats choisis par le peuple pour les défendre ".

probable que les nomothètes ne pouvaient pas traiter plus d'une proposition dans la même réunion ". Ils étaient payés pour leur service 71, probablement au même taux que les jurés du Tribunal du Peuple. II. Une séance ne durait qu'une journée; en réalité, il est

La définition d'une loi

Lorsqu'ils établirent le code de 403/2, les Athéniens adoptèrent une loi pour définir ce qu'à l'avenir on entendrait justement par ce mot. Cette règle fondamentale, que pour faire simple nous appellerons « loi définitoire », est citée ou paraphrasée dans plusieurs de nos sources. La citation la plus complète, qui est aussi la plus ancienne, se trouve dans le discours Sur les mystères (400/399) d'Andocide, paragraphe 87:

Loi: Une loi non écrite ne doit être appliquée par les magistrats en aucun cas. Aucun décret, ni du Conseil ni du peuple, ne prévaudra contre une loi. On ne pourra faire une loi en vue d'un seul citoyen. La même loi s'appliquera à tous les Athéniens, à moins qu'il n'en soit décidé autrement [à l'Assemblée] par 6000 citoyens votant au scrutin secret.

C'est bien sûr une version résumée de la loi, mais elle comprend trois réformes de grande portée.

dans la législation. Il est important de noter que la prohíbition sur un point], je jugerai selon ce qui me semble être le plus ne veur pas dire que la loi coutumiere ne jouait pius aucun rôle des lois non écrites s'adressait aux magninais. Le serment que prétaient chaque année les jurés du Tribunal du Peuple 1. Les lois non écrites sont prohibées. Cette clause restreignait le cle, nomos signifiait à la fois coutume et loi; au 1v° siècle, dans le reglement écrit adopte par l'organe législant de l'État 💯 Cela peuple et du Conseil des Cinq Cents 73. Mais en l'absence de lois juste » 74. Mais le droit de juger selon l'équité implique la possibilité de se référer à un droit non écnit et à la coutume, en commençait ainsi: «Je voterai selon les lois et les décrets du l'absence de loi écrite sur tel ou tel point "; rapprochée du Serment des Héliastes, la loi définitoire révèle un trait sondamental a suivre, peuvent en certames circonstances être regardés comme <u>au dessus des lois et se voient accorder un pouvoir refusé</u> rôle de la coutume comme source de la loi. On a vu qu'au y' sièangage quotidien, il avait toujours les deux significations, mars, en droit le concept de loi en vant à s'appliquer seulement a un de la démocratie au N^esiècle : les magistrats sont soumis à la loi mais les jures gardiens de la loi, quoiqu IIs aient normalement aux magistrats

LA LÉGISLATION AU IVESIÈCLE

des lois, comme l'indiquent les Définitions platoniciennes: «un nomos [est] une décision prise dans les affaires de la tolis par le une décision qui intervient dans les affaires de la pous pour une mentation d'espece, adoptee sous la forme de décrets (un cas d'espèce se rapporte à un individu determiné ou à un sujet ponctuel). Tout aussi fondamentale est la durée de la validité connaître; mais les lois et les décrets qui subsistent du n' siècle montrent que les Athéniens utilisaient cette distinction (permanent/limité dans le temps) comme le fondement de la distinction qu'ils faisaient entre lois et décrets : depuis la restauraatteint, prennent toujours la forme d'un décret, et ne prennent mentation generale, adoptée sous la forme de lois, et une régleduree limitee » ". En realité, cette question-la n'est pas abordée dans la « loi définitoire » telle qu'Andocide nous la fait tion démocratique en 403/2, les règles édictees pour une durée limitée, qui épuisent leur contenu une fois que leur propos est 2. La distinction entre lois et décrets. En définissant les «lois». comme des règles qui lient tout un chacun, les Athéniens introation de durées distinction qu'on peut clarifier au moyen du duisaient une différenciation fondamentale entre une régleplethos (la majorité) sans limitation de durée, un pséphisma [est] celle d'une lor que si elles sont d'une portée générale, sans limi

Pickelsky	Nomas estingetions contre qui- conque tente de renyerser la démocratie ou de trahir les forces armées d'Athènes ou de parler au peuple en cédant à la corruption. (Hyp. 3.78).	Psybhisma ordonnant que Démos Psybhisma accordant le droit de thène soit ceint d'une couronne citoyennete à Denys I" de Syracuse d'or et que cette couronne lui soit et à tous ses descendants, et leur décernée au théâtre lors des garantissant le droit permanent de Grandes Dionysies. (Eschn. 3.49). prosodos à l'Assemblée et au Conseil. (IG II* 103).
Temporare	Psiphisma ordonnant que qua- rante trières soient lancées, que toutes les classes d'âge jusqu'à quarante-cinq ans soient appelées pour y servir et qu'une risphora de 60 talents soit levée. (Dem. 3.4).	Psiphisma ordonnant que Démos- thène soit ceint d'une couronne d'or et que cette couronne lui soit décernée au théâtre lors des Grandes Dionysies. (Eschn. 3.49).
	General	TRADAMAN

Seulement, si la théorie est une chose, la pratique en est une autre : les Athéniens étaient-ils capables d'opérer la distinction

tèrent-ils cette distinction pendant les quatre-vingt-deux années entre des réglementations générales et d'espèce? Et respecque dura la démocratie nouvelle?

que les Athéniens du iv siècle se soient jamais disputés pour savoir si telle reglementation devait être adoptée sous la forme décrets importants (Verwaltungsakte) y seraient votés de la même façon qu'auparavant. Cette distinction suisse entre Gesetze et Verwaltungsakte répond assez bien à la distinction athénienne entre L'argument du silence vient de ce qu'aucune source n'indique d'une foi ou sous celle d'un décret. A priori, il n'y a aucune raison de supposer que la distinction ait été particulièrement diffid'une analogie, puis par l'argument du silence. L'analogie est fournie par une modification constitutionnelle introduite à Obwalden en 1922, quand il fut décidé que toutes les lois seraient à l'avenir soumises à un vote écrit, alors que tous les nomoi et psephismata; depuis 1922, il n'y a jamais eu de problème A la première question, on peut d'abord répondre au moyen (Gesetze), jusque-là votées dans la Landsgemeinde à main levée, pour décider ce qui était Gesetze et ce qui était Verwaltungsakte 77

La question du respect de cette distinction dans la pratique se divise en deux : Y a-t-il des cas où une réglementation generale, sans limitation de durée, ait pris la forme d'un décret? Et y en aril où une réglementation d'espèce, ou de durée limitee, ait pris la forme d'une loi?

entre deux États ou plus 80. Peut-on supposer que les Athéniens aient eu la même notion des différences entre un traité et une a paix et les alliances 81. Il ne parle pas explicitement nues, sans exception, montrent qu'Athènes a toujours décidé de la guerre, de la paix et des alliances par décret et janais par la loi, on tient un solide argument pour dire que les Athéniens, à même ceux qui se prétendaient valables « pour toujours » 79. De nos jours, on dirait certainement qu'une loi est une règle qui lie tous les citoyens d'un État, tandis qu'un traité est un pacte passé oi? En tout cas, dans sa Politique, Aristote distingue spécifiqued'Athènes, mais lorsque toutes les sources qui nous sont parvement entre les lois (nomoi) et les décisions concernant la guerre, A Athènes tous les traités furent décrètés par l'Assemblée 78 instar d'Aristote, distinguaient entre les lois et les traités.

Hormis celui des traités, il y a tres peu de cas où une régle-

Atheniens engageaient leur dernière grande guerre contre Phidont les pères étaient morts en combattant pour la démocratie définition de la loi 82. Il y a encore deux autres cas possibles pour le 1v° siècle, mais pour aucun des deux on ne peut déterniner avec certitude si les Athéniens ont légiféré par décret. Nos sources littéraires font référence à environ 220 décrets, parmi rale et illimitée 83: par exemple la proposition faite par Démosthène que l'Aréopage ait le droit de juger tous les délits *. Mais il est frappant que tous ces cas puissent être attribués à deux courtes périodes, l'année 403/2, avant que la nouvelle definition ait fait l'objet d'une loi, et les années 340-338, jorsque les lippe de Macédoine et étaient peut-être obligés, dans cette crise, d'adôpter des lois sous forme de decrets parce que la procédure - quelques centaines de décrets - Il n'y a qu'un seul exemple clair: la décision de faire entretenir par la cite les orphelins prise en 403/2, c'est-à-dire avant l'introduction de la nouvelle mentation générale, sans limitation de durée, ait pris la forme dans la guerre civile de 404.403. La décision fut probablement lesquels une douzaine avait une portée indubitablement généd'un décret. De tous les documents épigraphiques qui subsistent LA LÉGISLATION AU IVE SIÈCLE egislative ordinaire prenait trop de temps.

in secret 86. L'un de ces trois décrets accorde la citoyenneté à cusable que les lois n'étaient pas toujours des réglementations générales pour une durée illimitée. Mais à l'opposé, il faut souprescrit que, à titre exceptionnel, une loi (nomas) peut être pourvu seulement que l'Assemblée ait donné son accord lors un certain Peisitheidès de Délos; or l'octroi du droit de cité nissent trois exemples de réglementations individuelles et à durée limitée, mais adoptées sous forme de lois 85. Tous trois sont des décrets honorifiques pour des personnes nommément désignées, dans lesquels l'Assemblée dispose que la décision être votée sous forme de loi. C'est bien sûr un témoignage irréigner que cette entorse particulière à la distinction entre lois et décrets est expressément autorisée par la « loi définitoire », qui votée même si elle concerne un individu nommément désigné, d'une séance réunissant le quorum de 6000 présents, et à bullenécessitait toujours deux votes à l'Assemblée, la seconde fois Pour le cas inverse, les inscriptions qui subsistent nous fourpour trouver le financement de ces honneurs ainsi accordés doit être laissée aux nomothètes pour ratification, et par conséquent

avec un quorum de 6000 présents et à scrutin secret 87; dans les deux autres cas, il est raisonnable de penser qu'ils avaient également été adoptés à l'Assemblée avec le quorum des 6000.

(appelé mérismos) était une loi. Si un décret impliquait une entorse au mérismos, il fallait une dispense, qui était nécessairement une loi, et non un décret puisqu'en vertu de la réforme de Pourquoi des lois concernant des individus furent-elles parfois autorisées? La raison de cette tolérance juridique pourrait bien résider dans le fait qu'au IV' siècle le budget d'Athènes était organisé sur la base de l'allocation des différents revenus aux différents postes de dépense; la règle qui régissait ce partage 403/2, une loi était considérée comme la norme supérieure: aussi ne pouvait-on la modifier par un simple décret *

aucun décret ne prévaut sur aucune loi est énoucé par de nomde ses pouvoirs accrus pour légiterer et à la préemmence tradi-3. Les lois l'emportent sur les décrets. Les principe selon lequel breuses sources, sous cette forme " ou sous une autre; il signifie que les décrets adoptés devaient être en conformité avec les lois 90. Cette clause tarsatt des Jors la réglementation la plus Atheniens pour rétablir le respect de la loi. Depuis les réformes d'Éphialte en 462, l'Assemblée avait de plus en plus souvent usé tionnelle de la loi s'était substituée celle du <u>Peuple en son</u> devait etre celle de la loi, non celle du peuple, et que les lois Démosthene, dans son discours contre l'imocrate, raconte avec habitude de mettre une corde au cou de celui qui proposait de forte e est un puissant temoignage de l'effort que faisaient les Assemblée, incarnant la puissance de l'Etat.⁹¹. Mais en 403, les Athemens en revincent à l'idée que la plus grande puissance admiration l'histoire des Locriens qui, grace à leur merveilleuse modifier une loi et de le pendre haut et court si sa proposition devaient etre stables, même si elles n'étaient pas intangibles 52 était rejetée, n'avaient changé qu'une seule loi en 200 ans 🥦

Solon jusqu'à la dernière année de la Cuerre du Péloponnèse et tion entre réglementations générales et individuelles en 403, au moment où ils reviserent tout le corpus des lois. Ils partirent de la masse des décisions encore en vigueur depuis Dracon et se fixèrent pour tâche de déterminer lesquelles méritaient Il n'est pas surprenant que les Athéniens aient crée la distincd'être intégrées au code, de façon à en produire un nouveau,

LA LÉGISLATION AU IV* SIÈCLE

précis et constant; c'est sans doute cette tâche qui les amena à introduire la distinction qui prévalut au 17 siècle entre nomoi et La décision de faire prévaloir les lois eut deux consequences... (1) si une loi nouvelle était en contradiction avec des décrets antérieurs, elle les myalidait. (2) si un décret nouveau était en contradiction ayet les lois en viguent, il devait être immediate ment annule.

secrétaire du Conseil d'abroger sur-le-champ tout décret qui ne serait pas conforme à la nouvelle loi 44. Ainsi des décrets adoptés selon les règles par le peuple à l'Assemblée furent ils, sur ordre des nomothètes, abrogés par un magistrat au terme d'une La première est assez surprenante, mais bien attestée : dans la loi de 375/4 sur la monnaie d'argent, la clause finale enjoint au action administrative pour laquelle ni le Conseil ni l'Assemblée ne furent même consultés.

illégalité» (graphé paranomon) contre l'auteur de la proposition; c'est le l'ribinnal du Peuple qui rendait un verdict." Dans le cas d'un décret incompatible avec une loi en vigueur. citoyen pouvait prendre l'initiative d'une « action publique en l'abrogation n'était pas l'affaire d'un magistrat : n'importe quel

La procédure du vote des lois

'incompatibilité soit formelle (irrégulanté de procédure), soit Gonseil, il en appelat au Tribunal du Peuple pour faire annuler inspire une loi mopportune» (graphe nomon me epitedaon the inction entre lois et décrets. la graphe paranomon fut désormais dictoires avec d'auries lois relevaient de la nouvelle action Cependant elles pouvaient aussi servir contre des lois ou des Au V siècle, tout citoyen pouvait intenter une graphe paranoa décision et punir le rapporteur coupable. Peu après la restauation démocratique de 163 on établit une nouvelle procédure pour le vote des lois : l'« action publique pour avoir proposé et ma) 39. C'était sans aucun doute le résultat de la nouvelle disréservée aux décrets, tandis que les lois inopportunes ou contrapublique portee devant le Imbunal du Peuple 7. La principale cause de recours à l'une ou l'autre de ces actions était mon contre n'importe quelle décision de l'Assemblée, ou du de fond (contradiction dans les termes) avec les lois en usage. décrets parfaitement conformes à la procédure et aux autres lois.

pleinement en accord avec l'idée grecque d'un âge d'or perdu rement, contraires aux intérêts du peuple et de la démocratie S'il s'agissait d'un décret, il devait être casse, puisque les lois ancienne prévalait sur une loi récente ³⁰ (point de vue radicalement oppose au principe moderne de la lex posterior 100, mais mais tenus pour inappropriés ou, pour dire les choses plus claiavaient la prééminence "; si c'était une loi, elle devait être invalidée par le Tribunal du Peuplé, selon le principe qu'une loi et les panégynques de la « constitution de nos pères »).

La stabilité des lois

de fait, il ne le prétend pas. Il y a une grande différence entre sa sa description de la democratie athénienne dans la Constitution. d'Athenes, ou il nous est dit que tout est « regle par les décrets et les tribunaux où le peuple est souverain » 10; A stote juxta-'instar des dikastai, ils étaient choisis parmi les 6000 qui avaient prêté le Serment des Héliastes) Aristote les englobait dans le ne peut s'appiquer à la démocratie athénienne du w' siècle; et critique genérale de la démocratie radicale dans La Politique et pose les tribunaux a l'Assemblée (qui passait les décrets). absence de toute reference aux nomothètes pose problème. Aristote, dans sa critique de la démocratie radicale, aux livres entre lois et décrets fut élaboré à Athènes, l'assertion d'Aristote mais peut s'expliquer si l'on suppose que (dans la mesure ou, à IV et VI de sa Folitique, affirme que tout y est décide par décrets, Dans la mesure ou nos sources font apparaître que la distinction non par des lois et que les décrets l'emportent sur les lois terme de dihastèria.

législative 105 et insistent sur le respect effectif des lois ", indisdécrets censés s'appuyer sur l'autorité d'une loi sont souvent minence. Cette critique est récusée par nombre de passages chez les orateurs, qui font en réalité l'éloge de la procédure pensables à la préservation de la démocratie 117. Une affirmation Démosthène, dans ses discours contre Leptine et Timocrate, se livre à une critique quelque peu différente contre la législaque la procédure législative n'est pas respectée et que des adoptés avant elle 104, de sorte que les lois perdent leur préétion athénienne. Il affirme qu'on vote béaucoup trop de lois 103

LA STABILITÉ DES LOIS

détruit l'autre : on s'étonne de voir combien de savants ont fait aveuglément confiance à celle de Démosthène ¹⁰⁸

488 décrets. On objectera que les lois n'étaient peut-être raison de supposer que celles-ci seraient moins bien attestées rique suggère que les lois étaient raiement contestées et que le qu'exceptionnellement gravées sur la pierre, ce qui rendrait impossible tout dénombrement à partir du matériel épigraphiques. Il n'en reste pas moins frappant que l'épigraphie the nomon me epitedeson themas contre des lois 100. Il n'y a aucune Les Athéniens ont-ils adopté trop de lois? Nos documents épigraphiques réfutent cette allégation: sept lois contre confirme nos témoignages littéraires quand il s'agit de la procédure législative: nous avons chezles orateurs trente-neut exemples de graphe paranomon contre des décrets et six d'une graque celles-là dans les discours qui subsistent; la différence numécode athenien était plus stable qu'on ne le suppose souvent

qu'il s'agit dans les trois cas de réglements individuels, de tels reglements pouraient, à titre exceptionnel, être adoptés par les censées autoriser? On invoque comme exemples les trois décrets honorifiques évoqués supra. Mais ils ne contrevenaient pas à la procédure législative : en effet, ainsi qu'on l'a vu et bien Des lois furent-elles passées aims les décrets qu'elles étaient nomothètes.

séances de l'Assemblée et que la proposition de loi n'a pas été affichée devant le Monument des Héros éponymes 110. Le discours contre Leptine est aussi une graphè contre une loi que attaque une loi en se servant de cet argument. Le discours contre Timocrate est une graphe nomon me épitèdeion theinai contre une loi adoptée par les nomothètes le 12 du mois d'hécatombéon, en l'année 354/3, pour permettre l'application d'un décret d'Épicrate établissant 1001 nomothètes et adopté luimême la veille à l'Assemblée. Démosthène proteste que la déci-Ceptine avait fait adopter par les nomothètes, mais, selon sans lecture de la proposition devant l'Assemblée ni publication préalable [11]. Il est difficile d'estimer la valeur des critiques porées par Démosthène, mais il vaut la peine de souligner que lui-On peut concevoir que la procédure n'ait pas toujours été respectée et Démosthène peut avoir raison dans les deux cas où il sion d'appointer des nomothètes n'a pas été discutée dans deux 'accusation, sans débat ni abrogation des lois contradictoires,

même est obligé d'admettre que la loi de Leptine a été adoptée par les nomothètes et non décrétée par l'Assemblée 112

perdus. On ne doit pas non plus oublier que les Athéniens adoptèrent des centaines de lois qui ne furent jamais assignées tuent exagérément les défauts de la société qu'ils décrivent: exagere en affirmant que l'ensemble des lois connaissait le même sort, mais il est impossible de décider s'il a raison ou tort Athènes une vue fort différente si les plaidoiries de la défense nous étaient parvenues et que les discours à charge se fussent Il n'y a guère de doute, au demeurant, que Démosthène ait quand il affirme que cette procedure etait anticonstitutionnelle. Il ne faut pas oublier que les discours contre Leptine et Timocrate étaient des discours d'accusation et que son rôle consistait à critiquer ces lois : nous aurions certainement de la nomothesia à devant le Tribunal du Peuple. Les discours judiciaires constiment la majeure partie de nos sources; naturellement ils accenl'historien a pour devoir de ne pas prendre pour argent comptant l'impression qui s'en dégage.

œ

Le Tribunal du Peuple

«Tribunal du Peuple » traduit le grec dikastèrion, qui, en luimême, signifie seulement une cour de justice, mais était principalement utilisé, à Athènes, pour les grands tribunaux de jurés qui sont le propre d'une démocratie. A strictement parler, il y avait plusieurs tribunaux différents et, lorsque nos sources décrivent cette institution, le pluriel dikastèria y est plus fréquent que le singulier '; mais même quand ils usent du pluriel, il est clair que les Athénieus sovaient leurs tribunaux commé un tout " et conme un organe de l'Etat exactement au même titre que l'Assemblée et le Consell.

Dans les cites democratiques, c'était même le plus important des disciples de Socrate déploie une carte du monde pour le oseudo-disciple Strépsiade et pointe Athènes du doigt; mais ce des organes de l'Etat, conjointement avec l'Assemblee, Dans La Politique, Aristote définit le citoyen d'une démocratie comme dans la Constitution d'Athènes, où, pour introduire sa description avoir à juger plus de litiges que tous les autres Grecs réunis⁶; et dans l'exposé liminaire de Thucydide, les Athéniens admettent eux-mêmes que c'est vrai 7. Dans Les Nuées d'Aristophane, l'un dernier refuse de le croire en objectant; « Où sont les tribuparfaitement avec l'analyse de la démocratie athénienne menée est reglé par les décrets [= par l'Assemblée] et les tribunaux où tote: le Viell Oligarque dit que les Athéniens sont connus pour naux? » 3. Dans Les Guépes, lorsque le vieil et édenté Philocléon l'Assemblée (akklesiastes) 1; cette définition générale coïncide systematique, il classe Athenes parmi les democraties où «tout le peuple est souverain * D'autres sources confirment Arisdéfend vigoureusement la souveraineté des tribunaux, le seul celui qui a le droit d'être jure (dikasta) et de participer

mental? Pour moi, il y a longtemps que je le tiens pour mon avis, si tu t'accordes pleinement avec moi, et si nous changes-tu d'opinion et te refuses-tu à ce principe fondapar l'injustice, ni de rendre le mal pour le mal. Ou bien jamais bien d'agir injustement, ni de répondre à l'injustice leurs façons d'agir. Donc examine bien, si toi aussi, tu es de même idée, écoute ce qui s'ensuit. sentiment, dis-le et explique-toi. Sinon, si tu t'en tiens à la vrai, et maintenant encore. Mais toi, si tu es d'un autre posons en principe, avant toute délibération, qu'il n'est

Cairon. — Je m'y tiens, je partage ton sentiment. Tu

peux parier.

No of the State of

qu'un d'une chose juste, faut-il la faire ou lui manquer de plutôt, je te le demande. Lorsqu'on est convenu avec quel-Socrate. - En ce cas, je vais dire ce qui s'ensuit; ou

CRITON. - Il faut la faire.

ő

d'ici sans avoir obtenu l'assentiment de la cité, faisonsnon? et observons-nous ce dont nous sommes convenus, ou nous sommes le plus obligés de n'en pas faire, oui ou nous du tort à quelqu'un, et précisément à ceux à qui Socrate. — Fais attention maintenant. Si nous sortons

ne la comprends pas CRITON. — Je ne peux répondre à ta question Socrate; je

tentes, qu'est-ce autre chose que de vouloir nous détruire, à d'autres semblables? Que de raisons en effet ne pourrait-on Crois-tu vraiment qu'un Etat puisse subsister, qu'il ne soit nous les lois, et tout l'Etat, autant qu'il est en ton pouvoir? « Dis-nous, Socrate, qu'as-tu dessein de faire? Ce que tu l'Etat, qu'ils se dressent devant nous et nous interrogent ainsi : comme tu voudras, — nous voyions venir à nous les lois et détruire? » Que répondrons-nous, Criton, à cette question et pas renversé, lorsque les jugements rendus y sont sans force, de cette loi, détruite par nous, qui veut que les jugements pas développer, — surtout un orateur, — pour la défense lorsque les particuliers peuvent en supprimer l'effet et les évader — appelle d'ailleurs la chose Suppose qu'étant sur le point de nous Socrate. — Eh bien, considère ceci.

> του άνταδικείν ούτε κακώς πάσχοντα άμύνεσθαι άντι-פֿאָפֿעידע געגטּכ, ון מֿאָנסדעסער געו פט גפועטיבוב דוןך מֿאָצוןך; μενοι, ως ουδέποτε όρθως έχοντος ούτε του αδικείν ούτε πρόσθεν, τὸ μετά τοῦτο ἄκουε. τη άλλη δέδοκται, λέγε και δίδασκε. Εί δ' έμμένεις τοίς Εμοί μέν γαρ και πάλαι οθτω και νθν έτι δοκεί σοι δε εί θ καινωνείς και συνδοκεί σοι και άρχάμεθα έντεθθεν βουλευόληλων βουλεύματα. Σκόπει δή οθν και σύ εθ μάλα πότερον

ΚΡ. `Αλλ' εμμένω τε και συνδοκεί μοι άλλα λέγε.

ρον α αν τις δμολογήση το δίκαια όντα ποιητέον ή έζαπα-ΣΩ. Λέγω δη αθ το μετά τοθτο, μαλλον δ' έρωτω πότε.

ΚΡ. Ποιητέον.

ταθτα οθς ήκιστα δεί, ή οὔ ; καὶ ἐμμένομεν ρίς ὁμολογήσαπείσαντες την πόλιν πότερον κακώς τινας ποιοθμεν καί ְנְבּע מֿנִגְמִנֹסוּכָ סטֿסוּע, קֿ סטֿ ΣΩ. Έκ τούτων δή ἄθρει. Απιόντες ένθένδε ήμεις μή 50

ΚΡ. Οὐκ ἔχω, δ Σώκρατες, ἀποκρίνασθαι πρὸς δ ἔρωτῆς

διωτών ακυροί τε γίγνωνται καὶ διαφθείρωνται; » Τὶ ἐροῦμεν, φθαι έν ή διν αί γενόμεναι δίκαι μηδέν ισχύωσιν, διλλά υπο σοι οδόν τε έτι εκείνην την πόλιν εξναι και μη άνατετράάπολέσαι και σύμπασαν την πόλιν το σον μέρος; "Η δοκεί τούτφ τὰ ἔργφ ῷ ἐπιχειρείς διανοή πούς τε νόμους ήμας « Εἶπέ μοι, ὧ Σώκρατες, τί ἐν νῷ ἔχεις ποιεῖν ; ἄλλο τι ἢ οί νόμοι και το κοινον της πόλεως έπιστάντες έροιντο άποδιδράσκειν, είθ' όπως δεί δνομάσαι τοθτο, ελθόντες άπολλυμένου, δς τὰς δίκας τὰς δικασθείσας προστάττε ἔχοι ἄλλως τε και ρήτωρ είπειν ὑπὲρ τούτου του νόμου 🖏 Κρίτων, πρός ταθτα καὶ ἄλλα τοιαθτα; Πολλά γάρ ἄν τις ΣΩ. 'Αλλ' ῶδε σκόπει. Εἰ μέλλουσιν ήμιν ἐνθένδε εἴτι

διαφθείρονται BW || 8 δίχας τὰς TW : oun. B. 50 h 4 αν Τ : οπ. Β || 5 γίγνωνται... διαφθείρωνται Τ : γίγνονται...

Criton. — Assurément, Socrate.

glout te serait permis; de telle sorte que, si nous voulons te nous reproches-tu, à nous et à l'Etat, pour tenter ainsi de nous de parcil; et, à l'égard de ta patrie, à l'égard de ses lois, lui rendre ni injure pour injure, ni coup pour coup, ni rien de te faire instruire dans la musique et la gymnastique ? » « Socrate, est-ee là ce qui était convenu entre nous et toi nions de ces paroles, elles pourraient bien dire : « Ne t'étonne n'était-ce pas plutôt que tu tiendrais pour valables les jugement nous le faire, à nous aussi? Quoi! loin d'être égal en notre esclave1, toi-même et tes ascendants? et, s'il en est ainsi, prétendre d'abord que tu n'étais pas à nous, issu de nous que tu as été ainsi mis au monde, nourri, élevé, pourrais-tu répondrais-je. - « Et à celles qui règlent les soins de l'enmariages? les tiens-tu pour mal faites? » -- « Nullement, » quelque eritique à faire à celles d'entre nous qui règlent les mère et l'avons mis à même de t'engendrer? Parle, as-tu naissance, n'est-ce pas nous qui avons marié ton père à ta détruire? Tout d'abord, n'est-ce pas à nous que tu dois la c'est ton habitude d'interroger et de répondre. Voyons, que pas, Socrate, de notre langage, mais réponds-nous, puisque ments de l'Etat, quels qu'ils sussent? » Et si nous nous étontoi, dans la mesure de tes moyens, tenter de nous détruire un, tu ne pourrais lui faire ce qu'il t'aurait fait, tu ne devrais droit à ton père ou à ton maître, si par hasard tu en avais tout ce que nous aurons voulu te faire, tu puisses légitimepenses-tu que nous ayons mêmes droits, nous et toi, et que, — « Elles étaient bonnes, » dirais-je. — « Bien. Et après les lois qui s'y rapportent, celles qui prescrivaient à ton père fance, l'éducation qui fut la tienne? étaient-elles mauvaises, donner la mort parce que cela nous paraît juste, tu pourrais, Socrate. - Mais supposons qu'alors les Lois nous disent

des droits de l'individu. On ne la trouve ni dans la l'épublique de Platon ni dans la Politique d'Aristote. étrangère au droit moderne. L'antiquité grecque n'avait pas la notion 1. L'idée de considérer le citoyen comme un esclave de l'Etat est

> ήμας ή πόλις και ουκ όρθως την δίκην έκρινεν; » ταθτα ή τί υρίας είναι. "Η έροθμεν πρός αὐπούς δτι .« "Ηδίκει γάρ ο

KPITON

50 c

ΚΡ. Ταθτα νη Δία, & Σώκρατες.

άρα και τους νόμους έξέσται σοι, άστε, έάν σε έπιχειρώμεν άντιτύπτειν οὔτε ἄλλα τοιαθτα πολλά πρὸς δὲ τὴν πατρίδα ποιείν, οὔτε κακῶς ἀκούοντα ἀντιλέγειν οὔτε τυπτόμενον εί σοι ὧν ἐτύγχανεν, ὥστε ἄπερ πάσχοις ταθτα και άντιέχοις αν είπειν πρώτον μέν ώς ούχι ήμετερος ήσθα και « Είεν· ἐπειδή δὲ ἐγένου τε καὶ ἐζετράφης καὶ ἐπαιδεύθης, σική και γυμναστική παιδεύειν;» — « Καλώς, » φαίην αν. τούς νόμους και την πατρίδα καθ' όσον δύνασαι έπιχειήμεῖς ἀπολλύναι δίκαιον ήγούμενοι εΐναι, καὶ σὺ δὲ ήμᾶς τὸν πατέρα οὐκ ἐξ ἴσου ἢν τὸ δίκαιον καὶ πρὸς τὸν δεσπότην ταθτα άντιποιείν οἴει δίκαιον εΐναι; "Η πρός μέν ἄρα σοι ήμιν, και άττ αν ήμεις σε έπιχειρώμεν ποιείν, και σο τοθθ' ούτως έχει, αρ' έξ ίσου οἴει είναι σοὶ τὸ δίκαιον καὶ έκγονος και δοθλος αὐτός τε και οί σοι πρόγονοι; και εί τεταγμένοι νόμοι παραγγέλλοντες τῷ πατρὶ τῷ σῷ σε ἐν μουέπαιδεύθης; ή οὐ καλῶς προσέταττον ήμῶν οἱ ἐπὶ τούτοις την του γενομένου τροφήν τε και παιδείαν έν ή και σύ ἔχουσιν ; » — « Οὔ μέμφομαι, » φαίην ἄν. — « ᾿Αλλὰ τοῖς περὶ τοίς νόμοις τοίς περί τούς γάμους μέμφη τι ὡς οὐ καλῶς σου δ πατηρ και εφύτευσεν σε; Φράσον οθν, τούτοις ήμων σε έγεννήσαμεν ήμεις και δι' ήμων ελάμβανεν την μητέρα και τή πόλει έπιχειρείς ήμας απολλύναι; Οὐ πρώτον μέν τῷ ἐρωτὰν τε καὶ ἀποκρίνεσθαι. Φέρε γάρ, τί ἐγκαλῶν ἡμῖν μαζε τά λεγόμενα, άλλ' άποκρίνου, ἐπειδὴ καὶ εἴωθας χρῆσθαι λεγόντων, ἴσως ἄν εἴποιεν ὅτι΄ « "Ω Σώκρατες, μή θαύατς αν ή πόλις δικάζη; » — Ει οδν αυτών θαυμάζοιμεν παθτα δμολόγητο ήμιν τε και σοι, ή έμμένειν ταις δίκαις ΣΩ. Τι οθν, αν είπωσιν οι νόμοι: « "Ω Σάκρατες, ή και Ċ,

50 d 3 ελάμεσιν Β : ελαδε ΤΨ | 8 επὶ τούτοις Β : ἐπὶ τούτιο Τ.

vénérer, lui céder, lui complaire, quand elle se facbe, plus cela, Criton? les lois ont-elles tort ou raison? et bien plus encare envers la patrie? » --- Que dirons-nous à violence, n'est-elle pas impie envers une mère, envers un pere, d'executer ce qu'ordonne l'Etat et la patrie, ou, sinon, de ct on ne doit ni se dérober, ni reculer, ni abandonner son ner, ou mener au combat pour y être blessé ou pour y ce qu'elle ordonne, souffrir même paisiblement ce qu'elle qu'à un père; il faut, ou la faire changer d'idée, ou exécuter Jugement des dieux et des hommes sensés; oui, il faut la qu'un père, plus que tous les ancêtres, qu'elle est plus resqu'il faut honorer sa patrie plus encore qu'une mère, plus vertu! Ah! ta sagesse te permet-elle donc de méconnaître diras que tu agis justement, toi qui as vraiment à cœur la la faire changer d'idée par les moyens légitimes. Quant à la mourir; tout cela, il faut le faire, car c'est ce qui est juste; veut qu'on soussre, se laisser, s'il le faut, frapper, enchaiposte, mais au combat, au tribunal, partout, le devoir est pectable, plus sacrée, qu'elle tient un plus haut rang au nous les lois, et ta patrie avec nous! Et, en agissant ainsi, tu

CRITON. — Je crois qu'elles ont raison.

Socrare. — « Vois donc, Socrate, » pourraient-elles ajouter, « si nous ne sommes pas en droit d'affirmer que la façon dont tu projettes de nous traiter est bien injuste. Nous qui t'avons mis au monde, nourri, élevé, nous qui t'avons fait part, ainsi qu'à tous les autres citoyens, de tous les biens dont nous disposions, nous proclamons, en ne l'interdisant pas, que tout Athénien qui le veut, après qu'il a été mis en possession de ses droits civiques ', après qu'il a pris connaissance de la vie publique et de nous, les lois, peut, si nous ne lui plaisons pas, sortir d'Athènes, emporter ce qui est à lui, aller où il voudra. Aucune de nous n'y fait obstacle. Aucune n'interdit à qui de vous veut se rendre dans une colonie, parce qu'il s'accommode mal de nous et de l'État,

1. Littéralement: « Après qu'il a subi la dokimasie. » On appelait ainsi la justification que le jeune Athénien (ou son représentant autorisé) devait fournir devant l'assemblée de son dème pour attester qu'il possédait, au moment de devenir citoyen effectif, les qualités exigées par la loi.

> & Κρίτων; αληθή λέγειν τους νόμους ή ου; τούτων ἔτι ήττον την πατρίδα;» — Τί φήσομεν πρός ταθτα βιάζεσθαι δε ουχ δσιον οὔτε μητέρα οὔτε πατέρα, πολύ δε πόλις και ή πατρίς ή πείθειν αὐτὴν" ή τὸ δίκαιον πέφυκε, και έν δικαστηρίφ και πανταχού ποιητέον & ἄν κελεύη ή ταθτα και τὸ δίκαιον οθτως ἔχει, και οθχι θπεικτέον οὐδέ πόλεμον ἄγη τρωθησόμενον ή ἀποθανούμενον, ποιητέον χαλεπαίνουσαν ή πατέρα, και ή πείθειν ή ποιείν & αν σέβεσθαι δεί καὶ μαλλον υπείκειν καὶ θωπεύειν πατρίδα και παρά θεοίς και παρ' άνθρώποις ποίς νοῦν ἔχουσι, και άναχωρητέον οὐδὲ λειπτέον τὴν τάξιν, ἄλλά και ἐν πολέμφ ἄγοντα, ἐάν τε τύπτεσθαι, ἐάν τε δείσθαι, ἐάν τε εἰς κελεύη και πάσχειν έάν τι προστάττη παθείν ήσυχίαν πατρίς και σεμύότερον και άγιώτερον και έν μείζονι μοίρα οδτως εί σοφός ἄστε λέληθέν σε ὅτι μητρός τε καὶ πατρὸς καί των άλλων προγόνων άπάντων τιμιώτερόν έστιν ή πράττειν δ τή άληθεία τής άρετής έπιμελόμενος; "Η ρήσεις ανταπολλύναι, και φήσεις ταθτα ποιῶν δίκαια

ΚΡ. Έμοιγε δοκεί.

ΣΩ. « Σκόπει τοίνυν, & Σάκρατες, » φαίεν ἄν ἴσως οἱ νόμοι, « εἰ ἡμεῖς ταθτα ἀληθή λέγομεν ὅτι οὐ δίκαια ἡμᾶς ἐπιχειρεῖς ὁρᾶν ὰ νθν ἐπιχειρεῖς. 'Ημεῖς γάρ σε γεννήσαντες, έκθρέψαντες, παιδεύσαντες, μεταδόντες ἀπάντων ἄν οἴοί τ' ῆμεν καλῶν σοὶ καὶ τοῖς ἄλλοις πᾶσιν πολίταις, ἀ ὅμως προαγορεύομεν τῷ έξουσίαν πεποιηκέναι ᾿Αθηναίων τῷ βουλομένο, ἐπειδάν δοκιμασθή καὶ ἴδη τά ἐν τἡ πόλει πράγματα καὶ ἡμᾶς τοὺς νόμους, ῷ ἄν μἡ ἀρέσκωμεν ἡμεῖς ἐξείναι λαθόντα τά αὐτοῦ ἀπιέναι ὅποι ἄν βούληται. Καὶ οὐδείς ἡμῶν τῶν νόμων έμποδών έστιν οὐδ' ἀπαγορεύει, ἐάν τέ τις βούληται ὑμῶν εἰς ἀποικίαν ἰέναι εἰ μἡ άρὲσκοι-

Testim. : 51 a 7 $\frac{1}{7}$ ούτως εἶ σορός... — ηττον τὴν πατρίδα (c 3) = Stob. Floril., XXXIX, 23.

51 h 6 ποιητέον Β: ποιητέα W Stob. || d 5 καὶ οὐδείς... — τις βούληται (d 7) ΒΣΤW : om. Β.

54 d

ou encore à qui veut s'établir à l'étranger, d'aller au loin, ou il lui platé, avec ce qui est à lui.»

« Mais si quelqu'un de vous reste ici, où il peut voir comment nous fendons la justice, comment nous administrons l'État, alors nous prétendons que celui-là a pris en fait l'engagement d'obéir à nos commandements; et nous affirmons que, s'il ne le fait pas, il est coupable triplement, parce qu'il se révolte contre nous, les auteurs de ses jours, contre nous qui l'avons élevé, et que, s'étant engagé à l'obéissance, il ne nous obéit pas, sans chercher non plus à nous corriger par la persuasion, si peut-être nous avons tort. Et pourtant, au lieu de commander durement, nous proposons nos ordres, laissant le droit de choisir entre la discussion et l'obéissance; or celui-là ne veut ni obéir ni discuter. Eh bien, Socrate, tous ces reproches, nous déclarons que tu vas les encourir, si tu fais ce que tu médites, oui, toi, plus que tout autre Athénien, toi surtout. »

si tu l'avais voulu, te faire condamner à l'exil; et ainsi, ce naissance à tes enfants, témoignant ainsi qu'elle te consous notre autorité; et c'est dans cette ville que tu as donné pleinement satisfait de nous et de cet Etat. Tant tu nous à une sète, saus à l'Isthme, une seule sois , ni en aucun pays autre, attaché à elle jusqu'à n'en jamais sortir pour aller ni engagement. Elles me diraient: « Socrate, il y a de fortes suis un des Athéniens qui ai pris plus particulièrement cet auraient-elles le droit de me rudoyer et de me rappeler que je que tu médites de saire aujourd'hui malgré la ville, tu l'auvenait. Il y a plus : pendant le procès même, tu pouvais, préférais à tout, tant tu consentais formellement à vivre conçu le désir de connaître une autre eité et d'autres lois, étranger, sauf en expédition militaire, sans avoir jamais nien dans cette ville, si elle ne t'avait convenu plus qu'à tout voyagé nulle part comme font les autres, sans même avoir prcuves qui démontrent que nous te plaisions, nous et l'Etat, I'u ne te scrais pas tenu enfermé plus qu'aucun autre Athé-Et si alors je leur demandais: « Pourquoi cela? », peut-être

1. Cf. Diog. La. II, 23. Cette montion du voyage de Socrate à l'Isthme n'est pas contradictoire avec le passage du Phèdre (230 d), où il est dit que Socrate ne sortait jamais des murs. Ce que Phèdre dit en badinant ne saurait avoir le caractère d'un ténioignage rigoureusement exact.

μέν ήμεις τε και ή πόλις, εάν τε μετοικείν ἄλλοσέ ποι ελθών, Ιέναι έκεισε δποι αν βούληται Εχοντα τὰ αυτού. » α "Ος δ' αν υμών παραμ είνηδρών δν τρόπον ήμεις τάς τε δίκας δικάζομεν και τάλλα τήν πόλιν διοικουμεν, ήδη φαμέν τουτον ώμολογηκέναι Εργφ ήμιν α αν ήμεις κελεύωμεν ποιήσειν ταυτα, και τον μή πειθόμενον τριχή φαμεν αδικείν, δτι τε γεννηταίς ουσιν ήμιν ου πειθεται και δτι τροφευσι και δτι όμολογήσας ήμιν πειθεσθαι ουτε πειθεται ουτε πείθει ήμας εί μή καλώς τι ποιούμεν, προτιθέντων ήμών 52 και ουκ άγριως έπιταττόντων ποιείν α αν κελεύωμεν, άλλα έφιέντων δυοίν θάτερα ή πείθειν ήμας ή ποιείν, τούτων ουδέτερα ποιεί. Ταύταις δή φαμεν και σέ, ω Σωκρατες, ταις αιτίαις ενέξεσθαι εἴπερ ποιήσεις α έπινοείς, και

οὐχ ἥκιστα ᾿Αθηναίων σέ, ἀλλ᾽ ἐν τοῖς μάλιστα. »

ώς άρεσκούσης σοι τής πόλεως. Έτι τοίνυν έν αὐτή τή πολιτεύσεσθαι τά τε ἄλλα και παίδας έν αὐτή ἐποιήσω, πόλις, ούτω σφόδρα ήμας ήρου και ωμολόγεις καθ ήμας ούτε άλλην αποδημίαν έποιήσω πώποτε ώσπερ οι άλλοι άκούσης της πόλεως έπιχειρείς, τότε έκούσης ποιήσαι. Σύ δίκη έξην σοι φυγής τιμήσασθαι εί έβούλου, καὶ ὅπερ νῦν ἄνθρωποι, οὐδ' ἐπιθυμία σε ἄλλης πόλεως οὐδὲ ἄλλων νόμων θεωρίαν πώποτ' έκ της πόλεως έξηλθες, ὅτι μή ἄπαξ εἰς ποτε τῶν ἄλλων Ἀθηναίων ἀπάντων διαφερόντως ἐν αὐτῆ καθάπτοιντο λέγοντες ὅτι ἐν τοῖς μάλιστα ᾿Αθηναίων ἐγὼ έλαβεν είδέναι, άλλα ήμεῖς σοι ໂκανοὶ ἣμεν καὶ ή ήμετέρα Ίσθμόν, οὔτε ἄλλοσε οὐδαμόσε εί μή ποι στρατευσόμενος, έστιν δτι σοι και ήμεις ήρέσκομεν και ή πόλις. Οὐ γάρ ἄν αύτοις δμολογηκός τυγχάνω ταύτην τήν δμολογίαν. Φαιεν έπεδήμεις εἶ μή σοι διαφερόντως ἤρεσκεν, καὶ οὔτ᾽ ἐπὶ γὰρ ᾶν ὅτι· « 🗘 Σάκρατες, μεγάλα ήμιν τούτων τεκμήρια Ει ουν έγω είποιμι « Δια τι δή; » τσως αν μου δικαίως

51 d 8 ποι B²TW : om. B || e γ ξιμίν πείθεσθαι B : ξ μίγν πείθεσθαι Γ΄ ξιμίν πείσεσθαι W || 52 a 4 δ TW : om. B || b 5 δτι μή ἄπαξ εξ. Τσθιμόν Τ. Cf. Athen., V, 55, p. 216 b : om. BW.

rais fait avec son consentement. Au lieu de cela, tu faisais le brave alors, tu te donnais l'air d'être indifférent à la mort, tu déclarais la préférer à l'exil; et aujourd'hui, sans rougir de ce langage, sans te soucier de nous, les lois, tu médites de nous détruire, tu te conduis comme se conduirait le plus vil esclave ; projetant de t'évader, en dépit de nos accords et de l'engagement que tu avais pris de vivre en citoyen. Réponds donc, dis-nous d'abord s'il n'est pas vrai, comme nous l'affirmons, que tu t'es engagé à vivre sous notre autorité, non pas en paroles, mais en fait; est-ce vrail » Que répondre à cela, Criton pouvons-nous n'en pas convenir l'Carrow. — Force est d'en convenir, Socrate.

aucun autre Etat, grec ou barbare; tu t'es abstenu de t'en et tu ne te rendras pas ridicule en t'éloignant de ta cité. » ments? Cela, Socrate, tu ne le feras pas, si tu nous en crois, niens; car comment unc ville plairait-elle à qui n'aimerait nous te plaisions manifestement plus qu'aux autres Athéni la Crète, dont tn vantes sans cesse la constitution², ni « que de violer nos accords et tes engagements, conclus par pas ses lois? Et, maintenant, tu manques à tes engageinvalides. Tant cette ville et par conséquent nous, ses lois, éloigner plus que ne font les impotents, les aveugles et autres aller ailleurs, si nous ne te convenions pas, si nos accords ne soixante-dix ans pour réfléchir, pendant lesquels tu pouvais te paraissaient pas justes. Or, tu n'as préféré nı Lacédémone lorcé à te décider trop rapidement, puisque tu as cu toi sans qu'on t'ait ni contraint ni trompé, sans qu'on t'ait Socrate. — « Que fais-tu done », poursuivraient-elles,

« Réfléchis un peu. Si tu violes nos accords, si tu commets cette faute, quel bien procureras-tu à toi-même ou à tes

 La fidélité de l'esclave, son attachement à son maître étant considérés comme les marques d'une bonne nature, l'esclave fugitif passait pour méprisable.

2. Les lois de Sparte, attribuées à Lycurgue, celles de la Crète, dont on faisait honneur à Minos, jouissaient d'une grande réputation en Grèce. Toutefois, l'esprit démocratique d'Athènes, surtout au temps de la guerre du Péloponnèse, avait créé un courant d'opinion contraire, attesté notamment par le beau discours de Périclès dans Thucydide (II, 36). Socrate, lui, résistait à cette tendance, et Platon, plus défavorable encore à la démocratie, demeura toujours enclin à louer ces deux constitutions.

δὲ τότε μὲν ἐκαλλωπίζου ὡς οὐκ ἀγανακτῶν εἰ δέσι τεθνάναι σε, ἀλλὰ ἤροῦ, ὡς ἔφησθα, πρὸ τῆς φυγῆς βάνατον νῦν δὲ οὐτ² ἐκείνους τοὺς λόγους αἰσχύνη οὔτε ήμῶν τῶν νόμων ἐντρέπη ἐπιχειρῶν διαφθεῖραι, πράττεις τε ἄπερ ἄν δοῦλος φαυλότατος πράξειεν, ἀποδιδράσκειν ἄ ἔπιχειρῶν παρὰ τὰς συνθήκας τε καὶ τὰς δμολογίας καθ' ἄς ἡμῖν συνέθου πολιτεύεσθαι. Πρῶτον μὲν οῦν ἡμῖν τοῦτ' αὐτὸ ἀπόκριναι, εἰ ἀληθῆ λέγομεν φὰσκοντές σε ὁμολογηκέναι πολιτεύσεσθαι καθ' ἡμῶς ἔργφ, ἀλλ' οὐ λόγφ, ἢ οὐκ ἀληθῆ. »— Τὶ φῶμεν πρὸς ταῦτα, ὧ Κρίτων; ἄλλο τι ἢ ὁμολογῶμεν;

ΚΡ. "Ανάγκη, δ Σώκρατες.

ΣΩ. « Ἄλλο τι οῦν, » ἄν φαῖεν, « ἢ συνθήκας τάς πρὸς ἡμᾶς αὐτοὺς καὶ ὁμολογίας παραβαίνεις, οὐχ ὑπὸ ἀνάγκης θ ὁμολογήσας οὐδὲ ἀπατηθείς οὐδὲ ἐν δλίγφ χρόνφ ἀναγκασθείς βουλεύσασθαι, ἀλλὶ ἐν ἔτεσιν ἑβδομήκοντα, ἐν οῖς ἐξῆν σοι ἀπιέναι εῖ μὴ ἢρέσκομεν ἡμεῖς μηδὲ δίκαιαι ἐφαίνοντό σοι αῖ ὁμολογίαι εῖναι. Σὰ δὲ οὔτε Λακεδαίμονα προῃροῦ οὔτε Κρήτην, ᾶς δὴ ἐκάστοτε φὴς εὐνομείσθαι, οὔτε ἄλλην οὐδεμίαν τῶν Ἑλληνίδων πόλεων οὐδὲ τῶν βαρβαρικῶν, ἀλλὰ ἑλάττω ἐξ αὐτῆς ἀπεδήμησας ἢ οῖ χωλοί τε καὶ τυφλοὶ καὶ οἱ ἄλλοι ἀνάπηροι οὕτω σοι διαφερόντως τῶν ἄλλων ᾿Αθηναίων ἤρεσκεν ἡ πόλις τε καὶ ἡμεῖς οἱ νόμοι δῆλον ὅτι τίνι γὰρ ἄν πόλις ἀρέσκοι ἄνευ νόμων; Νῦν δὲ δὴ οὐκ ἐμμένεις τοῖς ὡμολογημένοις; ἐἀν ἡμῖν γε πείθῃ, ὡ Σώκρατες: καὶ οὐ καταγέλαστός γε ἔσῃ ἐκ τῆς πόλεως ἐξελθών. »

« Σκόπει γάρ δή, ταθτα παραβάς και έξαμαρτάνων τι τούτων τι άγαθον έργάση σαυτόν ή τούς έπιτηδείους τούς

Testim. : 52 c 5 Σ ù di... — tỏ đờy μέρος (54 c 8) — Eus., Præpev., XIII, 8 Dindorf.

 $\mathbf{52}$ \mathbf{d} $\mathbf{5}$ πολιτεύσεσθαι \mathbf{T} : πολιτεύεσθαι \mathbf{B} | $\mathbf{53}$ \mathbf{a} $\mathbf{1}$ οὐδὶ τῶν βαρδα-ριμῶν \mathbf{B} : εξαμαρτῶν (sic) \mathbf{T} .

d'être privés du droit de cité, de perdre leur fortune, on amis? qu'il y ait risque pour eux d'être exilés à leur tour, sera-ce la peine de vivre? Ou bien les fréquenteras-tu et hommes qui ont de bonnes mœurs? Dans ces conditions, feras qu'ils paraîtront avoir bien jugé. Quiconque en ellet deront avec soupcon comme un destructeur des lois; tu tion, et tous ceux qui, là-bas, ont souci de leur ville te regarte rends dans quelqu'une des villes les plus voisines, à n'en peut guère douter. Mais toi-même, tout d'abord, si tu honteux? Qui en douterait? » penses-tu qu'un tel rôle joué par Socrate ne sera pas jugé plus estimable au monde, ainsi que la légalité et les lois ? Et que tu disais ici, que la vertu, la justice sont ce qu'il y a de auras-tu le front de leur répéter... quoi donc, Socrate? Ce donc que tu évites les villes qui ont de bonnes lois et les de perdre les jeunes gens et les esprits faibles. Faudra-t-il détruit les lois peut justement être considéré comme capable donneras ainsi raison à ceux qui approuvent tes juges, tu lois¹, — tu y arriveras, Socrate, cn ennemi de leur constitul'hèbes ou à Mégare, — car l'une et l'autre ont de bonnes

« Mais peut-être t'éloigneras-tu de ces pays-là, pour aller en Thessalie, chez les hôtes de Criton; c'est l'endroit où il y a le plus de désordre et d'immoralité?, et peut-être y prendrait-on plaisir à t'entendre raconter de quelle façon boulfonne tu t'es échappé de ta prison, sous quelque travestissement, vêtu d'une casaque de peau ou de quelque autre déguisement à l'usage des esclaves fugitifs, et contrefaisant l'allure d'un autre. Que déjà vieux, quand il te restait vraisemblablement si peu de temps à passer ici-bas, tu n'aies pas craint de manifester cette fureur de vivre, au mépris des lois les plus importantes, est-ce une chose dont nul ne parlera? Peut-être, à la rigueur, si tu n'offenses personne. Sinon, Socrate, il te faudra entendre bien des propos indignes. Ce sera donc en flattant tout le monde, en t'asservissant à tous, que tu vivras? et comment, sinon en festinant, en Thessalie, comme

σαυτού. Ότι μεν γάρ κινδυνεύσουσι γέ σου οι επιτήδειοι ύποβλέψονταί σε διαφθορέα ήγούμενοι τῶν νόμων, καὶ τούτων πολιτεία, και δσοιπερ κήδονται των αύτων πόλεων μοθνται γάρ άμφότεραι — πολέμιος ήξεις, 🕉 Σάκρατες, τή έγγύτατά τινα πόλεων έλθης ἢ Θήδαζε ἢ Μέγαράδε — εὐνοάπολέσαι σχεδόν τι δήλον. αὐτὸς δὲ πρῶτον μὲν ἐἀν εἰς τῶν και αὐτοὶ φεύγειν και στερηθήναι τής πόλεως ή την οὐσίαν σφόδρα που δόξειεν αν νέων γε και ανοήτων ανθρώπων διατην δίκην δικάσαι βστις γάρ νόμων διαφθορεύς έστιν ποιούντι άρα ἄξιόν σοι ζην έσται; "Η πλησιάσεις τούτοις πόλεις και των ανδρών τούς κοσμιωτάτους; Και τουτο βεβαιώσεις τοίς δικασταίς την δόξαν ώστε δοκείν δρθώς φθορεύς εΐναι. Πότερον οΰν φεύξη τάς τε εὐνομουμένας πραγμα; οἴεσθαί γε χρή. Αλλ' ἐκ μὲν τούτων τῶν τόπων πλείστου ἄξιον τοῖς ἄνθρώποις καὶ τὰ νόμιμα καὶ οἱ νόμοι; κρατες; η οδοπερ ενθάδε, ως ή άρετη και ή δικαιοσύνη και αναισχυντήσεις διαλεγόμενος.... τίνας λόγους, & Σά-Και ούκ οἴει ἄσχημον ἄν φανείσθαι τὸ τοῦ Σωκράτους ή άλλα οῖα δὴ εἰώθασιν ἐγσκευάζεσθαι οἱ ἀποδιδράσκοντες ἴσως ἄν ήδέως σου ἀκούοιεν ὡς γελοίως ἐκ τοῦ δεσμωτηρίου Κρίτωνος: ἐκεῖ γὰρ δὴ πλείστη ἀταξία καὶ ἀκολασία καὶ άπαρείς, ήξεις δέ είς Θετταλίαν παρά τους ξένους τους σας ουτω γλισχρως επιθυμείν ζην, νόμους τους μεγίστους και το σχήμα το σαυτού καταλλάξας. "Οτι δε γέρων ανήρ, άπεδίδρασκες σκευήν τέ τινα περιθέμενος ἢ διφθέραν λαβὼν τί ποιών ή εὐωχούμενος έν Θετταλία, ώσπερ έπι δείπνον μή, ἀκούση, δε Σώκρατες, πολλά και ἀνάξια σαυτοθ παραδάς, οὐδεὶς δς έρει; "Ισως, ἄν μή τινα λυπής ει δὲ σμικρού χρόνου τῷ βίφ λοιπού ὅντος ὡς τὸ εἰκός, ἐτόλμη- e Ύπερχόμενος δή βιώση πάντας άνθρώπους καὶ δουλεύων,

53 b 6 a true Stallbaum: a stady B \parallel c 5 out chy ketal B: eath on chy T \parallel d a tokan B: polemy T \parallel 3 toks Keitwing B: to Keitwing T \parallel 8 natallakag B: metallakag T \parallel e a outw glueged T: outwardinger BW \parallel 5 uperallakag B: uperallakag T.

r. Thèbes et Mégare sont également citées dans le Phédon (99 a) comme les villes où Socrate aurait pu se réfugier en raison de leurs bonnes lois.

^{2.} Cf. Ath. IV, 6, p. 137 et X, 4, p. 418, ct Xén. Mém. I, 2, 24

చ చ

si tu étais allé là-bas invité à un banquet? Et, alors, nos beaux discours sur la justice, sur la verfu, que seront-ilà devenus? Mais, dis-tu, c'est pour tes enfants que tu veux vivre, pour les élever, pour faire leur éducation. Quoi? comptes-tu les emmener en Thessalie, les y élever, les y éququer, en faire des étrangers, afin qu'ils te doivent cette qualité? Ou bien non; c'est ici qu'ils seront élevés, et parce que tu seras vivant, tu crois qu'ils seront mieux élevés, mieux éduqués, sans que tu sois auprès d'eux? Ce seront tes amis qui auront soin d'eux. Mais, dis-nous, est-il probable qu'ils prendraient ce soin, si tu t'en allais en Thessalie, tandis que si tu vas chez Hadès, ils ne le prendront pas? vraiment, si tu es en droit d'attendre quelque chose de ceux qui se disent tes amis, tu dois penser qu'ils le prendront. »

ne te laisse pas persuader par Criton, mais plutôt obéisvoulu nous détruire, autant que cela dépendait de toi. Non, si tu quittes la vie, tu la quitteras condamné injustement, là-bas, ne te feront pas bon accueil, sacbant que tu as ceux que tu devais le moins léser, toi-même, tes amis, ta propres accords et tes engagements envers nous, en lésant contraire, tu t'évades en répondant si honteusement à l'inarriveras là-bas, elle ne le sera pas davantage. Aujourd'hui, justice par l'injustice, au mal par le mal, en violant tes non point par nous, les lois, mais par des bommes; si, au toi, dès cette vie, et, chez Hadès, nos sœurs, les lois de patrie et nous enfin; alors, nous nous irriterons contre cette conduite n'est ni meilleure, ni plus juste, ni plus pieuse gouvernent là-bas. Car manifestement, sur cette terre déja, ce soit, au-dessus de ce qui est juste, afin qu'arrivé chez pour toi, non plus que pour aucun des tiens, et, quand tu Hades tu puisses dire tout cela pour te justifier à ceux qui tu es, ne mets ni tes enfants, ni ta propre vie, ni quoi que « Allons, Socrate, crois en ces lois qui t'ont fait ce que

Voilà, sache-le bien, mon très cher Criton, ce que moi, je crois entendre, comme les initiés aux mystères des Corybantes croient entendre des flûtes 1; oui, le son de ces paroles

1. Les Corybantes étaient, selon la légende, des acolytes de la déesse phrygienne Cybèle. Ils passaient pour avoir institué les mystères qu'on appelait de leur nom. L'initiation s'opérait au moyen de

δικαιοσύνης τε και τής άλλης άρετής που ήμεν ξσονται; 54 βλλια δή των παιδων ξνεκα βούλει ζήν, ενα αθτούς εκθρέψης και παιδεύσης; Τι δέ; εις Θετταλίαν αὐτούς εκθρέψης και παιδεύσης; Τι δέ; εις Θετταλίαν αὐτούς έκθρέψης και παιδεύσης; "Η τουτο μέν ού, αὐτού δέ τρεφάμενοι σου δαντος βέλτιον θρέψονται και παιδεύσονται μή συνόντος σου αὐτοῦς; Οι γὰρ ἐπιτήδειοι οι σοι ἐπιμελήσονται αὐτῶν. Πότερον ἐὰν εις Θετταλίαν ἀποδημήσης ἐπιμελήσονται, ἐάν δὲ εις "Αιδου ἀποδημήσης οὐχι ἐπιμελήσονται, εἴπερ γὲ τι ὄφελος αὐτῶν ἐστιν τῶν σοι φασκόντων ἐπιτηδείων εεναι; μο οἴεσθαί γε χρή, »

άδελφοι οι έν "Αιδου νόμοι ουκ ευμενως σε υποδέξονται, είδότες δτι καὶ ήμας ἐπεχείρησας ἀπολέσαι το σον μέρος. πρός ήμας παραβάς και κακά έργασάμενος τούτους οθς κακουργήσας, τάς σαυτού δμολογίας τε και συνθήκας τάς ρον οὔτε ὁσιώτερον οὐδὲ ἄλλφ τῶν σῶν οὐδενὶ, οὔτε ἐκείσε σοι φαίνεται ταθτα πράττοντι άμεινον είναι οὐδὲ δικαιδτεμήτε παίδας περί πλείονος ποιού μήτε το ζην μήτε άλλο 'Αλλά μή σε πείση Κρίτων ποιείν & λέγει μθλλον ή ήμείς.» d ήμείς τέ σοι χαλεπανοθμεν ζώντι καὶ ἐκεῖ οἱ ἡμέτεροι έὰν δὲ ἐζέλθης οῦτως αἰσχρῶς ἀνταδικήσας τε καὶ άντιέὰν ἀπίης, οὐχ ὕφ᾽ ήμῶν τῶν νόμων, ἀλλὰ ὑπ᾽ ἀνθρώπων: άφικομένφ ἄμεινον ἔσται. 'Αλλά νθν μέν ήδικημένος ἄπει, ταθτα ἀπολογήσασθαι τοῖς ἔκεῖ ἄρχουσιν. οὔτε γὰρ ἔνθάδε ήκιστα ἔδει, σαυτόν τε καὶ φίλους καὶ πατρίδα καὶ ἡμᾶς, μηδέν πρό του δικαίου, ίνα είς "Αιδου έλθων έχης πάντα « 'Αλλ', & Σώκρατες, πειθόμενος ήμιν τοις σοις τροφεύσι,

Ταθτα, δ φίλε έταιρε Κρίτων, εθ ίσθι δτι έγω δοκδι άκούειν, άσπερ οί κορυδαντιώντες τῶν αὐλῶν δοκοθσιν άκούειν, και ἐν ἐμοὶ αθτη ἡ ἠχἡ τούτων τῶν λόγων βομδεί

 $\bf 54$ a 4 τοῦτό σου $\bf W$: σου om. $\bf BT \parallel$ a $\bf B$ ἐὰν $\bf B$: ἐὰν μὲν $\bf T \parallel$ $\bf b$, $\bf 8$ οὔτε όσιώτερον $\bf B$: οὖδὲ ὁσιώτερον $\bf T$.

ين ن: KPITON

Dis-toi donc que, si je ne me trompe, tout ce que tu pourras alléguer là contre, sera peine perdue. Toutefois, si tu crois bourdonne en moi et m'empeche de rien entendre d'autre. réussir, parle.

dis, puisque c'est la voie que le dieu nous indique. CRITON — Non, Socrate, je n'ai rien à dire. Socrate. — Laisse donc cela, Criton, et faisons ce que je

danses vertigineuses exécutées par les prêtres autour de l'initié. Celui-ci, tout étourdi, croyait entendre le son des flûtes du cortège divin. Voir Euthydème, p. 278 d.

και ποιεί μή δύνασθαι των ἄλλων ἀκούειν άλλὰ ἴσθι, ὅσα έρεις. "Ομως μέντοι εί τι οίει πλέον ποιήσειν, λέγε. γε τὰ νῦν ἔμοὶ δοκοθντα, ἐἀν λέγης παρά ταθτα, μάτην

ΚΡ. 'Αλλ', ὁ Σώκρατες, οὐκ ἔχω λέγειν.

έπειδή τωύτη ὁ θεὸς ύφηγείται. ΣΩ. Έα τοίνυν, δ Κρίτων, και πράττωμεν ταύτη,

54 d 6 cao BT: 220 v. W.

main dans la main avec l'irrationalisme. Construire n'est possible qu'au service de fins particulières qui, en dernier ressort, ne peuvent être que non rationnelles et sur lesquelles aucune discussion rationnelle ne peut conduire à un accord s'il n'est déjà présent au point de départ.

CHAPITRE 2

« Kosmos » et « Taxis »

état d'extrême désordre » (Adam Smith*). que la main qui les meut; mais que dans le quier n'ont d'autre principe de mouvement table et la société sera constamment dans un différents, le jeu marchera de façon lamen-Si ces deux principes coincident et agisseni lui est propre, entièrement différent de celui chacune des pièces a un principe moteur qui grand échiquier de la société humaine, société avec autant de facilité que la main peu qu'il peut disposer les membres d'une grande sement, humaine se déroulera aisément et harmonieuque le législateur peut choisir de lui imprimer Il ne considère point que les pièces sur l'échi arranger les différentes pièces d'un échiquier dans la même direction, le jeu de la société ieureux et fructueux. S'ils sont opposés ou «L'homme de système... semble s'imagines avec de grandes chances d'être

^{*} Adam SMITH, The theory of Moral Sentiments, Londres, 1759, sixième partie, chap. 2, avant-dernier paragraphe. Il mérite d'être remarqué que ce passage contient quelques-uns des concepts de base et des termes dont nous aurons à nous servir tout au long de ce livre : l'idée d'un ordre spontané de la Grande Société faisant contraste avec

Le concept d'ordre

Le concept central autour duquel tournera la discussion dans ce livre est celui d'ordre; et particulièrement la distinction entre deux natures d'ordre que nous appellerons provisoirement « ordre fabriqué » et « ordre mûri ». L'ordre est un concept indispensable pour étudier tous les phénomènes complexes, vis-à-vis desquels il doit largement jouer le rôle que le concept de loi joue dans l'analyse de phénomènes plus simples¹. Il n'y a aucum autre terme adéquat que le mot « ordre » par quoi nous puissions le désigner, bien que « système », « structure » ou « modèle » puissent parfois en tenir lieu. Le terme « ordre » a, bien entendu, une longue histoire dans les sciences sociales¹, mais de nos jours il a généralement

un arrangement délibéré des éléments; la distinction entre coïncidence et opposition entre les règles (principes de mouvement) inhérentes aux éléments et celles qui leur sont imposées par la législation; et l'interprétation du processus social comme un jeu qui se déroulera avec aisance si les deux sortes de règles sont concordantes, mais produira le désordre si elles sont en conflit.

1. Voir mon essai sur « The theory of complex phenomena », dans F. A. HAYEK, Studies in Philosophy, Politics and Economics, Londres et Chicago, 1967, désigné ci-après par les initiales SPPE). Ce fut en fait d'abord entièrement en vertu de considérations méthodologiques que je fus conduit à reprendre l'usage du concept impopulaire d'« ordre »; voir aussi F. A. HAYEK, The Counter-Revolution of Science, Chicago, 1952, p. 39:

« Si les phénomènes sociaux ne présentaient aucun ordre sauf lorsqu'ils ont été consciemment modelés, il n'y aurait à vrai dire point de place pour une science théorique de la société; et il n'y aurait, comme on l'a souvent prétendu, que des problèmes de psychologie. » Dans la discussion, ces temps derniers, le mot « système » est souvent employé dans le sens où j'emploie ici « ordre », mais ce dernier mot me semble toujours préférable.

1. Il semblerait que le concept d'ordre ait circulé dans la théorie politique à partir de saint Augustin. Voir en particulier son dialogue Ordo, dans l'édition de J.-P. Migne, Patrologiae cursus completus

été évité à cause de l'ambiguité de sa signification et de son association fréquente avec des visées de politique autoritaire. Nous ne pouvons cependant nous en passer et il nous faudra nous prémunir contre de fausses interprétations en définissant nettement le sens général dans lequel nous l'utiliserons, puis en distinguant clairement les deux voies différentes par lesquelles un tel ordre peut apparaître.

Par « ordre » nous désignerons toujours un état de choses dans lequel une multiplicité d'éléments de nature différente sont en un tel rapport les uns aux autres que nous puissions apprendre, en connaissant certaines composantes spatiales ou temporelles de l'ensemble, à former des pronostics corrects concernant le reste; ou au moins des pronostics ayant une bonne chance de s'avérer corrects¹. Il est clair que toute société doit posséder un ordre en ce sens-là, et que souvent un tel ordre existera sans avoir été créé délibérément. Ainsi que l'a dit un anthropologue renonuné:

« Qu'il existe un certain ordre, une cohérence et une permanence dans la vie sociale, cela est évident. S'il n'y en avait pas, nul d'entre nous ne pourrait vaquer à ses affaires ou trouver à satisfaire à ses besoins les plus élémentaires »².

sec. lat. 32/47, Paris, 1861-1862, et dans une traduction allemande Die Ordnung par C. J. Peel, 4° éd., Paderborn, 1966.

1. Voir L. S. STEBBING, A Modern Introduction to Logic, Londres, 1933, p. 228: « When we know how a set of elements is ordered, we have a basis for inference. » Voir aussi Emmanuel Kant, Werke (Akademie Ausgabe), Nachlass, vol. 6, p. 669: « Ordnung ist Zusammenfügung nach Regeln. »

2. E. E. EVANS-PRITCHARD, Social Anthropology, Londres, 1951, p. 49; voir aussi, même ouvrage, p. 19:

« It is evident that there must be uniformities and regularities in social life, that society must have some sort of order, or its membres could not live together. It is only because people know the kind of behaviour expected of them, and what kind of beha-

nous poussent presque inévitablement nos habitudes de ordre peut se réaliser. La première réponse à laquelle comportement d'autrui est la forme en laquelle l'ordre correspondent à ce que ces actions seront effectivement actions des autres, sur lesquelles reposent nos plans objectifs que si les prévisions que nous pouvons taire des que nous ne pouvons poursuivre efficacement nos pour la satisfaction de la plupart de nos besoins, de où ce que chacun doit faire est déterminé par la volonté cette interprétation, l'ordre dans la société doit repose surtout auprès des partisans de l'autoritarisme. Selon généralement interprété comme un arrangement opéré quelque dessein d'un esprit pensant¹. L'ordre étant ains penser anthropomorphiques, est que cela doit être dû a notre objectif immédiat, que de savoir comment un te se manifeste dans la vie sociale; et ce sera précisémen Cet ajustement des intentions et des prévisions quant au diverses formes de collaboration avec autrui, il est clair autorité suprême. de ses supérieurs et, finalement, par la volonté d'une à-dire sur une structure hiérarchique de la société entière sur la relation de commandement et d'obéissance, c'est la plupart des amis de la liberté, tandis qu'il est en faveu par quelqu'un, le concept d'ordre est devenu suspect è Vivant comme membres de la société et dépendant

viour to expect from others, in the various situations of life, and coordinate their activities in submission to roles and under the guidance of values that each and all are able to go about their affairs. They can make predictions, anticipate events, and lead their lives in barmony with their fellows because every society has a form or pattern which allows us to speak of it as a system, or structure, within which, and in accordance with which, its members live their lives. »

1. Voir L. S. Stebbing, ouvr. cité, p. 229 : « L'ordre est le plus apparent là où l'homme a été à l'œuvre. »

Cette connotation autoritariste du concept d'ordre découle cependant entièrement de l'opinion que l'ordre est nécessairement créé par des forces extérieures au système (ou « exogènes »). Cela ne s'applique pas à un équilibre réalisé de l'intérieur¹, ou équilibre « endogène », comme celui que la théorie générale du marché s'efforce d'expliquer. Un ordre spontané de cette nature possède, à bien des égards, des propriétés différentes de celles d'un ordre fabriqué.

Les deux sources d'ordre

L'étude des ordres spontanés a longtemps constitué la tâche spéciale de la théorie économique, bien que, naturellement, la biologie ait été dès l'origine concernée par cette sorte particulière d'ordre spontané que nous appelons un organisme. Ce n'est que récemment qu'est apparue dans les sciences physiques, sous le nom de cybernétique, une discipline elle aussi concernée par ce que l'on appelle des systèmes auto-organisés ou auto-générés².

Distinguer cette sorte d'ordre de celui confectionné par quelqu'un, mettant les éléments d'un ensemble à leur place ou dirigeant leurs mouvements, est indispensable à toute compréhension des processus de la société comme

- 1. Voir J. Ortega y Gasset, Mirabeau o el político, 1927, dans Obras Completas, Madrid, 1947, vol. 3, p. 603 : « Orden non es una presión que desde fuera se ejerce sobre la sociedad, sin un equilibrio que se suscita en su interior. »
- 2. Voir H. von FOERSTER et G. W. ZOPF, Jr. (publié par), Principles of Self-Organization, New York, 1962, et, sur la vision anticipée des principales conceptions de la cybernétique par Adam Smith, cf. G. HARDIN, Nature and Man's Fate, New York, 1961, p. 54; et Dorothy EMMET, Function, Purpose and Powers, Londres, 1958, p. 00

à toute politique sociale. Il y a plusieurs termes pour désigner chaque nature d'ordre. L'ordre confectionné, comme une construction, un ordre artificiel ou, spéciaou comme un arrangement, peut encore être décrit que nous avons déjà mentionné comme un ordre exogène que nous avons déjà mentionné comme auto-généré ou une organisation. De son côté, l'ordre mûri par le temps, lement quand il s'agit d'un ordre social dirigé, comme chacun à l'un des types d'ordre, à savoir : taxis pour l'avantage de posséder deux mots distincts propres un ordre spontané. Le grec classique avait sur nous endogène, peut facilement être caractérisé comme étant un ordre arrangé ou disposé, par exemple un ordre de mot signifiant originairement « un ordre correct dans un bataille¹; et kosmos pour un ordre issu de la pratique, le État ou une communauté »2. Nous aurons recours parfois

1. Voir H. Kuhn, Ordnung im Werden und Zerfall, dans H. Kuhn und F. Wiedmann (dir.), Das Problem der Ordnung, VI Congrès allemand de Philosophie, Munich, 1960, édité à Meisenheim am Glan, 17

2. Voir Werner Jaeger, Paideia: The Ideals of Greek Culture, 2. Voir Werner Jaeger, Paideia: The Ideals of Greek Culture, trad. G. Higher, vol. I, 2° éd., New York, 1945, p. 110, à propos de wad. G. Higher, vol. I, 2° éd., New York, 1945, p. 110, à propos de wad. G. Higher, vol. I, 2° éd., New York, 1945, p. 110, à propos de wad. G. Higher, vol. I, 2° éd., New York endering the concept of dike from the wad. This is the original social life of the city-state to the realm of nature... This is the original social life of the philosophical idea of cosmos; for the word originally signified of the philosophical idea of cosmounity »; et au même ouvrage, the right order in a state or in a community »; et au même ouvrage, p. 179: « So the physicist's cosmos became, by a curious retroperssion in thought, the pattern of eunomia in human society. » Voir gression in thought, the pattern of eunomia in human society. » Voir gression in thought, the pattern of eunomia in human society. » Voir gression in thought, the pattern of eunomia in human society. » Voir gression in thought, the pattern of eunomia in human society. » Voir gression in thought, the pattern of eunomia in human society. » Voir gression in thought, the pattern of eunomia in human society. » Voir gression in thought, the pattern of eunomia in human society. » Voir gression in thought, the pattern of eunomia in human society. » Voir gression in thought, the pattern of eunomia in human society. » Voir gression in thought, the pattern of eunomia in human society. » Voir gression in thought, the pattern of eunomia in human society. » Voir gression in thought, the pattern of eunomia in human society. » Voir gression in thought, the pattern of eunomia in human society. » Voir gression in thought, the pattern of eunomia in human society. » Voir gression in thought, the pattern of euromia in human society. » Voir gression in thought, the pattern of euromia in human society. » Voir gression in the pattern of euromia in human society. » Voir gression in the pattern of e

with the course was the course of the first time in the language of the lonian philosophers; by for the first time in the language of the lonian philosophers; by taking this step and extending the rule of diké to reality as a whole they clearly revealed the nature of Greek legal thought and showed that it was based on the relationship of justice to being. Et au même ouvrage, p. 361:

à ces mots grecs comme termes techniques désignant les

deux natures d'ordre. d'aucun dessein humain. Dans certains domaines, cela est sont le résultat de l'action d'hommes nombreux mais est la découverte qu'il existe des structures ordonnées, qui départ de la théorie sociale - et sa seule raison d'être époque où les gens croyaient que même le langage et la maintenant universellement accepté. Bien qu'il y ait eu une Il n'y aurait aucune exagération à dire que le point de morale avaient été « inventés » par quelque génie du passé, prévu ni projeté les résultats: Mais, dans d'autres domaines, sement d'un processus d'évolution dont personne n'avail tout le monde reconnaît maintenant qu'ils sont l'aboutisque les schémas d'interaction d'hommes nombreux bien des gens traitent encore avec suspicion l'affirmation puissent présenter un ordre qui n'est l'œuvre délibérée de préhension sur l'expression d'Adam Smith parlant de la critiques déversent encore des sarcasmes à base d'incompersonne. Dans la sphère économique notamment, les

« The law on which it [the polis] was founded was not a mere decree but the nomos, which originally meant the sum total of that which was respected by all living custom with regard to what is which was respected by all living custom with regard to what is right and wrong »; et ibid., p. 365, sur le fait que même pendant right and wrong »; et ibid., p. 365, sur le fait que même pendant right and wrong »; et ibid., p. 365, sur le fait que même pendant right and wrong »; et ibid., p. 365, sur le fait que même pendant right and wrong »; et ibid., p. 365, sur le fait que même pendant right and wrong »; et ibid., p. 365, sur le fait que même pendant right and wrong »; et ibid., p. 365, sur le fait que même pendant right and wrong »; et ibid., p. 365, sur le fait que même pendant right and wrong »; et ibid., p. 365, sur le fait que même pendant right and wrong »; et ibid., p. 365, sur le fait que même pendant right and wrong »; et ibid., p. 365, sur le fait que même pendant right and wrong »; et ibid., p. 365, sur le fait que même pendant right and wrong »; et ibid., p. 365, sur le fait que même pendant right and wrong »; et ibid., p. 365, sur le fait que même pendant right and wrong »; et ibid., p. 365, sur le fait que même pendant right and wrong »; et ibid., p. 365, sur le fait que même pendant right and wrong »; et ibid., p. 365, sur le fait que même pendant right and wrong »; et ibid., p. 365, sur le fait que même pendant right and wrong »; et ibid., p. 365, sur le fait que même pendant right and wrong »; et ibid., p. 365, sur le fait que même pendant right and wrong »; et ibid., p. 365, sur le fait que même pendant right and wrong »; et ibid., p. 365, sur le fait que même pendant right and wrong »; et ibid., p. 365, sur le fait que même pendant right and wrong »; et ibid., p. 365, sur le fait que même pendant right and wrong »; et ibid., p. 365, sur le fait que même pendant right and wrong »; et ibid., p. 365, sur le fait que même pendant right and wrong »; et ibid., p. 365, sur le fait que même pendant right an

Pour Aristote, qui rattache le nomos à la taxis plutôt qu'au kosmos (cf. Politique, 1287 a, 18, et en particulier 1326 a, 30 : ho te gar (cf. Politique, 1287 a, 18, et en particulier 1326 a, 30 : ho te gar nomos taxis tis esti), il est typiquement inconcevable que l'ordre nomos taxis tis esti), il est typiquement inconcevable que l'ordre résultant du nomos puisse déborder de ce que l'ordonnateur peut résultant du nomos puisse déborder de ce que l'ordonnateur peut surveiller, « car qui commandera à la guerre cette multitude exagérément grossie? Ou qui pourra lui servir de héraut, s'il n'a les poumons de Stentor? ». La création d'un ordre dans une telle poumons de Stentor? ». La création d'un ordre dans une telle réaliser. Ailleurs (Éthique à Nicomaque, IX, x, § 3), il soutient même qu'un État, c'est-à-dire une société ordonnée, qui compterait cent qu'un fetat, c'est-à-dire une société ordonnée, qui compterait cent mille personnes, est une impossibilité.

Les propriétés distinctives des ordres spontanés

sur des relations purement abstraites que l'on ne peut sens, c'est-à-dire que leur existence peut être perçue du regard; ils sont d'habitude concrets en ce dernier ordres sont relativement simples, ou au moins forcémen pour certaines de ces propriétés, nécessairement. De tels l'ordre avec l'ordre fabriqué ou taxis, nous avons variété d'objectifs différents. conscient de son existence puisse avoir beaucoup objectif particulier, bien que le fait que nous soyons que reconstituer mentalement. Et puisqu'il n'a pas été que peut maîtriser un esprit humain. Son existence peut kosmos. Son degré de complexité n'est pas limité à ce n'appartient nécessairement à un ordre spontané ou eue celui qui les a créés. Aucune de ces caractéristiques disposés consciemment, ils sont (ou ont été à un moment modérés pour que leur auteur puisse encore les embrasses cantonnés dans des degrés de complexité suffisammen les arrangements voulus possèdent le plus souvent et tendance à attribuer à tout ordre certaines propriétés que d'importance pour notre poursuite efficace d'une grande fabriqué, on ne peut légitimement prétendre qu'il ait un fort bien ne pas se manifester à nos sens, mais être fondée donné) invariablement au service d'une intention qu'a intuitivement à l'examen; et finalement, ayant été Du fait que nous avons pour habitude d'identifier

Les ordres spontanés ne sont pas nécessairement complexes, mais, à la différence des arrangements délibérés des hommes, ils peuvent avoir n'importe quel degré de complexité. L'une de nos thèses majeures sera que des ordres extrêmement complexes, comprenant plus de faits distincts qu'aucun cerveau n'en peut constater ou manipuler, ne peuvent être produits qu'à travers des forces poussant à la formation d'ordres spontanés.

« main invisible », image par laquelle, dans la langue de son temps, il décrivait comment l'homme est conduit à « promouvoir un résultat qui ne faisait nullement partie de ses intentions »¹. Si des réformateurs indignés déplorent encore le chaos des activités économiques, c'est en partie parce qu'ils sont incapables de concevoir un ordre qui ne soit pas fabriqué délibérément, et en partie parce qu'à leurs yeux un ordre veut dire quelque chose qui vise des objectifs concrets, ce qui – comme nous le verrons – est précisément ce qu'un ordre spontané ne peut faire.

abstrait et non pas concret. jusqu'aux relations qui existent entre les éléments. Nous cipale raison est que des ordres tels que celui du marché pourquoi ce fait n'est pas plus aisément admis. La princhap. 10) comment se réalise cette coincidence des rendrons compte de ceci en disant qu'il s'agit d'un ordre seulement le reconstituer mentalement en remontant reliant des actions intentionnelles; nous pouvons pas voir, on autrement percevoir par intuition, cet ordre doivent être décelés par notre intellect. Nous ne pouvons ne se présentent pas à nos sens de façon évidente, mais l'homme existe réellement, et nous nous demandons ressons seulement au fait qu'un ordre non fabriqué par que nous en tirons. Pour le moment, nous nous inté l'ordre du marché, et quelle est la nature des avantages comportements présumés et des plans qui caractérise Nous examinerons plus tard (voir Deuxième partie

Adam SMITH, Wealth of Nations, édition de E. CANNAN, vol. I, 421.

Les ordres spontanés ne sont pas forcément abstraits au sens où nous avons employé ce mot; mais ils consisteront souvent en relations abstraites entre des éléments qui sont eux aussi définis seulement par des propriétés abstraites; et, pour cette raison, ils ne seront pas susceptibles d'être perçus intuitivement, ni reconnaissables autrement que sur la base d'une théorie qui rende compte de leurs caractères. De tels ordres ont un caractère abstrait en ce sens qu'ils peuvent persister alors que tous les éléments qu'ils englobent, et même le nombre de ces éléments, changent. La permanence d'un tel ordre suppose seulement qu'une certaine structure de relations variables en nombre) continuent à être entre eux dans une certaine relation.

signifier que les éléments ont acquis des régularités seulement par là que les actions des éléments tendent à qu'un tel ordre n'a pas été créé par un agent extérieur, d'un ordre spontané au concept d'intention. Etant donné une meilleure chance de survie que ceux qui n'avaient comportaient ainsi avaient, au sein de l'ordre résultant, qui a lieu, vraisemblablement, parce que ceux qui se de comportement qui perpétuent, de fait, l'ordre - ce et que nous entendons seulement, en parlant ainsi que nous ne lui faisons pas implicitement dire qu'il y sorte d'abréviation « téléologique », pour parler comme garantir le maintien ou la restauration de cet ordre sur l'action intentionnelle de ses éléments, si l'on entend point de vue, l'on peut très bien dire que l'ordre repose individus qui se meuvent en son sein. Mais d'un autre les biologistes, ne pose pas de problème aussi longtemps intention, bien que son existence puisse être fort utile aux L'emploi du mot « intention » en ce sens, comme d'une ordre en tant que tel ne peut non plus avoir une , chez les éléments, conscience d'une intentionnalité, Extrêmement importante cependant est la relation

pas cette habitude. En général, toutefois, il est préférable de ne pas employer à ce sujet les mots d'objectif ou d'intention, et de parler plutôt de « fonction ».

Les ordres spontanés dans la nature

seront eux-mêmes de cette façon. pouvons créer les conditions dans lesquelles ils se dispoqui s'intègrent en un composé organique. Mais nous cristal, ni le système fondé sur les anneaux de benzol telle que l'ensemble forme l'encastrement typique du complexe en plaçant chaque atome dans une position jamais produire un cristal, ou un composé organique élément dans la position appropriée. Nous ne pouvons formation, et jamais en plaçant délibérément chaque assurant la maîtrise des forces qui aboutissent à leur complexes que nous ne pourrions réaliser qu'en nous nature, puisque là, quelques-unes de leurs caractérisde quelques ordres spontanés que nous trouvons dans la le monde matériel de nombreux exemples d'ordres tiques propres sont très clairement visibles. Il y a dans Il sera instructif de considérer brièvement le caractère

Dans ces exemples, qu'est-ce qui détermine non seulement le caractère général du cristal ou du composé qui se formera, mais aussi la position particulière de chaque élément? Le point important est que la régularité du comportement des éléments déterminera le caractère général de l'ordre résultant, mais non pas tous les détails de son aspect particulier. La manière particulière dont se manifestera l'ordre abstrait résultant, dépend elle-même non seulement des règles gouvernant les actions des éléments, mais en outre de leurs positions initiales et de toutes les circonstances particulières de l'environnement immédiat, circonstances auxquelles

les individus sont attelés à la réalisation d'objectifs concrets. C'est là l'aboutissement inévitable d'un processus intellectuel dans lequel les forces auto-organit satrices de la société et le rôle de la loi comme mécanisme au service de l'ordre ont cessé d'être compris.

HAPITRE 4

Transformations de l'idée de droit

« Non ex regula jus sumatur, sed ex jure quod est regula fiat » (Julius PAULUS*).

Le droit est plus ancien que la législation

La législation, ou confection délibérée de lois, a été décrite à juste titre comme l'invention humaine la plus lourde de conséquences, ses effets portant plus loin que l'invention du feu ou de la poudre à canon¹. A la

* Julius Paulus, juriste romain du ur siècle de l'ère chrétienne, dans le Digeste 50, 17, I: « Ce qui est juste ne découle pas de la règle, mais la règle provient de notre connaissance de ce qui est juste. » Voir aussi la remarque du glossateur du xir siècle, François Accurse, dans sa Grande Glose du Digeste, I, I, 1, 9° proposition: « Le droit vient de la justice; comme de sa mère, donc la justice existait avant le droit. » Sur tous les problèmes complexes que nous discuterons dans ce chapitre, voir Peter Stein, Regulae luris, Édimbourg, 1966, notamment p. 20: «In origin, lex was declaratory of ius. »

1. Bernard Rehfeld, Die Wurzeln des Rechts, Berlin, 1951, p. 67

« Das Auftauchen des Phänomens der Gesetzgebung... bedeutet in der Menschheitsgeschichte die Erfindung der Kunst, Recht und Unrecht zu machen. Bis dahin hatte mann geglaubt,

conscience d'un pouvoir accru sur sa propre destinée à de mauvaises gens croirons qu'il ne peut causer de dégâts que s'il est confié pouvoir dangereux à l'excès, aussi longtemps que nous pouvoir devrait s'étendre. Il restera indubitablement un ce pouvoir a indûment rejeté dans l'ombre la questior des possibilités entièrement nouvelles, et lui a donné n'ont pas appris à maîtriser de telle sorte qu'il ne avaient besoin pour réaliser de bonnes choses mais qu'ils du genre humain. Elle a placé entre les mains des « inventé » au même sens du terme, l'invention de la beaucoup plus fondamentale qui est de savoir jusqu'où ce provoque pas de grands maux. Elle a ouvert à l'homme hommes un instrument d'une grande puissance, dont ils législation est intervenue relativement tard dans l'histoire différence du droit lui-même, qui n'a jamais été Toutefois, la discussion pour savoir qui devrait détenii

Le droit, au sens de règles de conduite obligatoires, est certainement aussi ancien que la société; seule l'observance de règles communes rend possible l'existence pacifique des individus au sein d'une société².

Recht nicht setzen, sonder nur anwenden zu können als etwas, das seit jeher war. An dieser Vorstellung gemessen ist die Erfimdung der Gesetzgebung vielleicht die folgenschwerste gewesen, die je gemacht wurde – folgenschwerer als die des Feuers oder des Schiesspulvers – dem am stärksten von allen hat sie das Schicksal des Menschen in seine Hand gelegt.»

1. Cette illusion, caractéristique de hien des penseurs de notre époque, a été exprimée par Lord Keynes dans une lettre qu'il m'adressa le 28 juin 1944, citée par R. F. HARROD, The Life of John Maynard Keynes, Londres, 1951, p. 436, dans laquelle, commentant mon livre The Road to Serfdom, il disait que « dangerous acts can be done safely in a community which thinks and feels rightly, which would be the way to bell if they were executed by those who think and feel wrongly ».

2. David HUME, Treatise, II, p. 306:

«But, though it be possible for men to maintain a small

Longtemps avant que l'homme n'ait élaboré le langage au point de pouvoir s'en servir pour formuler des commandements d'ordre général, un individu n'était accepté comme membre dans un groupe que s'il se conformait à ses règles. De telles lois pouvaient, en un certain sens, n'être pas connues et rester encore à découvrir car il y a un long chemin à parcourir depuis

uncultivated society without government, it is impossible they should maintain a society of any kind without justice, and the should maintain a society of any kind without justice, and the observance of the three fundamental laws concerning the stability of possession, translation by consent, and the performance of promises. They are therefore antecedent to government.»

Voir aussi Adam Ferguson, Principles of Moral and Political Science, Edimhourg, 1792, vol. 1, p. 262:

which he finds himself already hy nature placed; not to establish subordination, but to correct the ahuse of subordination already established. And that material, on which the political genius of men is to work, is not, as poets have figured, a scattered race, in a state of individuality to be collected together intro troops, by the charms of music or the lessons of philosophy. But a material much nearer to the point to which the political act would carry it, a troop of men hy mere instinct assembled together; placed in the subordinate relation of parent and child, of nohle and plebeian, if not of rich and poor, or other adventitious, if not original distinction, which constitutes, in fact, a relation of power and dependence, by which a few are in condition to govern the many, and a part has an ascendance over the whole.

et Carl Menger, Problems of Economics and Sociology, Urhana, Ill., 1963, en particulier p. 227:

« National law in its most original form is thus, to he sure, not the result of a contract or of reflection aiming at the assurance of common welfare. Nor is it, indeed, given with the nation, as the historical school asserts. Rather, it is older than the appearance of the latter. Indeed, it is one of the strongest ties hy which the population of a territory hecomes a nation and achieves state organization. »

la situation où l'on « sait comment » agir , où l'on est également capable de discerner si les actes d'autrui sont conformes ou non aux pratiques reçues, jusqu'à da situation où l'on est capable de formuler avec des mots de telles règles. Mais bien qu'il ait pu être généra-lement reconnu que la découverte et l'énonciation de ce qu'étaient les règles admises (ou la formulation de règles qui seraient approuvées quand on les appliquerait) constituaient une tâche exigeant une sagesse spéciale, personne encore ne considérait la loi comme quelque chose que les hommes puissent faire à leur gré.

Ce n'est pas par hasard que nous employons encore le même terme « loi » pour les règles invariables qui gouvernent la nature et pour les règles qui gouvernent la conduite des hommes. Les unes et les autres étaient au début également conçues comme quelque chose qui existait indépendamment des volontés humaines. Bien que les tendances anthropomorphiques de la pensée primitive aient amené les hommes à attribuer souvent ces deux sortes de lois à la décision de quelque être surnaturel, elles étaient regardées comme des vérités éternelles que l'homme pouvait essayer de découvrir, mais qu'il ne pouvait pas modifier.

Pour l'homme moderne, d'autre part, l'idée que toute loi gouvernant l'action des hommes est le produit de législateurs semble si évidente que l'affirmation que la loi est plus ancienne que la législation a presque le caractère d'un paradoxe. Pourfant il ne peut y avoir de doute : la loi existait depuis fort longtemps lorsque les hommes s'aperçurent qu'ils pouvaient la faire ou la

1. Voir Gilbert RYLE, Knowing how and knowing that, Proceedings of the Aristotelian Society, 1945-1946, et The Concept of Mind, Londres, 1949, chap. 2; voir aussi mon essai «Rules, perception and intelligibility », Proceedings of the British Academy, XLVIII, 1962, reproduit dans mes Studies in Philosophy, Politics and Economics, Londres et Chicago, 1967 (SPPE).

changer, L'idée qu'ils en étaient capables n'apparut guère que dans la Grèce classique; et même alors, elle devait être submergée et ne reparaître pour être progressivement adoptée que vers la fin du Moyen Age¹. Dans la forme où nous la voyons maintenant largement répandue, c'est-à-dire que toute loi est, peut et doit être le produit de la libre intervention d'un législateur, cette opinion est matériellement fausse; elle est un produit erroné du rationalisme constructiviste que nous avons décrit précédemment.

Nous verrons plus loin que la conception du positivisme juridique qui fait dériver tout le droit de la volonté d'un législateur est un produit de l'illusion intentionnaliste caractéristique du constructivisme, une rechute dans les théories qui rattachent à un dessein toutes les institutions humaines, en contradiction absolue avec tout ce que nous savons de l'évolution du droit et de la plupart des autres institutions humaines.

Ce que nous connaissons des sociétés pré-humaines et humaines primitives suggère une origine différente et une autre formation du droit que celles affirmées par les théories qui le rattachent à la volonté d'un législateur. Or, bien que la doctrine positiviste soit en si flagrant conflit avec ce que nous savons de l'histoire de notre droit, l'histoire juridique proprement dite ne commence qu'à un stade de l'évolution trop tardif pour faire clairement ressortir ses origines. Si nous voulons nous affranchir de l'influence omniprésente de l'a priori intellectuel selon lequel l'homme, dans sa sagesse, a conçu ou a toujours pu concevoir l'entier système des règles

^{1.} Voir Sten GAGNÈR, Studien zur Ideengeschichte der Geselzgebung, Uppsala, 1960; Alan GEWIRT, Marsilius of Padua, Defender
of Peace, New York, 1951 et 1956; et T. F. T. PLUCKNETT, Statutes
and their Interpretation in the First Half of the Fourteenth Century,
Cambridge, 1922.

juridiques ou morales, il nous faut commencer par jeter un regard sur les débuts, primitifs et même pré-humains, de la vie sociale.

La théorie sociale a, ici, beaucoup à apprendre de deux jeunes sciences: l'éthologie et l'anthropologie culturelle, qui à bien des égards se sont édifiées sur les fondations de la théorie sociale, posées en premier lieu au xvm siècle par les philosophes moralistes écossais. Dans le domaine du droit, en effet, ces jeunes disciplines vont très loin pour confirmer les conclusions évolutionnistes d'Edward Coke, Matthew Hale, David Hume et Edmund Burke, F. C. von Savigny, H. S. Maine et J. C. Carter; et elles rejettent complètement le constructivisme rationaliste de Francis Bacon, Thomas Hobbes, Jeremy Bentham ou John Austin, ou encore des positivistes allemands, de Paul Laband à Hans Kelsen.

Les enseignements de l'éthologie et de l'anthropologie culturelle

L'étude comparée des comportements a ainsi jeté une lumière importante sur l'évolution du droit, principalement à deux égards : elle a rendu évident, premièrement, que les individus avaient appris à observer (et à faire respecter) des règles de conduite bien avant que de telles règles puissent être formulées en mots ; et, deuxièmement, que ces règles s'étaient développées parce qu'elles menaient à la formation d'un ordre des activités du groupe comme totalité, ordre qui doit être nettement distingué des régularités observées dans les actions individuelles bien qu'il résulte de celles-ci. Car c'est de l'efficacité de l'ordre résultant des actions que découlera

la supériorité des groupes dont les membres observent certaines règles de conduite¹.

et du langage doit avoir été d'enseigner et de faire groupes maintenus unis par des règles de conduite et a développé sa raison et le langage en vivant, pendan dérer d'abord l'évolution des règles qui étaient respecter ces règles établies. Il sera donc utile de consicommunes; et que l'un des premiers usages de la raison quelque chose comme un million d'années, dans des fort complexes de telles règles de conduite, nous en simplement appliquées en fait, avant de nous tourner vers apprises (ou transmises « culturellement »). Il est mainla plupart innées (ou transmises génétiquement) et peu trouvons même parmi des animaux placés très bas dans le problème de leur formulation progressive dans le traditions « culturelles » distinctes². Il est peu contesté étendus et, dans le cas de groupes isolés, engendrent des peuvent se répandre rapidement parmi des groupes mission de ces règles, de sorte que des règles nouvelles tenant bien établi que parmi les vertébres supérieurs inférieurs d'évolution les règles sont probablement pour tement, il n'est pas important de savoir qu'à ces niveaux l'échelle de l'évolution. Pour ce qui nous occupe presenlangage. Des ordres sociaux reposant sur des systèmes Considérons le fait que l'homme est devenu homme l'apprentissage joue un rôle important dans la trans

^{1.} Voir mon essai « Notes sur l'évolution des systèmes de règles de conduite », dans SPPE.

^{2.} L'exemple le mieux documenté et le plus complètement étudié du développement de traditions « culturelles » distinctes parmi des groupes séparés de la même espèce animale est celui des singes macaques du Japon qui, à une époque relativement récente, se sont trouvés dissociés par l'extension des exploitations rurales, en des groupes distincts qui paraissent avoir rapidement acquis des traits culturels clairement discernables. Voir sur ce sujet J. E. FRISCH, « Research on primate behaviour in Japan », American Anthropo-

d'un quelconque résultat. Pour l'enfant qui apprend à faire des additions et des multiplications, la manière dont il faut s'y prendre est aussi la seule qui donne le résultat cherché. C'est seulement quand il découvre que d'autres manières que celles qu'on lui a enseignées conduisent aussi au résultat souhaité que peut surgir un conflit entre la connaissance de fait et les règles de conduites établies

tionnelle, l'objectif est connu par la personne qui agit; ce que nous considérons d'habitude comme action intenmesure où nous tenons pour donné que, dans le cas de dans le groupe. raisons pour lesquelles l'acteur considère telle façon tandis que dans l'action guidée par des normes, les l'action guidée par des normes n'existe que dans la comme approprié et tel autre comme inapproprié résulte autre façon comme impossible, lui restent souvent d'agir comme appropriée au résultat cherché, et telle efficace; soit que cette efficacité consiste en ce que tout autant d'un processus de sélection de ce qui est inconnues. Cependant, considérer tel genre d'action chose d'une certaine manière ne sera souvent pas que cherchent; la raison est alors que l'ordre du groupe dans cette manière soit la seule qui conduise au résultat qu'ils laquelle tous les individus membres du groupe font telle fonctionnement du groupe dans son entier. La raison pour l'individu, soit qu'elle consiste à servir bien ou mal au l'action considérée produit le résultat désiré par de cette manière exclusivement. Il se peut que le groupe chances de réussir ne peut être préservé que s'ils agissent le cadre duquel leurs actions individuelles ont des ait subsisté seulement parce que les membres ont élaboré le groupe plus efficace que d'autres; mais la raison pour et transmis des façons de faire les choses qui ont rendu laquelle certaines choses sont faites d'une certaine façon Une différence entre l'action entièrement voulue et

n'a pas besoin d'être connue par l'un quelconque des membres du groupe.

normes dans un groupe donné soit un fait. Ce qu'on a mis en doute, c'est que de la circonstance que ces normes soient appliquées en fait, l'on puisse conclure qu'il y a devoir de s'y conformer. La déduction n'est assurément possible que s'il est tacitement admis au départ que l'on désire que le groupe subsiste. Mais si cette existence continuée est jugée désirable, ou même si la survie du groupe comme une entité dotée d'un certain ordre est supposée être un fait, il s'ensuit alors que certaines règles de conduite (pas nécessairement toutes celles qui sont actuellement suivies) devront être observées par ses membres!

Aux débuts du droit

Il devrait maintenant être plus aisé de voir pourquoi, dans toutes les civilisations antiques, nous trouvons une loi qui, « comme celle des Mèdes et des Perses » ne change pas, et pourquoi toute la législation originaire a consisté à enregistrer et faire connaître une loi qui était conçue comme immuablement donnée. Un « législateur » pouvait s'efforcer de purger le droit de corruptions supposées, et le restaurer dans sa pureté initiale; l'on ne pensait pas qu'il pût faire un droit nouveau. Les historiens du droit sont d'accord pour dire qu'il lui était possible de faire de nouvelles lois. Ils sont également d'accord pour penser qu'à cet égard tous les fameux

^{1.} Voir mon exposé sur Die Irrtimer des Konstruktivismus und die Grundlagen legitimer Kritik gesellschaftlicher Gebilde, Munich et Salzbourg, 1970, p. 24 et suiv.

« législateurs » antiques, depuis Ur-Nammu¹ et Hammurabi jusqu'à Solon, Lycurgue et les auteurs des Douze Tables de Rome, ne visaient pas à créer un droit nouveau, mais simplement à énoncer ce que le droit était et avait toujours été².

pas à se développer. Cela implique seulement que les tionné par les gouvernants; tandis que ce dernier tendai nouvelles règles s'élaborèrent en dehors du droit sancdans celles des activités de leurs sujets qui échappaient au pouvoir direct des gouvernants - le plus souvent dans vue de l'organisation délibérée du gouvernement qu'un souvent dû lui sembler plutôt un obstacle à ses efforts en été l'effet de l'intention ou du dessein d'un législateur changements qui se sont effectivement produits n'ont pas les relations de ces sujets avec les étrangers - que de instrument au service de ses objectifs conscients. Ce fui loi présumée indépendante de sa volonté, cette loi a le fait que les gens s'attendaient qu'il fasse observer une Pour un gouvernant dont l'autorité reposait largement sur bonne, cela ne veut pas dire que le droit ne continuerait changer la loi, et si seule la loi ancienne était tenue pour Mais si personne n'avait le pouvoir ni l'intention de

à se figer précisément dans la mesure où il avait été exprimé par des mots.

commencé dans la communauté organisée de la tribu, une nouvelle coutume. De toute façon, ce ne fut pas à société ouverte. Peut-être pourrait-on même dire que la développement d'usages sur lesquels pouvaient compter tait en retour par le même procédé; ce qui inaugurai tribal, dans l'espoir qu'un don correspondant lui serai sauvage plaça quelque offrande à la frontière du territoire mais plutôt avec le premier cas de troc muet, lorsqu'un formation de règles universelles de conduite n'a pas devons principalement chercher les étapes marchand et les usages des ports et des foires, que nous effort pour faire de leur domaine une organisation avec les buts que les gouvernants poursuivaient dans leur ordre spontané, aura ainsi souvent eu lieu en opposition pendantes d'objectifs déterminés, capables de produire un hirent accepter. les individus, que des règles de conduite générales se l'initiative et par le pouvoir de gouvernants, mais par le l'évolution de la loi qui a finalement rendu possible une proprement dite. C'est dans le jus gentium, le droit La formation spontanée de règles de conduite indé-

La tradition classique et médiévale

Bien que l'idée de la loi comme produit d'une volonté humaine délibérée ait été d'abord pleinement développée dans la Grèce antique, son influence sur la pratique politique effective resta limitée. De l'Athènes classique à l'apogée de sa démocratie, l'on nous dit « qu'à aucun moment il ne fut légal de changer le droit par un simple décret de l'Assemblée ». Le promoteur d'une telle décision était passible de la célèbre « accusation de procédure illégale » qui, si elle était jugée

^{1.} Voir S. N. KRAMER, History begins at Sumer, New York, 1952, 52.

^{2.} Cela n'empêcha évidemment point que ces hommes venus plus tard soient considérés comme ayant créé ce droit, parce qu'ils l'avaient codifié. Voir John BURNETT, Law and nature in Greek ethics, International Journal of Ethics, VII, 1897, p. 332:

[«]But a code of law framed by a known law-giver, a Zalenkos or a Charondas, a Lykurgus or a Solon, could not he accepted in this way as part of the everlasting order of things. It was clearly «made », and, therefore, from the point of view of «physis», artificial and arbitrary. It seemed as if it might just as well have been made otherwise or not at all. A generation which had seen laws in the making could hardly help asking whether all morality had not been «made» in the same way.»

corps spécialement élu, les nomothètes, intervenait plus, si elle était portée dans l'année, exposait le promoteur se prononça contre cette forme de démocratie, à laquelle i déjà les premiers conflits entre la volonté sans entraves à des peines sévères'. Un changement dans les règles recevable par les tribunaux, rendait le décret caduc et de dans les discussions de cette époque que nous trouvons les dénia même le droit de s'appeler une constitution. C'est refusa souvent de se tenir obligée par la loi qu'Aristote droit'; et c'est principalement parce que l'Assemblée du peuple « souverain » et la tradition de la suprématie du réalisé que par une procédure compliquée dans laquelle un loi et la volonté particulière du gouvernant. premiers efforts soutenus pour distinguer nettement entre la Néanmoins, nous trouvons dans la démocratie athénienne fondamentales de juste conduite, les *nomoi*, ne pouvait être

A. H. M. Jones, Athenian Democracy, Oxford, 1957, p. 52.
 Voir Lord Action, History of Freedom, Londres, 1907, p. 12.

«On a memorable occasion the assembled Athenians declared it monstrous that they should be prevented from doing whatever they cbose; no force that existed could restrain them, and they resolved that no duty should restrain them, and they would be bound by no laws that were not of their own making. In this way the emancipated people of Athens became a tyrant. »

3. Aristote, Politique, IV, IV, 4, 1292 a:

«Et c'est une critique qui peut sembler justifiée que de soutenir qu'une pareille démocratie n'a rien d'une constitution, car, là où les lois ne sont pas souveraines, il n'y a pas de constitution du tout; il est essentiel, en effet, que la souveraineté de la loi s'étende à toutes choses, et que les magistrats statuent seulement sur les cas particuliers, et c'est à cela qu'on reconnaît une véritable constitution. Par conséquent, si vraiment la démocratie est l'une des formes de gouvernement, il est manifeste qu'une organisation de ce geme dans laquelle tout est réglé à coups de décrets n'est même pas une démocratie à proprement parler, puisqu'un décret ne peut jamais avoir une portée générale » (trad. Tricot, Vrin).

Le droit romain, qui a si profondément influé sur tout le droit de l'Occident, fut encore moins le produit d'une activité légiférante délibérée. Comme toutes les autres codifications antiques, il s'était formé à une époque où le droit et les institutions de la vie sociale étaient considérés comme ayant existé de tout temps et où personne ne s'interrogeait sur leur origine. L'idée que la loi puisse être créée par les hommes est étrangère à la pensée des peuples anciens! Ce fut seulement « l'opinion naïve des âges postérieurs, qui plus tard crut que toute loi doit reposer sur la législation »². En fait, le droit civil classique des Romains, sur lequel la compilation finale de Justinien fut basée, est presque entièrement le produit de l'activité des juristes à la recherche de ce qui est juste, et

1 Max Kaser, Römischer Rechtsgeschichte, Göttingen, 1950 p. 54.

2. *Ibid.*, voir également Max RHEINSTEIN, « Process and change in the cultural spectrum coincident with expansion: government and law », publié par C. H. Kraeling et R. M. Adams dans *City Invincible*, Chicago, 1960, p. 117:

« The notion that valid norms of conduct might be established by way of legislation was peculiar to later states of Greek and Roman history; in Western Europe it was dormant until the discovery of Roman law and the rise of absolute monarchy. The proposition that all law is the command of a sovereign is a postulate engendered by the democratic ideology of the French Revolution that all law had to emanate from the duly elected representatives of the people. It is not, however, a true description of reality, least of all in the countries of the Anglo-Saxon Common Law. »

Sur Rome en particulier, voir Theodor Mommsen, Abriss des römischen Staatsrechts, Leipzig, 1893, p. 319 : «Aber auch mit Hinzuziehung der Bürgerschaft hat der Magistrat der bestehenden Rechtsordnung gegenüber keinesweg freie Hand. Im Gegenteil gilt diese, als nicht durch die Comitien Geschaffen, auch nicht als von ihrem Belieben abhängig, vielmehr als ewig und unveränderlich. »

très peu le produit de la législation¹. Par un processus fort semblable à celui par lequel se développa plus tard le droit coutumier anglais (la Common Law), et en en différant essentiellement parce que le rôle décisif revenait à l'opinion des docteurs de la loi (les jurisconsultes) plutôt qu'aux décisions des juges, un corps de droit se développa par une formulation cumulative des conceptions dominantes de la justice, plutôt que par une développement, à Byzance plutôt qu'à Rome et sous l'influence de la pensée hellénistique, que les résultats de ce processus furent codifiés par ordre de l'empereur Justinien, dont l'œuvre fut plus tard regardée à tort comme le modèle de la loi créée par un souverain et exprimant sa volonté, son « bon plaisir ».

Toutefois, jusqu'à la redécouverte de la Politique d'Aristote au XIII siècle et à l'accueil fait au Code de Justinien au XV siècle, l'Europe occidentale traversa une autre époque de près d'un millénaire pendant laquelle la loi fut de nouveau considérée comme quelque chose de donné, indépendamment d'une volonté humaine, quelque chose à découvrir et non à confectionner; l'idée que la loi pût être délibérément faite ou modifiée était alors presque sacrilège. Cette attitude, relevée par nombre d'auteurs avant moi³, a reçu une description classique de

Fritz Kern, et je ne peux mieux faire que de citer ses principales conclusions¹:

«Lorsqu'un cas se présente pour lequel aucune loi en vigueur ne peut être invoquée, alors les hommes de loi et les juges feront une nouvelle loi dans l'idée que ce qu'ils font est la bonne vieille loi, non certes directement transmise, mais tacitement existante. Ils ne créent donc point le droit : ils le découvrent. N'importe quel jugement de tribunal, que nous considérons comme déduit d'une règle juridique générale existante, pour s'appliquer à un cas déterminé, n'était pour la pensée médiévale en aucune façon discernable d'avec l'activité législative de la communauté ; dans un cas comme dans l'autre une loi cachée mais préexistante est découverte, non pas créée. Il n'existe pas, au Moyen Age, de « première application d'une règle de droit ». La loi est ancienne, une loi nouvelle est une contradiction dans les termes ; car ou bien une nouvelle loi est dérivée explicitement ou implicitement

J. E. A. JOLLIFFE, The Constitutional History of Medieval England from the English Settlement to 1485, 2° éd., Londres, 1947) p. 334

conception of a society living within the frame of an inherited law had deprived the king of the quality of law-maker and restricted the commune consilium to recognition of custom and participation in adjustments of right and procedure by way of assize. Vital changes were, no doubt, made, but they were made in such a way as to obscure their real nature as legislative change.»

Une note en bas de page-relative à ce passage indique que Bracton ne considérait comme admissible que legem in melius convertire mais non legem mutare. Une conclusion analogue est à trouver dans F. FICHIENAU, Arenga, Spätantike und Mittelalter im Spiegel von Urkundenformeln, Graz et Cologne, 1951, p. 178: « Früher war dem Herrscher allein das leges custodire aufgegeben gewesen. Recht und Gesetz standen ja über ihm und das Neue musste stets im Alten seine Begründung finden. »

1. Fritz Kern, Kingship und Law in the Middle Ages, trad. par S. B. Chrimes, Londres, 1939, p. 151; G. Barraclough, Law Quarterly Review, LVI, 1940, p. 76, estime que cet ouvrage représente « deux essais remarquables dont les conclusions, bien qu'elles puissent être modifiées ou limitées, ne scront certainement jamais contestées ».

^{1.} Peter STEIN, ouvr. cité, p. 20 : « The Romans did not resort readily to legislation in matters of private law. »

Voir W. W. Buckland et A. D. Mac Nar, Roman Law and Common Law, Cambridge, 1936.

^{3.} Outre les auteurs cités dans F. A. HAYEK, The Constitution of Liberty, Londres et Chicago, 1960, p. 163 et n. 5 et 6, voir R. SOHM, Frânkische Reichs- und Gerichtsverfassung, Weiman, 1871, p. 102 : «Das Volksrecht ist das Recht des deutschen Rechts. Das Volksrecht ist das Stammesgewohnheitsrecht. Die Gesetzgebende Gewalt ist in der Staatsgewalt nicht enthalten. Die capitula sind nicht Rechtsnormen, sondern Norm für die Ausübung der Königlichen Gewalt»;

de l'ancienne, ou bien elle contredit l'ancienne et n'est pas légitime. L'idée fondamentale reste la même; la loi ancienne est la loi véritable, et la vraie loi est dans la loi ancienne. Selon la pensée médiévale, donc, promulguer une nouvelle loi est chose impossible, toute législation, et toute réforme juridique, est conçue comme une restauration de la bonne loi originaire qui a été violée. »

comme l'unique pouvoir de « législation ». cablement mêlés dans ce que l'on a désormais regardé nement. Finalement, les deux pouvoirs devinrent inextriexercé : celui d'organiser et diriger l'appareil du gouvernouvelles règles de juste conduite, dans le pouvoir absolue; c'est alors que se formèrent les conceptions qui comme étroitement lié à l'ascension de la monarchie beaucoup plus ancien que les souverains avaient toujours progressive de ce nouveau pouvoir de formuler de Cette évolution s'accompagna d'une absorption plus tard gouverneront les aspirations de la démocratie. études détaillées de ce processus le font apparaître est trop longue et complexe pour être décrite ici. Les de la volonté délibérée et du libre arbitre du souverain, partir du XIII siècle et surtout sur le continent européen, l'on en vint peu à peu à considérer que légiférer relève L'histoire du mouvement intellectuel par lequel, à

La principale résistance à ce courant vint de la tradition de la « loi naturelle ». Comme nous l'avons vu, les derniers scolastiques espagnols employaient le terme de « naturel » avec un sens technique s'appliquant à ce qui n'avait jamais été délibérément « inventé » ou créé à dessein, mais était apparu en réponse aux nécessités d'une situation. Mais même cette tradition perdit son influence lorsqu'au xvir siècle la « loi naturelle » fut comprise comme le dessein de la « raison naturelle ».

1. Voir notamment Sten Gagnèr, ouvr. cité.

celles de la tradition de la loi naturelle, sans toutefois création d'un souverain. Mais il est probable que la cause romain tardif, avec sa conception de la loi comme que l'Angleterre s'abstint d'adopter en bloc le droit selon la loi fut l'Angleterre. Ceci fut en partie dû au fait médiévales, édifia la conception moderne de la liberté tradition du Moyen Age et qui, sur les « franchises » dans ce pays, développé des idées assez semblables à principale fut que les juristes de la Common Law avaient, elle n'évoluerait pas vers une monarchie absolue continent, et l'on aurait pu à l'époque se demander si mentalement différente encore de celle des pays du la structure politique de l'Angleterre n'était pas fondaécole. Néanmoins « au XVI° siècle et au début du XVII°, comme une barrière à tout pouvoir, y compris celui du comme le produit de la volonté de quiconque mais plutôt continent »1. Ce qui empêcha cela fut la tradition profonles formuler dans la terminologie trompeuse de cette dément enracinée du droit coutumier, conçu non pas bautement centralisée, comme le firent les nations du l'encontre de Thomas Hobbes'. XVII° siècle Matthew Hale reformula magistralement à le roi Jacques I^{er} et Francis Bacon et qu'à la fin du Roi - tradition que Edward Coke eut à défendre contre Le seul pays qui réussit à conserver vivante la

212

^{1.} Je crois que ce passage, dont j'ai perdu la référence, est de F. W. MAITLAND. Voir aussi A. V. DICEY, Law of the Constitution, 9° éd., Londres, 1939, p. 370:

[«] A lawyer, who regards the matter from an exclusively legal point of view, is tempted to assert that the real subject in dispute between statesmen such as Bacon and Wentworth on the one hand, and Coke or Eliot on the other, was whether a strong administration of the Continental type should, or should not, be permanently established in England. »

^{2.} Voir W. S. HOLDSWORTH, A History of English Law, vol. 5. Londres, 1924, p. 439.

eux; une loi dans le domaine de laquelle le Parlement s'imposait à des juges indépendants et se développait par quence du fait que la loi qui gouvernait les décisions des rement le fruit de la séparation des pouvoirs entre le de l'Europe se prit à admirer si fort, ne fut pas originaln'intervenait que rarement, et surtout pour éclaireir des pendamment de la volonté de quiconque et qui, à la fois, tribunaux était le droit coutumier, une loi existant indéque le pouvoir législatif seul faisait la loi, mais parce pouvoirs s'était développée en Angleterire, non pas parce points douteux dans le cadre d'un corps de droit donné l'enseigna au monde entier. Ce fut plutôt la conséniques tout les premiers et comme ensuite Montesquieu législatif et l'exécutif comme le crurent les Britansément exercé par ce qui fut malencontreusement appelé qu'il ne la faisait pas : parce que le droit était exprimé L'on pourrait même dire qu'une espèce de séparation des le « législatif ». nisait et dirigeait le gouvernement, du pouvoir precipar des tribunaux indépendants du pouvoir qui orga-La liberté des Britanniques, qu'au XVIII siècle le reste

«It was in Coke's writings that this [conception of the supremacy of the common law] and other mediaeval conceptions were given their modern form; and therefore it is largely owing to the influence of his writings that these mediaeval conceptions have become part of our modern law. If their influence upon some parts of our modern law has not been wbolly satisfactory, let us remember that they saved Englishmen from a criminal procedure allowed to use torture, and that they preserve for England and the world the constitutional doctrine of the rule of law.»

Les attributs distinctifs du droit formé par la coutume et les précédents

elles sont modelées sur la sorte de règles qui dérivent que ces dernières n'ont de chances de présenter que si ce que les philosophes politiques ont longtemps considéré ainsi formée, et montrer qu'on a tiré de là le critère de chapitre suivant les propriétés caractéristiques de la loi de la mise en forme explicite de pratiques préexisinventées ou créées à dessein par un souverain; attributs attributs que ne présenteront pas nécessairement les lois règles qui en sortiront posséderont forcément certains « séparation des pouvoirs ». Pour le moment, nous ne règne de la loi, un gouvernement selon la loi, ou la comme la loi au sens propre du terme, comme on tantes. Nous ne pourrons décrire pleinement que dans le hension du processus d'évolution de la loi est que les abstraites de conduite ; et bien que cette appellation soit sables. Il est d'usage d'appeler ces règles : règles sein duquel les individus pourront faire des plans réalirendent possible la formation d'un ordre des activités au qui, en définissant pour chacun un domaine protegé à s'appliquer à un nombre indéterminé de cas à venir et autres en attendant la discussion ultérieure. La loi sera devons que souligner l'une des propriétés particulières l'entend dans des expressions comme souveraineté ou ciaire et est nécessairement de caractère abstrait, alors voulons attirer l'attention est que ce genre de lois, de individus à l'égard les uns des autres, de règles destinées de ce nomos, et nous mentionnerons brièvement les même que le droit coutumier, émerge du processus judile point à examiner. Le point particulier sur lequel nous inadéquate, nous nous en servirons momentanement pour faite de règles non finalisées gouvernant la conduite des L'idée importante à laquelle conduit la compré-

pas nécessairement ce caractère. que la législation créée selon la volonté du souverain n'a

est nécessaire de la justifier davantage. L'argument du continent que chez les juristes anglo-saxons - qu'il dégager des règles de signification universelle en partant de précédents qui lui ouvrent la voie, de technique du juge de Common Law que d'être capable, cas »¹. Ce qui signifie que c'est une part intégrante de la principes généraux qui sont illustrés et expliqués par ces coutumier « n'est point fait de cas particuliers, mais de xvIII^e siècle, Lord Mansfield, qui souligna que le droit les termes fameux qu'employa le grand magistrat du central ne peut sans doute être mieux exprimé que dans ralement admise – dayantage peut-être chez les juristes formulée en règles verbales est si opposée à l'idée généplus abstraite, et non pas moins abstraite, que la loi puissent s'appliquer aux cas nouveaux. L'affirmation que la loi basée sur les précédents es

étaient raisonnables de ce point de vue, il ne peut prendre blement compter, en concluant leur transaction, d'après rechercher ce sur quoi les parties ont pu raisonnan'auront été en mesure d'envisager de la même façor comme ayant été connus d'elles. Les parties elles-mêmes des parties, et ceux des faits qui peuvent être admis règles) qui pouvaient réellement fonder les espérances en considération que celles des pratiques (usages of des activités. En décidant du degré auquel ces attentes situation en fonction de ce qui était considéré comme une égards était originale, que parce qu'elles interprétaient la les pratiques générales qui sous-tendent l'ordre régnant leur relation projetée, dans une situation qui à certains Le juge de droit coutumier doit principalement

d'elles sous la forme d'une règle explicite. conduite convenable, et qui n'était pas forcément connu

De telles règles, présumées avoir guidé les pers conséquences qui, au moment du conflit, apparaissent minantes, et où elles sont applicables sans égard aux référence qu'à un nombre limité de circonstances déterpectives dans de nombreuses situations analogues dans règles même si, dans le cas pendant, les conséquences elles ont opéré, et dont l'une s'est trouvée déçue, auront connaissance; et les espérances en fonction desquelles selon leurs fins respectives et, la plupart du temps, en appelé à trancher le cas, les parties au procès ont déjà agi comme devant suivre la décision. Lorsque le juge est le passé, doivent être abstraites au sens où elles ne font été fondées sur ce qu'elles considéraient comme des des circonstances particulières dont aucune autorité n'a ne peut jamais être de dire si ce qui a été fait était conveauraient dû connaître. En cela, le problème pour le juge mais parce que telle était la coutume établie qu'elles parce que quelqu'un leur aurait dit que telle était la règle, sur quoi elles auraient dû fonder leurs perspectives, non pratiques établies. La tâche du juge sera de leur dire ce avoir voulu que concourent les règles et il ne peut qu'en cuper est que soient respectées des règles sur lesquelles comportement contesté était conforme à des règles objectif assigné par l'autorité, mais uniquement si le nable d'un point de vue supérieur ou servait à tel ou tel être largement ignorant; il devra faire appliquer les pas à considérer le but plus lointain auquel l'on peut reconnues. Le seul bien public dont il ait à se préocprévisibles lui apparaissent hautement indésirables les parties pouvaient raisonnablement s'appuyer. Il n'a Dans sa tâche, il ne doit prêter aucune attention - cela

Londres, 1918, p. 18.

^{1.} Cité par W. S. HOLDSWORTH, Some lessons from Legal History, 1. Voir David HUME, Essays, Londres, 1875, vol. 1; p. 174: « All the laws of nature, which regulate property, as well as

à souvent été souligné par les juges de droit coutumier à tel ou tel désir du souverain, ni à la « raison d'État ». Ce qui doit guider sa décision n'est pas la connaissance de ce dont la société entière a besoin au moment donné; mais seulement ce que requièrent les principes généraux sur lesquels repose le fonctionnement de l'ordre de la société.

Il semble que la nécessité permanente de formuler des règles pour distinguer l'essentiel et le contingent dans les précédents qui le guident développe chez le juge de droit coutumier une aptitude à dégager des principes généraux; qui est rarement acquise par un juge opérant d'après un catalogue supposé complet de règles applicables, onvert devant lui. Quand les généralisations ne sont pas fournies prêtes à l'emploi, une capacité de formuler des abstractions est apparemment maintenue vivace, alors que l'emploi mécanique de formules verbales tend à la tuer. Le juge de *Common Law* est tenu de faire grande attention au fait que les mots sont toujours seulement l'expression imparfaite de ce que ses prédécesseurs ont difficilement essayé de dire.

characters, situations, and connexions of the persons concerned stores of superfluous riches. Public utility requires that property them on a selfish miser who has already heaped up immense or any particular consequences which may result from the detertances of the case, without taking into consideration the civil laws, are general and regard only some essential circumsthereby preponderate much above that of evil, » of the civil society, and if the balance of good, in the main, do sufficient if the whole plan or scheme be necessary to the support beneficial consequences result from every individu al case. It is is impossible for them to prevent all particular hardships, or make rules are adopted that best serve the same end of public utility, i should be regulated by general inflexible rules; and though such if acquired by mistake, without a good tittle; in order to bestow deprive, without scruple, a beneficient man of all his possessions mination of these laws, in any particular case which offers. They

> être reprimes. saire de définir quels types de comportements devaient suite d'objectifs définis. C'est le besoin de préserver un perturbé par certains comportements, qui a rendn nécesordre de l'activité que personne n'a créé, mais qui a été d'être inventées par quelqu'un qui a pour souci la pourdu moment. Les règles abstraites n'ont guère de chances fiques et de former ses décisions en fonction des besoins quelqu'un qui a l'habitude de donner des ordres spéciserait une dose d'abnégation que l'on n'attend guère de fait le juge, à ne faire observer que de telles règles suppode tout le monde. S'astreindre de lui-même, comme le régles universelles tendant à régir également les actions prévisible, ait jamais pu parvenir à ses fins en posant des les activités de ses sujets afin d'obtenir tel ou tel résultat prennent souvent la forme de ces règles abstraites qui on bable qu'un gouvernant quelconque, visant à organiser habillés sur ce modèle. Mais il est hautement improémergé de l'activité judiciaire, c'est parce qu'ils ont été à l'heure actuelle, des ordres du législateur

Pourquoi le droit issu de la pratique demande à être rectifié par la législation

Si les lois dégagées par l'effort d'expliciter des règles de conduite présentent toutes nécessairement certaines propriétés désirables que ne présentent pas forcément les ordres d'un législateur, ce fait n'exclut pas qu'à d'autres égards ce genre de droit soit susceptible de bourgeonner dans des directions très indésirables. Et lorsque cela se produit, le recours à la législation peut être la seule issue permettant la correction nécessaire. Pour diverses raisons, le processus spontané de croissance peut aboutir à une impasse d'où l'on ne peut compter qu'il se sorte par ses propres forces, du moins assez rapidement.

Il n'y a rien de contradictoire à ce qu'il existe une attitude de l'opinion qui commande implicitement l'obéissance au législateur dans la mesure où celui-ci se veut fidèle à une règle générale; tout en lui refusant obéissance lorsqu'il ordonne certaines actions particulières. En outre, pour qu'une décision particulière du législateur puisse être spontanément reconnue comme ayant force de loi, il ne suffit pas simplement que cette décision ait été prise selon une procédure prescrite; cela peut dépendre aussi de sa concordance avec une règle de juste conduite de caractère universel.

Il n'y a donc point de nécessité logique à ce qu'un pouvoir suprême soit un pouvoir omnipotent. En réalité, ce qui partout est le pouvoir suprême, à savoir l'attitude d'opinion qui engendre l'allégeance, sera toujours un pouvoir limité bien que limitant à son tour le pouvoir de tout législateur. Ce pouvoir ultime est ainsi un pouvoir négatif, mais en étant le pouvoir de refuser l'allégeance, il pose une limite à tout pouvoir positif. Dans une société libre où tous les pouvoirs sont fondés sur l'opinion, ce pouvoir fondamental ne déterminera rien directement et néanmoins il contrôlera tous les pouvoirs positifs en ne tolérant que certaines façons de les exercer.

Ces bornes à tout pouvoir organisé, et notamment au pouvoir de légiférer, pourraient évidemment être rendues plus efficaces et plus promptement opérantes, si des critères étaient explicitement formulés d'après lesquels l'on puisse déterminer si oui ou non telle décision particulière peut être une loi. Mais les bornes qui ont longtemps contenu en pratique les législateurs ont bien rarement trouvé une expression adéquate dans le langage. Essayer d'en trouver une sera l'une de nos tâches.

HAPITRE 5

« Nomos » : le droit de la liberté

« Quant à la constitution de la Crète telle que la décrit Éphore, il peut suffire d'en donner les dispositions les plus importantes. Le législateur, dit-il, semble tenir pour acquis que la liberté est le bien suprême d'un État et pour cette seule raison il prescrit que la propriété appartienne spécifiquement à ceux qui l'acquièrent, tandis que dans une condition de servitude toutes choses appartiennent aux gouvernants et non pas aux gouvernés» (STRABON*).

Les fonctions du juge

Nous devons maintenant entreprendre de décrire plus complètement les caractères distinctifs de ces règles de juste conduite que dégagent les efforts des juges pour trancher les différends, et qui ont longtemps fourni le

^{*}Strabon, Geography, 10, 4, 16, dans l'édition Loeb par H. L. Jones, vol. 5, p. 145. Alors que Strabon vivait au début de notre ère, Éphore de Cimè, qu'il cite et dont ne nous sont parvenus que des fragments d'ouvrages, vécut environ de 400 à 330 avant J.-C.

gouvernement, dont les législatures se sont principaest appelé droit, Recht ou Diritto, pour le distinguer de : simplement comme the law, le droit qui s'impose au avoir fleuri surtout parmi les peuples qui, au moins mettrons en contraste avec les règles d'organisation du des Romains (ce qui dans d'autres langues européennes légiste, c'est-à-dire le nomos des Grecs antiques et le ius théoriciens de la politique ont longtemps considéré examinerons les caractères distinctifs de ce que les modèle le droit que font les juges. Dans ce chapitre, nous de chances de présenter que si le législateur prend pour nécessairement certains attributs que les décrets d'un cularité du droit élaboré par les tribunaux, qu'il possède déjà souligné que l'idéal de la liberté individuelle semble lement occupées. législateur ne sont pas tenus de présenter, et qu'ils n'ont pendant de longues périodes, ont vu prédominer le droit modèle que les législateurs ont essayé d'égaler. L'on a loi, Gesetz' ou legge); dans le chapitre suivant, nous le fait par les juges. Nous avons attribué ce fait à cette parti-

1. Voir par exemple ce qu'écrivit le grammairien Servius au IV siècle avant notre ère (cité par P. STEIN, Regulae Iuris, Édimbourg, 1966, p. 109): « Ius generale est, sed lex species, ius ad non scriptum pertinet, leges ad ius scriptum. » Il a été suggéré avec quelque raison (par Alvaro d'Ores, De la Guerra, de la Paz, Madrid, 1954, p. 160, cité par Carl SCHMITT, Verfassungsrechtliche Aufsätze, Berlin, 1958, p. 427) que ce fut grand dommage que Cicéron ait traduit le terme grèc nomos par lex au lieu d'employer ius. Quant à l'usage du terme lex par Cicéron, voir en particulier De Legibus, II, v.vi: «La joi est le discernement des choses justes et injustes, en prenant comme norme la nature [...]. Je crois qu'une prescription n'ayant pas ce caractère n'est pas une loi et ne doit même pas en prendre le nom » (trad. Appuln, Garnier).

2. Voir la phrase souvent citée de H. TRIEPEL dans Festgabe der Berliner juristischen Fakultät für W. Kahl, Tübingen, 1923, p. 93: «Heilig is nicht das Gesetz, heilig is nur das Recht, und das Recht steht über dem Gesetz.»

sance de ce que les individus avaient fait ou de la raison s'est produite, aucune autorité n'avait même connaisà-dire dans un processus où chacun réalise ses plans dans qu'il est appelé à intervenir pour corriger des perturappliquer, et qu'il doit s'attacher à formuler et perfec-Le caractère distinctif des règles que le juge doit bonnes chances de coopérer efficacement avec lui. dements indiquant aux individus ce qu'ils doivent faire par qui que ce soit et qui n'a pas pour base des commanbations survenant dans un ordre qui n'a pas été agencé tionner, apparaît plus nettement lorsqu'on se rappelle la mesure où il anticipe les actions d'autrui et a donc de dans le cours du fonctionnement de cet ordre, c'estinstitution propre à l'ordre spontané. Il intervient toujours pour laquelle ils l'avaient fait. Le juge est, en ce sens, une Dans la plupart des cas, au moment où l'action litigieuse

comme résultat de l'obéissance de fait de certains contemporain, a caché aux chercheurs la relation vérinous appelons une société. Il serait donc probablement en commun dans le genre de relations ordonnées que constructiviste qui de Descartes et Hobbes, à travers non pas en ce sens que la loi désignerait l'autorité, mais plus proche de la vérité d'inverser la thèse plausible et individus à des règles communes qu'un groupe peut vivre table entre le droit et le gouvernement. C'est seulement Rousseau et Bentham, jusqu'au positivisme juridique Cette conception erronée est à la racine du rationalisme qu'ensuite celle-ci soit capable de se donner des lois fausse qu'il puisse exister d'abord une société et nous devons d'abord nous libérer totalement de l'idée largement répandue selon laquelle toute loi découle de l'autorité et de dire que toute autorité découle de la loi ; Pour apprécier l'importance de cet état de choses,

^{1.} Voir les passages de David Hume, Adam Ferguson et Carl Menger cités au chapitre 4, note 3, du présent livre.

appliquer (et aussi longtemps qu'elle applique) une loi appelons société. concrets particuliers et collaborer effectivement dans leur générales peuvent parfois être d'accord sur des objectifs exister sur des objectifs d'action particuliers. Des groupe ne peut se mettre d'accord sur des règles communes ; et de telles règles qui sous-tendent le pouvoir suppose auparavant la reconnaissance de certaines règles présumée exister en dehors d'elle et fondée sur l'opinion en ce sens que l'autorité est obéie parce qu'elle fai ne suffira jamais à constituer l'ordre durable que nous poursuite. Mais un tel accord sur des fins particulières personnes qui sont divisées quant à leurs valeurs justes règles de conduite, sans qu'un tel accord ait à d'opinions doit donc précéder l'accord explicite sur de explicites si ses membres ne partagent pas des opinions de légiférer peuvent en même temps le limiter. Aucun produit par la législation; mais le pouvoir de légiférer diffuse de ce qui est juste. Tout le droit n'est donc pas quelque degré concordantes. Cette concordance

Le caractère du droit engendré par la pratique ressort très clairement si nous considérons la situation au sein de groupes qui ont des conceptions communes quant à la justice, sans avoir de gouvernement commun. Des groupes dont les membres sont réunis par des règles communes, mais sans avoir une organisation créée délibérément pour les faire appliquer, ont sans conteste souvent existé. Un tel état de choses peut n'avoir jamais prédominé là où nous ne reconnaîtrions pas un état territorial, mais il a indubitablement existé fréquemment parmi des groupes tels que les marchands ou les personnes liés par les règles de la chevalerie ou de l'hospitalité.

Devrions-nous appeler « lois » la sorte de règles qui, dans de tels groupes, peuvent être effectivement

à ce stade consiste en ceci : ce que nous connaissons contrainte par la procédure régulière que l'on trouve dans des systèmes légaux avancés. Ce qui importe pour nous serait si outrageante que nos semblables ne la toléred'agir antrement. Le simple sentiment que certaine action conque pression, ou crainte de sanctions, les dissuade connaissent de parvenir à certaines fins, ou qu'une quelautant que nous examinions les effets de l'obéissance aux que les conséquences de leur non-observation. Pour observer de force dépend aussi de circonstances autres enseigner efficacement les règles et, souvent aussi; pour doit subsister, elle devra élaborer quelque méthode pour confondre les raisons pour lesquelles les règles ont pris sation créée à cet effet. C'est l'application effective des uniquement sur les règles sanctionnées par une organiquelles règles qui sont obéies en pratique, et non pas en ce moment, nous portons notre attention sur n'importe nologie et donc de commodité¹. Pour ce qui nous occupe individus qui les enfreignent? Cela est affaire de termisanctionnées par l'opinion et par l'exclusion des raient pas est dans ce contexte aussi déterminant que la individus parce qu'elles indiquent la seule façon qu'ils règles, il importe peu qu'elles soient appliquées par les qu'une à vrai dire). Néanmoins, la nécessité de les faire naissance, avec les raisons qui ont rendu nécessaire de précédé toute sanction délibérée. Il ne faut donc pas L'observation de fait de certaines lois a sans aucun doute quelle manière elles le sont, est d'un intérêt mineur l'action ; qu'elles aient besoin d'être sanctionnées; ou de règles qui conditionne la formation d'un ordre dans les sanctionner (les deux choses pouvant n'en faire fonctions que les règles remplissaient. Mais si une société la sorte peuvent n'avoir jamais complétement vu les les faire appliquer obligatoirement. Ceux qui ont agi de

1. Voir H. L. A. HART, The Concept of Law, Oxford, 1961.

comme l'appareil du droit a toujours été développé par un effort en vue de maintenir et d'améliorer un système de règles préexistantes.

à régler des désaccords, mais qui n'ont aucun pouvoir guident l'action des gens; et ce qui sera tenu pour oblides membres du groupe. La portée pratique des coutumes pratiques sur lesquelles se règle la conduite quotidienne nablement attendre, parce que correspondant aux conformes au comportement que l'autre pouvait raisond'une autorité quelconque, mais si leurs actions ont été ne seront pas de savoir si les parties ont obéi à la volonté tager. Les questions sur lesquelles ils auront à décider de commandement sur les actions qu'ils ont à dépargarantissent n'aura ni la nature ni l'aspect d'un résultat de compte voir respectées et qui, par conséquent, condigatoire consistera dans les pratiques que tout le monde dans ce domaine est qu'elles suscitent des prévisions qui lisation des perspectives que ces usages habituels tionnent la bonne fin de la plupart des activités. La réainitiatives d'arbitres ou personnes semblables, appelées Ce droit peut être graduellement formulé par les

1. Voir James Coolidge CARTER, Law, Its Origin, Growth and Function, New York et Londres, 1907, p. 59: « All complaints by one man against another, whether of a civil or criminal nature, arose from the fact that something had been done contrary to the complainant's expectations of what should have been done. » Voir au même ouvrage, p. 331:

« The great general rule governing human action at the beginning, namely that it must conform to fair expectations, is still the scientific rule. All the forms of conduct complying with this rule are consistent with each other and become the recognized customs. All those inconsistent with it are stigmatized as bad practices. The body of custom therefore tends to become a harmonious system. »

Sur cet important ouvrage qui n'est pas connu comme il le mérite, voir M. J. Gronson, « The juridical evolutionism of James Coolidge Carter », University of Toronto Law Journal, 1953.

la volonté de quelqu'un, dépendant de ses préférences ou de l'identité particulière des personnes impliquées. Si le besoin se fait sentir d'en appeler à un juge impartial, ce sera parce qu'une telle personne sera considérée comme capable de décider de l'affaire comme si elle s'était présentée ailleurs et à tout autre moment; par conséquent, d'une façon qui répondra à l'attente de n'importe quelle personne placée dans des conditions analogues, parmi toutes celles que le juge en question ne connaît pas.

Comment la tâche du juge diffère de celle du chef d'une organisation

jamais été formulées, ni peut-être pratiquées avant, sa niser les hommes pour des opérations particulières, de prendre pour parvenir à un certain but. Il ne serait sans organisation qui doit décider d'une action à entretache sera ainsi fort différente de celle du chef d'une sous les yeux l'exemple du juge. Il semble donc improleurs tâches respectives, si ce gouvernant n'avait déjà eu cables à tous les membres du groupe quelles que soient donner à ses ordres la forme de règles également applidoute jamais venu à l'esprit de quelqu'un habitué à orgacables à n'importe qui se trouvant dans une position commandement eut jamais élaboré le droit au sens où bable qu'une autorité quelconque investie du droit de définie en termes abstraits. Que des gens aient l'intention l'ont fait les juges, c'est-à-dire en tant que règles appliconsciente, dont les peuples primitifs paraissent peu de cas à venir, cela suppose une prouesse d'abstraction et le soin de poser des règles pour un nombre inconnu résultat cherché en particulier, c'étaient des choses qu'il susceptibles. Des règles abstraites indépendantes de tout fallait que l'on trouvât déjà installées et opérantes, et non Même là où le juge doit trouver des règles qui n'ont

pas quelque chose que l'esprit pût délibérément créer. Si nous sommes aujourd'hui à ce point familiarisés avec la conception du droit au sens de règles abstraites, qu'il nous semble évident que nous soyons nécessairement capables de les confectionner délibérément, c'est là le résultat des efforts d'innombrables générations de juristes traduisant dans le langage ce que les gens avaient appris à observer en agissant. Dans leurs efforts, ils ont eu à créer le langage même dans lequel de telles règles pouvaient être exprimées.

L'attitude caractéristique du juge dérive ainsi de cette particularité qu'il n'a pas à se soucier de ce qu'une autorité quelconque veut qu'il soit fait dans un cas donné, mais de ce que des personnes privées ont des raisons « légitimes » d'escompter, le mot « légitime » étant attaché à la sorte de pronostics sur laquelle leurs actions dans cette société sont d'habitude fondées. Le but des règles doit être de faciliter l'ajustement et le repérage commun des anticipations qui conditionnent la bonne fin des projets des intéressés.

Un gouvernant qui envoie un juge maintenir la paix ne le fera pas ordinairement pour maintenir un certain agencement créé par lui, ou pour voir si ses commandements ont été exécutés, mais pour rétablir un ordre dont il pent même ignorer la nature. A la différence du surveillant ou de l'inspecteur, un juge n'a pas à examiner si certains ordres ont été exécutés ou si chacun a bien rempli la tâche propre qui lui a été assignée. Bien que le juge puisse avoir été désigné par une autorité supérieure, son devoir ne sera pas d'imposer la volonté de cette autorité, mais de régler des disputes qui pourraient perturber un ordre régnant; il prendra en considération des événements particuliers dont l'antorité n'a nulle connaissance, et des actions de gens qui, de leur côté, n'avaient connaissance d'aucun commandement par

lequel l'autorité leur aurait prescrit de faire telle ou telle chose.

Ainsi «à ses débuts la loi (au sens de droit des légistes) avait pour objet, et pour seul objet, de maintenir la paix ». Les règles que le juge fait appliquer n'intéressent le gouvernant qui l'a envoyé que pour autant qn'elles préservent la paix et assurent ainsi que le flux des efforts du peuple continuera à se produire sans encombre. Elles n'ont rien à voir avec ce que quelqu'un aurait commandé aux gens de faire; elles leur désignent seulement certains types d'actions dont ils doivent s'abstenir et qu'il n'est permis à personne de commettre. Elles se rapportent à certaines conditions préalables d'un ordre permanent que personne n'a édifié mais dont chacun peut voir qu'il existe.

La raison d'être de la fonction judiciaire est de maintenir un ordre permanent des actions

Affirmer que les règles que le juge trouve et applique servent à maintenir un ordre qui existe dans les actions implique qu'il est possible de distinguer entre ces règles et l'ordre résultant. Que la distinction soit réelle, est montré par le fait que seules certaines règles de conduite individuelle produisent effectivement un ordre d'ensemble, alors que d'autres règles rendraient un tel ordre impossible. Ce qu'il faut pour que les actions particulières des individus engendrent un ordre général, ce n'est pas seulement qu'elles ne se contrarient pas mutuellement sans nécessité, mais aussi que dans la mesure où le succès d'une action individuelle exige qu'elle soit combinée avec d'autres, il y ait an moins une bonne chance que la combinaison se réalise. Mais tout ce que

^{1.} Roscoe Pound, Jurisprudence, vol. I, New York, 1959, p. 371

des règles peuvent produire à ce point de vue, c'est de faciliter aux individus leur rencontre et leur accord ; des règles abstraites ne peuvent pratiquement pas garantir que cela se fera toujours:

commun. Le respect par tous de ces règles sera quelque ordre même entre des gens qui ne poursuivent pas un but commandement, des règles de ce genre créent ainsi un connaissent pas personnellement. A la différence du entre des gens qui se rencontrent par hasard et ne se non seulement au sein d'un groupe fermé, mais auss grande partie parce qu'elles créeront un ordre efficace d'autres personnes qui agissent indépendamment. De fait guident mieux les pronostics dans les relations avec certaines règles deviendront dominantes parce qu'elles pratiques et coutumes existant dans divers groupes règles qui se répandront seront celles qui, gouvernant les d'autres groupes où l'ordre sera moins efficace1. Les ordre efficace des actions tendront à l'emporter sui adopter des règles plus favorables à la formation d'un à se développer est que les groupes qui se sont trouves chose qui importe à chacun parce que le succès de ses la supériorité de certaines règles deviendra évidente en rendent certains plus vigoureux que les autres. En outre, La raison pour laquelle de telles règles ont tendance

l'emporte sur d'autres », il convient sans doute de souligner que cela ne se réfère pas nécessairement à une victoire dans un heurt de forces, et ne signifie pas même nécessairement que les membres d'un tel groupe évinceront des individus membres d'autres groupes. Il est bien plus vraisemblable que le succès d'un groupe attirera des membres des autres, qui seront ainsi incorporés dans celui-là. Quelquefois le groupe efficace deviendra une aristocratie à l'intérieur d'une société donnée, et il en résultera que le reste modèlera sa conduite à l'exemple de l'élite. Mais dans toutes ces situations, les membres du groupe le plus efficace ignoreront souvent à quelle particularité ils doivent leur succès et négligeront de développer ce trait faute de savoir ce qui en dépend.

activités en dépend, alors que les objectifs respectifs des diverses personnes pourront être totalement différents.

nement conscients de leur contenu. Il suffit qu'ils sachent les règles, il n'est pas nécessaire qu'ils soient pleisouvent, tandis que dans les circonstances moins habiguide sûr que dans les situations qui se présentent on les exprime. Mais leur « savoir agir » ne fournira de sachent en quoi consistent ces règles et par quels mots comment se conformer aux règles en agissant, sans qu'ils nouvelles là où il n'en existe pas de généralement a différence d'opinion et parfois même d'en formuler de manière plus précise les règles au sujet desquelles il y ressés, se trouvent souvent dans la nécessité d'énoncer de personnes, lorsqu'on leur demande de départager les intépréserver la paix et d'éviter les querelles. De telles en savoir davantage quant aux règles établies en vue de situation qu'il faudra faire appel à des hommes supposés légitimes ou non fera défaut. C'est dans cette dernière tuelles la certitude intuitive quant aux perspectives Dès lors que les individus agissent en accord avec

Leur but, en énonçant ainsi des règles, sera d'abord d'obtenir l'assentiment à leur application dans un cas particulier. Dans une telle circonstance, il sera souvent impossible de distinguer entre la simple énonciation de règles qui ont jusqu'alors existé simplement sous forme de pratiques et la formulation de règles qui n'ont jamais servi de base à des actions mais qui, une fois formulées, seront acceptées comme raisonnables par à peu près tout le monde. Mais ni dans un cas ni dans l'autre, le juge ne sera libre de prononcer n'importe quelle règle qui lui plaît. Les règles qu'il énonce devront combler un vide bien déterminé dans le système des règles déjà reconnues, de telle sorte que les règles nouvelles servent à maintenir

et améliorer l'ordre des actions que les règles déjà existantes rendent possible¹.

Pour comprendre le processus par lequel un tel corps de règles est développé par l'activité judiciaire, il est éclairant de considérer les situations dans lesquelles un juge n'a pas seulement à appliquer et formuler des pratiques déjà fermement établies, mais où il existe un doute réel sur ce que requiert la coutume établie et où les parties en litige peuvent être toutes deux de bonne foi. Dans de tels cas où il existe vraiment une lacune dans le droit reconnu, une règle nouvelle n'a de chances de s'établir que si quelqu'un est chargé de la mission de trouver une règle qui, ayant été formulée, sera reconnue comme appropriée.

Ainsi, bien que les règles de juste conduite, de même que l'ordre d'actions qu'elles rendent possible, soient en un premier stade le produit d'une croissance spontanée, leur perfectionnement graduel demandera les efforts délibérés de juges (ou autres juristes) qui amélioreront le

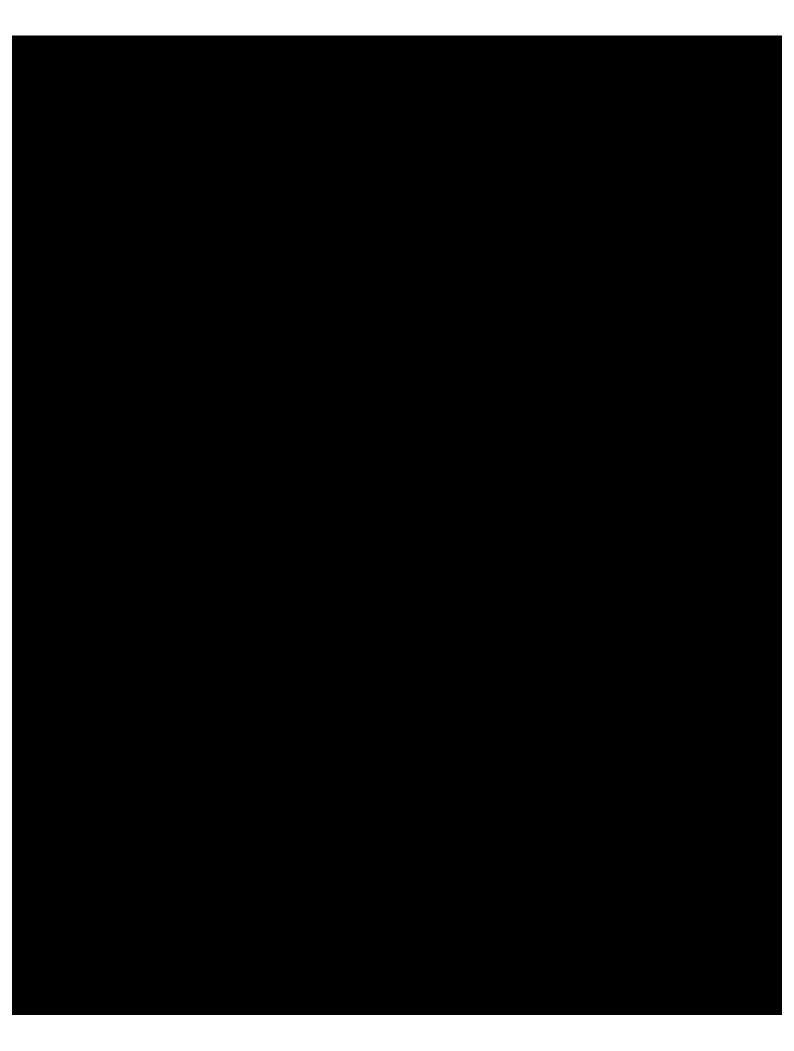
1. Plusieurs des premiers théoriciens du droit naturel étaient parvenus très près de la conscience d'une telle relation entre les règles de droit et l'ordre des activités dont elles permettent l'apparition. Voir Roscoe Pound, *Interpretations of Legal History*, New York, 1923, p. 5:

« In fact jurist or text-writer or judge or legislator, working under the theory of natural law, measured all situations and sought to solve all difficulties by referring them to an idealized picture of the social order of the time and place and a conception of the aims of law in terms of that order... Accordingly the ideal of the social order was taken to be the ultimate reality of which legal institutions and rules and doctrines were but reflections or declarations. »

La conception médiévale d'un ordre social était, toutefois, encore largement celle du statut particulier des différents individus ou des classes; et seuls certains des derniers scolastiques espagnols se rapprochèrent d'une conception où un ordre abstrait reposerait sur une loi uniformément applicable à tous.

serait pas développé plemement sans de tels efforts des certain que le droit tel que nous le connaissons ne se système existant en posant des règles neuves. Il est moins que le système des règles dans son ensemble ne graduelle peut l'avoir enfoncé, ou encore pour résoudre juges, ou même sans l'intervention finale d'un légisévolutif au cours duquel la croissance spontanée des doit pas sa structure au dessein de juges ni de légisdes problèmes entièrement nouveaux. Il n'en reste pas lateur, pour le tirer d'une impasse où l'évolution système existant auront constamment réagi les unes sur coutumes et les améliorations délibérées de détails d'un lateurs. Il est l'aboutissement présent d'un processus autres que les règles du droit. Aucun système juridique particulier dépendra en outre toujours de circonstances formation d'un ordre des actions effectif, dont le contenu les conditions modelées par l'autre, pour concourir à la les autres. Chacun de ces deux facteurs a dû jouer, dans temps qu'elles le complétaient ou en éliminaient des que systématiser un corps de droit existant, en même diverses entreprises de codification ne firent rien de plus contradictions. n'a jamais été combiné comme un tout, et même les

Le juge aura ainsi fréquemment à résoudre un puzzle auquel il peut certes y avoir plusieurs solutions; mais dans la plupart des cas il sera déjà assez difficile de trouver une seule solution qui réponde à toutes les exigences légitimes. La tâche du juge sera ainsi une tâche intellectuelle dans laquelle il ne doit pas laisser affecter ses décisions par ses sentiments ou ses préférences, par sa compassion pour l'un des adversaires malheureux ou sa propre opinion sur l'importance du but poursuivi. Il lui sera assigné un objectif précis, bien que ce ne soit pas une fin concrète particulière: le but sera d'améliorer un ordre des activités donné, en établissant une règle qui



HAPITRE

«Thesis»: la loi du legislatei

«Le juge s'occupe de critères de cohérence, d'équivalence, de prévisibilité; le législateur s'occupe de justes parts, d'utilité sociale et de distribution équitable » (Paul A. Freund*).

* Paul A. Freund, «Social justice and the law », public par R. Brandt dans Social Justice, Englewood Cliffs, NJ, 1962, p. 94, et dans la collection des Essais de l'auteur, On Law and Justice, Cambridge, Mass., 1968, p. 83. Comparer avec ceci J. W. Hurst, Law and Social Process in U.S. History, Ann Arbor, Mich., 1960, p. 5 : «Despite much contrary rhetoric our main operating philosophy has always been to use law to allocate resources positively to affect conditions of life where we saw something useful to be accomplished by boing so... Law has meant organization for making and implementing choices among scarce resources of human satisfaction. »

Sur le mot grec thesis employé dans le titre de ce chapitre (et qui correspond au terme allemand Satzung), voir John BURNET, « Law and Nature in Greek Ethics », International Journal of Ethics, VII, 1897, p. 332, où il montre que, par opposition à nomos, qui primitivement signifiait « usage », thesis peut signifier ou bien promulguer une loi, ou bien adopter des lois promulguées; et qu'ainsi il contient en germe non seulement la théorie du législateur originaire, mais aussi celle connue sous le nom de « Contrat social ».

La législation est née de la nécessité d'établir des règles d'organisation

considérés comme existant indépendamment de l'autorité Common law¹. Le souci majeur de ce que nous appelons pouvait faire une loi qui ne fût pas en accord avec la pouvait encore être soulevée de savoir si le Parlement politique. Aussi tard que le XVII siècle, la question régles de juste conduite, le droit coutumier furent dans un pays où, plus longtemps que partout ailleurs, les Mère des Parlements : la législature anglaise a pris corps chapitre précédent. Cela est particulièrement vrai de la droit ou la loi, au sens strict qui nous a occupés au eu grand-chose à voir avec ce que nous avons appelé le de ces dernières ni leur préoccupation primordiale n'ont cipale fonction des assemblées législatives, ni l'origine les assemblées législatives a toujours été de contrôler et lois ait été traditionnellement représentée comme la prin-Bien que dans la théorie politique la confection des

enclosures, without his being heard. » property, even that of the meanest cottager, as in the case of dispose of offices which belong to the crown. It cannot take any man's England, Londres, 1813, vol. 6, col. 195) que: « There are many époque aussi tardive que 1766, William PITT pouvait encore soutenir review, Harvard Law Review, XL, 1926-1927; et S. E. THORNE, New Haven, 1910; T. F. T. PLUCKNETT, Bonham's case and judicial impossible to be performed, the Common Law will controul it, and sometimes adjudge them to be utterly void : for when an Act of case », 8, Rép., 118 a (1610) : « And it appears in our books, that in things a parliament cannot do. It cannot make itself executive, nor devant la Chambre des Communes (Parliamentary History of Bonham's case, Law Quarterly Review, LIV, 1938. Même à une de ce procès, voir C. H. McILWAIN, The High Court of Parliament, adjudge such Act to be void. » Pour une discussion de la signification many cases, the Common Law will controul Acts of Parliament, and Parliament is against common right and reason, or repugnant, or 1. Voir la phrase célèbre d'Edward Coke dans « Dr. Bonham's

régler le gouvernement¹, c'est-à-dire la façon dont est dirigée une organisation – qui n'était chargée que de veiller à ce que les règles de juste conduite fussent respectées parmi d'autres fonctions.

organes d'exécution les buts à atteindre et les tâches à extérieurs, puis pour fournir en outre d'autres services de peut non plus être dirigé exclusivement par les ordres aa dépasse ses formes les plus simples et primitives, il ne n'avaient pas nécessité une création délibérée, bien que aux commandements indiquant spécifiquement aux nement opère. Ces règles seront subsidiaires par rapport d'obtenir tel résultat, ou encore de constituer dans ces suppléer des ordres spécifiques de faire telle chose ou sation, élaborées en vue d'objectifs spéciaux, pour société au sens large. Ce seront des règles d'organiconduite qui forment l'assise de l'ordre spontané de la différents de ceux des règles universelles de juste propres et qui définiront sa structure, ses buts et ses de la société plus large qui englobe toutes les activités plus en plus nombreux, devient de plus en plus distincte par celui-ci pour préserver la paix et contenir les ennemis hoc du gouvernant. A mesure que l'organisation édifiée est un appareil délibérément conçu; toutefois, des qu'il buts-là les divers organismes à travers lesquels le gouverde gouvernement ont nécessairement des caractères fonctions. Néanmoins, ces règles qui régissent l'appareil nement va avoir besoin de règles distinctes qui lui seront privées des citoyens, cette organisation de gouverles changer délibérément. Le gouvernement, au contraire, les hommes aient appris peu à peu à les améliorer ou à Comme nous l'avons vu, les règles de juste conduite

^{1.} Voir J. C. CARTER, Law, Its Origin, Growth, and Function, New York et Londres, 1907, p. 115: «At the first appearance of legislation its province and the province of Public Law were nearly coterminous. The province of Private Law is scarcely touched.»

remplir. L'application de ces règles à tel cas particulier sera conditionnée par la tâche particulière confiée et par les objectifs momentanément poursuivis par les gouvernants. Enfin, elles devront instaurer une hiérarchie de commandement, établissant les responsabilités et l'étendne du champ de décision des divers agents.

autres sont logiquement d'une nature différente. règles de juste conduite déjà explicitées, les unes et les plus anciennement encore - être plus importantes pour phases de l'élaboration d'un droit « à découvrir », voire la justice, et bien qu'elles aient pu – dans les premières que ces dispositions impératives tendent aussi à assurer d'organisation et non des règles de juste conduite. Bien structure des tribunaux sont, en ce sens, des statuts nement. Les lois sur la procédure et celles fixant la ensemble distinct de règlés régissant son fonction tenues pour des données hors, de discussion, il faudrait un de juste conduite. Même dans une telle organisation, ot n'aurait aucune autre tâche que de sanctionner des règles les règles de juste conduite à faire respecter seraient l'établissement de la justice que ne l'étaient alors les Tout cela resterait vrai même d'une organisation qui

Il est assurément malaisé parfois de distinguer, dans l'organisation de la justice, les règles définissant les conduites justes, des règles gouvernant la façon d'imposer le respect de ces instes conduites ; car, en fait, l'on peut dire que les règles de juste conduite seront celles que l'on dégagera en respectant une certaine procédure. Mais, en ce qui concerne les autres services qui ont été graduellement assumés par l'appareil de gouvernement, il est clair que ces activités seront régies par des règles d'une autre sorte, à savoir : des règles qui définissent et délimitent les pouvoirs des agents du gouvernement sur les ressources matérielles et en personnel à eux confiées, mais qui ne leur donnent pas forcément un pouvoir sur le citoyen privé.

poser certaines règles générales portant sur les questions mineures. Mais normalement l'étendue des pouvoirs d'un dirigeant n'a jamais été illimitée : elle dépendait en fait de l'opinion prédominante concernant le contenu de ses droits. Étant donné que le droit qu'il avait pour mission de faire appliquer était regardé comme donné une fois pour toutes, c'était surtout à propos de l'étendue et de l'exercice de ses autres attributions qu'il éprouvait le besoin de s'assurer le consentement et le concours des institutions représentant les citoyens.

conférer à leurs règles d'organisation la même dignité et Ainsi, même lorsque le nomos était considéré comme spéciales pour lesquelles il lui fallait la collaboration de souvent besoin d'être autorisé à prendre des mesures donné et plus ou moins immuable, le gouvernant avait d'obtenir le consentement à l'impôt qui provoqua l'appad'ordinaire la levée des impôts, ce fut la nécessité ses sujets. La plus importante de ces mesures étant sentatifs convoqués à cette fin furent donc, dès le début, ntion des institutions parlementaires. Les corps repré telle ou telle règle de juste conduite était coutume établie. par l'élaboration de lois au sens étroit du droit privé plus concernés par des questions de gouvernement que probablement appuyée par le désir des gouvernements de être désignées par le même mot. Cette tendance fut sitions impératives régissant ses activités finissent par nement, il était naturel que toutes les règles et dispoconsidérée comme la tâche primordiale du gouver-Mais étant donné que l'administration de la justice étai néanmoins, ils pouvaient aussi être appelés à attester que

^{1.} Voir Courtenay ILBERT, Legislalive Methods and Forms, Oxford, 1901, p. 208: «The English Legislature was originally constituted, not for legislative, but for financial purposes. Its primary function was, not to make laws, but to grant supplies.»

le même prestige qui étaient reconnus au droit et à ses lois.

Lois et actes législatifs: sanction du droit et exécution des commandements ob

Il n'existe pas en anglais de mot qui distingue clair rement et sans équivoque les prescriptions diverses qui ont été formulées ou « posées », ou « établies » par une autorité, des règles qui sont généralement acceptées sans qu'on ait conscience de leur origine. Parfois nous pouvons parler d'un enactment* tandis que le terme plus courant de statute est réservé d'ordinaire aux décisions qui contiennent des règles plus ou moins générales! Lorsque nous aurons besoin d'un seul mot précis, nous emploierons occasionnellement le mot grec thesis pour désigner cette règle de droit « édictée ».

Parce que l'activité principale des législatures à toujours été de diriger le gouvernement, il a été généralement vrai que « pour le droit du juge le Parlement n'a ni temps ni goût »². Cela n'aurait pas eu grande importance si la seule conséquence avait été que le droit privé

* Du fait de l'équilibrage différent des pouvoirs entre Parlement et Gouvernement, il serait vain de chercher l'équivalent français des termes enactment et statute. Tout au plus peut-on rapprocher, comme expressions larges, enactment et actes législatifs. Nos décrets et arrêtés ministériels prennent souvent, outre-Manche, la forme de statutes. Notre le République faisait afficher les « Loix et Actes de la Puissance publique » évoquant de la sorte la source commune des fonctions législative et exécutive. (N.d.T.)

1. Voir J. C. Gray, *Nature and Sources of Law*, 2° éd., New York, 1921, p. 161: « A statute is a general rule. A resolution by the legislature that a town shall pay one hundred dollars to Timothy Coggan is not a statute. »

2. Courtenay Ilbert, ouvr. cité, p. 213.

se trouvât négligé par les législatures et son élaboration laissée aux tribunaux. Seulement, il advint souvent que le droit des juristes fut changé incidemment, et même par inadvertance, au cours de décisions sur des mesures de gouvernement et, par là même, mis au service de fins particulières. Toute décision de la législature qui touche à des matières réglées par le *nomos* sera, au moins dans le cas considéré, une altération supplantant la loi existante. En tant qu'institution de gouvernement, la législature n'est tenue par aucume loi, et ce qu'elle dit concernant des affaires spécifiques a la même force exécutoire qu'une règle générale; sa décision fera donc prime sur n'importe quelle loi existante.

La grande majorité des résolutions adoptées par des assemblées représentatives n'établissent évidemment pas des règles de juste conduite, mais sont des directives pour des mesures de gouvernement. Il en a été probablement ainsi de tout temps¹. L'on pouvait dire de la législation

1. Voir J. C. CARTER, ouvr. cité, p. 116:

« We find in the numerous volumes of statute books vast masses of matter which, though in the form of laws, are not laws in the proper sense. These consist in the making of provisions for the maintenance of public works of the State, for the building of asylums, bospitals, school-houses, and a great variety of similar matters. This is but the record of the actions of the State in relation to the business in which it is engaged. The State is a great public corporation which conducts a vast mass of business, and the written provisions for this, though in the form of laws, are not essentially different from the minutes of ordinary corporate bodies recording their actions... it is substantially true that the whole vast body of legislation is confined to Public Law and that its operation on Private Law is remote and indirect and aimed only enforced. »

Voir aussi Walter BAGEHOT, The English Constitution (1867), World's Classics edition, Oxford, 1928, p. 10: «The legislature chosen, in name, to make law, in fact finds its principal business in making and keeping an executive»; et au même ouvrage, p. II 9:

britannique en 1901 : «Les neuf dixièmes de chaque, volume annuel des actes législatifs sont consacrés à ce qu'on pourrait appeler du droit administratif ; et l'analyse du contenu du *Recueil général des Actes* pendant les quatre derniers siècles montrerait vraisemblablement la même proportion »¹.

La différence de signification entre le mot «loi» lorsqu'il s'agit du *nomos* et lorsqu'on l'emploie pour toutes les autres *theseis* issues de l'activité légiférante apparaît clairement quand on examine à quel point le mode d'application de la «loi» est différent dans les deux cas. Une règle de conduite ne peut être « exécutée » ou « accomplie » comme on exécute un ordre ou accomplit une tâche. On peut lui obéir ou la faire respecter; mais une règle de conduite limite simplement le champ des actions licites et, d'ordinaire, n'assigne pas

« An immense mass, indeed, of the legislation is not, in the proper language of jurisprudence, legislation at all. A law is a general command applicable to many cases. The «special acts» which crowd the statute book and weary parliamentary committees are applicable to one case only. They do not lay down rules according to which railways shall be made, but enact that such and such a railway shall be made from this place to that place, and they have no bearing on any other transaction. »

Courtenay Ilbert, ouvr. cité, p. 6. Voir aussi, même ouvrage,
 209 et suiv. :

«When the authors of books on jurisprudence write about law, when professional lawyers talk about law, the kind of law about which they are mainly thinking is that which is found in Justinian's *Institutes*, or in the Napoleonic Codes, or in the New Civil Code of the German Empire, that is to say, the legal rules which relate to contracts and torts, to property, to family relations and inheritance, or else to law of crimes as is to be found in a Penal Code. They would also include the law of procedure, or adjective a law, to use a Benthamic term, in accordance with which substantive rules of law are administered by the courts. These branches of law make up what may perbaps be called "lawyers" law. »

de loi », il ne s'agit pas d'un nomos mais d'une thesis exécution» une décision de la législature qui a « force tous. Chaque fois que nous parlons de « mettre à terminé, cela demeure une obligation permanente pour une action définie; ce qu'elle prescrit n'est jamais exécutoires en vertu de la loi se trouve dans une situation conséquent, le « législateur » dont les décisions sont commandant à quelqu'un de faire quelque chose. Par de juste conduite vis-à-vis de ceux qui devront les de la situation du « législateur » qui prescrit des règles fort différente, vis-à-vis de ceux qui doivent « exécuter », qu'ils soient. Le juge qui applique la loi et en déclenche actions licites pour tous les membres de la société quels nement, tandis que la seconde restreindra le champ des membres de l'organisation que nous appelons gouverrespecter. La première sorte de règles n'obligera que les représentants de la force publique qui doivent faire exécuter le jugement. fonctionnaire qui met une mesure en application, ni aux les «voies d'exécution» n'est en rien assimilable au

Lorsqu'une législature anglo-saxonne adopte un statute (thesis), sa décision peut avoir tous les caractères d'un nomos, et elle les aura probablement si elle est délibérément mise en forme de nomos. Mais cela n'a rien d'automatique et, dans la plupart des cas où l'on doit faire intervenir la législature, la décision ne peut pas avoir ce caractère. Dans le présent chapitre nous examinerons seulement le contenu des actes législatifs (enactments, theseis), qui ne sont pas des règles de juste conduite. Comme les théoriciens du droit positif l'ont toujours souligné, il n'y a assurément aucune limite à ce qui peut être mis dans une décision en forme de loi. Mais bien que ce genre de « loi » soit obligatoire pour ceux à qui elle s'adresse, elle n'en devient pas pour autant une « loi » au sens de règle de juste conduite.

fabriquée par lui-même. Elle aurait pu vouloir dire qu'en remplissant sa mission purement gouvernementale, cet organisme était tenu de respecter des règles générales posées par un autre corps constitué, également représentatif ou démocratique, qui tirerait son autorité suprême de sa vocation stricte à poser des règles universelles de conduite. Aux échelons inférieurs de gouvernement, nous avons en fait de nombreuses sortes de corps représentatifs, régionaux et locaux, qui dans leurs opérations sont soumis à des règles générales auxquelles ils ne peuvent rien changer; et il n'y a pas de raison pour que cela ne puisse s'appliquer aussi au plus élevé des corps représentatifs, qui dirige le gouvernement. A la vérité, c'est seulement ainsi que pourrait être réalisé l'idéal de la *rule of law*.

Il sera utile, en ce point, d'interrompre brièvement notre raisonnement principal pour considérer une certaine ambiguïté du concept de « gouvernement ». Bien que le terme recouvre un large éventail d'activités qui, dans toute société ordonnée, sont nécessaires ou désirables, il entraîne aussi certaines connotations hostiles à l'idéal de la « liberté sous la loi ». Il y a, nous l'avons vu, deux missions distinctes, englobées dans cette formule : il faut distinguer d'une part le maintien, au besoin par la force, des règles universelles de juste conduite et, d'autre part, la direction de l'organisation constituée en vue d'assurer divers services aux citoyens en général.

C'est à l'égard de ce seçond groupe d'opérations que le terme de gouvernement (et plus encore le verbe : gouverner) s'accompagne de connotations trompeuses. Il n'est pas contesté qu'il faille un gouvernement pour imposer l'obéissance aux lois et diriger l'organisation fournissant d'autres services ; mais cela n'implique pas, en temps ordinaire, que le citoyen privé ait besoin d'être gouverné, au sens où le gouvernement dirige les ressources en personnel et en matériels qui lui sont

affaires du pays », comme si la société entière n'était aujourd'hui de dire d'un gouvernement qu'il « gère les octroyés pour assurer ces services. Il est courant gouvernement, ce sont les conditions dans lesquelles il que la réalité est tout autre : ce qui dépend vraiment du direction de services essentiels fort nombreux, vaient momentanément arrêtées. Il est vrai que, les si toutes les opérations propres au gouvernement se trounement se poursuivre, et se poursuivraient en fait, même données des membres de la société pourraient certaigroupes organisés. Ces activités spontanément cooréchanges de services entre les innombrables individus et est possible d'avoir un fonctionnement sans heurts des qu'une organisation dirigée par ce gouvernement. Alors où cesseraient de fonctionner les services gouvernecations, la vie économique serait bientôt paralysée au cas notamment en matière de transports et de communigouvernements ayant dans nombre de pays assumé la mentaux en question. Mais il en est ainsi seulement parce sauraient être fournis par une autre source. que le gouvernement s'est réservé le droit exclusif de tournir ces services, et non parce que lesdits services ne

Droit privé et droit public

La distinction entre règles universelles de juste conduite et règles d'organisation de gouvernement est étroitement associée à celle entre droit privé et droit public, parfois même identifiée à cette dernière¹. Ce que

^{1.} Voir J. C. CARTER, ouvr. cité, p. 234: « Legislative commands thus made, requiring special things to be done, are part of the machinery of government, but a part very different from that relating to the rules which govern ordinary conduct of men in relation to each other. It is properly described as *public law*, by way of distinction

from private law. » Voir aussi J. Walter Jones, Historical introduction to the Theory of Law, Oxford, 1956, p. 146:

« There is e.g., the view that the essence of the State is the possession of supreme force. Public law, owing to its connexion with the State, appears so strongly marked by the characteristic of force that the feature of order or regularity, which is so pronounced in the rules with which the lawyer is for the most part concerned, seems altogether oversbadowed. In the result, the difference between public and private law becomes one of kind rather than of degree – a difference between force and rule. Public law ceases to be law at all, or at least to be law in the same sense as private law.

« At the opposite pole are found those lawyers who are primarily occupied with an independent science of public law. They have to recognize that it is too late in the day to deny that the rules grouped together as private law are entitled to the name of law, but far from regarding the association of the rules, forming the public law, with force, as a proof of their inferiority in comparison with private law, they see in it rather the mark of an inherent superiority... The distinction therefore becomes one between relations of subordination and of co-ordination. »

La distinction la plus claire entre le droit constitutionnel en tant que composé de règles d'organisation, et le droit privé en tant que règles de conduite, a été tracée par W. Burkhardt, Einführung in die Rechtswissenschaft, 2° éd., Zürich, 1948, particulièrement p. 137:

« Der erste [der doppelten Gegensätze auf die die Gegenüberstellung von öffentlichen und privaten Recht zielt] beruht auf einer grundlegenden Verschiedenheit der Rechtsnormen: die materiellen oder Verhaltensnormen schreiben den Rechtsgenossen vor, was sie tun oder lassen sollen: die formellen oder organizatorischen Normen bestimmen, wie, d.h. durch wen und in welchen Verfahren, diese Regeln des Verbaltens gesetzt, angewendet und (zwangsweise) durchgesetzt werden. Die ersten kan mann Verhaltensnormen, die zweiten Verfahrensnormen oder (i.w.S.) Verfassungsnormen nennen. Man nennt die ersten auch Inhalt des Rechts, das rechtlich geforderte Verhalten, die zweiten finhalt des Rechts, das rechtlich geforderte Verhalten, die zweiten entscheiden über seine Gültigkeit. »

La distinction de Burkhardt semble avoir été acceptée surtout par d'autres juristes suisses; voir en particulier Hans Nawiaski, Allgemeine Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbegriffe, Zuricb,

n'existe pas d'unanimité sur le tracé de la frontière entre à rendre de plus en plus floue cette distinction, de deux droit privé et droit public. On a eu tendance récemment posant que le domaine de la législation est constitué de nous avons dit jusqu'ici pourrait donc être résumé en façon prédominante par le droit public. Toutefois, il conduite, et, d'autre part, en soumettant la conduite des l'obligation de respecter des règles générales de juste façons en exemptant les organes gouvernementaux de dernières années, ce fut surtout au service des objectifs individus et des groupes privés à des directives impénementaux s'est trouvée progressivement effacée. conduite et celles de l'organisation des services gouverdits « sociaux » que la distinction entre les règles de juste émanant d'instances administratives. Au cours des cent ratives et même à des ordres ou interdictions spécifiques

Pour notre propos, nous considérerons désormais que la distinction entre droit privé et droit public est équivalente à celle entre règles de juste conduite et règles

1948, p. 265, et C. DU PASQUIER, Introduction à la théorie générale et la philosophie du droit, 3° éd., Neuchâtel, 1948, p. 49.

Voir toutefois H. L. HART, The Concept of Law, Oxford, 1961,

« Under rules of one type, which may well be considered the basic or primary type, bunan beings are required to do or abstain from certain actions, whether they wish or not. Rules of the other type are in a sense parasitic or secondary on the first; for they provide that human beings may by doing or saying certain things introduce new rules of the primary type, extinguish or modify old ones, or in various ways determine their incidence or control their operations. »

Voir aussi Lon L. FULLER, *The Morality of Law*, New Haven, 1964, p. 63: «Today there is a strong tendency to identify law, not with rules of conduct but with a hierarchy of power or command»; et même ouvrage, p. 169, où il parle d'une « confusion between law in the usual sense of rule of conduct directed toward the citizen, and government action generally.»

spéciaux qui concernent directement l'organisation de comprise comme étant synonyme de « bien général » gouvernement. mais comme s'appliquant seulement aux objectifs l'expression « bien public » n'est, en conséquence, pas du ressort de l'organisation de gouvernement; et si pourtant justifiée que si le mot « public » est interprété à penser que seul le droit public vise le bien public n'est romaine¹, se prête à une telle interprétation. La tendance et le droit public s'occupe de ce qui concerne la nation selon laquelle le droit privé vise l'utilité des individus commun. Même la définition classique des Romains, culiers, et que le droit public seul est au service du bien à tort que le droit privé ne sert qu'aux intérêts des partidans un sens étroit, c'est-à-dire s'appliquant à ce qui est expressions d'intérêt privé et intérêt public peut suggérer celui du droit public). Il faut toutefois souligner que les sition à celle de l'Europe continentale, nous plaçons le d'organisation (et ce faisant, d'accord avec la pratique entraîner des méprises. Leur ressemblance avec les termes habituels de droit « privé.» ou « public » peuvent droit pénal dans le domaine du droit privé plutôt que dans qui prédomine dans les pays anglo-saxons, mais en oppo-

Considérer que le droit public est le seul qui serve le bien commun ou général, et que le droit privé protège seulement les intérêts égoïstes des individus serait exactement à l'inverse de la vérité : c'est une erreur de croire que seules les actions qui tendent délibérément à des objectifs collectifs sont utiles aux intérêts collectifs. Le fait est au contraire que l'ordre spontané de la société nous fournit ce qui est le plus important pour tout le monde, et donc pour le bien commun; plus important que

gouvernement peut fournir, à la seule exception de la sûreté garantie aux règles de juste conduite par l'appui la plupart des services spéciaux que l'organisation de s'applique qu'ils servent délibérément l'intérêt public, bornerait à remplir cette dernière fonction; et pendant prospère et paisible dans laquelle le gouvernement se de la force. Il est possible de concevoir une société résultat ultime sera favorable à l'intérêt général. champ d'action licite aux individus de telle façon que le suivre leurs objectifs personnels et ne vise qu'à limiter le nisation de gouvernement, requiert de ceux à qui il simplement que le droit public, en tant que loi de l'orgabesoin, des règles de juste conduite. Ce qui est vrai est que la paix et la justice qu'assure le respect, forcé au l'expression utilitas publica n'a rien recouvert d'autre très longtemps, particulièrement durant le Moyen Age, tandis que le droit privé permet aux individus de pour-

n'est pas du droit au sens de règles définissant les office gouvernemental est requis de faire. Ces directives directives concernant ce que tel fonctionnaire ou tel conduites correctes en général; il consiste en des conduite, cela est dû à cette circonstance que les gouvernement sont généralement regardés comme étant des citoyens. Si ces règlements de l'organisation du ces moyens d'exécution ne comprennent pas la personne spécifiées leur sont allouées. Mais dans une société libre, d'objectifs assignés, pour lesquelles des ressources particulières à exécuter des opérations définies en vue gouvernementaux. Leur but est d'habiliter des instances seraient plus justement appelées règlements ou statuts des règles de même nature que les règles de juste appelle le tout des « lois », et cela vient du fait qu'on a le pouvoir de prescrire des règles de juste conduite. On règlements émanent de la même autorité qui détient aussi Le droit permettant l'organisation du gouvernement voulu conférer aux règlements le même prestige et le

^{1.} Ulpien, Digeste, I, I, I, 2, définit le droit privé comme ius quod ad singulorum utilitatem spectat et le droit public comme ius quod ad statum rei Romanae spectat.

même respect qui sont attachés aux règles universelles de juste conduite. C'est ainsi que les organismes gouverne mentaux ont pu réclamer des citoyens privés l'obéissance à des ordres visant des objectifs spécifiques.

d'autre que l'organisation – est la raison dominante des en influant sur les décisions judiciaires, ont profonfois en fournissant le cadre conceptuel de tout le droit et complètement dominé la philosophie juridique et qui, à la peu de sympathie pour le droit privé élaboré par les aux spécialistes en organisation, lesquels ont souvent si rement laissée aux juristes de droit public', c'est-à-dire généraux de législation s'est aussi trouvée presque enties règles d'organisation, la réflexion sur les principes des buts de la législation. Etant donné que la construction la première tâche qui a fini par dominer la conception ordre spontané. Et pourtant, c'est l'attitude engendrée par nécessairement, quant à la nature des règles à formuler, conquêtes non seulement du positivisme juridique (qui, le droit public, et, en pensant à l'ordre, n'imaginent rien public – qui, en pensant au droit, envisagent avant tout presque entièrement aux mains des juristes de droi prudence (spécialement sur le continent européen) a été dément affecté aussi le droit privé. Le fait que la juris-Ce sont eux qui dans les temps modernes ont à peu près juristes, que l'on hésite à les appeler également juristes*. délibérée de règles est le plus souvent consacrée à des de la mission de fournir des règles servant de base à un une conception entièrement différente de celle découlant La tâche d'organiser des services déterminés entraîne

1. Voir Ernest BARKER, *Principles of Social and Political Theory*, Oxford, 1951, p. 9: « Some of it is primary or constitutional and some secondary or ordinary law. »

dans le domaine du droit privé, n'a tout simplement aucun sens), mais aussi des idéologies socialistes et totalitaires qui y sont implicites.

Le droit constitutionnel

nommer des «lois » alors qu'elles sont des règlements d'organisation et non pas des règles de juste conduite, appartiennent au premier chef toutes les règles attribuant et limitant les pouvoirs de gouvernement compris dans les textes constitutionnels. On les considère communément comme la sorte la plus « haute » de loi, à laquelle est attachée une dignité spéciale, ou qui commande davantage de respect que le reste des lois. Mais, bien qu'il y ait à cela des explications historiques, il serait plus approprié de les considérer comme une superstructure dressée pour garantir le maintien du droit que de les représenter, selon l'habitude, comme la source de tout le reste du droit.

La raison pour laquelle une dignité particulière et un caractère fondamental sont attribués aux lois constitution-nelles est que, du simple fait qu'il a fallu en convenir de façon solennelle, il fallait aussi un effort particulier pour leur conférer l'autorité et le prestige dont le droit traditionnel jouissait depuis longtemps. Issues généralement de luttes prolongées, on les savait avoir été payées d'un prix élevé dans un passé récent. L'on voyait en elles le résultat d'un accord conscient mettant fin à un long conflit, accord souvent confirmé par serment et cérémonieusement, posant des principes dont la violation rallumerait les oppositions catégorielles et même la guerre civile. Fréquemment ce furent aussi des documents qui reconnaissaient pour la première fois la plénitude

^{*} La phrase anglaise, en cet endroit, relève du jeu de mots : « So little sympathy with lawyer's law that one hesitates ta describe them as lawyers. » (N.d.T.)

était jusque-là impossible de procurer par cette voie. bilité de fournir par la voie du marché des services qu'i services de même nature, lorsque se présente une possisoit pas à même d'empêcher d'autres agents d'offrir des quelconque en dehors de celui d'appuyer par la force aussi très important, pour la même raison, que le gouver ce « secteur public » soient limitées et que le gouver l'application des règles de juste conduite, et qu'ainsi il ne nement n'ait pas le droit exclusif de rendre un service deviennent prévisibles. Nous verrons plus tard qu'il est de telle sorte que leurs effets sur certaines gens nement ne soit pas libre de coordonner ses divers services Pour cette raison, il est important que les dimensions de pourrait, en définissant les caractères de ces services et fournisseur exclusif de nombreux services essentiels, il extrêmes. Nul doute que, si le gouvernement devenait le influence sur le contenu matériel de l'ordre de marché les conditions de leur fourniture, exercer une grande

La transformation du droit privé en droit public par la législation « sociale »

Si, au cours des cent dernières années, l'on a abandonné le principe suivant lequel, dans une société libre, la contrainte est permise seulement pour sanctionner l'obéissance aux règles universelles de juste conduite, cet abandon a été fait pour servir ce qu'on a appelé des objectifs « sociaux ». L'on a toutefois couvert de l'adjectif « social » diverses espèces de concepts qui doivent être soigneusement distingués.

A l'origine, il s'agissait principalement d'éliminer une discrimination légale qui s'était insinuée dans la pratique juridique par le fait de l'influence prépondérante que certains groupes – tels que les propriétaires fonciers, les employeurs, les créanciers – exerçaient sur la formation

situation particulière risque de conduire à des résultats emploi seront très bas – et en même temps la rémunéparfaitement juste, la faible productivité du travail dans pas à considérer les conséquences des diverses trantement en ce sens n'a rien à voir avec la question de alternative soit de favoriser à l'inverse les catégories d'assurer des salaires plus élevés à certains que par des certains pays y produira une situation telle que les sactions, mais à vérifier que les transactions elles-mêmes savoir si l'application de telles règles générales dans une de position « moyenne » dans laquelle la loi traite les précédemment victimes de l'injustice, et qu'il n'y ait pas mesures qui empêcheront les autres de trouver de ration du capital très forte – tandis qu'il ne sera possible salaires auxquels il sera possible à tous de trouver un altérer le fait que, la conduite étant de part et d'autre ont été loyales. Les règles de juste conduite ne peuvent plus favorables à tel groupe qu'aux autres. La justice n'a deux parties selon le même principe. L'égalité de traidu droit. Cela ne veut pas dire, cependant, que la seule emploi

Nous verrons plus tard que la justice, à cet égard, s'attache uniquement aux salaires ou prix qui se sont formés sur un libre marché sans qu'il y ait tromperie, fraude ni violence; nous verrons aussi que, dans ce cas qui est le seul où nous pouvons parler correctement de justes salaires ou de justes prix, le résultat d'une transaction entièrement juste peut être en fait que l'un en tirera fort peu et l'autre beaucoup. Le libéralisme classique reposait sur l'idée qu'il existe des principes de juste conduite, susceptibles d'être découverts et universellement applicables, qui peuvent être admis comme justes sans égard aux effets de leur application à des groupes déterminés.

En second lieu, « législation sociale » peut se rapporter à la fourniture publique de certains services

événements qui pourraient affecter tout le monde. Bien ceux d'une organisation. sait pour réaliser ses projets à lui, il n'aurait pas à servii conformément à des règles générales de conduite. Cela exécution du projet arrêté en commun peut être assurée contribuer à la couverture des coûts encourus en ne ferait point du citoyen privé un instrument obligé de selon des principes uniformes, et l'obligation de nécessité de lever des impôts, ces derniers peuvent l'être que le fonctionnement de tels services accroisse la morale, soit à titre d'assurance contre certains diaire de son gouvernement, soit pour des motifs de d'assurer à une minorité de tels services, par l'interméà leurs besoins. Une communauté prospère peut décider infortunées, de gens invalides ou incapables de subvenir particulièrement importants pour quelques minorités l'administration; il serait encore libre d'utiliser ce qu'i

culiers de travailleurs, ou des revenus plus élevés aux d'assurer des salaires plus élevés à des groupes partigraduellement les règles de juste conduite indépen-« justice sociale », ont eu pour résultat de transformer efforts en ce sens, inspirés par le fantasme fugace de la « sociale ». Son but est de diriger l'activité privée vers les règles générales de conduite. citadin pauvre, cela ne peut pas être réalisé en améliorant petits agriculteurs, ou de meilleurs logements pour le des groupes définis. Lorsque le but de la législation est tration pouvant être mis au service de buts définis servant le citoyen et ses biens comme un outil de l'adminis sociale » a forcément conduit les gouvernements à traiter (ou règles de droit public). Cette poursuite de la « justice des règles d'organisation dépendant d'objectifs imposés dantes des fins poursuivies (ou règles du droit privé) en des fins particulières et au profit de certains groupes. Les Toutefois, il y a une troisième sorte de législation

> qui s'étendit d'abord au Continent et à l'Angleterre, puis règles. L'histoire de cette législation, qui débuta en Alle-Ces efforts vers la « socialisation » du droit se sont qu'une législature considérait comme bienfaisant, elle pouvoirs illimités pour «sauvegarder les intérêts du peuple »², disant en fait que pour n'importe quel but aux syndicats de salariés! ; et aux États-Unis les décisions en Angleterre, la loi sur les conflits professionnels (Trade des règles spéciales pour des classes particulières, sont, en ce siècle-ci aux États-Unis, ne peut être retracée ici magne au siècle dernier sous le nom de Sozialpolitik et poursuivis dans la plupart des pays occidentaux pendant de la Cour suprême dans la première période du New Disputes Act) de 1906 qui conféra des privilèges uniques de conduite, qui est l'égalité de tous sous les mêmes Deal, qui reconnurent aux assemblées législatives des Quelques jalons sur cette évolution, qui a conduit à créer plusieurs générations et sont allés très loin dans abolition du caractère distinctif des règles universelles

« The Trade Disputes Act of 1906 conferred on the unions an immunity from prosecution on the ground of tortious acts of their agents; this immunity stands in flagrant disagreement with the law of agency and the law as to companies represented by their officers in accordance with the Statutory Orders of 1883. The reason for this discordant state of the law is to be found in the resolve of legislation to secure for the unions a favourable position in their struggle with the employers. »

Voir aussi les commentaires de A. V. DICEY, J. A. SCHUMPETER et de Lord MAC DERMOTT, cités dans F. A. HAYEK, *The Constitution of Liberty*, Londres et Chicago, 1960, p. 504, n. 3.

22. Home Building and Loan Ass. v. Blaisdell, 290 U.S. 398, 434, 444, 1934, selon lequel l'État a « authority to safeguard the vital interests of its people » et dans ce but peut empêcher « the perversion of the (contract) clause through its use as an instrument to throttle the capacity of the States to protect their fundamental interests ».

pouvait adopter n'importe quelle loi qui lui parût opportune.

chaft); cette tradition s'exprimait dans des concepts alors tration, et le droit administratif « la loi particulière aux une mystique du pouvoir régalien (Hoheit und Herrslesquels notamment le citoyen est le sujet de l'adminislargement inintelligibles dans le monde occidental, selon tradition de gouvernement à droits illimités, fondée sur mouvement fut fortement aidé par la survivance d'une la sphère illimitée du droit public »¹. En Allemagne, ce réserve provisoire et constamment rétrécie laissée aux mitiatives privées, temporairement tolérée à l'intérieur de le droit privé devait être considéré seulement comme une de subordination; et que « pour un ordre juridique social; devait être progressivement remplacé par un droit public privé tendant à coordonner les activités individuelles mèrent ouvertement la doctrine selon laquelle le droit pensée socialiste dans le domaine juridique proclaprivé par le droit public. En fait, les chefs de file de la sociaux impliquait le remplacement progressif du droit pays où il avait pris naissance, l'Allemagne. On y avait acceptées, et explicitement reconnues, fut cependant le largement compris que la poursuite de ces objectifs et où ses conséquences furent le plus complètement Le pays dans lequel ce mouvement alla le plus loin

1. Gustav RADBRUCH, Vom individualistischen Recht zum sozialen Recht (1930), reproduit dans Der Mensch im Recht, Göttingen, 1957, p. 40:

« Für eine individualistische Rechtsordnung ist das öffentliche Recht, ist der Staat nur der schmale schützende Rahmen, der sich um das Privatrecht und das Privateigentum dreht, füt eine soziale Rechtsordnung ist umgekehrt das Privatrecht nur ein vorläufig ausgesparter und sich immer verkleinernder Spielraum für die Privatinitiative innerhalb des allumfassenden öffentlichen Rechts. »

relations entre l'Etat qui administre et les sujets qu'il rencontre dans ses activités »¹.

La déformation mentale d'une législature au s'occupe surtout de gouvernement

principalement dans la seconde partie de cet ouvrage. Ici nous pouvons seulement les évoquer brièvement en indiquant les raisons pour lesquelles, à confondre la confection des lois de juste conduite avec la direction de l'appareil de gouvernement, l'on déclenche une transformation progressive de l'ordre spontané de la société en une organisation. Seules quelques remarques préliminaires doivent être ajoutées, quant à l'attitude mentale profondément différente d'une assemblée, dont les membres s'occupent de questions d'organisation, par rapport à une assemblée essentiellement occupée à légiférer au sens classique du mot.

occupée de la première façon tend à se penser elle-même comme un corps qui ne fournit pas seulement certains services à un ordre qui fonctionne indépendamment d'elle; elle pense « diriger le pays » comme quelqu'un dirige une usine ou toute autre organisation. Puisqu'elle possède de l'autorité en toute matière; elle ne peut refuser de responsabilité en aucune. Il n'y aura donc aucun grief auquel elle ne sera crue capable de porter remède; or dans chaque cas particulier, pris en lui-même, elle sera en général effectivement capable d'apporter un remède, et

^{1.} Otto Mayer, Deutches Verwaltungsrecht, vol. I, 2° éd., Munich et Leipzig, 1924, p. 14: « Verwaltungsrecht ist das dem Verhaltnis zwischen dem verwaltenden Staate und den ihm dabei begegnenden Untertanen eigentumliche Recht.»

l'on se persuadera donc qu'elle peut écarter tous les sujets de mécontentement en même temps. Et pourtant, c'est un fait que la plupart des plaintes d'individus ou de groupes particuliers ne peuvent être satisfaites que par des mesures qui créent d'autres mécontents à d'autres endroits.

supprimée. En réalité, il est plus vraisemblablement du signifie pas nécessairement mécontentement légitimes conduite ne peut indiquer. Mais mécontentement ne culiers d'une façon qu'aucun ensemble de règles de d'une majorité puis imposé à tous comme étan « l'objectif commun » à réaliser. samment grand de personnes, et sans admettre de limites à des circonstances que personne ne pouvait prevenir n que la cause de ce mécontentement puisse être clair que cela implique un règlement de tous les cas partiselon un plan détaillé, établi par marchandages au sei de la société où toutes les actions seront commandées disposer pour un tel but, conduit nécessairement à un état aux moyens dont l'organisme représentatif a le droit de L'idée que la tâche de gouverner consiste à satisfaire tous lution de toutes les sources de mécontentement. Il est menté, a décrit le devoir du politicien comme la résoles désirs particuliers exprimés par un nombre suffimodifier en respectant les principes généralement admis existence d'un mécontentement ne prouve pas non plus Un parlementaire britannique, travailliste expéri-

Deuxième partie

Le mirage de la justice sociale

Introduction à la politique II

ment en vue une nouvelle réglementation non seulement par rapport à celle qui existait avant le déclenchement des hostilités, mais également par rapport à celle qui s'est à nouveau manifestée au cours des hostilités comme l'élément commun à celui qui agissait et à celui qui pâtissait. Une telle transformation [du simple anéantissement en quelque chose d'autre qui subsiste] est déjà implicite dans l'impartialité homérique qui ne laisse pas le moins du monde échapper la gloire et l'honneur des vaincus, et grâce à laquelle le nom d'Achille est lié pour toujours à celui d'Hector. Mais, chez les Grecs, une telle transformation des relations d'inimitié se limitait exclusivement à la sphère de la poésie et de la commémoration et ne pouvait pas avoir d'influence politique directe.

confirmer de façon définitive et permanente leur propre identité dans ce combat et où ils s'unissaient pour ment dans la mesure où ils acquéraient leur propre mencement de leur existence politique, mais uniquecombat, et par conséquent la guerre, était aussi le comchez les Grecs également, comme nous l'avons vu, le dissemblables que seul le combat avait réunis. Certes, d'une même ville, mais entre des peuples étrangers et dans les relations non pas entre les citoyens égaux Grecs elle touchait à ses limites et prenait fin : à savoir arrivés sur le sol italien, ce fut ni plus ni moins que qui s'est produit lorsque les descendants de Troie sont tion du domaine politique, c'est-à-dire de la polis. Ce fondément étrangers à l'essence grecque et à sa concepcentrales du politique ont non seulement une origine la création de la politique là où précisément pour les historique romaine, mais tous deux sont également pro-En effet, le pacte et l'alliance en tant que conceptions

nature. Chez les Romains, le même combat devint l'élément leur permettant ainsi qu'à leurs partenaires de se reconnaître; lorsque le combat était terminé, ils ne se repliaient pas sur eux-mêmes et sur leur gloire, entre les murs de leur ville, mais ils avaient conquis quelque chose de nouveau, un nouveau domaine politique, qui était garanti par le pacte et grâce auquel les ennemis d'hier devenaient les alliés de demain. Politiquement parlant, le pacte qui lie deux peuples crée un nouveau monde entre eux ou, plus précisément, garantit la continuité d'un nouveau monde qui leur est désormais commun et qui a pris naissance lorsqu'ils se sont reucontrés au combat et qu'ils ont produit quelque chose d'égal par leur agir et leur pâtir.

ou qu'elle soit apparue seulement par la suite, dans la qu'elle soit propre aux Romains depuis les origines, elle s'applique non par une action violente ou un diktat aussi bien dans le droit public que dans le droit privé. ment « un lien durable » et tout de suite après le pacte, que les Grecs entendaient par nomos, signifie proprede Troie - est à l'origine du concept de loi et de l'imréflexion et la stylisation de la guerre d'anéantissement de la guerre, est donc lui-même lié à la parole et à la ment de la loi, ce lien durable qui succède à la violence mais grâce à un accord et une convention. L'établisse-Une loi est donc quelque chose qui unit les hommes, et lex romaine, à la différence et même au contraire de ce lois ont prise dans la pensée politique romaine. Car la portance exceptionnelle que la loi et la formulation des trouvait au centre de toute dimension politique réplique, et par conséquent à quelque chose qui, d'après la conception grecque et la conception romaine, se Cette manière de résoudre la question de la guerre - spécifiquement légal de la réglementation au sens ment mis fin au comportement d'hostilité, mais l'aspect encore plus fortement qu'auparavant. On avait simplesupprimant simplement la différence entre patriciens et pour objectif l'union des deux factions ennemies en du peuple romain, du populus romanus, n'ait pas eu mentale, à laquelle remonte effectivement la fondation auquel l'historiographie romaine a toujours attribue ennemies, les patriciens et les plébéiens, qui réclamai de contracter mariage entre patriciens et plébéiens, qui plébéiens. Bien au contraire : une interdiction explicite tuel de la loi, il est significatif qu'une telle loi fonda « un rôle extraordinaire » dans la formulation des lois l'accord du peuple tout entier, ce consensus omnium d'un seul homme, mais un contrat entre deux factions sculpteur ou à un architecte. A Rome au contraire, la commander ce dont on avait besoin pour la ville à un tut supprimée par la suite, accentuait la séparatior tains points par les modèles grecs, n'est pas l'œuvre vait se voir confier sa tâche tout comme on pouvai d'être citoyen de la ville et que, venu du dehors, il pouet par conséquent les lois elles-mêmes ne relevaient de (Altheim) 46. En ce qui concerne ce caractère contracloi des douze tables, tout en étant influencée sur cerde la polis que le législateur n'avait nullement besoin politiques et des occupations des citoyens à l'intérieur tandis que, d'après la conception grecque, l'activité législatrice était si séparée des activités proprement la sphère propre au politique que pour les Romains Mais ce qui est décisif, c'est que l'activité législatrice

46. Franz Altheim, *Römische Geschichte*, II, 4, édition augmentée et complétée, Francfort-sur-le-Main, Klostermann, 1953, p. 232.

était localisée dans l'espace intermédiaire entre les romain consistait en ce que désormais un contrat, ur parties est garanti, de même s'agissait-il dans cette d'un accord entre les contractants. Et étant donné qu'ur à tous les hommes de manière égale, mais au sens ni au sens de commandements imposés de l'extérieur rel, où tous les hommes reconnaissent naturellement le quelque chose qui crée de nouvelles relations entre les deux factions autrefois ennemies. La loi est donc ici partir de ce contrat, et qui devint la république romaine, lien permanent, unissait les patriciens et les plébéiens tienne compte des deux parties » (Altheim ⁴⁷) première loi romaine d'« établir une loi commune qui tel accord ne peut se produire que si l'intérêt des deux bien et le mal par la voix de la conscience de la nature hommes et qui les relie non pas au sens d'un droit natu-La res publica, la chose publique qui prit naissance à

Pour estimer à sa juste valeur la fécondité politique extraordinaire du concept romain de loi, par-delà toute considération morale, laquelle doit rester pour nous secondaire, il nous faut rapidement rappeler la conception grecque très différente de la nature de la loi. La loi, au sens grec, n'est ni une convention ni un contrat, elle ne naît ni des discussions ni des actions opposées des hommes, et elle n'est donc pas quelque chose qui relève de la sphère politique, mais elle est essentiellement conçue par un législateur et doit exister avant de pouvoir recevoir une dimension proprement politique. En tant que telle, elle est prépolitique, mais au sens où elle est constitutive de toute action politique ultérieure et de toute relation politique. Tout comme il faut

d'abord construire les murs de la ville, auxquels Hérapeut la supprimer sans renoncer à sa propre identité, de la fondation d'une nouvelle ville. Il s'agit essentieldes bornes, avant de se mettre à décréter ses lois en vue particulière de ses habitants qui les distingue de toutes limites, de même la loi détermine-t-elle la physionomie une ville identifiable dans leur enceinte et entre leurs clite a un jour comparé la loi, avant qu'il puisse y avoir loi et sortir des limites de la polis sont encore pour qu'à l'espace qu'elle contient et délimite. Enfreindre la à l'existence et donc à l'hybris. La loi ne vaut pas à et l'enfreindre équivaut à outrepasser la limite assignée de quoi une polis a commencé sa vie ultérieure : elle ne ou d'une union. La loi est pour ainsi dire ce à partir lement de délimiter des frontières et non pas d'un lien invoque également Zeus, le protecteur des frontières et meut librement la pluralité. C'est pourquoi Platon duquel est créé l'espace proprement politique où se part érigé et fabriqué par un seul homme à l'intérieur les autres villes et de leurs habitants. La loi est le rem-Socrate, au sens littéral du terme, une seule et même l'extérieur de la *polis*, la force de son lien ne s'étend

Ce qui est décisif, c'est que la loi, bien qu'elle délimite un espace où les hommes ont renoncé à la violence entre eux, recèle en elle, du fait de sa formation comme par sa nature même, quelque chose de violent. Elle résulte de la fabrication et non de l'action; le législateur ressemble à l'urbaniste et à l'architecte, et non à l'homme d'État ou au citoyen. La loi, en produisant l'espace du politique, contient cet élément de violation et de violence caractéristique de toute production.

En tant qu'artifice, elle s'oppose à ce qui s'est déve-

a entre ce qui a été posé par elles. « La loi », remarque et il n'y a pas plus de rapport entre ces lois qu'il n'y en en propre une loi en vertu de laquelle cette chose est naturel et qui n'a pas surgi par soi-même appartient assistance, ni divine ni humaine. A tout ce qui n'est pas extrême 48 ». Face à l'homme qui lui est soumis, une que Platon cite également, « est la reine de tous, morproduite, chaque chose en vertu d'une loi différente, dominait, et qu'il déterminait également le comporjustice, elle guide d'une main souveraine la violence tels et immortels, et en même temps qu'elle rend la Pindare dans un célèbre fragment (n° 48, éd. Boeckh), loppé naturellement et qui pour être n'a nécessité aucune de l'existence physique du fils) et que donc, d'après existence politique tout comme le père est la condition dré le fils (et qu'elle est donc le présupposé de cette et despote » c'était tout un, mais également parce que la tement du père vis-à-vis du fils, en sorte que dire « père le foyer domestique antique l'élément despotique pré-Criton (50-51 49), et ce non seulement parce que dans égaux. Les lois sont ainsi le père et le despote tout à la polis où aucun homme n'a le droit de commander ses mandent, qu'elles règnent en maîtresses absolues dans telle violence s'exprime dans le fait que les lois coml'opinion de la polis – même si ce n'est plus l'opinion loi a engendré le citoyen tout comme le père a engenla fois, comme Socrate l'explique à son ami dans le

49. Platon, *Criton*, 50-51, Paris, Les Belles Lettres, 1963, trad M. Croiset, p. 226-229.

^{48.} Pindare (édition Tusculum), fragment n° 143. « La loi/ de tous la reine du monde/ Mortels et Immortels/ Mêne le plus violent de la justice/ De la plus haute main. » Cf. Platon, Gorgias, 484, op. cit., p. 213.

une constitution politique commune à toute la Grèce disparu. grec de la ruine, mais l'essence grecque aurait en ce cas la conscience de posséder une langue commune et sorte de conscience nationale hellène s'était éveillée même si, à l'occasion de la guerre avec les Perses, une considérer comme garantie la nouvelle sphère poliquelqu'un qui établisse les lois pour que l'on puisse à nouveau besoin d'un législateur, d'un nomothet, de et ceux qui partaient fonder une autre polis avaient nouvelle colonie, la loi de la cité mère ne suffisait pas, L'union de toute la Grèce aurait pu préserver le peuple formation d'un empire était tout simplement exclue, tique. Il est évident que, dans de telles conditions, la une autre. Même dans le cas de la fondation d'une rieur d'un même peuple, d'une communauté politique à constituer un pont d'un peuple à un autre, ni, à l'intéconcept grec de loi, la loi ne pouvait en aucune façon grand roi. Quelle que soit la façon dont on interprète ce existait, toute sa vie durant un « fils et un esclave » Perses l'avertissement de ne pas sous-estimer leur polis à l'autorité d'aucun homme, purent-ils lancer aux n'a pas de terme naturel comme c'est le cas vis-à-vis leur polis non moins que les Perses craignaient leur puissance guerrière, car eux tous redoutaient la loi de Ainsi les Grecs, qui n'étaient soumis à l'intérieur de la entre lesquelles il était libre et où un espace de liberté portement du maître et de l'esclave : le citoyen libre de du père, elle peut être également comparée au comde Socrate ni de Platon -, l'éducation du citoyen lui la polis était face à la loi, c'est-à-dire dans les limites revenait. Mais étant donné que cette obéissance à la loi

On peut facilement mesurer la distance qui sépare

cette représentation de la loi comme le chef unique et absolu de la *polis* de la conception romaine, si l'on se souvient que Virgile décrit les Latins auprès desquels arrive Énée comme un peuple vivant « non par obligation ou par obéissance aux lois, mais d'eux-mêmes et pour suivre l'exemple du dieu des vieux âges ⁵⁰ » (VII, 203-204). La loi apparaît parce qu'il s'agit désormais de conclure un traité entre les autochtones et les nouveaux arrivants. C'est ce pacte qui est à la base de la fondation de Rome; et si la mission de Rome consiste à « mettre sous ses lois l'univers tout entier ⁵¹ » (IV, 231), cela signifie que la terre tout entière est enserrée dans un système contractuel dont seul ce peuple était capable parce qu'il tirait précisément sa propre existence historique d'un pacte.

Pour exprimer cela à l'aide de catégories modernes, on doit dire que chez les Romains la politique a commencé sous la forme de la politique étrangère, c'est-à-dire précisément par ce qui dans la pensée grecque était extérieur à toute politique. Pour les Romains également, la sphère politique ne pouvait apparaître et subsister qu'à l'intérieur des lois; mais cette sphère ne se constituait et ne s'accroissait que lorsque des peuples différents se rencontraient. Cette rencontre est ellemême belliqueuse, et le mot latin populus signifie à l'origine « lever une armée 52 » (Altheim); toutefois cette guerre n'est pas la fin mais le commencement de la politique, c'est-à-dire d'un nouvel espace politique issu d'un traité de paix et d'une alliance. Tel est égale-

^{50.} Virgile, Enéide, op. cit., VII, 203 sq., p. 53 sq.

^{51.} Ibid., IV, 231, p. 104 sq.

^{52.} Altheim, Römische Geschichte, II, op. cit., p. 71.

jamais », qui incarnait ainsi effectivement le principe si uniques après la victoire romaine que l'historien de ce qu'était le monde à cette époque. à sa suite, qui ont justifié la destruction de la ville, cas que Caton a dû penser et les historiens modernes Rome si Rome ne l'avait pas détruit. C'est ainsi en tout matie romaine était impuissante, et qui aurait pu détruire politique proprement antiromain contre lequel la diplovernement qui ne tient jamais parole et qui ne pardonne concurrente en Méditerranée, mais surtout « un gousen 53) -, ce n'est pas non plus la puissance mercantile son intérêt propre que dans celui de Rome (Mommmoderne se demande s'il n'a pas davantage agi dans Scipion a proposé des conditions si favorables et Carthage, ce n'est pas la puissance militaire – à laquelle constitue pas non plus une objection à ce principe, égaritoires hors de l'Italie. La destruction de Carthage ne d'abord les régions et les peuples d'Italie, puis les terger les vaincus, qui a conduit Rome à organiser tout l'Antiquité, du parcere subiectis, de l'action de ménament le sens de la « clémence » romaine si célèbre dans l'unique rivale de Rome subsistant encore compte tenu fication de nouveaux traités. Ce qui a été anéanti à l'anéantissement au profit de l'expansion et de la ratilement appliqué dans la politique réelle, qui exclui

Quelle que soit la valeur de cette justification, ce qui est déterminant dans notre contexte, c'est précisément qu'elle ne correspondait pas à la pensée romaine et qu'elle n'a pas pu s'affirmer au travers des historiens romains. Ce qui aurait été romain, c'eût été de laisser subsister comme rivale la ville ennemie comme s'y était

53. Mommsen, Histoire romaine, op. cit.

efforcé Scipion l'Ancien, le vainqueur d'Hannibal. Il dra où elle périra la sainte Ilion, et Priam, et le peuple de son propre malheur, de citer Homère: « Un jour vienétait romain de rappeler le destin des aïeux; à l'instar larmes sur les ruines de la ville; et, au pressentiment de du destructeur de la ville, Scipion Emilien, de fondre en et maintenue en vie - non par miséricorde envers autrui propre existence, précisément parce qu'elle s'était révétermes, il était romain de savoir que l'autre face de sa Tacite presque tous les historiens romains. En d'autres gner à la victoire qui s'était conclue par une destruction Priam à la bonne pique 54 »; enfin il était romain d'assiet lui proposait une alliance, une fois la guerre achevée comme si Hector rencontrait Achille encore une fois ger si décidément et par défi en faveur de la liberté et de Cette conscience a ensuite induit les Romains à s'enganouvelle alliance cet élément complètement étranger moment-là, aurait également pu inclure au sein d'une mais dans l'espoir d'agrandir la ville qui, à partir de ce le commencement du déclin, comme l'ont fait jusqu'à dont on s'était rendu coupable à Carthage, mais précisé absurdité. Non que l'on voulût ainsi réparer en Grèce ce tude, compte tenu des conditions existant effectivement lée en tant que telle dans la guerre, devait être préservée vieux et hargneux. Mais, entre-temps, Achille était malheureusement devenu vers de la romanité. Pour les Romains, tout se passait ment parce que l'on considérait la grécité comme l'endans les poleis grecques, paraissait une folie et une l'indépendance des Grecs, même quand une telle atti-

54. Homère, *Iliade*, IV, 164 sq. et VI, 448 sq., Paris, Les Belles Lettres, 1961, p. 97 et 169.

Introduction à la politique II

n'étaient pas seulement des traités au sens actuel du nisé les provinces italiennes, puis les pays du monde, même temps un principe opposé à la romanité. Et cette susceptible d'envahir le politique. Carthage fut la preet renouvelables, mais deviendraient d'éternels alliés et s'est imposée à eux -, qu'à une societas romana, à et sur les pays – qui, comme nous le savons depuis quait entre partenaires. Ce à quoi les Romains eux sens d'une association, et avec la relation qu'elle impliqui étaient presque tous d'anciens ennemis vaincus. qu'elles tendaient par conséquent essentiellement à s'appliquer partout, qu'il avait ses limites. Pour comaffaire qui l'égalât en puissance, tout en incarnant en mière d'entre les villes avec lesquelles Rome eu Mommsen, s'est constituée plutôt contre leur volonté romanum, à cette domination romaine sur les peuples mêmes aspiraient, ce n'était pas tant à cet imperium rien à voir avec ce que nous appelons en allemanc que prit naissance la societas romaine, laquelle n'avai une alliance. C'est avec ces alliés de Rome, les socii politique du contrat et de l'alliance ne pouvait pas ville démontra pour la première fois que le principe des critères moraux et d'imaginer un sentiment éthique Carthage, ce fut qu'ici précisément il aurait tout au plus Ce qui entraîna l'échec des Romains dans le cas de liés à Rome non seulement par des traités provisoires un système d'alliance établi par Rome et extensible à la Gesellschaft, mais bien plutôt avec la « société » au terme, mais visaient à instaurer un lien durable, et les lois, à l'aide desquelles Rome a tout d'abord orgaprendre cela, nous devons avoir présent à l'esprit que l'infini, dans lequel les peuples et les pays auraient été Dans ce cas également, il serait erroné d'appliques

> été possible d'aboutir à un traité entre égaux, une sorte de coexistence pour parler en termes modernes, et qu'un tel traité au sens moderne était en dehors des possibilités de la pensée romaine.

conformément à son essence, l'agir produit toujours pas être transgressées. C'est précisément parce que concept de loi non pas une liaison et une relation, mais du nomos, et de manière générale à comprendre sous le conduit les Grecs à la circonscrire dans les limites cadre de l'expérience fondamentale qui détermina dès raient et qu'ils ne pouvaient pas connaître dans le conque étroitesse d'esprit. Ce que les Romains ignoqu'extrinsèques grâce à une loi au sens grec, grâce à ur une « insatiabilité », qui ne peut recevoir de limites si loin qu'il s'étende – des relations et des liens que les caractéristiques inhérentes à l'action qui avaient le départ leur existence politique, c'étaient précisémen et de relations où elle libère de nouvelles relations de telle nature qu'elles se prolongent à l'infini. Chaque résultent de l'agir sont et doivent être nécessairement dans son hybris mais dans le fait que les relations qui ne réside pas dans la démesure de l'homme qui agit et nomos. La démesure, telle que les Grecs l'entendaient, la démesure lui est inhérente, et, comme le dit Eschyle, une limite et une instance d'inclusion qui ne devaient qui agit. A cette tendance à l'illimité s'oppose le nomos en mouvement que n'aurait jamais pu le prévoir celui loin en mettant davantage de choses en connexion et des rapports déjà existants et elle s'étend toujours plus ainsi, elle modifie de façon décisive la constellation des hommes agissants, s'inscrit dans un réseau de liens relation instituée par l'action, dans la mesure où elle he Il ne s'agit pas là d'un hasard imputable à une quel-

sur le globe terrestre, laquelle, une fois obtenue, ne pouqui n'ont jamais pu s'unir ni être unifiées par un vait plus que s'effondrer. On peut également considérer sance ou de toute soif de domination, la souveraineté volonté, et même en l'absence de toute volonté de puiselle-même illimitée, leur imposant contre leur propre Certes, elle leur a permis d'établir un lien et une alliance qui pouvaient se multiplier par la colonisation mais et il ne fait aucun doute que l'Hellade tout entière a finade l'âge tragique ont été si sensibles – caractéristique durables partout où ils sont allés, cependant elle était en les Romains furent victimes de leur loi, de leur lex lement péri à cause du nomos des poleis, des cités-Etats, valu aux Grecs d'être incapables de former un empire, de toute chose mortelle, à l'évanescence de la parole s'oppose au caractère éphémère - auquel les Grecs vée et garantie par la mémoire. De cette façon, le nomos une forme durable qui la transforme en acte dont lien durable. Mais on pourrait tout aussi bien dire que faculté de leur nomos à produire des configurations a prononcée comme à celle de l'action accomplie. Cette la grandeur, c'est-à-dire la supériorité, peut être conserpeut embrasser du regard, l'action accomplie conserve un système de relations sans cesse croissant et qu'on ne du nomos qui la limite et l'empêche de se dissiper dans plus haute forme de la communauté humaine. A partis tique, c'est-à-dire lié à la polis et par conséquent à la pensée grecque, l'agir devient essentiellement poliactions. C'est seulement de cette façon que, d'après la doit nécessairement entrer en liaison au cours de ses à la polis ce qui existe au-delà d'elle et avec quoi elle entre les hommes à l'intérieur d'une polis et qui réfère grec qui confine l'action accomplie à ce qui se produi

comme une conséquence naturelle de ce phénomène qu'avec la chute de Rome c'est le centre d'un monde qui disparut à tout jamais et peut-être même la possibilité spécifiquement romaine de rassembler le monde entier autour d'un centre, tandis qu'aujourd'hui encore, lorsque nous pensons à la fin d'Athènes, nous pouvons faire l'hypothèse que ce n'est nullement le centre du monde qui a disparu à tout jamais, mais plutôt une possibilité suprême pour l'homme et pour le monde.

grecques, pas même à l'époque de la décadence. Ici il se trouvaient, ainsi que la volonté de les immortaliser supériorité sous toutes leurs formes et partout où elles quence politiquement moins catastrophique, mais spide l'Italie qu'elle dominait : elle leur coûta la conséaux Romains une expansion de l'empire, s'étendant ville, les actions et les voyages d'Enée, dum conderei depuis sa fondation, ab urbe condita, ou, comme le di de la ville et de tout ce qui la concerne de près, donc s'agit toujours exclusivement d'enregistrer l'histoire poésie et l'historiographie grecques n'ont jamais été Romains sont exclusivement romaines, tandis que la en en faisant l'éloge. L'historiographie et la poésie des tialité gréco-homérique, le sens de la grandeur et de la rituellement non moins décisive, de la perte de l'imparfinalement à l'infini, qui entraîna la perte de la ville et liens durables sans cesse élargis ne valut pas seulemen urbem, en attendant qu'il eût fondé sa ville 55. On pour essentiellement son accroissement et son expansion Virgile, de raconter ce qui a conduit à la fondation de la Cette capacité inouie à conclure des alliances et des

55. Virgile, Énéide, op. cit., I, 5, p. 5. Pour le concept romain de fondation chez Hannah Arendt et pour l'importance de Virgile pour

sionnantes que puissent être de telles réflexions si on les confronte à l'historiographie moderne patriotique et derrière eux (Tacite, Agricola, 3056). Mais si impresromaine, n'était que le nom du désert qu'ils laissaient signifiait rien d'autre que vol, massacre et rapine, et de étaient « le seul de tous les peuples qui désirât avec une nelle de la loi ne pourrait pas aussi signifier qu'ils tout des relations et d'apporter aux autres la liaison étertelle sorte que la *pax romana* quant à elle, la célèbre paix rait sembler que ce qu'ils nommaient « domination » ne que, et en tout cas du point de vue des vaincus, il pourpassion égale le plein comme le vide», de telle sorte vaincus s'ils n'étaient pas « des conquérants du monde trouverait plus aucune terre », si leur désir de créer parpratiquant la rapine, et dont l'instinct de destruction ne demandaient à eux-mêmes par la bouche des ennemis ment comprise par les vainqueurs romains : ils se sément la dimension morale de la défaite a été parfaiteerroné si on l'entend d'un point de vue moral. Car préciblement plus sur ces ennemis que les Romains qui en faisaient leurs alliés. Mais ce jugement est lui auss phie, plus équitables et qu'ils nous ont transmis sensisaient leurs ennemis étaient, au plan de l'historiogra rait dire, en un certain sens, que les Grecs qui anéantis

sa thèse de la natalité, cf. Hannah Arendt, Essai sur la Révolution, trad. M. Chrestien, Paris, Gallimard, 1967, p. 303 sq. Cf. également «L'abîme de la liberté et le novus ordo saectorum », La Vie de l'esprit, II, op. cit., p. 244.

56. Dans le chapitre 30 de sa *Vie d'Agricola* (texte établi et trad. par E. de Saint-Denis, Paris, Les Belles Lettres, 1967, p. 23-24), dont la partie centrale raconte la campagne militaire d'Agricola en Angleterre, Tacite rapporte le discours d'un commandant ennemi avant la bataille au mont Graupius (84 après J.-C.) auquel Hannah Arendt fait référence.

nationaliste, cet autre aspect qu'elles révèlent n'est que le revers universellement humain de toute victoire : le côté des vaincus en tant que vaincus. L'idée qu'il puisse y avoir quelque chose de radicalement autre, et pourtant semblable à la grandeur de Rome et par conséquent également digne du souvenir de l'histoire, cette idée avec laquelle Hérodote introduit son récit des guerres persiques, était tout à fait étrangère aux Romains.

originellement spatial de la loi. Chaque loi crée tout cation exclusive consiste dans un devoir d'obéissance, saient, comme des fils ténus, comme des sentiers dans n'était pas un monde, seulement un désert à travers de civilisations extraordinairement grandes et riches elle qui a créé pour la première fois le monde occidencommencement du monde occidental; bien plus, c'est d'une cité, est d'origine exclusivement romaine. Cette extérieur aux limites du corps propre d'un peuple ou toute liberté. Ce qui est à l'extérieur de cet espace est d'abord un espace où elle est valable, et cet espace est que nous avons laissé tomber dans l'oubli le caractère tant que commandements et interdits dont la signifila loi et le droit au sens des dix commandements, en existant. Nous sommes tellement habitués à interpréter nérait en guerres d'anéantissement ruinant le monde un paysage inhabité, et qui, dans le pire des cas, dégélequel, dans le meilleur des cas, des liens s'établisjusqu'aux Romains, mais ce qui existait entre elles tal en tant que monde en général. Il y a eu beaucoup politisation romaine de l'espace entre les peuples est au politique étrangère, et donc l'idée d'un ordre politique atteinte par Rome dans cette affaire - que le concept de le monde dans lequel nous pouvons nous mouvoir en Il est indubitable – quoi qu'on pense de la limite

confrontés depuis l'arrivée des régimes totalitaires, de au sens de la communauté de vie humaine, c'est un désert. Il est dans la nature des menaces de la poliespace intermédiaire qui doit sa naissance non pas à de l'ennemi vaincu : c'est avant tout l'espace interet de politique qui détruit le monde et qui engendre depuis les Romains disparaîtrait, et les relations entre la politique intérieure comme de la politique étrangère faire disparaître l'élément spécifiquement politique de privé de loi et, à strictement parler, dépourvu de monde celle qui est inhérente à l'action libre de l'homme dévastateurs qui portent en eux la même démesure que désert entre les hommes, il déchaîne des processus se substitue la loi du désert; or, puisqu'il s'agit d'ur vement difficiles à annuler à l'intérieur du politique lois de l'action politique dont les processus sont effectice monde de relations vient-il à être ravagé alors, aux fabricant et le créateur demeurent seuls maîtres. Mais cile à détruire que le monde produit des choses, où le politique des hommes, est certes beaucoup plus diffitions qui naît de l'action, de l'activité proprement main de l'homme peut à nouveau être reconstruit par disions au début, à savoir que ce qui est détruit par la la production mais à l'action des hommes, ce que nous la totalité constitue le monde sur la terre. Et pour cet médiaire entre les adversaires et entre les peuples dont d'anéantissement c'est beaucoup plus que le monde le désert. En effet, ce qui est détruit dans une guerre les peuples retomberaient dans cet espace privé de lo tissement, l'élément constitutif de la politique étrangère Si les guerres devaient redevenir des guerres d'anéantique intérieure et étrangère, auxquelles nous sommes la main de l'homme, ne vaut plus. Le monde des rela-

quand elle est créatrice de relations. L'histoire nous a fait connaître de tels processus dévastateurs et il n'existe pas un seul exemple où ils aient pu être apaisés avant qu'ils n'aient conduit à sa perte un monde tout entier dans toute la richesse de ses relations.

Fragment 3d

Introduction : Le sens de la politique

jusqu'à présent les événements qui se déroulent en prédites à ce siècle, et dans laquelle nous vivons effecpolitique est inéluctablement confronté à cette question pris dans le tourbillon des événements, il s'est révélé a eu des répercussions et où les hommes se sont trouvés de tous les hommes sur terre. Mais partout où ce destin politique en un facteur élémentaire du destin personnel tivement, a transformé de façon démesurée et inconnue L'époque de guerres et de révolutions que Lénine a des « orages d'acier 57 » qui purifient le ciel politique, est apparu que les guerres en notre siècle ne sont pas grand dont elle menace l'humanité tout entière. Car il pas plus d'ailleurs que pour le désastre encore plus désastre que la politique a entraîné pour les hommes un désastre. Or il n'existe aucune consolation à ce Quiconque commence aujourd'hui à réfléchir sur la § 1. La politique a-t-elle finalement encore un sens?

57. Référence au livre Orages d'acier, paru en 1920 (Paris, Christian Bourgois, trad. H. Plard, 1995), dans lequel Ernst Jünger raconte ses expériences de guerre sur le front occidental (de 1915 à 1918) dans le style du « réalisme héroïque » qui l'a rendu célèbre.

chose que d'archéologie et de musée. Cela touche à l'existence même de la science entendait par historicité, il l'a développé et rendu infiniment fécond. Il s'agit là d'autre oublier pour autant de nombreuses intuitions du génial Jules Michelet^[5], Bachofen est mythiques. C'est Johann Jacob Bachofen⁽⁴⁾ qui nous les a rendues accessibles, sans devenue féconde. l'héntier légitime de Savigny⁶. Ce que le fondateur de l'école historique du droit le terrain qui lui est propre, à la faveur d'une historicité correctement perçue et juridique qui actuellement va être broyée entre théologie et technique si elle ne défend Bien plus que de la géographie, l'histoire du droit tire son savoir des sources

du sujet. Car tous deux, le sujet en soi et sa situation actuelle, sont imposants. la nouvelle idée, d'éviter les polémiques stériles et de ne pas manquer à la grandeur d'autre solution que de passer au crible l'énorme maténau, d'exposer objectivement usuelles notions de notre vie publique présente? Dans ces conditions, il ne reste idéologique, ainsi que la décomposition et la perversion même des plus courantes et pas la confusion des langages de notre temps, digne de Babel, la grossièreté de la lutte endroits pour ne pas m'attirer de faux soupçons. Tous les experts ne déplorent-ils ou autres. De surcroît, je me garde de toute actualité, et arrête mon exposé en maints tique étranger à la matière n'aura pas de mal à découvrir des lacunes bibliographiques situation actuelle implique des entraves et des obstacles de tout ordre. Même un cn-Voilà qui rend particulièrement ardu le problème de la présentation. Notre

route vers la Lune, les hommes rencontrent un corps céleste nouveau, totalement livre et l'impératif suprême^b qui préside à notre travail. sur terre. De telles fictions ne résolvent pas la question d'un nouveau nomos de la inconnu jusque-là, et qu'ils pourraient librement exploitet pour atténuer leur rivalité qui ne peut se répéter. On ne pourrait imaginer un événement analogue à notre aujourd'hui à sa fin. Avec lui s'évanouit l'ancien nomos de la terre. Il était né de la leur existence terrestre. Nous cherchons le sens qui habite la terre². C'est le pari de ce La pensée des hommes doit se tourner de nouveau vers les ordres élémentaires de tetre. Elle ne se résoudra pas davantage grâce à de nouvelles inventions scientifiques. époque que sous des formes fantastiques, en supposant par exemple que, dans leur découverte féerique, inattendue d'un Nouveau Monde, d'un événement historique L'ordre européo-centrique du droit des gens qui a prévalu jusqu'ici touche

terre ne se révélera qu'à eux. C'est aux pacifiques que la terre est promise. L'idée d'un nouveau nomos de la

DOCUMENT 6: C. SCHMITT

Le nomos de la terre

1 LE DROIT COMME UNITÉ D'ORDRE ET DE LOCALISATION

triple enracinement du droit et de la justice. La terre est appelée dans la langue mythique la mète du droit. Ceci implique un

pousse et d'une récolte. Tout paysan connaît la mesure inténeure de cette justice. mesure intérieure. Car la fatigue et le labeur, les semailles et le labour que l'homme consacre à la terre féconde sont rétribués équitablement par la terre sous forme d'une En premier lieu, la terre féconde porte en elle-même, au sein de sa fécondité, une

l'homme sur la terre, du fait de la diversité des champs et des fonds, de l'assolement et des jachères. Ces lignes concrétisent les mesures et les règles des cultures qui régissent le travail de délimitations des champs, des prés et des bois. Elles sont même plantées et semées fixes qui rendent manifestes certaines divisions. Elles sont tracées et creusées^b par les En deuxième lieu, le sol défriché et travaillé par l'homme montre des lignes

des bornes, des murs, des maisons et d'autres bâtiments. C'est là que les ordres et les localisations de la vie en société se voient au grand jour. Famille, clan, tribu et étar En troisième lieu enfin, la terre porte sur son sol ferme des haies et des clôtures,

^{&#}x27; das Simmeich der Erde; titre d'un recueil de poèmes de Konrad Weiss.

tuer Gebot, le commandement, le précepte. b Vorgebot; ce terme que C. S. affectionne ne figure pas dans les dictionnaires ; il semble vouloir accen-

Einheit von Ordnung und Ortung*

eingefurcht und eingegraben

eingepflanzt und eingesät

les modalités de la propriété et du voisinage, mais aussi les formes du pouvoir et de la domination deviennent ici publiquement apparentes.

La terre est donc triplement liée au droit. Elle le porte en elle, comme rétribution du travail; elle le manifeste à sa surface, comme limite établie; et elle le porte sur elle, comme signe public de l'ordre. Le droit est terrien et se rapporte à la terre. C'est là ce qu'entend le poète lorsqu'il parle de la terre foncièrement juste et l'appelle justissima tellus^{II}.

pratique ce droit égal à un libre usage de la mer lorsqu'il se produit une collision dans tres dans les manuels de droit des gens. Il est facile d'imaginer ce que devient dans la pêche, la navigation pacifique et la guerre. C'est du moins ce qui se lit en toutes letdoit rester également ouverte à trois domaines d'activités humaines très différents : la d'après le droit des gens moderne° que la mer n'est pas un territoire étatique et qu'elle est vague. »^[8] La mer n'a pas de caractère au sens originel de ce mot qui vient du grec res qui sillonnent la met ne laissent aucune trace derrière eux. « Sur les vagues tout peut pas non plus planter des champs et tracer des lignes fixes dans la mer. Les navimesure intérieure entre semailles et récolte, comme pour les fruits de la terre. On ne elles aussi acquises par les hommes au prix d'un dur labeur, mais pas selori une moderne. Alors il est permis au paisible pêcheur de pêcher pacifiquement à l'endroit d'action autant du travail pacifique que des opérations militaires d'une guerre navale ment libre pour ces trois activités doit être en même temps le théâtre et le champ. time de mener la guerre à sa guise. Alors une seule et même surface de la mer égalecharassin, graver un sillon, une rayure, une empreinte. La mer est libre. Cela signifie localisation. Certes, les richesses de la mer – poissons, perles et autres produits – sont même où il est permis à la puissance navale belligérante de poser ses mines, et il est État neutre à la navigation pacifique se heurtent au droit d'une forte puissance maride s'anéantir mutuellement au moyen de mines, de sous-marins et d'avions. permis aux neutres de naviguer librement là même où il est permis aux belligérants espace – par exemple quand le droit à l'exercice libre de la pêche ou le droit d'un La mer ne connaît pas de telle unité évidente entre espace et droit, entre ordre et

Mais ceci a déjà trait à des problèmes propres à un état de complexité moderne. À l'origine, avant la fondation de grands empires maritimes, le principe de la liberté des mers signifie quelque chose de très simple. Il n'énonce en effet rien d'autre que ceci : la mer est un libre champ de pillage libre. Le brigand des mers, le pirate, pouvait y exercer son sinistre métier en bonne conscience. S'il avait de la chance, un riche butin venait le récompenser d'avoir eu l'audace périlleuse de s'aventurer sur la mer libre. Le mot pirate vient du grec pairan, c'est-à-dire tenter, essayer, risquer. Aucun des

b Le mo

a nach dem neueren Volkerrecht*

héros de Homère n'aurait eu honte d'être le fils d'un de ces audacieux pirates qui tentait sa chance. Car en haute mer il n'y avait ni barrières, ni frontières, ni de lieux consacrés, ni de localisation sacrale, ni droit, ni propriété. Beaucoup de peuples se tenaient dans les montagnes, bien à l'écart de la côte, et ne perdirent jamais l'antique et pieuse horreur de la mer. Virgile prédit dans la 4º Églogue que dans l'âge heureux à venir on ne voyagera plus sur mer¹⁹. Plus même, dans un livre sacré de notre foi chrétienne, l'Apocalypse de saint Jean, nous lisons à propos de la nouvelle terre purifiée des péchés qu'il n'y aura plus de mer sur elle : ἡ θάλασσα οὐν ἔστιν ἔτι^[10]. Bien des juristes de peuples terriens connaissent eux aussi cette horreur de la mer. On le discerne encore chez plus d'un auteur espagnol et même portugais du XVI° siècle. Un juriste et humaniste italien renommé de cette époque, Alciat, affirme que la piraterie est un crime avec circonstances atténuantes. Pirata minus delinquit, quia in mani delinquit nu mari delinquit nu pas de loi.

C'est seulement lorsque naquirent de grands empires maritimes – des thalassocraties pour reprendre l'expression grecque – que l'on vit régner aussi sur les mers la sécurité et l'ordre. Les petturbateurs de l'ordre ainsi instauré furent ravalés au rang de criminels de droit commun. Le pirate fut déclaré ennemi du genre humain, bostis generis humani. Cela signifie que les maîtres des empires maritimes l'ont proscrit et expulsé, mis hors la loi et la paix. Ces exterisions du droit dans l'espace de la mer libre sont des événements d'une importance révolutionnaire pour l'histoire mondiale. Nous les qualifierons de prises de mer. Les Assyriens, les Crétois, les Grecs, les Carthaginois et les Romains en Méditerranée, la Ligue hanséatique en Baltique, les Anglais sur tous les océans ont ainsi « pris la mer ». The sea must be kept, « la mer doit être prise »^b, dit un auteur anglais¹. Mais ces prises de mer n'ont été possibles qu'à un stade avancé des moyens de domination et de la conscience humaine de l'espace.

En revanche, les grands actes fondateurs du droit restent des localisations liées à la terre. Ce sont des prises de terres, des fondations de cités et des fondations de colonies. Dans une définition médiévale des Étymologies d'Isidore de Séville qui a été replise dans la première partie du célèbre Dérret de Gratien (vers 1150), l'essence du droit des gens est indiquée de façon très concrète: Jus gentium est sedium occupatio, aedificatio, munitio, bella, captivitates, servitutes, postliminia, foedera pacis, induitae, legatorum non violandorum religio, connubia inter alienigenas probibital¹². Ce qui signifie littéralement: «Le

¹ Fulton, The Sovereignty of the Sea, Londres, 1911, p. 1.

^{*} Seenabme.

b Le mot kept (tenue, gardée), placé entre guillemets dans l'original, est traduit ici par « prise » comme le fait C. S. (genommen).

El Trithaturar*

nitions analogues où il est question de guerre, de diversité des peuples, d'empires et gers. » La prise de terres vient en première place. Il n'est pas question de mer. Dans le ves, l'inviolabilité des ambassadeurs et l'interdiction des mariages avec des étranguerres, les captivités, la servitude, le retour de captivité, les traités de paixª et les trêdroit des gens, c'est la prise de terres, l'édification de villes et leur fortification, les ment la même. Tous les rapports juridiques ultérieurs avec le sol du pays divisé par la toutes les mesures ultérieures. Elle reste visible tant que la constitution reste visiblerépartition du sol utilisable. Ainsi apparaît une première mesure qui contient en elle de la notion est encore révélatrice aujourd'hui parce qu'elle constitue la définition la d'abord de plus près la prise de terres en tant qu'acte originel fondateur du droit. plus concrète de ce que l'on appelle le droit des gens. Car les prises de terres et les font les manuels modernes. En revanche, cette énumération médiévale du contenu de définir dans l'abstrait des concepts fondés sur de prétendues normes, comme le définitions et d'en faire une étude historique. Cela aurait en tout cas plus de sens que du droit des gens. Il vaudrait la peine de comparer un par un les éléments de telles de délimitations, surtout de commerce et de trafic (commercium) comme de l'essence part ou d'une nouvelle colonie sont déterminées par cette mesure originelle, et tout tribu ou le peuple qui le prend, toutes les institutions d'une ville protégée par un remfondations de cités entraînent toujours une première mensuration et une première Corpus Juris Justiniani (pax ex. Dig. De verborum significatione, 118)¹¹³ se trouvent des défiugement ontonome, conforme à ce qui est, procède du sol. Considérons donc

Une prise de terres fonde le droit dans une double direction, vers l'intérieur et vers l'extérieur. Vers l'intérieur, c'est-à-dire au sein du groupe qui prend la terre, la première partition et répartition du sol crée le première ordre de tous les rapports de possession et de propriété. Quant à savoir si cette première partition de la terre crée de la propriété uniquement publique ou uniquement privée, de la propriété collective ou individuelle, ou les deux à la fois, si l'on procède à des mesures cadastrales et si l'on établit des registres fonciers, ce sont là toutes des questions ultérieures portant sur des distinctions qui présupposent déjà l'acte de la prise de terres commune et ne sont déduites de celle-ci qu'après coup. Dans la réalité historique se présentent toutes les possibilités et toutes les combinaisons imaginables de titres juridiques et possessoires. Mais même lorsque la première partition du sol fonde une propriété privée purement individualiste ou une propriété collective de clans, certe propriété reste dépendante de la prise de terres commune et se déduit juridiquement de l'acte fonda-

teur commun. Dans cette mesure, toute prise de terres crée vers l'intérieur une sorte de domaine éminent^a de la communauté dans son ensemble, même si la répartition ulté-tieure n'en reste pas à la pure propriété collective et reconnaît une propriété privée pleinement « libre » du particulier.

Vers l'extérieux, le groupe qui prend une terre se trouve confronté à d'autres groupes et puissances qui prennent ou possèdent des terres. Dans ce domaine, la prise de terres représente de deux façons différentes un titre de droit des gens. Ou bien une partie du sol est soustraite à un espace qui jusqu'alors passait pour libre, c'est-à-dire n'avait pas de maître ou de propriétaire reconnu du point de vue du droit exteme du groupe qui prend la terre; ou bien une partie du sol est enlevée au précédent maître et possesseur reconnu, et attribuée au nouveau maître et possesseur. Il est facile de comprendre que l'acquisition d'un sol jusqu'alors libre, sans maître, est un problème juridique autre, plus simple, que l'acquisition d'un territoire ayant un possesseur reconnu.

Dans tous les cas, la prise de terres est, tant vers l'extérieur que vers l'intérieur, le titre juridique originel, celui qui fonde tout le droit ultérieur. Le droit territorial^b et le devoir de servir des habitants du territoire^c, la défense du territoire^d et la levée en masse des habitants du territoire^e présupposent la prise de terres. Celle-ci précède aussi la distinction entre droit public et droit privé. C'est tout bonnement elle qui crée les conditions de cette distinction. Dans cette mesure, la prise de terres a, du point de vue juridique, pour ainsi dire un caractère catégoriel. Kant l'a exposé avec une grande clarté dans sa philosophie du droit. Il parle de la souveraineit territoriale^e, ou, selon une expression à ses yeux préférable, de domaine éminent du sol^e, et considère ce donnaine éminent comme la « condition suprême pour que la propriété et tous les autres droits, tant publics que privés, deviennent possibles » (Redhilebre, 2º partie, remarque générale B au § 49)¹¹⁴, À vrai dire, il construit ce concept de manière tout à

C. S. traduit foedera paris par Bündnisse und Friedensschlüsse, alors que l'expression ne désigne au seus strict que les traités de paix. Il est vrai qu'un traité de paix s'accompagnait en pratique le plus souvent d'une alliance.

Obereigentus

Landrecht; litt. le droit du pays.

Landfolge; litt. l'obligation des habitants du pays d'assurer au besoin la police et l'ordre. Selon certains auteurs, le terme désigne en revanche le devoir général de défendre le pays contre l'agression et équivaut donc à Landwehr.

d Landwebr; litt là défense du pays contre une agression extérieure par l'ensemble de ses habitants, et plus concretement le contingent formé par ces habitants.

[•] Landatum; litt. la levée en masse de tous les habitants du pays en vue de sa défense à l'appel des cloches sonnant l'alarme (Siurm laien). Contrairement à Landavir qui apparaît tôt au Moyen Age (lantivar, lantiveri), Landavir ne date que du XVII* siècle. Les deux termes furent réactualisés et reçurent leut sens moderne au cours de la guerre de libération prussienne contre Napoléon en 1813. Par la suite, Landavir désignera dans l'organisation militaire prussienne les contingents de la réserve, Landavira l'ensemble des aînés encore en état de servir en cas de nécessité.

Landesherrschaft.

8 Ohereigentum am Boden

semble également que ses deux expressions de domaine éminent et de souveraineté territojuridique le plus radical qui soit, le radical nith au sens plein et entier du mot. événement juridique constituant, vers l'extérieur (face à d'autres peuples) et vers entre imperium et dominium. La prise de terres est ainsi pour nous le type originel d'un tion entre droit public et droit privé, entre puissance publique et propriété privée, de prise de terres, fondamental à l'intérieur et à l'extérieur, précède même la distincmigrations de peuples et d'invasions, tantôt de la défense victorieuse du pays contre peu tumultueuse, et même si le droit à la terre peut naître tantôt de débordantes rique, ces prises de terres ont pu se produire jusqu'à présent d'une manière quelque comme une construction purement conceptuelle - même si, dans la réalité histocomme un fait d'histoire du droit, comme un grand événement historique, et non double considération. Premièrement, nous devons comprendre la prise de terres « domaine éminent » que comme propriété (dominium) au sens uniquement du droit qu'à un stade ultérieur). De nos jours, la plupart des juristes ne comprendront le impregnées de la distinction entre droit public et droit privé (qui n'a été introduite riale ne sont pas totalement pertinentes pour notre propos parce qu'elles sont trop fait anhistorique, comme une « idée de l'association civile » purement logique. Il me l'intérieur (pour le régime foncier et patrimonial au sein d'un pays). Elle crée le titre des étrangers. Deuxièmement, nous ne devons pas perdre de vue que ce processus privé, et la « souveraineté territoriale » que comme puissance publique et domination imperum) au sens uniquement du droit public. Mais il faut ici tenir compte d'une

Ce fondement premier de nature tellurique où tout droit plonge ses racines, où coïncident espace et droit, ordre et localisation, n'a nullement échappé à l'attention de grands philosophes du droit. Selon G. Vico, le premier droit a été donné aux hommes par les héros sous la forme des premières lois agraires. Pour Vico, la partition et la délimitation du sol – la divisione dei campi – est avec la religion, le mariage et le droit d'asile un des quatre éléments originels de tout droit humain et de toute histoire humaine^[13]. Mais pour ne pas créer l'impression qu'il ne s'agirait là que d'antiquités mythologiques du droit, je cite deux philosophes du droit modernesé, des XVIII et XVIII et siècles, John Locke et Immanuel Kant. Selon Locke, l'essence du pouvoir politique consiste en premier lieu en juridiction sur la terre. Par juridiction il entend, selon l'usage médiéval, l'autorité et la puissance publiques en général. La prise de possession d'un pays revient pour lui à se soumettre à celui qui a juridiction sur le sol. La domination n'est d'abord domination que sur le pays et seulement par voie de

tique ultérieure : elle est et reste le rioyau effectif d'un événement tout à fait concret, étatiques ultérieures ou du système de la légalité caractérisant une constitution étahistorique et politique, à savoir la prise de terres. comme il l'appelle, n'est naturellement pas une loi positive au sens des codifications que celle du sol. »3 Cette « loi distributive du Tien et du Mien de chacun sur le sol », entière. Kant dit littéralement : «La première acquisition d'une chose ne peut être sa radicalité philosophique, de l'idée que toute propriété et tout ordre juridique sont montre déjà sa théorie mentionnée à l'instant du domaine éminent du sol, part aussi, dans été cette prise territoriale de l'année 1066². Mais la Doctrine du droit de Kant, comme le sophie du droit. L'Anglais Locke, que l'on caractérise souvent comme un rationaliste déterminés par le sol et découlent d'une acquisition originelle du sol de la terre dal du Moyen Age, qui se situe dans le prolongement du fait fondateur du droit qu'a moderne, demeure en fait profondément ancré dans la tradition du droit foncier féotent encore perceptibles jusque dans la formulation purement théorique de la philoconséquence sur les hommes qui habitent le pays1 Ici les conséquences de la prise territoriale de l'Angleterre par les Normands de Guillaume le Coriquérant (1066) res-

Au commencement de l'histoire de tout peuple devenu sédentaire, de toute communauté et de tout empire se trouve donc sous une forme ou une autre l'événement constitutif d'une prise de terres. Cela vaut aussi pour le commencement de toute époque historique. La prise de terres précède l'ordre qui en découle non seulement du point de vue logique, mais aussi historique. Elle contient l'ordre initial qui se déploie dans l'espace, l'origine de tout ordre concret ultérieur et de tout droit ultérieur. D'elle partent les racines qui prennent dans le terroir de l'histoire. De ce radial stille dérivent tous les rapports ultérieurs de possession et de propriété: propriété commune ou individuelle, possession ou jouissance selon les formes qu'elles prement en droit public ou privé, en droit social ou international. De cette origine se niumit — pour reprendre l'expression d'Héraclite^[17] — tout le droit subséquent et tout

Rechtsvorgang.

zwei neuere, moderne Rechtsphilosophen.

Locke, Civil Covernment, II, 12: « Government has a direct jurisdiction only over the Land »10,

pragnatique typiquement anglais, par la tradition féodale a été apportée de façon très claire par la dissertation d'flistoire du droit d'Emil Roos: Naturquitand und Vertrag in der Staatphilosophie Luckes, Berlin, 1943. Le travail fouillé de Walter Hamel, Dat. Wenn des Staatgebistes, Berlin, 1933, qui exploite des données historiques assez considerables et reste de ce fait très métitoire, se perd en arguites conceptuelles: l'ouvrage souffre du fait qu'il se limite à des concepts exclusivement « réels » ét « effectifs » au lieu de concepts « spatiaux ». Il fait l'économie du principe de ternitorialité en droit international privé et en droit pénal ; il n'aborde pas la théorie du territoire de Locke.

³ Fondement: métaphytiques de la doctrine du droit, dans La Métaphytique des mœurs, première partie, I, 12 (« La prémière acquisition d'une chose ne peut être que celle du sol ») et 16 (« Exposition du concept d'une acquisition originelle du sol »).

[·] Enverbung

e qui est encore mandé et ordonné ultérieurement en manière d'édictions et de ommandements.

L'histoire du droit des gens a été elle aussi jusqu'à présent une histoire de prises de tetres. À certaines époques viennent s'y adjoindre les prises de mer. Le nomos de la tetre repose alors sur un certain rapport entre tetre ferme et mer libre. De nos jours, ces deux éléments, terre ferme et mer libre (aussi bien chacun isolément que tous deux dans leurs rapports mutuels) ont été profondément altérés par un nouvel évédinent les dimensions de la souveraineté territoriale ainsi que la capacité d'action et la rapidité des moyens humains de puissance, de circulation et d'information qui se modifient, mais encore les contenus de l'effectivité. Celle-ci comporte toujours un aspect spatial et reste toujours un concept important en droit des gens, tant pour les prises de terres et les occupations que pour les barrières et les blocus. En plus, on voit se modifier par suite aussi la relation entre protection et obéissance, et avec elle la structure du pouvoir politique et social lui-même et ses rapports avec d'autres pouvoirs. Ainsi commence un nouveau stade de la conscience humaine de l'espace et de l'ordre global.

arcanes, Hegel, que nous citerons pour conclure ce corollaire: «De même que le secret du nouveau nomos de la terre. Jusqu'à présent, un seul auteur a approché ses existence maritime. Un pas supplémentaire fut accompli avec la révolution indus-XVI siècle, ce fut l'Angleterre qui osa franchir le pas d'une existence terrienne à une naquit le premier nomos de la terre. Il reposait sur un certain rapport de l'ordre spamière tois saisie et mesurée par la conscience globale des peuples européens. Ainsi naient des puissances maritimes et des thalassocraties. Le monde originellement tetmême l'élément naturel qui anime l'industrie et lui donne son essor au-dehors est la principe de la vie de famille a pour condition la terre, la solide propriété foncière, de sage à l'existence maritime. Là se trouve le point par où nous pouvons approcher le essentiel que la révolution industrielle soit partie du pays qui avait accompli le pastrielle au cours de laquelle la terre fut de nouveau saisie et mesurée à nouveau. Il est un droit des gens européo-centrique, le Jus publicum Europaeum. A l'époque, au tial de la terre ferme à l'ordre spatial de la mer libre et il étaya pour quatre cents ans rien fut modifié à l'époque des Grandes Découvertes lorsque la terre fut pour la pre-Tous les ordres préglobaux étaient essentiellement terriens, même s'ils compre-

Cette citation est lourde de signification pour des pronostics ultérieurs. Mais d'abord il nous faut prendre conscience d'une différence fondamentale. Il n'est pas indifférent que la structure d'un monde industrialisé et technicisé que l'homme échafaude sur terre au moyen de la technique prenne pour base une existence terrienne.

ou une existence maritime. Aujourd'hui il est par ailleurs déjà concevable qué l'air absorbe la mer et peut-être même aussi la terre, et que les hommes transforment leur planète en une combinaison de dépôts de matières premières et de porté-avions. On tracera alors de nouvelles lignes d'amitié au-delà desquelles vont tomber les bombes atomiques et les bombes à hydrogène. Nous gardons néanmoins l'espoir que l'on réussira à trouver le sens qui habite la terre* et que ce seront les pacifiques qui posséderont le royaume de la terre*.

2. LE DROIT DES GENS PRÉGLOBAL

Pendant des millénaires, l'humanité avait certes une image mythique, mais aucune connaissance scientifique de la terre dans son ensemble. Il n'y avait aucune réprésentation d'une planète saisie en termes de mensuration et de localisation humaines, commune à tous les hommes et à tous les peuples. Il manquait toute conscience qui fût globale en ce sens, et partant tout projet politique relatif à l'astre commun. Il ne pouvait pas davantage exister de jus gentium embrassant la terre et l'humanité. Si l'on parle pour cette époque d'un jus gentium, il ne peut s'agir — ne serait-ce qu'en raison de la différence de structure spatiale — de ce qui, plus tard, après l'apparition de représentations globales et planétaires, fut appelé droit des nations, jus gentium, droit des gens ou droit international. Nous pouvons laisser de côté ici les généralisations philosophiques de l'époque hellénistique qui font de la polis une kosmopolis; elles étaient dépourvues de topas, c'est-à-dire de localisation, et ne constituaient donc pas un ordre concret!

Dans le chapitre sur la liberté des mers, infra, p. 171.s., nous reviendrons sur le lien avec l'uropie moderne Le mot grec topos a pris au fil du temps le sens de tous communi, tieu commun. Il sett maintenant à désigner des banalités abstraites et générales comme telles. Mais même de rels lieux communs deviennent concrets et très vivants si on considère leur sens sparial. C'est Aristore qui a développé la théorie des topos, et ceci comme une partie de la rifetorique, Celle-ci est à son tour un pendant, une antistrophe de la dialectique, comme l'a démôntré la remarquable thèse d'Engène Thionville, De la titierte de lieux communt dans les Thiquaes d'Aristôte et des principales modifications qu'elle a subies, Paris, 1855. Elle constitue la dialectique de la place publique, de l'agora, à la différence du Lycée et de l'Académie. Ce qu'un homme peut dire à un autre n'est discutable, plausible ou convaincant que dans le cadre approprié et à l'endroit approprié. C'est ainsi qu'il existe encore aujourd'hui d'indispensables upoi de l'Eglise et de l'Université, du prétoire et de la réunion électorale, des conférences et des congrès, du cinéma et de la radio. Toute analyse sociologique de ces différents lieux devrait commencer par une présentation de leurs différents spois.

das Simmeich der Erde; voir ci-dessus, p. 46, note a.
 Erdreich; sans doute pour Erdenreich.

nes, le roi allemand resta jusqu'au XIV* siècle, en tant qu'empereur – fût-ce en pratique uniquement à cause des vestiges de sa fonction de roi d'Italie –, le garant de la paix, le conciliateur et l'ennemi des tyrans. Même lorsque la potastas impériale se fut réduite en réalité à un nom impuissant, l'ordre global du droit des gens européen du Moyen Age persista dans son ensemble tant que l'audoritas du pape fut suffisant pour conférer des mandats de mission et des mandats de croisade, et pour attribuer des territoires de mission. Car tant que c'était le cas, une part de réalité historique continuait à emplir la division fondamentale de l'ordre spatial, à savoir la distinction entre le sol des princes et des peuples chrétiens face à celui des pays non chrétiens, ainsi que la limitation des guerres qui en découlait, c'est-à-dire la distinction entre différents types de guerre, et donc l'ordre concret même des peuples.

sont la découverte et l'occupation. Le nouvel ordre spatial ne réside plus dans une localisa peut être qualifiée de nihilisme dans un sens historiquement spécifique. révèle que seule une scission définitive et fondamentale entre ordre et localisation chiques de l'époque du Moyen Age chrétien. Car la relation entre utopie et nibilism s'aperçoit en quoi le nihilisme des XIX° et XX° siècles se distingue des situations anar fique qui confère au nihilisme sa place historique, son topos. Alors seulement of ne doit pas à son tour être vidé de son sens, il faut être conscient de la négativité spéci rencontrait pas ce qu'aux XIX° et XX° siècles on appelle nihilisme. Si le mot de nihilisme désordres aussi sur le sol européen et en ce sens il y avait de l'« anarchie », mais on n tion assurée, mais dans une balance, un « équilibre ». Jusqu'alors il y avait de graves des gens centré sur l'État, et qui étaient totalement étrangers au Moyen Age chrétien de terres outre-mer. Les nouveaux titres juridiques qui caractérisent ce nouveau droit mais aussi face à tout voisin, et auquel s'ouvre un espace libre illimité pour des prise centralisé, spatialement clos sur lui-même, souverain face à l'empereur et au pape gens médiéval de l'Europe prît fin. Cet ordre apparaît avec l'État territorial* européen Il fallut attendre un ordre spatial radicalement différent pour que le droit des

4. SUR LE SENS DU MOT NOMOS

Le mot grec pour la première mensuration qui fonde toutes les mesures ulté neures, pour la première prise de terres en tant que première partition et division d'espace, pour la partition et la répartition originelles, c'est: namas.

lachenstaat

Ce mot, pris dans son sens premier, spatial, se prête le mieux à faire sentir le processus fondateur qui réunit en lui localisation et ordre. Je voudrais rendre à ce mot sa force et sa grandeur initiales, bien qu'au fil du temps (et déjà dans l'Antiquité) il ait perdu son sens primitif pour se réduire enfin à une désignation générale, anémiée, de toute régulation et injonction normativiste posée ou édictée d'une quel-conque manière. Il fut alors utilisé pour des prescriptions, des réglementations, des mesures et des décrets de toute sorte, si bien qu'en fin de compte, dans notre XX° siècle, la lutte contre l'abus désormais évident des règlements et des régulations émanant d'une légalité exclusivement étatique a pu être qualifiée de nomomachie!

a) Nomos et loi

Le lien entre nomos et prise de terres n'est plus vraiment perçu depuis l'époque des sophistes; chez Platon, le nomos a déjà le sens d'un schedon, d'une simple règle (Politique, 294 b). Les Nomoi de Platon ont déjà quelque chose du caractère de planification utopique des lois modernes. Aristote distingue l'ordre concret dans son ensemble, la politicia (traduit en général à tort en allemand par Staat ou Verfassung), et les nombreux nomoi individuels. Il reproche au livre de Platon qui s'initiule Nomoi de parler avant tout des nomoi contingents et bien peu de la politicia (Politique, II, 3, 1265 a 2). Théophraste, disciple d'Aristote, dont les vingt-quatre livres de Nomoi survivent par des fragments, semble n'avoir entendu par là que les nombreuses réglementations des diverses polities. Déjà Xénophon dans ses Mémorables (1, 2, 42-43) avait défini comme nomos toute prescription écrite du détenteur compétent du pouvoir, en mettant expressément les décisions du peuple (pséphismata) sur le même pied que le nomos.

Pourtant l'on reconnaît toujours, en tout cas chez Aristote lui-même, quelque chose de la relation originelle entre localisation et ordre, grâce à quoi le nomos continue à être expression et partie intégrante d'une mensuration concrète et conçue essentiellement dans l'espace. Solon par exemple est pour Aristote d'une façon spécifique et personnelle le nomothète, lui qui, tout comme Lycurgue, a créé en même temps une politeta et des nomoi en partageant les terres et en abolissant les dettes, tandis que Dracon n'a fait que donner des nomoi au sein d'une politeta déjà existante. Le semment de Solon que prêtaient les Héliastes consistait (d'après Démosthène) à leur faire promettre de juger conformément aux nomoi, tandis qu'il leur était interdit de

¹ L'expression nomonathie vient de James Goldschmidt, Juristische Wochenschrift, 1924, p. 245; gf C. Schmitt, Verfassungslehre, Munich et Leipzig, 1928, p. 142.

en ce sens la domination des classes moyennes par opposition, d'une part, à la dominomos en tant que répartition originelle du sol. « règne des lois ». Ce passage d'Aristote laisse encore clairement transparaître le sable de lire avec soin précisément ces passages de la Politique d'Aristote (IV, 4, d'une propriété foncière moyenne, bien répartie. La domination du nomos signifie en second lieu, la domination du nomos se confond pour Aristote avec le régime tote dit que le nomos doit être déterminant par opposition au décret populaire (biè tient chez Aristote tout autre chose que dans l'opinion courante d'aujourd'hui. Arisnomos conçu comme souverain? et l'idéal du nomos qui devrait régner comme tel signiprocéder à un partage des terres ou à une abolition des dettes!. La célèbre formule du nation des très riches et, d'autre part, à celle de la masse des pauvres. Il est indispenphima). Le nomos se définit donc en premier lieu par opposition au pséphisma. Mais 1290 a - 1292 b) pour comprendre la différence avec les idéologies modernes du

et des réglementations, jusqu'à ne plus représenter finalement que la position légad'antithèses, dont la plus importante est celle entre nomos et physis. C'est elle qui fait reconnaissables. La destruction du sens initial résulte d'une série de distinctions et mesure inhérente à l'ordre et à la localisation concrets mais seulement des règlements thesmos, psephisma, ou rhèma ou d'autres expressions qui ri'ont pas pour contenu la Comme simple norme et réglementation, nomos ne se distingue plus désormais de du nomos un devoir-être imposé qui s'écarte de l'être et s'impose face à lui l'on sera plus centraliste. liste de dispositions aptes à forcer l'obéissance⁸ – et ce d'autant plus fortement que Le sens initial du nomos, son origine liée à la prise de terres restent donc encore

n'est pas pour insuffler un semblant de vie nouvelle à de vieux mythes ou pour évo-Si pour ma part j'emploie le mot names de nouveau dans son sens originel, ce

dont ils se servent pour s'assurer fidélité et obéissance. et ne font plus que diriger, s'installent dans les restes qui subsistent de l'ordre ancien ordonnances qu'entraînent la direction et le gouvernement d'une communauté. Les grets, de tous les multiples réglementations, règlements, injonctions, mesures et qui ne distinguait plus son droit fondamental, en tant qu'ordre et localisation conordre concret. Cet emploi ultérieur du mot correspond plutôt à l'usage d'une époque potentats posthumes de style hellénistique ou césatiste, qui ne constituent plus rien être étaient séparables et où l'on pouvait faire abstraction de la structure spatiale d'un tignios, qui rie se réduisait nullement à une simple réglementations où être et devoirgint dès l'époque classique, on continuait à percevoir la portée originelle du mot siècle dernier. Malgré cette altération des modes de penser et de s'exprimer qui surtige être confondu avec le système normatif de la légalité et les légifications du labn d'un légalisme positiviste embrouillé, en particulier de la confusion avec des en mesure de mettre les enseignements dus à la problématique mondiale actuelle à déclinante qui ne savait plus se mettre en rapport avec son origine et son principe, et futur ne sera pas une exhumation d'institutions primitives, mais il ne doit pas davancela se souvenir de son sens originel et du lien avec la première prise de terres. Le termes et des correcpts de la science juridique intraétatique du XIX siècle. Il faut pour quer des ombres inconsistantes. Le mot nomes est utilisable pour nous parce qu'il est

juristes et de moralistes. Elle connaît une acception élevée et supérieure, voire la Bible de Luther) et en même temps une langue d'artisans et de techniciens (comme biologique, mais encore par le mot «loi», qu'il faut éviter ici en tout état de cause. par toute autre expression analogue. Je respecte tout à fait les efforts de Wilhelm Staplus exact de ne pas rendre en allemand nomos par Gesetz^d ou Regelung^e ou Norm, ou le constatait déjà Leibniz). À la différence du français, ce n'est pas une langue de sublime, du mot Gesetz. Les poètes et les philosophes aiment ce mot qui a tiré de la mande actuelle est en grande partie une langue de théologiens (en tant que langue de moms gêné, non seulement par le mot « vital », qui n'a plus guère qu'une connotation कि Pour ne pas perdre de vue le lien décisif entre localisation et ordre, il est donc pel et de Hans Bogner, qui donnent à nomos le sens de « loi vitale ». Je suis néan-Clarifier le mot Gautz est particulièrement ardu en allemand. La langue alle-

land, Bonn, 1942, p. 58, nº 65. Mais la relation entre nomos et prise de terres reste reconnaissable dans tous les cas, quelle que soit la réponse apportée à la question de l'authenticité de ce passage de Démosthène.

² Le distique sur Léonidas et les combattants des Thermopyles dit thèmas pethomens, obéssant aux L'authenticité de ce passage de Démosthène, XXIV, 149-151, a été contestée. G. R. von Pöhlmann, Geschichte der sozialen Frage und der Sozialismus in der antiken Welt, 3° éd., 1925, I, p. 329, n° 5; Busolt-Swoboda, Griechische Staatskeinde, p. 1154, n° 2; Fr. Oertel, Klassenkämpfe, Sozialismus und organischer Staat im alten Griecher.

ordres (des éphores). On en tira plus tard « nominois petitiomenei». Cicéron traduisait « legibus obrequimen », et Schiller « comme la loi le commandait ». Voir à ce sujet l'importante petite étude de Hans Schaefer, dans et Schiller « comme la loi le commandait ». Voir à ce sujet l'importante petite étude de Hans Schaefer, dans Wandlung, III/6, 1948.

Herrscher.

Sollen

sich absetzt.

sich durchsetzt.

Satzungen und Setzungen.

legalitäre Seizung von Seizungen mit Gehorsams-Erzwingungs-Chance

Legalität

Loi. Setzung. Vergesetzlichungen

Réglementation.

^{*} Lebensgesetz. Gesetz.

mais devenue simple métaphore, alors que Savigny la prenait encore au séneux. Il est « source » du droit, fréquente précisément chez les juristes positivistes du XIX° siècle, nture » ne sont pas plus exemptes de caractère scientifique que ne l'est l'image de la

il eut finalement l'infortune de perdre ses virtualités sémantiques substantielles précigiques entre Loi juive^b et Grâce (chrétienne), entre Loi (juive) et Evangile (chrétien) que découlent même encore les mots de Goethe dans Urwork orphisch: « Nach dem sociologique de Max Weber, la volonté de réaliser une aptitude à contraindred. du monde, ce mot n'exprime plus que l'artifice de ce qui est posé et du sur un mode sément chez les juristes qui auraient dû le tenir pour sacré. Dans la situation actuelle langue littéraire allemande. Il est profondément marqué par les antagonismes théolomand Gesetz n'est pas un mot originel. C'est un mot, même pas très ancien, de la Gesetz, nach dem du angetreten »[27]. Pourtant, à la différence du grec nomas, l'alle Bible de Luther une connotation sacrale et une force religieuse. C'est de cette source purement positivistes, c'est-à-dire la pure volonté d'imposer ou, dans le langage

ger » que « faire paître ». Le nomos est donc la configuration immédiate sous laquelle de terre selon un ordre précisf, ainsi que la configuration qui en résulte pour l'ordre anglaise, le radical title. Le nomos est la mesure qui divise et fixe les terrains et les fonds distributive du Tien et du Mien sur le sol »[28] ; ou encore, selon l'héureuse expression qu'elle comporte et qu'elle engendre tout à la fois ; selon les termes de Kant, « la loi mensuration et division des pâturages, c'est-à-dire la prise de terres et l'ordre concre part repose lui aussi sur des localisations sacrées. Le nomos peut croître et multiplie norme dissociée de la physis concrète à la manière des sophistes, opposée à la physis et tant, prennent un sens, et non pour n'importe quelle réglementation, voire pour un le champ de force d'un ordre. Ce n'est que pour un tel nomos que les formules de sédentaires, c'est-à-dire se fixent historiquement en un lieu et font d'un bout de tent visible le nomos avec lequel un clan ou la suite d'un chef ou un peuple deviennen spatiale concrète. La prise de terres, la fondation d'une cité ou d'une colonie renden politique, social et religieux. Mesure, ordre et configuration forment ici une unit l'ordre social et politique d'un peuple devient spatialement perceptible, la première comme la terre et le patrimoine : c'est de l'unique nomos divin que « se nourrissent tant que them. On peut en particulier qualifier le nomos de rempart parce que le rem dis que l'on ne parle guère de nom*arthie.* Des images comme « rempart »^[5] ou « noutous les nomoi humains^[29]. Même un mot comme « nomo*cratie* » a encore un sens, tar Pindare et d'Héraclite, si souvent citées et sur lesquelles nous allons revenir à l'ins Le mot nomes vient en revanche de nemein, un mot qui signifie aussi bien « parti-

des bloss positivistisch Gesetzten und Gesollten

Realisierung einer Erzwingungschance.

das den Grund und Boden der Erde in einer bestimmten Ordnung einteilende und verortende Mass.

désigner le nomos, d'autres antonymes de Gesetz qui, déterminés dialectiquement ou compétente pour les édicter. Voilà ce qui est, pour elle et pour la science jundique de l'État législateur légalitaires. Il n'est donc pas plus approprié de rendre en alle antithétiquement par ce genre de « légalité »°, s'opposent dans leur sens actuel à la loi mot Gessty pour rendre nomes en allemand. On ne peut pas davantage utiliser, pour corrélative, du «positivisme ». A une telle époque, il est inopportun de se servir du entendu doit s'en temir aux normes posées par l'autorité de commandement centrale n'est plus qu'un mode de fonctionnement de la bureaucratie étatique, qui bien contexte de l'histoire du droit qui est le nôtre, à ne pas faire perdre au terme son lien dont le seul correctif, devenu assez impuissant, est la notion de légitimité². La légalité usée depuis des décennies par l'abus de la légalité de l'État législateur centraliste à notre situation actuelle en pleine décomposition. La situation actuelle est caractépris au sens véritable et originel, des termes, des concepts et des antonymies propres mot Gautz. L'usage de ce mot de malheur projette dans la discussion du mot nomos cher - se rallient aux concepts des juristes. Or le pire écueil de leur vocabulaire est le finissant, tandis que les philosophes et les philologues – ce qu'on ne peut leur reproque la plupart des juristes continuent à parler le langage positiviste du XIX° siècle avec un événement historique, à savoir d'un acte constitutif de l'ordre spatial1°. musical. Mais face à toutes ces images diverses, nous devons toujours veiller, dans le assurément significatif que nomos puisse désigner aussi une gamme, donc un ordre Le débat scientifique sur le nomos a été embrouillé jusqu'à présent par le fait Gesetzesstaat. Raumoranungsakt sind nicht unwissenschaftlicher Vorgang

perse, etc. Mais s'il existait réellement une domination du nomos au sens du règne de lois abstraites, on devrait tencontrer aussi le composé nomonomia, ce qui n'est évidemment pas le cas. Une telle combinaison de mots ne fait que révéler ce qu'ont d'incongru les idées dont elle est faite. ser, dans Pauly-Wissowa-Mittelhaus, Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft, 18, 2, col. 2295 s.). Ces mots sont correctement traduits par domination du père ou paternelle, domination royale, domination largue grecque connaît beaucoup de termes composés formés à partir du substantif nomos, comme patronomein, basileunomein, persinomein, et d'autres formations semblables (d. à ce sujet l'article « Patronomos » de H. Schaebasileunomein, persinomein, et d'autres formations semblables (d. à ce sujet l'article « Patronomos » de H. Schaebasileunomein, persinomein, et d'autres formations semblables (d. à ce sujet l'article « Patronomos » de H. Schaebasileunomein, persinomein, et d'autres formations semblables (d. à ce sujet l'article » (Patronomos » de H. Schaebasileunomein, persinomein, et d'autres formations semblables (d. à ce sujet l'article » (Patronomos » de H. Schaebasileunomein, persinomein, et d'autres formations semblables (d. à ce sujet l'article » (Patronomos » de H. Schaebasileunomein, persinomein, et d'autres formations semblables (d. à ce sujet l'article » (Patronomos » de H. Schaebasileunomein, persinomein, et d'autres formations semblables (d. à ce sujet l'article » (Patronomos » de H. Schaebasileunomein, persinomein, et d'autres formations semblables (d. à ce sujet l'article » (Patronomos » de H. Schaebasileunomein, persinomein, et d'autres formations semblables (d. à ce sujet l'article » (Patronomos » de H. Schaebasileunomein, et d'autres formations de l'article » (Patronomos » de H. Schaebasileunomein, et d'autres formations de l'article » (Patronomos » (Patronomos » de l'article » (Patronomos » (Patr 1 Nous avons une pierre de touche simple et sure de la déformation du sens originel du mot nome. La

Cf. C. Schmitt, Legalität und Legitimität, Munich et Leipzig, 1932

Gesetzhichkeit

Starse)

des legalitären Gesetzesstaates

mand le mot nomos par des termes comme Sitte*, Gewohnheith ou Vertrage plutôt que

tique philosophique, dont on était en droit d'attendre une clarification, n'a fait caractéristiques pertinentes. Il supprime ainsi le lien entre localisation et ordre. La crimène », non au mode de sa naissance. La patrie et l'origine ne sont pas pour lui des pas d'origine^e ni d'image primitive^f mais seulement des causes^g. Comme son fondacalculable et non une substance. Le positivisme des sciences de la nature ne connaît cisément la « loi naturelle » des sciences de la nature ne désigne en fait qu'une fonction encore plus gravement embrouillé que celle du positivisme des juristes. C'est que préégard le concept de loi propre au positivisme des sciences exactes est si possible naturelles, tel qu'il prévalait alors. C'était une tentative, non dénuée de sens ni de civilisation). C'était une défensive contre l'exaltation aveugle de l'esprit des sciences delband, ont divisé les sciences en sciences de la nature^h et sciences de l'esprit (ou de la mands de la fin du XIXº siècle, sous la houlette de Heinrich Rickert et de Wilhelm Win qu'accroître la confusion. Ainsi les philosophes et les théoriciens des sciences alleteur, Auguste Comte, l'a déjà dit, le positivisme ne s'intéresse qu'à la « loi du phénomérite, de sauver la pensée historique. Mais par malheur elle a eu pour conséquence de qualifiées de « nomo-thétiques », mais la science de la nature. Ainsi se fait sentir pas les sciences de l'esprit, de la civilisation ou de l'histoire que Wilhelm Windelband a faire passer précisément le mot nomos du côté des putes sciences naturelles. Ce ne sont tielle, à savoir la conversion du « nomos » en *Gwet*z dans le style du XIX° siècle. 'emprise d'un processus typique, qui avait perdu de vue sa propre situation existen-Les sciences naturelles modernes parlent elles aussi sans cesse de « lois »⁴. À cet

b) Le nomos comme souverain

parle du *nomos basileus*, du nomos comme roi. Les désignations du nomos comme roi dote (III, 38) et Platon (Gorgias, 484 b) et reconstruit à l'aide de plusieurs scolles, Le passage de Pindare qu'on vient de mentionner, transmis surtout par Héro-

- Coutume.
- d Gesetze. Contrat.
- Ursprung. Urbild.
- Ursachen
- Naturwissenschaften.
- Geistes- (oder Kultur-) Wissenschaften.

souverain, despote et tyran sont nombreuses. Nous avons déjà vu ce que signific qui ne passe pas par la médiation de la loi; c'est un événement historique constinomos au sens originel est précisément l'immédiate plénitude d'une force juridique de malheur, bien qu'il sache que la loi est de nature rigoureusement médiate. Or, le dant nomos en allemand par Gesetz et en l'engageant ainsi dans la fausse voie de ce mot sembrouille son interprétation du passage de Pindare (éd. Hellingrath, V, 227) en renécroire d'autres passages (fr. 81), semble avoir hésité. Mais même Hölderlin sezait donc déjà un positivisme légaliste de type moderne. Pindare lui-même, à en matine du fait, d'exprimer les métamorphoses de l'être en devoir-être, du fait en loi. Ce Ce serait une façon d'exprimer ce qu'on appelle aujourd'hui en Allemagne la force nor d'une disposition. D'après cela, le nomos ne serait que le droit arbitraire du plus fort. sophiste Calliclès qui cite le passage de Pindare et le comprend comme pure position Fordre, un exploit qui, malgré toute sa violence, a créé du droit. Chez Platon, c'est le se téférant aux Spartiates. Dans le contexte du passage, c'est là une réplique au descrètement, le régime d'une propriété foncière moyenne, bien répartie et stable (Poli polémique contre la domination des décrets populaires et, en second lieu, plus conmence à faire sens. tuant, un acte de l'égitimité grâce auquel seulement la légalité de la simple loi com-Findare, il s'agit du vol de bœufs, un exploit d'Héraclès, le fondateur mythique de avoir plutôt désigné la structure d'ensemble de l'ordre spartiate. Dans le passage de pote asiatique Xerxès, et il n'est mullement certain que cette expression vise la discirque, IV, 4). Un passage d'Hérodote (VII, 104) parle du nomos comme despote, en chez Aristote le nomos comme souverain, c'est-à-dire en premier lieu une notion pline de commandement spécifiquement militaire des Spartiates ; elle pourrait même

1939, p. 1940 s.); Alfred von Verdross, «Die Rechtslehre Heraklits» (dans und der Begriff des Nomos bei Lykophron» (dans les Mélanges pour Paul Koschaker, Zeitschrift für öffentliches Recht, 22, 1943). H. E. Stier loue des caractérisations du nomos leus » (dans la revue *Philologus*, 83, 1928, p. 225 s.); Hans Niedermeyer, « Aristoteles telles que l'« Objectif supérieur »° ou l'« âme de l'ensemble »f et y voit la « meilleure Eissement philologique et juridique du mot nomos: Hans Erich Stier, « Nomos Basi importants articles récents auxquels je suis particulièrement redevable pour l'éclair-A propos de ce passage de Pindare souvent examiné, je mentionne encore trois

Strang einer Setzung.
normative Kraft des Fakeischen; formule de G. Jellinek; of Allgemeine Staatslehre (1900), 3° éd., Bad Homburg v.d.H., Berlin et Zurich, 1966, I. II, chap. 11, p. 338.

e des Tatsächlichen in Gesetz-

d Setzungs-Positivismus. das böbere Objektive.

^{&#}x27; die Seele des Ganzen.

exemple « puissance attributive de nature péremptoire» (p. 150) ou « force réelle d' « archaïque » (p. 170) parce que, au lieu de reconnaître dans les formulations notunique de la répartition (note à la page 152). La justesse de cette remarque tient à ce chez Pindare et Solon le mot nomos est encore employé même pour désigner l'acte meyer on trouve à l'occasion des définitions pertinentes du nomos, comme par passent à côté du sens spatial concret de la première mesure du sol. Chez Niederet des désagrégations, il les considère comme un grand « progrès formel », comme mativistes d'un positivisme légaliste d'ardif de simples dégénérescences, des dérives on trouve encore un reste de substance. Cela aussi Niedermeyer le qualifie Aristote et Lycophron (qui voit dans le nomos un « garant de la substance du droit ») importante en qualifiant ce sens originel seulement de « très archaique ». Même chez Pindare et Solon. H. Niedermeyer amoindrit malheureusement sa découverte si constitutive, c'est-à-dire avec la prise de terres. Ce sens du nomos prédomine chez qu'elle fait apparaître le rapport du nomos avec la première répartition concrète et agissant de façon concrète » (note à la p. 151). Surtout, Niedermeyer a bien vu ceci : formulation ». En réalité, il n'y a là que des périphrases idéalistes et rhétoriques qui une confrontation permanente avec ses présupposés normativistes[31] non normatif du mot d'Héraclite. C'est ainsi qu'il parle d'une « loi du devenir », si taire de sa conception normativiste même là où il reconnaît à juste titre le caractère des conquêtes scientifiques, et règle ses propres concepts sur elles. Enfin, Alfred von bien que le lecteur ne peut recueillir les vrais fruits de ce précieux article qu'à travers Verdross, fidèle à l'ensemble de sa démarche juridique, reste antithétiquement tribu-

« faîte », et des composés de « maison », « clôture » et « enceinte ». « Au commencement se trouve la clôture. Le monde façonné par l'homme est conditionné en procaractère localisateur des mots originels. C'est le cas de termes comme « crête » et sa propre loi, en le vouant au divin. » Le cercle qui enceint, la haie formée par les l'enceinte qui produit le sanctuaire en le soustrayant au commun, en le plaçant sous fondeur et jusqu'au niveau conceptuel par la clôture, l'enceinte, la frontière. C'est hommes, le cercle d'hommes est une forme ancestrale de la vie cultuelle, juridique et En revanche, les recherches de Jost Trier ont de nouveau rendu perceptible le

zuteilende Potenz endgültiger Art.

einen Bürgen für die Substanz des Rechts reale Kraft und konkret wirkend

Setzungs-Positivismus.

Giebel

e Haus. b Zaun. Hegung*

> gours de notre étude. En particulier, ce n'est pas l'abolition mais la limitation^b de la dôture.» Nomos signific lieu d'habitation, canton, pâturage ; le mot nemus, issu de la même racine, peut avoir un sens cultuel comme forêt, bosquet, bois1c étymologiquement de l'idée de clôture. « Tout nomos est ce qu'il est au sein de sa logie de nomos, il est important, comme l'établit J. Trier, que ce mot relève lui-même guerre qui forme le problème central de tout ordre juridique. En liaison avec l'étymosui des enceintes" au sens spatial, nous la retrouverons encore souvent avec profit au politique. Cette découverte, à savoir que le droit et la paix reposent originellement

n'est visée ici et toutes deux seront donc évitées. magne depuis 1939, on renverse purement et simplement les valeurs de cette antipossibilités peuvent donner lieu à des constructions subtiles, mais aucune des deux thèse en faisant de l'espace l'être concret et du temps l'intellectuel abstrait. Ces deux On peut alors ou bien emboîter le pas à la philosophie bergsonienne, et opposer dans les ornières de la vieille antithèse, banale et en vogue, de l'espace et du temps sur le problème philosophique abstrait du rapport entre epace et temps, en s'engageant potter un certain danger : en les généralisant trop, on déboucherait en fin de compte in Notre insistance sur l'origine spatiale des conceptions juridiques pourrait comintelligence et instinct en définissant l'espace comme quelque chose d'« intellectuel » par opposition à la « durée concrète »; ou bien, comme on aimait à le faire en Alle-

n'est ici que l'expression d'un état typique, quoique anormal, de l'évolution pouvoir politique. Depuis qu'Alexandre eut reçu les honneurs divins et que la déifiétait inéluctable. Il culmina dans le culte hellénistique, puis césariste du détenteur du et prescription, ainsi que le préconisaient les sophistes, se sont imposées déjà terprétations normativistes et positivistes du nomos comme simple réglementation émplois du mot grec nomos à titre de désignation spatiale aient été encore possibles à di royaume ptolémaïque provient peut-être du mot égyptien nomes. Que de tels dans l'Antiquité grecque. Les prescriptions de Solon qui s'appelaient d'abord thesmoi l'époque hellénistique n'est pas tout à fait négligeable. Mais, dans l'ensemble, les réinen Il est vrai que la spatialité originelle du mot nomos n'a pu se maintenir même deviat impossible de distinguer entre nomos et theis. Le positivisme des sophistes cation du souverain fut devenue une institution dans les royaumes hellénistiques, il l'époque classique. Du fait de la dissolution de la polis, ce changement sémantique furent ensuite appélées nomoi. La désignation de nomoi pour les provinces ou districts

¹ Jost Triet, « Zaun und Manning », Beiträge zur Geseibibte der deutschen Sprache und Literatur (fondé par Braune, Paul et Sievers, éd. par Th. Frings), 66, 1942, p. 232.

^{*} Hegungen*

n'étaient alors l'affaire que de quelques individus philosophants. Elle ne fut nulle supérieure à celle de décisions acclamées et proclamées en toute publicité après de son aptitude à forcer l'obéissance n'était pas inférieure, elle était peut-être même pouvait recevoir le nom de loi, puisqu'il était exécuté par les autorités étatiques ; car « mesure » ne pouvaient plus être distinguées. Tout commandement public ou secret chargées d'appliquer les lois, dotée d'une « aptitude à forcer l'obéissance » : « Loi » et en question leurs propres présupposés historiques, conceptuels et professionnels. La compris à quel point c'est précisément leur prétendu positivisme légaliste qui mettait ne sorit que décompositions⁴. Malgré l'avertissement de Savigny, ils n'ont même pai pas su voir, face au nihilisme de leur temps, qu'en de telles périodes les dispositions technique, et la nouvelle prétention de légitimité de la révolution. Les juristes n'ont des sciences naturelles, la prétention progressiste issue de l'évolution industrielle et les déceptions politiques de 1848 était conditionnée par la prétention de supériorité moderne était la création de juristes désillusionnés dont l'attitude intellectuelle après visme juridique du XIX siècle devenu a-chrétien et athée. Ce positivisme légaliste accompli par les sophistes ne correspondait donc historiquement en rien au positi les Césars, une nouvelle religion reprit l'héritage historique de l'Antiquité. Le progrès ancrée dans la religion populaire païenne. Par la suite, après la victoire du Christ su merit ressentie comme un «progrès formel» par le public et resta tout d'abord fournir ni la terminologie, ni le vocabulaire dont on aurait pu titer un équivalent alle discussions on ne peut plus minutieuses. Une telle philosophie du droit ne pouvait loi devint en toute logique une prescription adressée à l'une des autorités étatiques mand de *nomos*. Le paradoxe et l'aporie que représente la simple position de dispositions

c) Nomos chez Homere

nous plonger dans le dédale des interprétations philologiques. Je pense au célèbre έγνω. Je préfère la lecture καὶ νόμον έγνω (cf. R. Hirzel, Themis, Dike und Verwandia, passage du début de l'Odyssée (chant I, v. 3), qui dans la version usuelle se lit καὶ νός» Une autre tournure que je voudrais aborder à propos du nomos menace de

haut sous b. Le début de l'Odyssée se lit, dans la traduction de Voss: phiques figurent dans les trois articles de Stier, Niedermeyer et Verdross cités plus 1907; Busolt-Swoboda, Griechische Staatskunde, p. 456; d'autres indications bibliogra-

Und auf dem Meere so viel unnennbare Leiden erduldet. Sage mir, Muse, die Taten des vielgewanderten Mannes, Welcher so weit geirrt, nach der heiligen Troja Zerstörung Vieler Menschen Städte (ἄστεα) gesehn und Sitte (νόον ou νόμον) gelernt hat

fiscon spécifique avec la tetre – un aspect relevé par Alfons Höltermann (Cologne) point capital est à mon sens qu'au début de l'Odyssée le poète parle de la terre au nulle part ailleurs chez Homère n'est pas un argument décisif. Dans l'ensemble, le sérait pas une meilleure lecture aussi pour ces passages-là. Que le mot nomos rie figure POdyssée où figure le mot noos (VI, 121; XXIV, 474 et 479) sans décider si nomos ne vers 3, de la mer au vers 4, mais que le nomos (à la différence du noos) est associé d'une mologique de savoir si ces deux mots sorit étrangers l'un à l'autre, ou ne pourraient dans le sillage de mon texte Land und Meer (Reclam, Leipzig, 1942). même sens. Nous pouvons aussi laisser de côté le problème des autres passages de pas être ramenés à une racine commune. En tout cas, actuellement ils n'ont plus le leçon habituelle donne nos au lieu de nomos. Nous laisserons ouvert le problème étyd'échaireir le concept de nomos, d'aborder précisément ce passage de l'Odyssée, I, 3. La 🚵 🗥 la différence de H. Niedermeyer, je crois utile et fructueux, pour tenter

ou aux « nombreux hommes », et aurait été en quelque sorte le premier psychosociomarin l'Et il aurait même « connu » ce nous, il aurait donc déjà donné dans la théorie qu'Ulysse a « connu » le *nous*, donc l'esprit ou l'intelligence ou la meritalité et la façon de la connaissance, en néo-kantien avant la lettre du comte Keyserling. Une transposition littéraire vraiment touchante du vieux logue, une espèce de précurseur de Montesquieu, de Herder ou même de Hellpach et héros aux mille ruses se serait donc intéressé à un « esprit » propre aux diverses cités de penser de beaucoup d'hommes ou même des villes de beaucoup d'hommes. Le D'après la version dominante, noos (au lieu de nomos), le passage signifie

hommes, et naturellement une citadelle fortifiée (ἀστύ) en tant que telle n'a préciséson et de mentalité me semble tout à fait absurde. Car le nous est commun à tous les ment aucun nons propre et spécial, mais bien en revanche, et d'une façon d'autant L'association des villes et citadelles (& ortea) avec un nous au sens d'esprit, de rai-

Setzung von Setzungen.

Setzungen Setzungs-Positivismus.

Lersetzungen.

Statuierungen. Gehorsamserzwingungschance

Dis-moi, Muse, les exploits de l'homme au long périple, / Qui si loin a erré, après la ruine de la sainte Troie, / De beaucoup d'hommes a vu les villes (ἄστεα) et appris les mœus (νόον ου νόμον), / Et souffert en mer tant de maux indicibles.

En français dans le texte.

plus spécifique, un nomos propre. Différencier et classer en fonction de chaque ville ou même de chaque ville fortifiée ce nous qui est une donnée commune à l'humanité serait étranger à toute pensée antique. Ce n'est que par des reformulations psychologiques modernes (en « Gaist » ou en « Esprit ») que l'esprit peut devenir un thème de sociopsychologie historique et être rapporté à des villes et des citadelles. Hérodote, dans un passage très célèbre où il cite l'expression pindanque nomos basileus (III, 38), parle précisément de la diversité des mœurs et des coutumes des différents peuples, et conclut sa description de cette diversité par cette citation bien connue. Il ne serait certainement jamais venu à l'esprit d'un Hellène d'alors de rapporter cette diversité au nous plutôt qu'au nomos. On ne saurait davantage parler du nous « de beaucoup d'hommes », car le nous est l'universel humain, ce qui est commun non à beaucoup d'hommes, mais à tous les hommes doués de pensée en tant que tels, tandis que l'enceinte, l'enclos et la localisation sacrale contenus dans le mot nomos expriment précisément les ordres qui divisent et distinguent, et dont la spécificité devait être le véritable objet de l'observation cuneuse d'un mann « aux mille épreuves ».

d) Le nomos comme fait fondamental de division spatiale

dare le mot grec nomos n'est plus compris comme un acte spatialement concret et soupçonnent même pas à quel point les juristes de la fin du XIX° siècle ont réduit le encore une difficulté particulière du fait que la plupart des interprètes philologues ne son interprétation reste vaine et toute subtilité philologique inutile. Il s'y ajoutt tème de légalité positiviste, on le rend en allemand par Gesetz, toute discussion su position de dispositions ramenées à un devoir-être, et que, dans la logique d'un sysconstitutif d'ordre et de localisation, comme un ordo ordinans, mais comme une simple tique moderne, jusqu'à ce que la légalité ne soit plus qu'une arme aux mains du part mot Gesetz à n'être qu'une fonction du système de légalité positiviste de l'appareil éta ou bien à des conséquences et des compléments, ou alors à de nouvelles répartitions ginel qui ordonne l'espace. Cet acte originel est le nomos. Tout ce qui suit se tamère écrites et non écrites, tirent leur force de la mesure interne d'un acte constituant on de Pindare signifient en fait seulement que toutes les réglementations ultérieures, (anadasmai) ; il s'agit donc soit d'une continuation sur la base antérieure, soit de dévislégislateur du moment contre le parti exclu de la législation. Les paroles d'Héraclite d' Certes, aussi longtemps que dans ces tournures tant citées d'Héraclite et de Pin-

> tions qui sapent l'acte fondateur de l'ordre spatial, à savoir la prise de terres, la fondation d'une ville ou la colonisation.

Il va de soi que de tels événements constituants ne se produisent pas tous les jours; mais il ne s'agit pas non plus seulement d'affaires relevant d'époques révolues qui n'intéresseraient plus maintenant que l'archéologue ou l'antiquaire. Tant que l'Histoire universelle n'est pas conclue et reste encore ouverte et en mouvement, tant que les choses ne sont pas fixées et pétrifiées à jamais, autrement dit, tant que les hommes et les peuples ont encore un avenir et pas seulement un passé, un nouveau nomos naîtra dans les formes toujours nouvelles que prendra le cours de l'Histoire. Il s'agit donc pour nous du fait fondamental de partition de l'espace, essentiel à chaque époque historique, de la conjonction structurante de l'ordre et de la localisation dans la coexistence des peuples sur une planète mesurée désormais scientifiquement. C'est len ce sens que nous parlerons ici du nomos de la terre. Car chaque nouvelle époque et chaque ère nouvelle de la coexistence des peuples, des empires et des pays, des hommes au pouvoir et des puissances de toute sorte se fondent sur de nouvelles divisions spatiales, de nouvelles délimitations et de nouveaux ordres spatiaux de la terre.

5. LA PRISE DE TERRES COMME ÉVÉNEMENT CONSTITUANT DU DROIT DES GENS

La dernière période du droit des gens européen, qui touche maintenant à son terme, repose sur la grande prise de terres des XVI^e et XVII^e siècles, qu'on examinera plus en détail dans les chapitres suivants. La période précédente reposait sur les résultats de ce qu'il est convenu d'appeler la Migration des peuples⁵, qui fut pourtant moins une migration de peuples qu'une série de grandes prises de terres.

Bien entendu, toute invasion ou toute occupation passagère ne suffit pas pour qu'il y ait prise de terres fondant un ordre. L'Histoire a connu bien assez d'actes de violence qui se sont très vite détruits d'eux-mêmes. Toute conquête territoriale ne constitue donc pas nécessairement un nomos, mais la réciproque est en revanche viaie: le nomos au sens où nous l'entendons comporte toujours une localisation et un

En français dans le texte. Gent.

^{*} Vilkenvanderung; équivalent allemand des « Grandes Invasions »

Wegnahme des Landes.