

GEORGES MICHAELIDES - NOUAROS

**PROFESSEUR À LA FACULTÉ DE DROIT D'ATHÈNES
MEMBRE DE L'ACADÉMIE D'ATHÈNES**

**QUELQUES REMARQUES
SUR LE «DROIT VIVANT» D'ATHÈNES À L'ÉPOQUE
CLASSIQUE**

QUELQUES REMARQUES SUR LE «DROIT VIVANT» D'ATHÈNES À L'ÉPOQUE CLASSIQUE*

I. INTRODUCTION

Un assez grand nombre d'études sur le droit athénien de l'époque classique envisagent ce droit comme un droit purement étatique, dont la promulgation et la mise en vigueur relèvent des organes de l'État. Les auteurs de ces études partent d'une conception moniste et positiviste du droit: ils croient à l'omnipotence étatique, ils adoptent le principe que l'État est l'unique source du droit et ne considèrent comme règles juridiques que celles qui émanent de l'État.

Cette conception moniste — qui dominait dans la théorie générale du droit pendant le 19ème et au début du 20ème siècles — a été vivement critiquée par plusieurs auteurs, qui se placent aussi bien sur le plan philosophique que sur le plan historique et sociologique: Au point de vue philosophique cette thèse moniste a été attaquée par les théories du droit naturel, qui ont eu une renaissance surtout après la deuxième guerre mondiale.

Également au point de vue historique et sociologique, des recherches récentes ont démontré que la thèse moniste est exagérée et ne correspond nullement à la réalité historique.

C'est pourquoi chez les auteurs modernes la thèse moniste a perdu beaucoup de terrain au profit de la théorie pluraliste (ou du pluralisme juridique). Cette dernière théorie⁽¹⁾ — amorcée déjà à la veille de la première guerre mon-

* Communication à la 28ème Session de la Société Internationale Fernand de Visscher pour l'Histoire des droits de l'antiquité (S.I.D.A) (Athènes, 12-15 Septembre 1973).

1. Sur la théorie du pluralisme juridique cf. *Eugen Ehrlich*, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, 1913, p. 399 et s., *G. Gurvitch*, *Traité de sociologie* (publié sous la direction de G. Gurvitch) tome II Paris 1960 p. 195 et s., (et les références de la p. 196 note 1), *J. Carbonnier*, *Sociologie juridique*, Paris 1972 p. 145 et s., *Santi Romano*, *L'ordre juridique* (traduction de l'italien par L. François et P. Gothot) Paris 1975 p. 1, 77 et s. V. aussi l'*ouvrage collectif: Le pluralisme juridique*, Études publiées sous la direction de *John Gilissen*, Institut de Sociologie, Bruxelles 1972.

diale par le juriste autrichien E. Ehrlich et développée ensuite par le sociologue G. Gurvitch et le théoricien du droit Santi Romano - repousse le principe du monopole législatif de l'État et relève que la source la plus profonde du droit est la société globale. En développant plus amplement cette pensée, ces mêmes auteurs exposent que, parallèlement à l'État, il y a plusieurs autres centres générateurs du droit supérieurs ou égaux à celui-ci (comme la société globale, la nation, la société internationale, l'Église) ou inférieurs (comme les minorités ethniques ou religieuses, les classes sociales, les syndicats professionnels etc.).

Dans ce même ordre d'idées on a distingué entre le droit théorique étatique (*law in the books*), et le droit vivant appliqué en pratique (*law in action*). Selon Eug. Ehrlich - qui a été un des promoteurs de ces idées - le droit vivant comprend toutes les règles appliquées effectivement en pratique par tous les groupes sociaux, même par ceux qui sont désapprouvés par le droit étatique. Nous avons eu l'occasion - dans une étude récente⁽²⁾ - de critiquer cette conception d'Ehrlich et d'indiquer deux de ses défauts à savoir: (a) qu'elle conduit à une confusion entre les règles de mœurs et les règles juridiques, et (b) qu'elle comprend sous la notion du droit vivant même les règles des groupes des malfaiteurs ou des personnes hors la loi. Pour éliminer ces deux défauts on devrait exclure de la notion du droit vivant aussi bien les règles purement morales (de mœurs ou de bienséance) que les règles des groupes socialement désapprouvés. Ces prémisses nous ont conduit à une nouvelle définition du droit vivant, conçue comme suit:

«Le droit vivant d'une période donnée, comprend toutes les règles juridiques d'origine étatique ou coutumière, savante ou populaire, appliquées effectivement en pratique par des groupes sociaux présentant une cohésion et une permanence et une activité socialement reconnue ou tolérée».

Cette conception du «droit vivant» cadre bien avec les résultats des recherches historiques (de H. Brunner, L. Mitteis, Ernst Levy etc.) et des investigations sociologiques modernes, qui ont démontré que le phénomène du pluralisme juridique (à savoir la coexistence parallèle de plusieurs systèmes ou complexes juridiques sur le même territoire), ainsi que l'opposition entre droit théorique et droit appliqué en pratique sont des phénomènes universels, qui apparaissent dans tous les temps et dans tous les pays munis d'une législation écrite. Il en était de même à Athènes classiques, comme nous allons essayer de le prouver plus bas. Le sujet étant très vaste, nous nous bornerons en ce moment à quelques remarques très brèves, qui ont pour but de mettre l'accent sur certains points de la vie juridique réelle d'Athènes et plus spécialement sur la

2. Cf. G. Michaelidès-Nouaros, Quelques remarques sur le «droit vivant» à Rome aux époques préclassique et classique (conférence donnée à l'Institut de Droit romain de Paris le 10 décembre 1976), dans *Révue historique de droit français et étranger* vol. 55, 1977 p. 329 ets.

divergence entre le droit théorique athénien, d' une part, et le droit appliqué en pratique, de l' autre. Dans ces remarques, nous effleurons en très grandes lignes les questions suivantes: 1) Le droit coutumier d' Athènes; 2) L' application des lois écrites dans la pratique judiciaire; 3) La désuétude des lois.

II. LE DROIT COUTUMIER ATHÉNIEN

1. On sait que dans les premiers siècles de l' histoire d' Athènes le droit était complètement coutumier et connu par un nombre très limité de nobles. Les premiers législateurs Dracon et Solon ont codifié les coutumes de leur époque et ont introduit des réformes, mais n' ont pas pu réglementer plusieurs secteurs de la vie privée, qui ont continué à être régis par des coutumes soit anciennes, comme les *πάτρια*, soit nouvelles. Cette situation est restée sans changement important pendant les siècles suivants: la législation continuait toujours à présenter des lacunes considérables, lesquelles selon Aristote sont ou bien volontaires ou involontaires (*ἐκούσια ἢ ἀκούσια*). L' existence de ces lacunes⁽³⁾ est considérée par ce même philosophe comme inévitable, résultant de la nature des choses: «Τὸ γὰρ ἀμάρτημα οὐκ ἐν τῷ νόμῳ οὐδ' ἐν τῷ νομοθέτῃ, ἀλλ' ἐν τῇ φύσει τοῦ πράγματός ἐστιν· εὐθὺς γὰρ τοιαύτη ἡ τῶν πρακτῶν ὄλη ἐστίν» (Aristote, *Ἠθικὰ Νικομάχεια*, V, 10, 1137 b, 17 et s.). C' est pourquoi les juges d' Athènes et des autres cités grecques, en assumant leur fonction, prêtaient un serment, suivant lequel ils promettaient de trancher, selon l' opinion la plus équitable, tous les cas non réglementés par la loi: «περὶ ὧν ἂν νόμοι μὴ ὄσι (ψηφιοῦμαι) γνώμῃ τῇ δικαιοτάτῃ κρίνειν»⁽⁴⁾.

Il s' ensuit que le principe de la plénitude logique de la législation (*logische Geschlossenheit des Rechts*) — un principe formulé lors des grandes codifications du 19e siècle, mais qui a été critiqué comme fallacieux — était complètement étranger à la pensée des Athéniens, qui étaient sur ce sujet très réalistes et avaient une pleine conscience des lacunes très grandes de leur législation⁽⁵⁾.

3. Sur les lacunes de droit dans les droits grecs anciens cf. *J. Triantaphyllopoulos*, Τὰ κενὰ τοῦ νόμου ἐν τῷ ἀρχαίῳ ἑλληνικῷ δικαίῳ, dans *Ἐφημερίς Ἑλλήνων Νομικῶν*, 30 (1963) p. 753 et s., *idem*, dans *Xenion P. Zepos*, I (1973) p. 683 et s.

4. *Demosthène* or. XX (πρὸς Λεπτίνην) 118 et or. XXXIX (πρὸς Βοιωτῶν περὶ τοῦ ὀνόματος) 40.

5. Cf. *Lycurgue κατὰ Λεωκράτους* 9; cf. aussi *Gernet*, Droit et société dans la Grèce ancienne, 1955 p. 67, qui remarque à ce propos que: «La notion du droit strict ne domine pas la justice athénienne. Celle de la suffisance de la loi lui est tout à fait étrangère. Il est entendu que la loi ne règle pas tout». Egalement *Paoli*, Studi sul processo attico, 1933 p. 33 et s. souligne que «nel sistema attico non si pensò mai che la legge, unica fonte di diritto, dovesse regolare tutti quanti i rapporti giuridici».

2. Cette conclusion semble à première vue contredite par une clause d' une loi de 403 - 402 (rapportée par *Andocide, sur les mystères* 85 et 87) aux termes de laquelle il est interdit aux magistrats d' appliquer un «*agraphos nomos*»: «*Ἀγράφω δὲ νόμῳ τὰς ἀρχὰς μὴ χρῆσθαι μηδὲ περὶ ἑνός*». Pour comprendre le sens de cette clause on doit tenir compte aussi bien de son contexte, que des circonstances (*occasio legis*) qui ont donné lieu à sa promulgation.

Tout d' abord, en ce qui concerne la personnalité d' Andocide, il y a lieu de rappeler que cet homme politique avait eu une vie pleine d' aventures et d' intrigues. Né vers 441 av. J. C. et descendant d' une vieille famille aristocratique, il avait quitté Athènes à la suite du scandale d' Hermocopides (415) et s' est rendu à Chypre. Pendant son absence un décret d' Isotimidès, promulgué en 405 par le parti oligarchique, l' avait frappé d' une impiété (*ἀτιμία*). Rentré à Athènes, après le rétablissement de la démocratie, Andocide profita de l' amnistie générale de Thrasybule (403). Cependant ses ennemis l' ont accusé d' avoir violé le décret d' Isotimidès, qui défendait aux gens frappés d' *atimie* de prendre part aux mystères d' Eleusis. Pour repousser cette accusation Andocide a invoqué, entre autres, un argument juridique, à savoir que le décret d' Isotimidès, rendu pendant le régime oligarchique, n' a pas été confirmé par la commission des nomothètes chargée de réviser les lois du régime oligarchique et, par conséquent, il a été aboli et annulé (*λέλυται καὶ ἄκυρον ἐστίν, ibid. 72*).

À l' appui de cet argument Andocide rapporte le texte d' un décret (*ψήφισμα*), voté sur la proposition de Tissaménos^(5a). Selon ce décret⁽⁶⁾: «*Les Athéniens se gouverneront d' après les coutumes des ancêtres, feront usage des lois de Solon, des poids et mesures établis par lui, et aussi des réglemens (θεσμοίς) de Dracon, qui étaient précédemment en vigueur. Toutes les autres lois dont il sera besoin, les Nomothètes choisis par le Conseil (Βουλῆς) les inscriront sur des tablettes, les exposeront devant les statues des Eponymes pour qu' elles soient lues de qui voudra et les livreront aux magistrats dans le courant de ce mois.... Quand les lois auront été votées le conseil de l' Aréopage aura charge*

5a. Sur la personne de Tissaménos - qui était greffier - cf. *Lysias*, contre Nicomachos 28 (cité, infra note 50).

6. *Andocide, sur les mystères*, 83-84: «*Ἔδοξε τῷ δήμῳ, Τεισαμενὸς εἶπε, πολιτεύεσθαι Ἀθηναίους κατὰ τὰ πάτρια, νόμοις δὲ χρῆσθαι τοῖς Σόλωνος, καὶ μέτροις καὶ σταθμοῖς, χρῆσθαι δὲ καὶ τοῖς Δράκοντος θεσμοῖς, οἷσπερ ἐχρώμεθα ἐν τῷ πρόσθεν χρόνῳ. Ὅπόσων δ' ἂν προσδέη, οἶδε ἡρημένοι νομοθέται ὑπὸ τῆς βουλῆς ἀναγράφοντες ἐν σανίσιν ἐκτιθέντων πρὸς τοὺς ἐπωνύμους σκοπεῖν τῷ βουλομένῳ, καὶ παραδιδόντων ταῖς ἀρχαῖς ἐν τῷδε τῷ μηνί. 84..... Ἐπειδὴν δὲ θεῶσιν οἱ νόμοι, ἐπιμελείσθω ἡ βουλὴ ἢ ἐξ Ἀρείου Πάγου τῶν νόμων, ὅπως ἂν αἱ ἀρχαὶ τοῖς κειμένους νόμοις χρῶνται. Τοὺς δὲ κυρουμένους τῶν νόμων ἀναγράφειν εἰς τὸν τοῖχον, ἵνα περ πρότερον ἀνεγράφησαν, σκοπεῖν τῷ βουλομένῳ*». V. aussi *Andocide* *ibid.* 82 et *Eschine*, contre Ctésiphon 38-39. (cf. *Martin et Budé*, *Eschine*, Discours II (Les Belles Lettres) 1952 p. 38-39).

de veiller à ce que les magistrats n' usent que des lois établies; quant aux lois confirmées, elles seront affichées sur le mur même où l' étaient auparavant, afin que qui voudra puisse en prendre connaissance.»

Dans la suite Andocide expose que les lois du régime oligarchique ont été en effet révisées (ἐδοκιμάσθησαν μὲν οὖν οἱ νόμοι) et que celles qui ont été confirmées ont été inscrites sur le Poecile (τοὺς δὲ κυρωθέντας ἀνέγραψαν εἰς τὴν στοάν). Après cette inscription on a voté la loi sus-mentionnée, qui commence par la clause: ἀγράφων δὲ νόμων τὰς ἀρχὰς μὴ χρῆσθαι μηδὲ περὶ ἑνός (ibid. 85).

Cet exposé des événements qui ont précédé le vote de cette loi nous permet de constater que celle-ci ne fait que répéter la disposition sus-mentionnée du décret (ψήφισμα) proposé par Tissaménos, en l' exprimant⁽⁸⁾ sous la forme d' une défense. Il est donc clair que dans la clause en question l' expression «*agraphos nomos*» signifie toute loi antérieure à l' archontat d' Euclide (403), non inscrite sur le mur de Poecile, laquelle - par conséquent - est abolie parce qu' elle n' a pas été confirmée par la commission de Nomothètes. En d' autres mots, comme l' a déjà observé Martin Ostwald⁽⁹⁾, par «*agraphos nomos*» on entend ici le contraire d' un «ἀναγεγραμμένος νόμος»; de même comme «κείμενοι νόμοι» dans le ψήφισμα proposé par Tissaménos on entend des lois inscrites sur le Poecile (ἀναγεγραμμένοι νόμοι). Cette conclusion est corroborée par la suite du texte du discours (sur les mystères 88-89), où Andocide résume les conséquences de son argumentation comme suit: 89: «Ὅπου οὖν ἔδοξεν ὑμῖν δοκιμάσαι μὲν τοὺς νόμους, δοκιμάσαντας δὲ ἀναγράψαι, ἀγράφων δὲ νόμων τὰς ἀρχὰς μὴ χρῆσθαι μηδὲ περὶ ἑνός, ψήφισμα δὲ (μηδὲν) μήτε βουλῆς μήτε δήμου (νόμου) κυριώτερον εἶναι, μηδ' ἐπ' ἀνδρὶ νόμον (ἔξεῖναι) τιθέναι ἂν μὴ τὸν αὐτὸν ἐπὶ πᾶσιν Ἀθηναίους, τοῖς δὲ νόμοις τοῖς κείμενοις χρῆσθαι ἀπ' Εὐκλείδου ἀρχοντος, ἐνταυθοῖ ἔστιν ὁ,τι ὑπολείπεται ἢ μείζον ἢ ἑλαττον τῶν γενομένων πρότερον ψηφισμάτων, πρὶν Εὐκλείδην ἀρξαι, ὅπως κύριον ἔσται;

7. D' après la traduction de G. Dalmeida, Andocide. Discours (Les Belles Lettres) 1960 p. 42-43, révisée par nous.

8. Ainsi la phrase: «ἐπειδὴν τεθῶσι οἱ νόμοι ἐπιμελείσθω ἢ βουλή... ὅπως ἂν αἱ ἀρχαὶ τοῖς κείμενοις νόμοις χρῶνται (ibid, 84) du décret (ψήφισμα) correspond à la clause de la loi: «ἀγράφων δὲ νόμων τὰς ἀρχὰς μὴ χρῆσθαι μηδὲ περὶ ἑνός» (ibid. 85, 87).

9. Cf. Martin Ostwald, *Nomos and the Beginnings of the Athenian Democracy*, Oxford 1969, p. 1 note 4. Dans le même sens se prononcent Rudolf Hirzel *Ἄγραφος Νόμος* (Abhandlungen der Phil.-Hist. Classe der Sächsischen Gesell. der Wissenschaften) 20, 1 p. 37-39 Jacqueline de Romilly, *La loi dans la pensée grecque*, 1971 p. 27 (qui remarque que «cette valeur (= notion) purement technique est assez exceptionnelle.») et G. Maridakis, *Ἡ ἐνώπιον τῆς Ἐκκλησίας τοῦ Δήμου δίκη τῶν ἐν Ἀργινοῦσαις νικητῶν* (406 π.Χ.), Athènes, 1975 p. 125 note 7

οὐκ οἶμαι ἔγωγε, ἄνδρες, Σκοπεῖτε δὲ καὶ αὐτοί. (Traduction: Donc, puisque vous avez décidé que les lois seraient révisées puis affichées (inscrites - ἀναγράφαι), qu' une loi non inscrite ne serait appliquée par les magistrats en aucun cas, qu' aucun décret du Conseil ni du Peuple ne prévaudrait sur une loi, qu' on ne pourrait faire aucune loi d' exception visant un individu, enfin qu' on se servirait des lois établies depuis l' archontat d' Euclide, voyons, reste-t-il possible que des décrets antérieurs à l' archontat d' Euclide un seul important ou non, soit encore valable? Je ne le crois pas pour ma part, citoyens. Mais posez-vous la question vous-mêmes⁽¹⁰⁾).

3. Si nous avons insisté un peu trop sur le sens de la clause de la loi de 403-402 (rapporté par Andocide I, 85 et 87), c' est parce que ce sens a été méconnu récemment par des auteurs éminents, qui ont soutenu que par cette clause on a imposé «une défense catégorique de toute application d' un droit non écrit». (Kategorisches Verbot jeglicher Anwendung ungeschriebenen Rechts)⁽¹¹⁾ Or, comme il résulte clairement des textes que nous venons de citer, le sens et le but de cette clause étaient tout différents: Par celle-ci les démocrates, qui venaient de restaurer la démocratie, visaient à empêcher l' application de toutes les lois promulguées pendant le régime oligarchique et non confirmées par la commission des Nomothètes. En d' autres mots, par cette clause on a voulu établir une mesure transitoire, ayant une portée restreinte.

Il s' ensuit que cette clause ne concerne pas le problème du droit coutumier athénien et ne contient aucune défense de son application. Tout au contraire, comme nous avons déjà dit, dans le décret (ψήφισμα) proposé par Tissaménos (Andocide I, 83-84), qui se trouve dans un rapport étroit à la clause en question, il est expressément prescrit que les «Athéniens se gouverneront d' après les coutumes des ancêtres» (πολιτεύεσθαι Ἀθηναίους κατὰ τὰ πάτρια), ce qui démontre une fois de plus que le peuple athénien était conscient des lacunes de sa législation écrite et attachait une grande importance au rôle des coutumes dans la vie juridique d' Athènes⁽¹²⁾.

10. D' après la traduction révisée de *Dalmeyda* op. cit (supra note 7) p. 45.

11. Cf. *H. J. Wolff*, «Normenkontrolle» und Gesetzesbegriff in der attischen Demokratie, 1970 p. 70. Dans un sens analogue se prononce *J. Triantaphyllopoulos*, Rechtsphilosophie und positives Recht in Griechenland, *Xenion* für P. Zepos I (1973) p. 653 et s. (et in *Symposion* 1971, Vorträge zur griechischen und hellenistischen Rechtsgeschichte, herausgegeben von *H. J. Wolff* 1975 p. 29 et s.), en affirmant que les anciens Grecs n' ont jamais reconnu la coutume comme une source du droit. Cette opinion (soutenue aussi par *E. Meyer*) a été déjà contestée par *R. Hirzel*, *Themis, Dike und Verwandtes*, 1907, p. 359 ets.

12. On trouvera une mention très détaillée des sources concernant la notion et le rôle de la coutume et de la loi en droit grec ancien dans le livre classique de *Egon Weiss*, *Griechisches*

Finalement il y aurait lieu d'examiner quelles seraient les conséquences de la thèse contraire. Suivant cette thèse la clause en question visait à établir une mesure de portée très générale, en défendant aux magistrats et aux juges d'appliquer les «lois non écrites», c'est à dire aussi bien des coutumes juridiques que des principes du droit naturel⁽¹³⁾. Si cette thèse était exacte, les buts poursuivis par le législateur athénien seraient probablement deux, un politique et un juridique: Au point de vue politique, il serait probable que les démocrates, qui ont pris l'initiative de la loi de 403-402, regardaient avec méfiance toute règle coutumière ou de droit naturel, en la considérant comme contraire à la souveraineté législative du peuple. Ils auraient donc défendu l'application de toute «loi non écrite» dans le but de protéger les institutions démocratiques⁽¹⁴⁾ et d'empêcher la résurrection des coutumes réactionnaires ou oligarchiques. Quant au point de vue juridique, on pourrait penser que les auteurs de la clause en question ont défendu l'application des «lois non écrites», dans le but d'assurer la stabilité du Droit.

En d'autres mots on pourrait supposer qu'ils ont voulu prendre une mesure analogue à celle qu'ont édictée quelques siècles plus tard les empereurs Justinien et Léon le Sage, dont le premier a prohibé tout commentaire sur sa législation et le second a voulu empêcher (par sa Nouvelle 1) la formation des coutumes dérogeant à ses lois écrites^(14B).

Quoiqu'il en soit on sait bien que de pareilles mesures dépassent les limites du pouvoir législatif et restent inefficaces (cf. les références de la note 14a). Une même chance serait réservée à la clause en question, si par celle-ci on visait à défendre l'application des règles coutumières. En effet, une telle défense

Privatrecht auf rechtsvergleichender Grundlage, Leipzig 1923, p. 25 et s., 28-126. Pour les sources et la bibliographie plus récentes, cf. *M. Ostwald* (op. cit. supra note 9) p. 1 et s., 20 et s., et la bibliographie citée *ibid.* p. 186-195, ainsi que les études de *A. Christophilopoulos*, Δίκαιον και Ἱστορία, Athènes 1973, p. 1 et s. 33 et s. (et les références).

13. Ce double sens de la «loi non écrite» est très courant chez les auteurs grecs classiques: cf. *Egon Weiss*, op. cit. (supra note 12) p. 73 et s. et notes 136-140. Sur l'évolution de la notion des lois non écrites en Grèce ancienne cf. *J. de Romilly* op. cit. (supra note 9) p. 26-38.

14. On sait qu'à Athènes - comme aussi dans les autres villes grecques - la loi représente les réalisations démocratiques et constitue une «protection des faibles», tandis que la tradition non écrite est aristocratique et conservatrice. cf. *J. de Romilly* op. cit. (supra note 9) p. 45, *E. Gerner*, Historisch-soziologische Entwicklungstendenzen im attischen Recht, Zeitschrift der Sav. Stiftung R. A. 67, 1950, p. 21 et s.

14a. V. Nouvelle 1 de Léon le Sage dans *P. Noailles-A.-Dain*, Les Nouvelles de Léon le Sage, Texte et traduction, 1944 p. 14 et s. Sur cette Nouvelle cf. *G. Michaelidès - Nouaros*, Les idées philosophiques de Léon le Sage, extrait du Μνemosynon P. Bizoukides (Ἐπετηρίς Σχολῆς Νομικῶν και Οἴκων. Ἐπιστημῶν Πανεπ. Θεσσαλονίκης) p. 51 et s. et le compte-rendu de *J. Gaudemet*, RHD 1961, p. 473.

était impossible d' être respectée et appliquée pratiquement à Athènes par suite des lacunes et des défauts de la législation écrite (v. infra, sub. III). Elle était donc vouée à tomber très vite à l' oubli, ce qui est arrivé en fait⁽¹⁵⁾.

En conclusion la thèse qui considère que la loi de 403-402 a établi une défense absolue d' application des règles coutumières, conduit à des conséquences absurdes, contraires à la réalité et à l' expérience historique et sociologique. En effet les règles coutumières n' ont jamais cessé de jouer dans la vie réelle d' Athènes un rôle très important, comme il résulte de plusieurs passages des auteurs anciens, philosophes, historiens, rhéteurs etc. — ainsi que d' autres sources (épigraphiques etc.). Il ne serait pas possible de mentionner ici toutes ces sources. Nous nous bornerons donc d' en citer, à titre d' exemple, certains textes les plus caractéristiques.

4. Tout d' abord il y aurait lieu de rappeler que la terminologie relative aux règles juridiques écrites et non écrites est flottante chez les auteurs grecs anciens. Ainsi par le mot νόμος ou νόμοι (au pluriel) en entend⁽¹⁶⁾ les règles religieuses, les obligations morales, les coutumes, les usages et les pratiques sociales, les usages linguistiques etc., et enfin les lois écrites (surtout à partir du 5^e-

15. En effet si par la loi de 403-402 on a voulu établir une règle aussi fondamentale que celle de la défense de l' application de toute règle non écrite (coutumière ou de droit naturel), alors une telle règle aurait été mentionnée par les auteurs du 4^eme siècle - notamment par Platon, Aristote, Démosthène etc. - et invoquée par les orateurs devant les tribunaux, ce qui n' est pas arrivé (excepté Andocide qui comme nous l' avons vu a invoqué la loi de 403-402 dans un autre sens).

16. Cf. sur ce sujet, *R. Hirzel*, *Themis, Dike und Verwandtes*, 1907, p. 376 et s. *Gernet*, *Platon, Oeuvres complètes*, tome XI, *Les lois 1ère Partie (Les Belles Lettres)* 1951 p. XCIV (introduction). *J. de Romilly*, op. cit. (supra note 9) p. 51 et s., *J. Modrzejewski*, *Essays in honor of C. Bradford Welles* vol. I (1966) p. 149 note 104 et surtout *M. Ostwald* op. cit. p. 1 et note 3 qui rapporte sept sens du mot νόμος chez Platon. Le même auteur, op cit., p. 21 et s., 57 et s., après avoir dépouillé une grande quantité de sources littéraires et épigraphiques, est arrivé à la conclusion qu' à Athènes, depuis le milieu du 5^eme siècle, on se sert du mot νόμος pour désigner les lois écrites, promulguées depuis la réforme démocratique de Cleisthène (507-506), tandis que par les mots θεσμοί, θέσμια et πάτρια on désigne les lois antérieures, notamment celles de Dracon (v. p. ex. Aristote, *Const. d' Athènes* IV: 1 «Δράκων τούς θεσμούς ἔθηκεν», Andocide I, 83: «Χρησθαι δὲ καὶ τοῖς Δράκωντος θεσμοῖς»). Cependant chez Xénophon, *Anabase*, V, 4, 33-34 la règle de mœurs de Mossynèques de faire l' amour en public (ἐμφανῶς ξυγγίνεσθαι) est désignée par le mot *nomos* (νόμος γὰρ ἦν οὗτος σφίσι); de même chez Herodote le mot νόμος signifie aussi bien les lois politiques de la cité (v. p. ex. Herodote V, 75: ἐτέθη νόμος ἐν Σπάρτῃ μὴ ἐξείναι ἀμφοτέρους τούς βασιλέας ἐξιούσης στρατιῆς), que des coutumes religieuses, sociales ou alimentaires (v. Herodote VI, 106, 10; VI, 111. 3; IV, 26, 1 etc.), cf. *J. de Romilly* op. cit. (supra note 9) p. 52 et s. et les références, *G. Maridakis*, 'H δίκη τῶν ἐν Ἀργινοῦσαις νικητῶν (cité supra note 9) p. 125 note 5.

me siècle). De même par les mots νόμιμα⁽¹⁷⁾, ἄγραφα νόμιμα, πάτριοι νόμοι, ἔθη, ἐπιτηδεύματα on désigne les coutumes et les usages; et par les mots ἄγραφος νόμος on entend, comme nous l' avons déjà dit (supra note 13), aussi bien les règles coutumières d' origine sociale, que les règles morales du droit divin ou du droit naturel commun à tous les hommes.

L' importance des règles coutumières pour la vie juridique de la cité-état est soulignée dans plusieurs passages des oeuvres de Platon⁽¹⁸⁾, dont nous ne citerons *in extenso* qu' un seul, très important:

Dans les Lois (livre VII 793 a-d), oeuvre de sa vieillesse, Platon parlant des règles morales, qui prescrivent de fuir une vie de douleur et de plaisir absolu et de suivre toujours une vie moyenne (τόν λύπης τε καί ἡδονῆς ἀκράτου βίον φεύγειν δεῖν πάντας, μέσον δὲ τινα τέμνειν ἀεὶ) remarque que: «οἱ ταῦτ' ἔστιν πάντα, ὅσα νῦν διεξερχόμεθα, τὰ καλούμενα ὑπὸ πολλῶν ἄγραφα νόμιμα· καὶ οὐδὲ πατρίους νόμους ἐπονομάζουσιν, οὐκ ἄλλα ἔστιν ἢ τὰ τοιαῦτα σύμπαντα» (traduction⁽¹⁹⁾: «Que toutes ces règles formulées par nous tout à l' heure sont ce que le vulgaire appelle les coutumes non écrites; et ce qu' il nomme lois des ancêtres n' est pas autre chose que l' ensemble de ces règles». Ensuite Platon ajoute qu' il ne faut appeler ces règles des lois (proprement dites) ni les passer sous silence (ὥς οὐτε νόμους δεῖ προσαγορεύειν αὐτὰ οὐτε ἄρρητα ἔαν), car elles sont les liens qui font la continuité de toute constitution, placées qu' elles sont entre les lois déjà écrites et promulguées et celles qui restent à promulguer, exactement comme des coutumes ancestrales et tout à fait anciennes qui, sagement établies et fidèlement observées, tiennent enveloppées d' une entière sauvegarde les lois déjà écrites, mais qui échappant à la sagesse et à la mesure, comme les étais dans la charpente d' un édifice, quand ils viennent à céder en son centre, font que tout le reste croule» (δεσμοὶ γὰρ οὗτοι πάσης εἰσὶν πολιτείας, μεταξύ πάντων ὄντες τῶν ἐν γράμμασι τεθέντων τε καὶ κειμένων καὶ τῶν ἐπιθησομένων, ἀτεχνῶς ὅλον πάτρια καὶ παντάπασιν ἀρχαῖα νόμιμα, ἃ καλῶς μὲν τεθέντα καὶ ἐπισθέντα πάση σωτηρίᾳ περικαλύψαντα ἔχει τοὺς τότε γραφέντας

17. On sait qu' Aristote a écrit un ouvrage sous le titre: « Νόμιμα βαρβαρικά» - dont quelques fragments seulement nous sont parvenus - dans lequel il décrit les coutumes, les usages, les moeurs et les institutions sociales des divers peuples de Carie, d' Afrique etc.; cf. *J. Aubonnet*, Aristote, Politique, I (1960) (Les Belles Lettres) p. XLVII (introduction) et notes 3 à 5 (et les références).

18. Pour une analyse plus complète des idées de Platon sur les lois et les coutumes cf. *A. Bayonas*, The idea of Legislation in the Earlier Platonic Dialogues, in Πλάτων (Δελτίον τῆς Ἑταιρείας τῶν Ἑλλήνων Φιλολόγων), 17 (1965) p. 26 et s., 34 et s., 49 et s.

19. D' après *A. Diès*, Platon, Oeuvres complètes, tome XII, 1ère partie, les Lois (Livres VII - X) (Les Belles Lettres) p. 18 et. s.

νόμους, ἂν δὲ ἐκτός τοῦ καλοῦ βαίνη πλημμελῶς, οἷον τεκτόνων ἐν οἰκοδομήμασιν ἐρείσματα ἐκ μέσου ὑπορρέοντα, συμπίπτειν εἰς ταυτὸν ποιεῖ τὰ σύμπαντα etc.)

En se basant sur ces considérations Platon conclut (par la bouche de l'Athénien) comme suit: "Α δὴ διανοουμένους ἡμᾶς, ὃ Κλεινία, σοὶ δεῖ τὴν πόλιν καινὴν οὖσαν πάντη συνδεῖν, μήτε μέγα μήτε μικρὸν παραλιπόντας εἰς δύναμιν ὅσα νόμους ἢ ἔθη τις ἢ ἐπιτηδεύματα καλεῖ· πᾶσι γὰρ τοῖς τοιούτοις πόλις συνδεῖται, ἄνευ δὲ ἀλλήλων ἑκάτερα τούτων οὐκ ἔστιν νόμιμα, ὥστε οὐ χρὴ θαυμάζειν ἂν ἡμῖν πολλὰ ἅμα καὶ μικρὰ δοκούντων εἶναι νόμιμα ἢ καὶ ἔθισματα ἐπιρρέοντα μακροτέρους ποιῆ τοὺς νόμους. (Traduction: «Voilà quelles observations nous obligent, Clinias, à lier ensemble toutes les pièces de la nouvelle cité, ne négligeant, autant que possible aucun élément, petit ou grand, de ce qu' on nomme lois ou coutumes ou usages, car c' est de leur ensemble qu' est faite la liaison intime d' une cité, et ni les uns ni les autres ne peuvent subsister sans le reste, si bien qu' il ne faut pas nous étonner de voir une foule de coutumes et d' usages, sans grande portée apparente, affluer dans notre législation et en augmenter l' étendue.»)

Ce passage est très important, parce qu' il nous fait connaître les vues de Platon sur le rôle des règles coutumières dans la vie juridique d' Athènes, et en même temps les conceptions qui très probablement étaient partagées par le peuple athénien. Il résulte de ce passage que les règles purement morales⁽²⁰⁾ (p. ex. celle qui prescrit de suivre une vie moyenne), comme aussi les règles des coutumes et des usages juridiques sont désignées dans le langage commun d' Athènes par le terme «coutumes ou lois ancestrales» (τὰ καλούμενα ὑπὸ πολλῶν ἀγραφα νόμιμα καὶ οὗς πατρίους νόμους ἐπονομάζουσιν). Toutes ces règles coutumières et même les usages secondaires constituent, selon Platon, les liens et les soutiens de toute la charpente juridique et se trouvent à l' égard des lois écrites dans une interdépendance réciproque, par suite de laquelle les unes ne peuvent pas exister sans les autres.

C' est pourquoi Platon, en traduisant ce qui se passe dans la vie réelle d' Athènes et en mettant sur le même pied d' égalité les lois écrites et les règles coutumières, conclut que tout «ce qu' on nomme lois ou coutumes ou usages» font la liaison intime de la cité de sorte qu' il ne faut pas nous nous étonner de voir chez nous (à Athènes) (οὐ χρὴ θαυμάζειν ... ἂν ἡμῖν) un grand nombre

20. Cf. aussi Platon, Lois VIII 841 b 4 où parlant des plaisirs charnels (τῆ τῶν ἀφροδισίων χρήσει) il remarque: «Τὸ δὴ λανθάνειν τούτων δρώντᾶ τι καλὸν παρ' αὐτοῖς ἔστω, νόμιμον ἔθει καὶ ἀγράφῳ νομισθὲν νόμῳ, τὸ δὲ μὴ λανθάνειν αἰσχρόν, ἀλλ' οὐ τὸ μὴ πάντως δρᾶν.» (Traduction: «Que donc couvrir de mystère de tels actes soit, pour nos citoyens, une obligation créée par la coutume et la loi non écrite, et que les faire à découvert soit un deshonneur, sans qu' on aille jusqu' à les interdire» (d' après la traduction de A. Diès op. cit. (supra note 19) p. 84).

de coutumes⁽²¹⁾ et d' usages même secondaires (σικρά) à compléter et à faire augmenter l' étendue du droit positif (μακροτέρους ποιῆ τοῦς νόμους).

5. Des idées analogues sont exposées par Aristote dans plusieurs passages bien connus de ses ouvrages. Etant un observateur perspicace de la réalité, le Stagirite annonce à la fin de l' Ethique de Nicomaque (X, 1181 b, 18 et s.) qu' il étudiera (dans sa Politique) les lois et les coutumes des cités dans le but de constater les causes de leur bonheur et de leur chute et de décrire la cité parfaite: θεωρῆσαι τὰ ποῖα σώζει καὶ φθείρει τὰς πόλεις ... καὶ διὰ τίνας αἰτίας αἱ μὲν καλῶς, αἱ δὲ τοῦναντίον πολιτεύονται ... καὶ ποῖα πολιτεία ἀριστη ... καὶ τίσι νόμοις καὶ ἔθεσι χρωμένη⁽²²⁾.

En réalisant ce vaste projet d' une étude des constitutions de divers cités-états, Aristote a eu l' occasion de s' exprimer à plusieurs reprises sur l' importance des coutumes et des habitudes en leur attribuant une force plus grande que celle des lois écrites: Ainsi dans un passage bien connu de la Politique (livre III, 1287 b, 5 et s.) notre philosophe observe que «κυριώτεροι καὶ περὶ κυριώτερον τῶν κατὰ γράμμα νόμων οἱ κατὰ τὰ ἔθη εἰσίν»,⁽²³⁾ de même dans un autre passage, très souvent cité, Aristote insiste sur le fait qu' un changement trop fréquent des lois est nuisible, parce que la force contraignante des lois résulte de l' habitude et «celle-ci n' apparaît qu' après un long espace de temps»⁽²⁴⁾: ὁ γὰρ νόμος ἰσχὺν οὐδεμίαν ἔχει πείθεσθαι παρὰ τὸ ἔθος, τοῦτο δ'

21. Cf. R. Hirzel, «Ἄγραφος Νόμος (cité supra note 9) p. 20. On pourrait citer aussi *Diogène Laërce*, III, 86 et III, 103, qui interprétant l' enseignement de Platon, lui attribue la thèse suivante: Εὐνομία διαιρεῖται εἰς τρία: Ἐν μὲν ἂν ᾧσι οἱ νόμοι σπουδαῖοι ... ἕτερον δὲ ἂν τοῖς κειμένοις νόμοις ἐμμένωσιν οἱ πολῖται ... τρίτον δὲ ἂν μὴ ὄντων (τῶν) νόμων κατὰ τὰ ἔθη καὶ τὰ ἐπιτηδεύματα χρηστῶς πολιτεύωνται (Traduction: L' eunomie (le bon gouvernement) est distinguée en trois formes: 1° quand les lois sont bonnes; 2° quand les citoyens observent les lois établies; 3° quand, en l' absence des lois, ils se comportent honnêtement selon leurs usages et coutumes). Cf. aussi *Aristote*, Politique IV, 8, 1294 a 4 et s. : Οὐκ ἔστι δὲ εὐνομία τὸ εὖ κεῖσθαι τοῖς νόμοις, μὴ πείθεσθαι δὲ = Une bonne législation (eunomie) ce n' est pas d' avoir des lois bien établies, mais auxquelles on n' obéit pas» (Traduction de *J. Aubonnet*, *Aristote*, Politique tome II, 1ère partie (Les Belles Lettres), 1971, p. 163).

22. Ce sont les dernières phrases de l' Ethique de Nicomaque (X, 1181 b, 18 et s.) où Aristote expose les questions qu' il traitera dans sa Politique. Des auteurs modernes ont contesté l' authenticité de ces phrases, en les attribuant à Nicomaque ou à Theophraste. Cette opinion a été repoussée, d' une façon convaincante par *Werner Jaeger*, *Aristotle, Fundamentals of the History of his Development* (2nd ed.), Oxford. Paperbacks, 1961 p. 268. Sur cette même question cf. les références rapportées par *E. Michelakis*, *Platons Lehre von der Anwendung des Gesetzes und der Begriff der Billigkeit bei Aristoteles*, 1953 p. 43 note 137.

23. « Les règles fondées sur des coutumes ont une autorité plus grande et concernent des questions d' une importance plus grande que les lois écrites », d' après la traduction de *J. Aubonnet* op cit. (supra note 21) p. 96.

24. D' après la traduction de *J. Aubonnet* op. cit. (supra note 21) tome I (1960) p. 78. Sur ce

οὐ γίνεται εἰ μὴ διὰ χρόνου πλῆθος (Aristote Politique, II, 1269 a 20-22).

Enfin dans le livre VI chap. V de la Politique, Aristote, traitant des moyens d'assurer la plus longue durée du régime démocratique, souligne que pour atteindre ce but «on doit établir des lois non écrites ou écrites, qui contiendront les moyens de salut pour les cités-états»⁽²⁵⁾ τιθεμένων δὲ τοιούτους νόμους καὶ τοὺς ἀγράφους καὶ τοὺς γεγραμμένους οἱ περιλήψονται μάλιστα τὰ σφύζοντα τὰς πόλεις (Aristote, Πολιτικά VI, 1319 b 40-1320 a). Des considérations semblables sur l'importance des coutumes sont exprimées par Aristote dans la Rhétorique⁽²⁶⁾, tandis que dans la Constitution d'Athènes le Stagirite rapporte plusieurs points de la vie juridique de cette ville, qui sont régis par des coutumes ancestrales (κατὰ τὰ πάτρια)⁽²⁷⁾.

Outre les œuvres de Platon et d'Aristote, des indices sérieux sur l'importance des coutumes dans la vie réelle d'Athènes se trouvent dans un grand nombre de textes littéraires⁽²⁸⁾ - d'Eschyle, de Sophocle, d'Euripide, d'Aristophane etc. - dans les récits des historiens⁽²⁹⁾ - Thucydide et Xénophon - dans

passage v. *ibid.* note 2 et les références et *ibid.* p. 156, la note 7 de la p. 76 (notes complémentaires).

25. D'après la traduction de J. Aubonnet, révisée: cf. J. Aubonnet Aristote Politique, tome II 2ème partie (livres V et VI), 1973, p. 124. Sur ce texte cf. les notes complémentaires *ibid.* p. 272 et s. note 15 et les références.

26. Cf. p. ex. Aristote, Rhétorique I, 13, 1373 b, où notre philosophe établit une distinction nette entre le droit positif et le droit naturel, en précisant que le droit positif comprend des règles écrites et non écrites (coutumières); Λέγω δὲ νόμον τὸν μὲν ἴδιον, τὸν δὲ κοινόν, ἴδιον μὲν τὸν ἐκάστοις ὀρισμένον πρὸς αὐτοῦς, καὶ τοῦτον τὸν μὲν ἄγραφον, τὸν δὲ γεγραμμένον, κοινόν δὲ τὸν κατὰ φύσιν. (Traduction: «Par la loi j'entends d'une part la loi particulière, de l'autre la loi commune; par loi particulière celle qui pour chaque peuple a été définie relativement à lui; et cette loi est tantôt non écrite, tantôt écrite; par loi commune j'entends la loi naturelle», (d'après la traduction de J. Dufour, Aristote Rhétorique, Livre I (Les Belles Lettres) 1960 p. 130).

27. Cf. Aristote, Ἀθηναίων πολιτεία 21, 6: τὰ δὲ γένη καὶ τὰς πατρίδας καὶ τὰς ἱερουσύνας εἴασεν (ὁ Κλεισθένης) ἔχειν ἐκάστους κατὰ τὰ πάτρια. V. aussi *ibid.* 31,1: Βουλευεῖν μὲν τετρακοσίου κατὰ τὰ πάτρια, et 39.5: τὰς δὲ δίκας τοῦ φόνου εἶναι κατὰ τὰ πάτρια etc.

28. Sur les textes littéraires d'Eschyle, de Sophocle, d'Euripide etc. cf. J. de Romilly, op. cit. (supra note 9) p. 16 et s., 27 et s. (et les références).

29. Cf. la phrase bien connue de l'oraison funèbre de Périclès (Thucydide II, 37, 3: καὶ δοσοῖ ἀγραφοὶ δντες ἀσχύνην ὁμολογουμένην φέρουσιν). Dans cette phrase comme lois non écrites (ἀγραφοὶ νόμοι) sont considérées celles qui ont une origine sociale et non religieuse: En ce sens: J. Gaudemet, Institutions de l'antiquité (1967) §135 p. 188, qui adopte sur ce point la thèse d' Ehrenberg (voir la note suivante). Dans un sens différent R. Hirzel, Ἄγραφος Νόμος (cité supra note 9) p. 21 et s. V. aussi Xenophon Anabase V, 4, 33-34.

les discours des orateurs - Démosthène⁽³⁰⁾, Lysias⁽³¹⁾, Isocrate⁽³²⁾ etc. - où on fait très souvent allusion à des coutumes juridiques ou religieuses appliquées en pratique par le peuple et respectées par les autorités publiques.

Finalement nous croyons utile d'ajouter cette remarque d'ordre sociologique: On sait que, selon les constatations de la sociologie juridique moderne, les différends soumis aux tribunaux ne représentent qu'une portion infime dans l'ensemble des affaires privées, dont le plus gros volume est réglé à l'amiable sans intervention judiciaire. Il s'ensuit que, comme l'a remarqué fort bien M.J. Carbonnier, «le contentieux ne nous découvre ainsi qu'une très faible portion du droit effectif»⁽³³⁾.

Cette observation, qui est valable non seulement pour l'époque contempo-

30. Cf. *Démosthène*, Or. XX, (Πρὸς Λεπτίνην) 39 et 116: «ὅτι μὲν τοίνυν, ὧ ἄνδρες Ἀθηναῖοι, καὶ τοῖς προγόνοις ἡμῶν ἔθος ἦν τοῖς χρηστοῖς τιμᾶν ἰδὲμ Or. XXIII, κατ' Ἀριστοκράτους, 65 et 70: «καὶ πρῶτον μὲν... καὶ (παρὰ) τοὺς γεγραμμένους νόμους καὶ τ' ἄγραφα νόμιμα τὸ ψήφισμα εἰρηται. Περὶ τοῦ Στεφάνου 275... «καὶ ἡ φύσις αὐτῆ τοῖς ἀγράφοις νομίμοις καὶ τοῖς ἀνθρωπίνου ἤθεσι διώρικεν. Cf. aussi *Πρὸς Μακάρτατον* (Or. XLIII) - 66 (Μαντεία... στεφανηφορεῖν κατὰ πάτρια... μνασιδωρεῖν κατὰ πάτρια... δωροτελεῖν κατὰ πάτρια)· κατὰ Νεαίρας (Or. LIX), 75, 78 (texte et ὅρκος γεραρῶν = serment des prêtresses) 116.

Selon *H. J. Wolff*, *Gewohnheitsrecht und Gesetzesrecht in der altgriechischen Rechtsauffassung*, 1962, et in *Ἐφημερίς Ἑλλήνων Νομικῶν*, 29, 649 et s., surtout p. 654, les Athéniens étaient tout à fait étrangers à l'idée d'un droit coutumier; c'est pourquoi Démosthène (contre Aristocrate § 70) pour appuyer l'existence des règles non écrites s'est senti obligé de se référer à un «législateur mythique» et affirmer que ces règles émanent des dieux ou des héros (εἶθ' ἥρωες εἶτε θεοί). Cette opinion ne nous paraît pas adéquate. Il est vrai que plusieurs auteurs classiques insistent sur l'origine divine des règles morales et des préceptes du droit naturel (p. ex. Sophocle dans les célèbres vers d'Antigone 450-460, Isocrate, Panathénaique 169 et 174 etc., cf. sur ce sujet *J. de Romilly* op. cit. (supra note 9) p. 29, 32 et s. et les références). Cependant, comme l'a démontré *V. Ehrenberg*, *Sophocles and Pericles*, Oxford 1954 p. 46 et s., parallèlement à cette thèse traditionaliste, une conception plus réaliste a été exprimée par Périclès (dans son oraison funèbre, Thucyd. II. 37, 3, cité supra note 29), suivant laquelle les règles morales ont une origine sociale et se fondent sur la conscience humaine. Cette conception réaliste a été aussi adoptée, comme nous avons vu, par Platon (Lois VII, 793 a-d) et par Aristote (Politique, 1287 b, 5 et s., 1269 a 20-22 et s.) et même par Démosthène, *Sur la couronne* 275 (cité plus haut, dans cette même note) cf. *J. de Romilly* p. 35 et s. En outre, on devrait ajouter que depuis le décret de Tisaménos de 403-402 (Andocide I, 83-84 cité supra note 6) les règles coutumières des ancêtres (τὰ πάτρια) ont été reconnues par voie législative comme faisant partie intégrante du droit positif athénien.

31. Cf. *pseudo-Lysias* Or. VI (κατ' Ἀνδοκίδου ἀσεβείας) 10; et or. XXX, (κατὰ Νικομάχου) 29: Νικόμαχον εἰλωσθε ἀναγράφειν τὰ πάτρια; *ibid* 19: ἀξιώ πρῶτον μὲν κατὰ τὰ πάτρια θύειν.

32. Cf. *Isocrate*, Panathénaique 169 et 174, Panégyrique 55

33. Cf. *J. Carbonnier*, *Flexible droit*, 2ème ed., 1971, p. 18.

raîne, mais à plus forte raison pour la période de l' antiquité, nous permet de conjecturer que dans l' Athènes classiques parallèlement aux lois écrites — qui présentaient des lacunes et des défauts considérables et n' étaient connues que par un nombre restreint de citoyens ou d' experts — il existait plusieurs coutumes et pratiques extrajudiciaires, régissant le grand nombre d' affaires du secteur privé, qui se dénouaient sans intervention des magistrats.

6. Pour terminer nos remarques sur le droit coutumier d' Athènes, il y aurait lieu de dire quelques mots très brefs sur le genre des coutumes appliquées par le peuple et les autorités d' Athènes. En nous bornant en une simple énumération - pas exhaustive - des principales catégories de ces coutumes nous ne mentionnerons que les suivantes:

A. Dans le secteur du droit privé:

a) Les vieilles coutumes familiales, qui comme l'a démontré Ugo Paoli⁽³⁴⁾, régissaient les relations entre les membres de la famille (οἶκος), de la phratrie et du γένος.

b) les coutumes commerciales et maritimes internationales⁽³⁵⁾ concernant le commerce extérieur entre Athènes, d' une part, et les autres villes grecques, ainsi que les peuples étrangers du bassin méditerranéen, de l' autre.

c) les coutumes concernant la vie contractuelle intérieure (c' est à dire le commerce entre citoyens d' Athènes), notamment les coutumes formées dans la pratique des notaires lors de la rédaction des contrats de vente, de louage des choses, de société etc. Ces coutumes sont parvenues jusqu' à nous grâce aux clauses notariales de l' époque classique, lesquelles ont été reçues ensuite par des notaires de l' époque hellénistique et romaine et ont influencé même le droit moderne⁽³⁶⁾.

34. Cf. *Ugo E. Paoli*, Studi di diritto attico, 1931, p. 216 et s., 8 et s., 13 et s., Cf. aussi *P. Dimakis*. Στοιχεῖα Ἀττικῆς Δικαίου I, p. 40 et 80.

35. Cf. sur ces coutumes *Ugo Paoli* in Ἀρχαίων Ἰδιωτ. Δικαίου, 2 (1935) p. 1 et s., et *D. Gofas*, Δεῖγμα. Ἱστορικὴ Ἔρευνα ἐπὶ τοῦ ἐλληνικοῦ δικαίου τῶν συναλλαγῶν, Athènes, 1970, p. 46 et note 5 (qui a présenté plusieurs indices sur l' existence des coutumes commerciales, ayant une valeur panhellénique) et les références.

36. Cf. *H. J. Wolff*, Rechtsexperte in der griechischen Antike (Sonderdruck aus Festschrift für den 45. Deutschen Juristentag) 1964 p. 22 et notes 71-72 (et les références à *Partsch*). *H. J. Wolff* remarque à juste titre que ces clauses notariales constituent la contribution la plus considérable de l' esprit grec au domaine de la technique juridique (die rechtsgeschichtlich folgereichste Leistung des griechischen Geistes auf technisch-juristischen Gebiet). Sur l' importance de la pratique notariale de l' époque hellénistique cf. *Pringsheim* The Greek Law of Sale, 1950 p. 502 et s., 508 et s.

B. Dans le secteur du droit sacré:

d) les coutumes religieuses concernant non seulement le culte et les devoirs religieux⁽³⁷⁾, mais aussi plusieurs points de la vie familiale⁽³⁸⁾ et sociale.

C. Dans le secteur de la vie politique et du droit public:

e) les coutumes constitutionnelles concernant l'organisation et le fonctionnement de l'Etat (cf. p. ex. *Aristote*, Constitution d'Athènes 21, 6 et 31, 1 cité supra note 27).

f) les coutumes concernant les libertés politiques et la protection des droits des citoyens (p. ex. droit à l'ἰσηγορία, droit d'asyle etc.)⁽³⁹⁾

g) les coutumes du droit international public concernant les relations entre les cités-états^(39a), les règles relatives à la guerre (p. ex. inviolabilité des personnes des ambassadeurs, ensevelissement des morts etc.)⁽⁴⁰⁾

37. Cf. *Démosthène*, κατὰ Ἀνδροτιῶνος (Or. XXII), 27, *pseudo-Lysias*, κατ' Ἀνδοκίδου ἀσεβείας (Or. VI) 10.

38. P. ex. l'adoption posthume n'était possible qu'en vertu d'une coutume religieuse; cf. *E. Karabelias*, L'épiciélat attique (thèse pour le doctorat) (ronéotypée) Paris 1974, p. 79 et les références. Sur le droit sacré athénien cf. *J. Walter Jones*, *The Law and Legal Theory of the Greeks*, Oxford 1965, p. 93 et s. et les références.

39. Sur l'ἰσηγορία, qui est une conséquence de l'ἰσονομία cf. *Démosthène* κατ' Ἀνδροτιῶνος (Or. XXII) 57: «ἀλλ' οὐ ταῦτα λέγουσιν οἱ νόμοι οὐδέ τὰ τῆς πολιτείας ἔθη, ἃ φυλακτέον ὑμῖν; *idem* κατὰ Τιμοκράτους (Or. XXIV) 59: «ὡσπερ γάρ τῆς ἄλλης πολιτείας ἴσον μέτεσιν ἐκάστω, οὕτω καὶ τούτων ἴσον μέτεσιν ἕκαστος ἀξιοῖ»; *idem* κατὰ Μειδίου (Or. XXI) 124 et 188, *Jones*, op. cit. (supra note 38) p. 90-92 et les références, *Hirzel*, *Themis, Dike und Verwandtes*, 1907, p. 231 ets., 238, 248 note 4, 266 note 2, *de Romilly* op. cit. (supra note 9) p. 147 et s. Sur le droit d'asyle cf. *E. Weiss*, *Griech. Privatrecht* (cité supra note 21) p. 532 et s. et la bibliographie, *P. Ducrey*, *Le traitement des prisonniers de guerre dans la Grèce antique*, Paris 1968, p. 295 et s. Cf. aussi: *P. Timbal - Duclaux de Martin*, *Le droit d'asile*, 1939, *O. Henssler*, *Formen des Asylrechts* 1954, cités par *W. Fadinger*, in *Der kleine Pauly, Lexikon der Antike*, I (1964) s. v. *Asylon* p. 670-671.

39a. Un exemple d'une règle coutumière de droit interétatique, concernant les σπονδοφόροι des Mystères d'Eleusis est rapporté par *M. Ostwald* op. cit. (supra note 9) p. 1 note 4.

40. Cf. *Thucydide* II, 34, 1 et 7; IV, 97, 2; IV, 98, 8, *Euripide*, *Les Suppliantes* (Ἰκέτιδες), 311, 527, 671. L'obligation d'ensevelir les morts était considérée comme une règle coutumière, dont le respect était imposé par les «lois communes des Grecs» (cf. *Euripide*, *Les Suppliantes* 526: θάψαι δικαίῳ τὸν Πανελλήνων νόμον σώζων; *Thucydide* IV, 97, 2: τὰ νόμιμα τῶν Ἑλλήνων. V. aussi *J. de Romilly*, op. cit. (supra note 9) p. 40 et s. Selon *G. Maridakis* op. cit. (supra note 9) p. 127 et s. dans le procès des Arginusés les stratèges ont été accusés d'avoir transgressé cette règle coutumière (νόμος ἐξ ἔθους), parce qu'ils n'avaient pas recueilli les naufragés

Plusieurs parmi ces coutumes de ces catégories sont très souvent comprises sous les termes génériques des «patria» (πάτρια) ou des «lois communes des Grecs» (κοινοὶ τῶν Ἑλλήνων νόμοι^(40a)).

6. De ces remarques très rapides sur l'importance du droit coutumier à Athènes classiques on pourrait tirer deux conclusions:

(a) Que la thèse défendue par des auteurs modernes éminents,⁽⁴¹⁾ suivant laquelle la loi écrite serait reconnue comme la source unique du Droit et la coutume ne jouait qu'un rôle modeste ou accidentel, est une thèse trop absolue et peu fondée. Elle est incompatible à l'image de la vie réelle d'Athènes, que nous donnent les auteurs anciens et les autres sources; elle est aussi contraire aux enseignements du droit comparé et de la sociologie juridique.

(b) Une deuxième conclusion concerne l'opposition entre le droit officiel d'Athènes et le droit vivant, appliqué en pratique, opposition qui est une conséquence du phénomène plus général du pluralisme juridique. Comme nous avons dit dans l'introduction, dans chaque société il y a plusieurs centres générateurs de droit, qui donnent lieu à la naissance et à la coexistence de plusieurs systèmes ou complexes juridiques sur le même territoire. Or, un tel phénomène était connu aussi à Athènes classiques, où à côté des lois écrites de l'Etat on rencontre des règles du droit sacré et des règles coutumières formées dans le sein de différents groupes sociaux. Ce «caractère pluraliste» de droit Athénien a été déjà signalé en 1932 par Ugo Paoli⁽⁴²⁾, qui a insisté surtout au conflit entre le

morts (διότι οὐκ ἀνείλοντο τοὺς ναυαγούς; Xénophon, Helléniques I, 7, 4). Par contre d'après Hatzfeld, Xénophon Helléniques (Les belles Lettres), tome I (1960) p. 60 note 1, dans ce cas: «il s'agit des hommes encore vivants (cf. en particulier I, 7, 30) et non des morts, comme l'a cru Diodore (XIII, 100 et suiv.) et, après lui, certains historiens modernes. Le fond de l'affaire des Arginuses est une question d'effectifs, non une question religieuse».

40a. Sur les «lois communes des Grecs» et sur les «patria» (πάτρια) cf. *J. de Romilly* op. cit. (supra note 9) p. 40 et s., 43 et s. et les références. Voir aussi la note précédente.

41. Notamment par H. J. Wolff et J. Triantaphyllopoulos (v. supra note 11). Ce qui est vrai dans cette thèse, c'est que les Grecs du IV^e siècle avant J. C., comme aussi les Romains de l'époque classique, ne connaissaient pas la théorie de la formation de la coutume, qui n'a été formulée que quelques siècles plus tard.

42. Cf. *Ugo En. Paoli*, Studi sul processo attico, Padova 1933 p. 15 et s. qui parle de «carattere pluralistico dell'ordinamento giuridico attico» (p. 16). V. aussi *ibid* p. 139 et s. où Paoli traitant le procès d'Agorato (Lysias contre Agorate, Or. XIII) relève un cas d'antithèse entre le droit écrit de la cité et le droit sacré; et *idem* Ἀρχαίων Ἰδιωτ. Δικαίου 1935 p. 7 et s. La thèse du pluralisme juridique athénien a été combattue sur un point spécial (à savoir sur l'existence du droit familial-sacré) par *E. Karabelias*, L'epiclérat attique (thèse citée supra note 38) p. 25 et s. qui se rallie à l'opinion de H. J. Wolff, citée *ibid* note 34. Sur le droit sacré athénien cf. *J. W. Jones* op. cit. (supra note 38) p. 93 et s.

droit étatique, d' une part, et le droit sacré et le droit commercial, de l' autre. L' existence et l' importance de ce pluralisme juridique athénien nous permet de conjecturer que le droit vivant, appliqué effectivement à Athènes classiques, était différent du droit officiel et même plus riche et plus étendu que celui-ci, ce qu' on ne doit jamais oublier quand on aborde l' étude de la vie juridique de cette ville.

III. SUR L' APPLICATION DES LOIS EN PRATIQUE ET LEUR DÉSUÉTUDE

Venant maintenant à la question de l' application⁽⁴³⁾ des lois athéniennes et de leur désuétude - une question assez vaste - nous nous bornerons à quelques remarques très brèves.

1. Tout d' abord il y aurait lieu de rappeler que dans plusieurs textes des auteurs classiques il est question du langage obscur et archaïque des lois athéniennes, qui causait des difficultés dans leur application. En effet on sait p. ex. que d' après Aristote (Constitution d' Athènes 9. 2), les lois de Solon faisaient naître des doutes et des différends, parce qu' elles n' étaient pas écrites d' une façon simple et claire (διὰ τὸ μὴ γεγράφθαι τοὺς νόμους ἀπλῶς μηδὲ σαφῶς). (Cf. aussi Plutarque, Solon 18 et Aristote, Const. d' Athènes 35. 2: «καὶ τῶν Σόλωνος θεσμῶν ὅσοι διαμφισβητήσεις εἶχον» v. la note 44). Également on sait que les auteurs anciens reprochaient très souvent aux tribunaux d' interpréter les lois trop librement en adoptant sous l' influence des rhéteurs des solutions équitables, qui déformaient leur sens. Les Trente Tyrans - et notamment Kritias - ont pris des mesures⁽⁴⁴⁾ en vue de corriger cet état des choses: ils ont

43. Pour une revue des opinions des auteurs modernes sur ce sujet cf. *Meinecke, Gesetzesinterpretation und Gesetzesanwendung im Attischen Zivilprozess*, R.I.D.A. 3ème série 18 (1971) p. 275 et s.

44. Cf. *Aristote, Const. d' Athènes 35.2*: «Τὸ μὲν οὖν πρῶτον μέτριοι τοῖς πολίταις ἦσαν καὶ προσεποιούντο διοικεῖν τὴν πατριὸν πολιτείαν, καὶ τοὺς τ' Ἐπιάλτου καὶ Ἀρχεστράτου νόμους τοὺς περὶ τῶν Ἀρεοπαγιτῶν καθέλιον ἐξ Ἀρείου Πάγου καὶ τῶν Σόλωνος θεσμῶν ὅσοι διαμφισβητήσεις εἶχον, καὶ τὸ κύρος δ' ἦν ἐν τοῖς δικασταῖς κατέλυσαν, ὡς ἐπανορθούντες καὶ ποιοῦντες ἀναμφισβήτητον τὴν πολιτείαν· οἷον περὶ τοῦ δοῦναι τὰ ἑαυτοῦ φ' ἂν ἐθέλη κύριον ποιήσαντες καθάπαξ, τὰς δὲ προσούσας δυσκολίας «ἐὰν μὴ μανίων ἢ γηρῶν ἢ γυναικὶ πιθόμενος» ἀφείλον, ὅπως μὴ ἢ τοῖς συκοφάνταις ἐφοδος· ὁμοίως δὲ τοῦτ' ἔδρων καὶ ἐπὶ τῶν ἄλλων = «Au début ils (les Trente tyrans) étaient modérés à l' égard des citoyens et feignaient d' appliquer la constitution des ancêtres; ils enlevèrent de l' Aréopage les lois d' Ephialte et d' Archestratos concernant les Aréopagites, et celles des lois de Solon qui provoquaient des discussions, ainsi que le pouvoir de décision souveraine qu' avaient les juges; ils prétendaient redresser ainsi la constitution et la soustraire aux discussions. Par exemple, en ce qui concerne les testaments ils rendirent chacun absolument libre de donner à qui il voudrait et enlevèrent les entraves mises à

Plusieurs parmi ces coutumes de ces catégories sont très souvent comprises sous les termes génériques des «patria» (πάτρια) ou des «lois communes des Grecs» (κοινοὶ τῶν Ἑλλήνων νόμοι^(40a)).

6. De ces remarques très rapides sur l'importance du droit coutumier à Athènes classiques on pourrait tirer deux conclusions:

(a) Que la thèse défendue par des auteurs modernes éminents,⁽⁴¹⁾ suivant laquelle la loi écrite serait reconnue comme la source unique du Droit et la coutume ne jouait qu'un rôle modeste ou accidentel, est une thèse trop absolue et peu fondée. Elle est incompatible à l'image de la vie réelle d'Athènes, que nous donnent les auteurs anciens et les autres sources; elle est aussi contraire aux enseignements du droit comparé et de la sociologie juridique.

(b) Une deuxième conclusion concerne l'opposition entre le droit officiel d'Athènes et le droit vivant, appliqué en pratique, opposition qui est une conséquence du phénomène plus général du pluralisme juridique. Comme nous avons dit dans l'introduction, dans chaque société il y a plusieurs centres générateurs de droit, qui donnent lieu à la naissance et à la coexistence de plusieurs systèmes ou complexes juridiques sur le même territoire. Or, un tel phénomène était connu aussi à Athènes classiques, où à côté des lois écrites de l'Etat on rencontre des règles du droit sacré et des règles coutumières formées dans le sein de différents groupes sociaux. Ce «*caractère pluraliste*» de droit Athénien a été déjà signalé en 1932 par Ugo Paoli⁽⁴²⁾, qui a insisté surtout au conflit entre le

morts (διότι οὐκ ἀνείλοντο τοὺς ναυαγούς: Xénophon, Hélieniques 1, 7, 4). Par contre d'après Hatzfeld, Xénophon Hélieniques (Les belles Lettres, tome 1 (1960) p. 60 note 1, dans ce cas: «il s'agit des hommes encore vivants (cf. en particulier 1, 7, 30) et non des morts, comme l'a cru Diodore (XIII, 100 et suiv.) et, après lui, certains historiens modernes. Le fond de l'affaire des Arginuses est une question d'effectifs, non une question religieuse».

40a. Sur les «lois communes des Grecs» et sur les «patria» (πάτρια) cf. *J. de Romilly* op. cit. (supra note 9) p. 40 et s., 43 et s. et les références. Voir aussi la note précédente.

41. Notamment par H. J. Wolff et J. Triantaphyllopoulos (v. supra note 11). Ce qui est vrai dans cette thèse, c'est que les Grecs du IV^e siècle avant J. C., comme aussi les Romains de l'époque classique, ne connaissaient pas la théorie de la formation de la coutume, qui n'a été formulée que quelques siècles plus tard.

42. Cf. *Ugo En. Paoli*, Studi sul processo attico, Padova 1933 p. 15 et s. qui parle de «*carattere pluralistico dell'ordinamento giuridico attico*» (p. 16). V. aussi *ibid* p. 139 et s. où Paoli traitant le procès d'Agorato (Lysias contre Agorate, Or. XIII) relève un cas d'antithèse entre le droit écrit de la cité et le droit sacré; et *idem* Ἀρχεῖον Ἰδιωτ. Δικαίου 1935 p. 7 et s. La thèse du pluralisme juridique athénien a été combattu sur un point spécial (à savoir sur l'existence du droit familial-sacré) par *E. Karabelias*, L'epiclérat attique (thèse citée supra note 38) p. 25 et s. qui se rallie à l'opinion de H. J. Wolff, citée *ibid* note 34. Sur le droit sacré athénien cf. *J. W. Jones* op. cit. (supra note 38) p. 93 et s.

droit étatique, d' une part, et le droit sacré et le droit commercial, de l' autre. L' existence et l' importance de ce pluralisme juridique athénien nous permet de conjecturer que le droit vivant, appliqué effectivement à Athènes classiques, était différent du droit officiel et même plus riche et plus étendu que celui-ci, ce qu' on ne doit jamais oublier quand on aborde l' étude de la vie juridique de cette ville.

III. SUR L' APPLICATION DES LOIS EN PRATIQUE ET LEUR DÉSUÉTUDE

Venant maintenant à la question de l' application⁽⁴³⁾ des lois athéniennes et de leur désuétude - une question assez vaste - nous nous bornerons à quelques remarques très brèves.

1. Tout d' abord il y aurait lieu de rappeler que dans plusieurs textes des auteurs classiques il est question du langage obscur et archaïque des lois athéniennes, qui causait des difficultés dans leur application. En effet on sait p. ex. que d' après Aristote (Constitution d' Athènes 9. 2), les lois de Solon faisaient naître des doutes et des différends, parce qu' elles n' étaient pas écrites d' une façon simple et claire (διὰ τὸ μὴ γεγράφθαι τοὺς νόμους ἀπλῶς μηδὲ σαφῶς). (Cf. aussi Plutarque, Solon 18 et Aristote, Const. d' Athènes 35. 2: «καὶ τῶν Σόλωνος θεσμῶν ὅσοι διαμφισβητήσεις εἶχον» v. la note 44). Également on sait que les auteurs anciens reprochaient très souvent aux tribunaux d' interpréter les lois trop librement en adoptant sous l' influence des rhéteurs des solutions équitables, qui déformaient leur sens. Les Trente Tyrans - et notamment Kritias - ont pris des mesures⁽⁴⁴⁾ en vue de corriger cet état des choses: ils ont

43. Pour une revue des opinions des auteurs modernes sur ce sujet cf. *Meinecke, Gesetzesinterpretation und Gesetzesanwendung im Attischen Zivilprozess*, R.I.D.A. 3ème série 18 (1971) p. 275 et s.

44. Cf. *Aristote, Const. d' Athènes 35.2*: «Τὸ μὲν οὖν πρῶτον μέτροι τοῖς πολίταις ἦσαν καὶ προσεποιούντο διοικεῖν τὴν πάτριον πολιτείαν, καὶ τοὺς τ' Ἐφιάλτου καὶ Ἀρχεστράτου νόμους τοὺς περὶ τῶν Ἀρεοπαγιδῶν καθέλιον ἐξ Ἀρείου Πάγου καὶ τῶν Σόλωνος θεσμῶν ὅσοι διαμφισβητήσεις εἶχον, καὶ τὸ κύρος δ' ἦν ἐν τοῖς δικασταῖς κατέλυσαν, ὡς ἐπανορθοῦντες καὶ ποιοῦντες ἀναμφισβήτητον τὴν πολιτείαν· οἷον περὶ τοῦ δοῦναι τὰ ἑαυτοῦ φ' ἂν ἐθέλη κύριον ποιήσαντες καθάπαξ, τὰς δὲ προσούσας δυσκολίας «ἐὰν μὴ μανιῶν ἢ γηρῶν ἢ γυναικί πηθόμενος» ἀφείλον, ὅπως μὴ ἦ τοῖς συκοφάνταις ἐφοδος· ὁμοίως δὲ τοῦτ' ἔδρων καὶ ἐπὶ τῶν ἄλλων = «Au début ils (les Trente tyrans) étaient modérés à l' égard des citoyens et feignaient d' appliquer la constitution des ancêtres; ils enlevèrent de l' Aréopage les lois d' Ephialte et d' Arcestratos concernant les Aréopagites, et celles des lois de Solon qui provoquaient des discussions, ainsi que le pouvoir de décision souveraine qu' avaient les juges; ils prétendaient redresser ainsi la constitution et la soustraire aux discussions. Par exemple, en ce qui concerne les testaments ils rendirent chacun absolument libre de donner à qui il voudrait et enlevèrent les entraves mises à

précisé le sens de certaines dispositions législatives et ont réduit, le pouvoir des juges concernant l'interprétation des lois et des testaments, afin d'empêcher la déformation des lois causée par l'action des rhéteurs (Cf. fragment de Kritias: τὸν μὲν οὐδεὶς ἄν διαστρέψαι ποτὲ ρήτωρ δύναιτο)⁽⁴⁵⁾.

Ces mesures étaient de portée secondaire et n'ont pas pu remédier à la situation. En effet il ne faut pas oublier que les tribunaux athéniens étaient composés par des juges populaires choisis par le sort; il était donc naturel que ces juges en rendant leur sentence soient influencés beaucoup plus par des sentiments de cœur⁽⁴⁶⁾, invoqués par les logographes, et moins par des arguments purement juridiques. D'ailleurs l'interprétation large des lois était conforme à l'enseignement des philosophes, notamment de Platon et d'Aristote, qui dans des passages célèbres ont professé l'interprétation libre des lois selon l'équité, en assimilant le juge à un «droit animé» (δικαῖον ἔμψυχον) et en lui reconnaissant un rôle créateur⁽⁴⁷⁾ comparable à celui du législateur.

ce droit: «excepté en état de folie ou de sénilité ou sous l'influence d'une femme», cela afin d'enlever tout moyen d'action aux sycophantes. Et pour le reste ils agissaient de même» (traduction révisée de G. Mathieu et B. Haussoulier, Aristote, Constitution d'Athènes, Paris (Les Belles Lettres) 1967 p. 38.

45. V. ce fragment dans *Diels-Kranz*, Die Fragmente der Vorsokratiker (12. Aufl.), tome II, Kritias B 22, p. 385, 17. On peut rapprocher à ce fragment le passage d'Aristote, Rhétorique I, 15, 1375a 25-37 et 1375 b, 11: «Καὶ εἰ ἀμφίβολος, ὥστε στρέφειν καὶ ὄραν ἐπὶ ποτέραν τὴν ἀγωγὴν ἢ τὸ δίκαιον ἐφαρμόσει ἢ τὸ συμφέρον, εἶτα τοῦτω χρῆσθαι» Traduction: «Il faut encore voir si la loi est ambiguë pour la tourner à notre avantage, c'est à dire à quel sens, le juste ou l'utile, elle pourra s'accorder, et ensuite utiliser l'interprétation choisie.» (traduction de *Dufour*, Aristote, Rhétorique (Les Belles Lettres) I, 1960 p. 137)

46. Cf. *Aristophane*, Guêpes v. 583 et s. Cf. aussi *Démosthène* κατὰ Μειδίου (or. XXI), 186 où cet orateur cherche à prévenir les juges de ne pas céder aux sentiments de pitié envers Midias et ses enfants: «Οἶδα τοίνυν διὰ τὰ παῖδια ἔχων ὀδυρεῖται καὶ πολλοὺς καὶ λόγους καὶ ταπεινοὺς ἔρει δακρύων καὶ ὡς ἔλαιονάτων ποιῶν ἑαυτὸν» (=«Je sais bien qu'il va gémir, avec ses enfants à ses côtés, et qu'il prononcera force paroles pleines d'humilité; il pleurera et se fera le plus pitoyable qu'il pourra.» (traduction de *J. Humbert*, Démosthène, Plaidoyens politiques, tome II, Paris 1959 (Les Belles Lettres) p. 80). Cf. aussi *Platon*, Les Lois IX, 876 b, par *A. Diès* op. cit. (supra note 19) p. 131 et où Platon reproche aux tribunaux athéniens de formuler leur décisions ou bien par voie secrète (ἄφωνα.... κρύβδην τὰς κρίσεις διαδικάζει) ou bien en plein tumulte... clamant tour à tour aux orateurs qui se succèdent, leurs applaudissements ou leurs blâmes (θορύβου μεστὰ καθ' ἅπερ θέατρα ἐπαινοῦντά τε βοῆ καὶ ψέγοντα τῶν ρητόρων ἐκότερον ἐν μέρει κρίνη....)

47. Cf. *Aristote*, Ethique de Nicomaque V, 4, 1132 a 21 et s.: «ὁ γὰρ δικαστὴς βούλεται εἶναι ὅλον δίκαιον ἔμψυχον» et V, 14 1137 b 8 et s. Pour une analyse de l'enseignement d'Aristote sur l'équité (ἐπιεικεία) cf. *G. Maridakis*, Σκέψεις ἐπὶ τῆς θεωρίας τοῦ Ἀριστοτέλους περὶ ἐπιεικείας, in Xenion P. Zepon I p. 267 et s. et les références. D'après une théorie, soutenue par *H. Meyer-Laurin*, Gesetz und Gesetzesbilligkeit im Attischen Prozess, 1965 p. 45 et s., 48 et s.,

2. D' autre part, comme les juges athéniens n' étaient pas des juristes, le principe *jura novit curia* était inconnu à Athènes⁽⁴⁸⁾ et chaque plaideur, qui invoquait devant un tribunal une loi écrite, était tenu de prouver son existence à l' aide des témoins ou des documents. Cet état des choses a favorisé certains abus dont parle Lysias dans son discours contre Nicomachos⁽⁴⁹⁾. Ce dernier, étant greffier⁽⁵⁰⁾ et membre de la commission de révision des lois de 411, a profité de son poste pour insérer dans la législation contre argent comptant tel ar-

et approuvée par *J. Triantaphyllopoulos*, Xenion P. Zepos I p. 670 et s., et note 66, l' équité (ἐπιείκεια) d' Aristote ne vise pas à la correction du droit positif, mais au perfectionnement moral de l' individu isolé; par conséquent elle n' est pas conçue comme un terme juridique, mais comme une vertu (Tugend). Cette théorie se trouve en contradiction à plusieurs passages bien connus d' Aristote: Cf. p. ex. Arist. Rhétorique I 13, 1374 a 26 et s.: Τὸ γὰρ ἐπιεικὲς δοκεῖ δίκαιον εἶναι, ἔστιν δὲ ἐπιεικὲς τὸ παρὰ τὸν γεγραμμένον νόμον δίκαιον.....35: ὥστε κἂν δακτύλιον ἔχων ἐπάρηται τὴν χεῖρα ἢ πατάξῃ, κατὰ μὲν τὸν γεγραμμένον νόμον ἐνοχος ἔσται καὶ ἀδίκαι, κατὰ δὲ τὸ ἀληθὲς οὐκ ἀδίκαι, καὶ τὸ ἐπιεικὲς τοῦτό ἐστιν. (Traduction: L' équitable semble être le juste, mais c' est le juste qui dépasse la loi écrite...35 par conséquent, si l' on porte un anneau de fer lorsqu' on lève la main sur quelqu' un et qu' on le frappe, on tombe sous le coup de la loi écrite et l' on est coupable; mais selon la vérité, on ne l' est pas, et c' est en cela que consiste l' équitable» (traduction de *M. Dufour*, Aristote, Rhétorique I (Les Belles Lettres) 1960 p. 132-133). Dans ce passage une loi écrite qui défendait de blesser avec le fer (τὸ τρῶσαι σιδήρῳ) est interprétée à l' aide des principes de l' équité: on arrive ainsi à une solution conforme au sentiment de justice et à la réalité objective (τὸ ἀληθές). En outre l' équité dans la pensée d' Aristote peut aussi servir à combler les lacunes de la législation (cf. Rhétorique *ibid* et Ethique de Nicomaque V, 14, 1137, b, 19 et s.). Sur ces points cf. *Jones* op. cit. (supra note 38) p. 64 et s. et surtout *G. Maridakis* loc. cit. p. 282 et s., 290 et 288 note 77 (où on trouve une réfutation de la théorie de Meyer-Laurin).

48. Sur ce sujet cf. *Ugo Paoli*, Studi sul processo attico, 1933, p. 66 et s. Cf. aussi *J. Triantaphyllopoulos* in Xenion P. Zepos I p. 691 note 124 et les références.

49. V. Lysias, (Or. XXX) (κατὰ Νικομάχου) 2: «προσταχθὲν γὰρ αὐτῷ τεττάρων μηνῶν ἀναγράψαι τοὺς νόμους τοῦ Σόλωνος, ἀντὶ μὲν Σόλωνος αὐτὸν νομοθέτην κατέστησε, ἀντὶ δὲ τεττάρων μηνῶν ἕξέτη τὴν ἀρχὴν ἐποιήσατο, καθ' ἑκάστην δὲ ἡμέραν ἀργύριον λαμβάνων τοὺς μὲν ἐνέγραφε τοὺς δὲ ἐξήλειφεν (traduction: «Il avait reçu mission de transcrire, dans le délai de quatre mois, les lois de Solon: il prit la place de Solon et s' institua législateur; au lieu de quatre mois, c' est six années qu' il fit durer sa charge; au jour le jour et contre argent comptant il insérait tel article, effaçait tel autre»), traduction de *L. Gernet et M. Bizos*, Lysias, tome II (Les Belles Lettres) 1955 p. 163.

50. Cf. *Lysias* c. Nicomachos 28: ... ὅτι οἱ μὲν πρόγονοι νομοθέτας ἤρουντο Σόλωνα καὶ Θεμιστοκλέα καὶ Περικλέα... ὑμεῖς δὲ Τεισαμένον τὸν Μηχανίωνος καὶ Νικόμαχον καὶ ἑτέρους ἀνθρώπους ὑπογραμματέας (traduction: vos ancêtres ont choisi comme nomothètes un Solon, un Thémistocle, un Périclès ... vous, vous avez pris un Tissaménos, fils de Mechanion, un Nicomachos et autres sous-greffiers, cf. *Gernet-Bizos*, op. cit. p. 170). Cf. aussi Aristophane, les Grenouilles 1084: «ἡ πόλις ἡμῶν ὑπογραμματέων ἀνεμεστόθη» (= notre cité s' est remplie de sous-greffiers) V. Aristophane, tome II par *V. Coulon* et *H. van Daele*, («Les Belles Lettres») p. 137.

ticle et effacer tel autre. Les parties, dit Lysias, «présentaient devant les tribunaux des textes contradictoires en disant toutes deux les tenir de Nicomachos» (Lysias, contre Nicomachos 3: «... και οἱ ἀντίδικοι ἐπὶ τοῖς δικαστηρίοις ἐναντίους παρείχοντο, ἀμφοτέροι παρὰ Νικομάχου φάσκοντες εἰληφέναι).

Ainsi s' est produite une situation déplorable⁽⁵¹⁾, qui est caractérisée par une déformation ou parfois par une falsification même des lois écrites. Pour réagir contre cette situation les Athéniens ont été amenés à voter d' après Démosthène (Or. XXVI, contre Aristogiton B, 24) une loi, qui menaçait la peine de mort contre celui qui aurait affirmé faussement devant un tribunal l' existence d' une loi inexistante (: και θάνατον φρικένας τὴν ζημίαν, ἐάν τις οὐκ ὄντα νόμον παράσχηται).

Même en tenant compte d' une certaine exagération des événements racontés par Lysias, il n' en reste pas moins vrai que l' application des lois athéniennes dans la vie se heurtait à beaucoup de difficultés, ce qui rend encore plus grande l' importance des règles coutumières appliquées en pratique.

En conclusion, toutes les raisons sus-indiquées, à savoir le langage obscur et archaïque des lois écrites, la difficulté de la connaissance du contenu exact de la loi, les lacunes et l' incertitude de la législation, le fait que les tribunaux n' étaient pas composés par des juristes mais par des juges populaires, tous ces facteurs contribuaient à élargir l' écart entre le droit écrit et le droit appliqué effectivement en pratique. Il est aussi naturel que ces mêmes faits ont conduit à la formation des coutumes populaires ou jurisprudentielles⁽⁵²⁾. En effet Démosthène et Lycurgue font à plusieurs reprises allusion à des coutumes jurisprudentielles. En s' adressant aux juges Démosthène (dans son discours contre Dionysiodoros § 48) leur rappelle que: «n' ignorez pas qu' en jugeant cette affaire vous légiférez pour tout le commerce» (μη ἀγνοεῖτε ὅτι νυνὶ μίαν δίκην δικάζοντες νομοθετεῖτε ὑπὲρ ὅλου τοῦ ἐμπορίου) et Lycurgue (contre Léocrate 9), relève que, en rendant leur sentence⁽⁵³⁾ sur un cas, qui n' est pas prévu par la loi, ils deviendraient non seulement des juges mais des législateurs et que leur jugement deviendra un exemple pour la postérité⁽⁵⁴⁾ (δεῖ ὑμᾶς γενέσθαι μὴ μόνον τοῦ νῦν ἀδικήματος δικαστάς, ἀλλὰ καὶ νομοθέτας... ἀναγκαῖον τὴν ἡμε-

51. Cf. *J. W. Jones* op. cit. (supra note 38) p. 113-115, *J. de Romilly* op. cit. (supra note 9) p. 207 et. s.

52. Sur les coutumes et les précédents judiciaires cf. *Jones* op. cit. (supra note 38) p. 133 et s. et les références.

53. Cf. aussi *Lysias* Or. XIV (κατὰ Ἀλκιβιάδου λιποταξίου) 4, *Eschine* Or. I (κατὰ Τιμάχου) 117 et 176.

54. Une interprétation différente de ces textes est donnée par *H. J. Wolff*, *Ἐφημερίς Ἑλληνικῶν Νομικῶν*, 29 (1962) p. 654 et s.

τέραν κρίσιν καταλίπεσθαι παράδειγμα τοῖς ἐπιγιγνομένοις).

3. *Désuétude des lois*. Notre dernière remarque portera sur le phénomène de la désuétude des lois d' Athènes, c' est-à-dire sur un phénomène qui, comme on sait, est une conséquence d' une coutume dérogoaire.

En théorie les lois athéniennes étaient considérées comme éternelles et immuables. Leur abrogation n' était possible qu' après une procédure longue et compliquée. En principe un citoyen qui proposait une loi en contradiction aux lois antérieures — et notamment aux règles fondamentales du régime démocratique — était exposé à la γραφή παρανόμων⁽⁵⁵⁾, c' est-à-dire à l' action de l' illégalité qui pouvait entraîner des peines très graves.

En pratique les choses se passaient différemment. Il y avait plusieurs lois qui sont restées inapplicables⁽⁵⁶⁾ et d' autres qui sont tombées en désuétude. Le phénomène universel de la désuétude ne pouvait pas épargner les lois athéniennes. Qu' il me soit permis de ne mentionner qu' un seul exemple bien connu d' une loi désuète. C' est la loi de Solon qui imposait des restrictions sur l' acquisition des propriétés immobilières⁽⁵⁷⁾. On sait que cette loi était tombée en désuétude⁽⁵⁸⁾ au 4ème siècle av. J. C., où on a constaté l' existence de grands domaines immobiliers et d' une «concentration des fortunes» au profit d' une minorité.

Arrivés au terme de notre exposé nous croyons qu' il serait hardi d' essayer de tirer des conclusions définitives sur un sujet si vaste et si controversé. Toutefois nos développements antérieurs nous permettent de déduire des indices sérieux en faveur de deux thèses, à savoir :

55. Sur la γραφή παρανόμων cf. *J. Triantaphyllopoulos*, Γραφή παρανόμων² 1962 (et in *Νέον Δίκαιον* 16, 1960 p. 229 et s.), *H. J. Wolff* «Normenkontrolle» und Gesetzesbegriff in der attischen Demokratie, 1970 (et la bibliographie citée en p. 9 note 6). Il serait intéressant de noter qu' à Rome, pendant la période républicaine, on insérait dans les propositions de loi la clause suivante: *Si quid ius non esset rogarier, ejusce lege nihilum rogatum*. En vertu de cette clause, qui figurait dans toutes les lois (de la fin de la république), toute prescription de loi contraire au «*ius*» - c' est à dire aux principes fondamentaux du régime démocratique et aux droits essentiels des citoyens - serait considérée comme nulle et non insérée. Cf. *J. Gaudemet*, *Institutions de l' antiquité*, 1967, § 277 p. 393 et notes 3-5 et les références. Ainsi par cette clause on visait à atteindre à Rome des buts analogues à ceux de la γραφή παρανόμων du droit attique, c' est-à-dire à limiter la toute-puissance du législateur.

56. Cf. *Jones* op. cit. (supra note 38) p. 110.

57. Cf. *Aristote*, *Politique*, II, 7, 1266 b 17. V. aussi *Harrison* *The Law of Athens, The Family and Property*, Oxford 1968 p. 237 et note 1.

58. Cf. *Démosthène* XXIII (κατ' Ἀριστοκράτους) 208, *E. Weiss*, *Griechisches Privatrecht*, p. 125, note 274 (et les références), *J. Gaudemet*, *Institutions de l' antiquité* § 118 p. 164 et note 4, *Harrison* loc. cit. (supra note 57).

1o) Que le phénomène général de l'opposition entre droit théorique (ou officiel), d'une part, et le droit appliqué en pratique (ou droit vivant), de l'autre, est un phénomène connu et très courant dans la vie juridique athénienne de l'époque classique.

2o) Que malgré les apparences contraires les coutumes supplétives, correctives et déroatoires, jouaient dans la vie juridique réelle d'Athènes un rôle primordial. C'est pourquoi Platon a appelé ces coutumes et usages, dans le passage susmentionné (Lois 793a-d), comme faisant partie intégrante de la législation et comme augmentant son étendue (μακροτέρους ποιῆ τοῦς νόμους).

Nos remarques très brèves sur un sujet très vaste n'avaient d'autre but que d'attirer l'attention des chercheurs sur l'intérêt que présente l'approche sociologique du droit athénien classique. Nous croyons qu'une étude plus systématique et plus approfondie du *droit vivant* de cette époque serait de nature à fournir une image plus réaliste et plus complète de la vie juridique athénienne, image qu'on ne saurait obtenir par la seule étude du droit officiel. En essayant de révéler ce qui se passe dans la réalité juridique athénienne, on peut éviter les erreurs auxquelles conduit l'étude partielle du droit officiel et comprendre mieux la valeur des institutions juridiques athéniennes, leur fonctionnement réel et leur évolution.

Il y a là une vérité valable pour toute recherche historique, vérité qui a été exprimée d'une façon concise mais substantielle dans ces mots de *Gabriel le Bras*: «Il n'est point d'histoire du droit pleinement intelligible sans sociologie».⁽⁵⁹⁾

59. Cité d'après *A. Cuvillier*, *Sociologie et problèmes actuels* (1958) p. 188.