

HISTOIRE DU DROIT — 1^{er} semestre

Introduction historique aux sources du droit.

SUPPORT PEDAGOGIQUE – STAGE DE PRÉ-RENTRÉE



Raphaël, *L'École d'Athènes*, 1508-1512, Palais du Vatican.

Ce fascicule de cours a été spécifiquement constitué à l'intention des élèves de 1^{re} année de Licence suivant le stage de pré-rentree 2020-2021.

Les éléments qui y sont développés ne sont pas au programme des enseignements dispensés à la Faculté en *Introduction historique aux sources du droit* mais constituent des points essentiels de la culture juridique attendue par les étudiants de Licence et sont ordinairement développés dans les manuels de cours.

Ils serviront à l'occasion du stage de pré-rentree d'entraînement méthodologique permettant d'acquérir les connaissances requises pour la réalisation d'un commentaire de texte ou d'une dissertation en *Histoire du droit et des institutions*. Ils seront à mettre en lumière avec la plaquette de textes confectionnée à cet effet.

Prépa Droit Juris'Perform

www.juris-perform.fr

6 bis bd Pasteur / 9 bis rue Saint Alexis 34000 Montpellier

Tel : 06 50 36 78 60

LES FONDEMENTS ANTIQUES DU DROIT

L'objectif premier du droit est de permettre de réparer la nature humaine. La correction de sa vulnérabilité est rendue obligatoire par une instance sociale (la coutume) ou institutionnelle, que celle-ci soit politique (le droit légiféré) ou judiciaire (le droit est dit par le juge). Mais il est également possible de saisir le droit, en dehors de toute sanction, dans l'élaboration intellectuelle qui l'analyse ou le définit, comme l'ont fait la jurisprudence romaine ou les doctrines médiévale et moderne : on dit alors que les docteurs « font » du droit. Pour autant, l'élément juridique ne saurait être limité à un seul de ses éléments et c'est bien leur complémentarité qui permet de remonter aux fondements du droit, à sa source. Cette dernière a longtemps été scellée car dans l'imaginaire humain, le droit et la justice sont intrinsèquement liés à la religion. C'est en passant par Dieu ou par les dieux de l'antiquité que l'on retrouve les règles les plus pures et il est normal qu'elles soient gardées « dans le sanctuaire des pontifes » comme l'écrivait Tite-Live dans son *Histoire romaine* (I^{er} s. av. J.-C.). Se cache ainsi derrière le droit l'idée d'un art interprétatif : « *ius est ars boni et aequi* / le droit est l'art du bon et de l'équitable », suivant le philosophe romain Celse (II^e s. apr. J.-C.). C'est donc une force pour les anciens qui se méfient de la divulgation du droit. Avec l'apparition de l'écriture, destinée avant tout à conserver les traces de la vie économique de la cité, on a vu dans la mise par écrit du droit un facteur d'insécurité. Croyance et méfiance expliquent alors pourquoi sa connaissance servait à la recherche ou à la conservation du pouvoir.

Le droit connaît traditionnellement deux grands ensembles : l'ensemble grec et l'ensemble romain. Si les seconds vont vaincre militairement les premiers, ces derniers vont gagner culturellement puisque ces deux peuples se trouvent apparentés, au moins par la structure linguistique. Or, il faut une langue commune pour exprimer le droit. Celle-ci n'a pas besoin d'être écrite, ni même parlée, pour marquer l'existence d'une culture commune. Durant l'ère paléolithique, lorsque l'*homo sapiens* arrive en Europe (45'000 av. J.-C.), le témoignage de cette culture commune s'est illustré avec l'art pariétal, c'est-à-dire les peintures des grottes. Puis, lorsque le néolithique commence (10'000 av. J.-C.), les populations se sédentarisent en développant l'agriculture et leur culture se stabilise. A partir du moment où la terre est limitée, la nécessité d'établir des règles apparaît. La mise en place de l'écriture cunéiforme par les Sumériens au milieu du IV^e millénaire avant notre ère a permis la conservation des premières traces écrites de règles juridiques.

Prépa Droit Juris'Perform

www.juris-perform.fr

6 bis bd Pasteur / 9 bis rue Saint Alexis 34000 Montpellier

Tel : 06 50 36 78 60

Même si d'autres « codes » de lois ont pu exister avant les Lois d'Ur-Nammu (v. 2100-2050 av. J.-C.) dans l'espace mésopotamien, c'est le premier qui nous soit parvenu intégralement. Le préambule l'attribue au roi Ur-Nammu, roi de la cité sumérienne d'Ur, mais le corps du texte a peut-être été rédigé par son fils dans la première moitié du XXI^e siècle avant notre ère. La quarantaine des cinquante-sept « lois » que l'on n'a pu reconstituer traite essentiellement de droit pénal ou de droit de la famille. Le meurtre et le vol sont punis de mort, mais d'autres infractions donnent lieu à de simples peines pécuniaires exprimées en poids d'argent.

Il faut attendre le XVIII^e siècle avant notre ère pour connaître du plus célèbre monument juridique de l'ancienne Mésopotamie, à savoir le **Code de Hammourabi** (v. 1750 av. J.-C.). Il se présente sous la forme d'une stèle de basalte noir découverte en décembre 1901 par des archéologues français et conservée



1 Code de Hammourabi, détail, gravure sur diorite, v. 1750 av. J.-C., Louvres.

depuis au musée du Louvre. La stèle comporte deux parties : en haut, un bas-relief représentant le roi se tenant respectueusement debout devant le dieu solaire Shamash qui lui dicte les lois ; au-dessous, le texte du « code », rédigé en caractères cunéiformes akkadiens. Les lois sont donc d'origine divine, le roi n'étant qu'un intermédiaire entre le dieu et ses sujets. Par une chance extraordinaire, la stèle a été retrouvée intacte, de sorte qu'elle nous donne le plus ancien texte juridique

conservé dans son intégralité. Le code commence par un préambule qui fait l'éloge du roi, selon l'usage babylonien, et vante son amour de la justice. Celle-ci est définie comme un programme de gouvernement : « Faire en sorte que le fort n'opprime pas le faible ». Suivent une série de dispositions que le premier éditeur, le professeur Scheil, a réparties un peu arbitrairement en 282 « articles ». Ils concernent la vie religieuse, l'organisation sociale, familiale et économique, la justice et le droit pénal, *etc.* L'échelle des peines est soigneusement précisée, sur le principe du talion ; l'ordalie (preuve irrationnelle) est possible, dans certains cas, à défaut de témoignages. Le « code » de Hammourabi a influencé l'ensemble des législations ultérieures du Moyen-Orient, à commencer par les codes bibliques, beaucoup plus tardifs.

Comme les autres peuples orientaux, les Hébreux tiennent leur droit de la divinité. Avec les Tables de la Loi (fin du XIII^e s. av. J.-C.) données à Moïse, on retrouve l'idée d'un Dieu unique dont les chrétiens et les musulmans recueilleront l'héritage. L'Exode du peuple hébreu a vraisemblablement eu lieu à la fin du XIII^e siècle avant notre ère, à l'époque du pharaon Ramsès II (?), mais cette datation est très discutée.

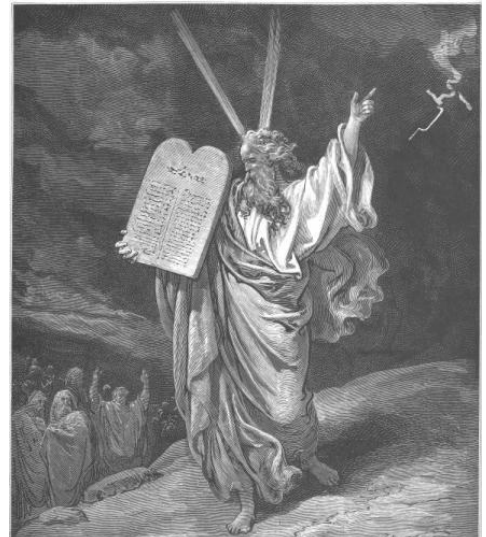
Prépa Droit Juris'Perform

www.juris-perform.fr

6 bis bd Pasteur / 9 bis rue Saint Alexis 34000 Montpellier

Tel : 06 50 36 78 60

De plus, si Moïse est supposé avoir reçu de Dieu les Tables de la Loi sur le Sinäi juste après la sortie d'Égypte, la rédaction de la Bible a été bien postérieure. Les cinq premiers livres (Genèse, Exode, Lévitique, Nombres et Deutéronome) sont appelées « la Loi » (Torah) par les juifs et Pentateuque par les chrétiens (*penta* : cinq). A côté des célèbres « Dix Commandements » ou Décalogue (que l'on retrouve deux fois dans le Pentateuque : au livre de l'**Exode [20, 2-17]** et dans le Deutéronome [5, 6-21]), la Torah comporte aussi le « Code de l'Alliance » (Exode, 20-23), codification des us et coutumes des douze tribus d'Israël après leur sédentarisation en Canaan. C'est donc un droit commun à l'ensemble du peuple qui regroupe des prescriptions religieuses, mais aussi des règles relatives aux rapports sociaux et du droit pénal. Alors que le premier des Dix Commandements avait posé l'interdit « Tu ne tueras pas » sans exception ni réserve, le Code de l'Alliance admet la peine de mort pour l'homicide (loi du talion) ou pour certains comportements assimilés à des crimes religieux.



2 G. Doré, *Moïse descendant du Sinäi avec les 10 commandements*, 1866, Londres.

Si la société est conçue comme un corps alors le droit est conçu comme un rite ; le rite juridique a donc pour mission de soigner le corps social. On retrouve cette idée dans le fameux « *anthropos phusei politikon zoon* / Ἄνθρωπος φύσει πολιτικὸν ζῶον / l'homme est un animal politique » d'Aristote.

Passé cet héritage oriental des sources du droit, il convient de s'interroger sur l'origine des sources européennes du droit. Justement, si l'on doit au peuple romain d'être élevé au rang de « peuple du droit » par le juriste allemand du XIX^e siècle Rudolf von Jhering, grâce au perfectionnement – durant près d'un millénaire (VIII^e s. av. J.-C. / VI^e s. apr. J.-C.) –, de la technique juridique, on peut attribuer aux Grecs la science « philosophique du droit ». Elle représente un héritage proto-juridique indéniable puisque les Grecs sont les premiers à consigner par écrit des choses autour et sur le droit. Ils sont également les premiers à opérer une transition du « *mythos* » (poésie, chant, littérature) au « *logos* » (discours rationnel). De fait, leur conception du droit va évoluer en même temps que la société qui l'a formulé, passant tout d'abord par une source littéraire du droit en Grèce (I) pour donner ensuite lieu à une source politique du droit en Grèce (II).

Prépa Droit Juris'Perform

www.juris-perform.fr

6 bis bd Pasteur / 9 bis rue Saint Alexis 34000 Montpellier

Tel : 06 50 36 78 60

I./ LA SOURCE LITTÉRAIRE DU DROIT EN GRECE

Largement péninsulaire, la Grèce est barrée par les montagnes et traversée par la mer Méditerranée ce qui lui permet d'être plus rapidement portée à des échanges d'expériences étrangères, à des conquêtes plus faciles et donc à des conflits plus nombreux. Cette situation géopolitique a un double effet : une réflexion très précoce sur la particularité des Grecs, qui va ensuite se penser dans des petites unités qui naissent au sein de la « *polis* ». Pour autant, cette situation n'a pas empêché les Grecs de se sentir unis culturellement grâce à leur langue commune. On retrouve cette unité au sein de la mythologie qui, par ses contes et ses fables, porte en elle l'essence de la philosophie du droit. Elle a tout d'abord été rendue accessible par la poésie **(A)**, pour l'être ensuite par la tragédie **(B)**.

A. – L'apport de la poésie : Homère et Hésiode (VIII^e s. av. J.-C.)

Le mot poésie vient du grec ancien « *poiësis* », qui signifie « création ». Elle est la possibilité de recréer, pour les hommes, l'ordre qui existe dans les cieux. Le poète est ainsi celui qui chante les mythes fondateurs et favorise leur mémorisation ; les rimes, les vers, traduisent la nécessité de se souvenir. En somme, l'art poétique est avant tout un art de mémoire et la mémoire est une qualité que l'on cultive.

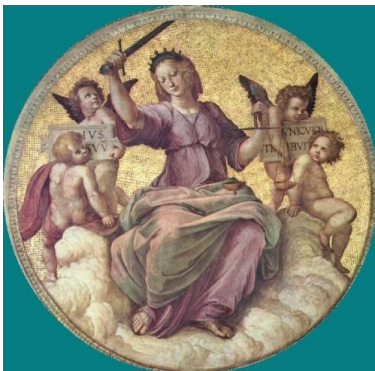
Au VIII^e siècle avant notre ère, Homère (l'*Illade* [la Guerre de Troie], l'*Odyssée* [le retour d'Ulysse vers son île d'Ithaque]) et Hésiode (la *Théogonie* [la généalogie des dieux sur trois générations], *Les Travaux et les Jours*) vont donner une conception du droit articulée entre deux concepts : Thémis qui correspond au droit **(1)** et Dikè qui correspond à la justice humaine **(2)**.

1) Thémis ou le Droit

Thémis est la première apparition littéraire du Droit dans l'espace européen et se trouve à la fois dans le récit homérique de l'*Illade* et dans la *Théogonie* d'Hésiode.

Elle est présentée comme une déesse qui appartient aux Titans : fille de la Terre (Gaïa) et du Ciel étoilé (Ouranos) elle a pour frère le titan Kronos. Contrairement à ce dernier qui engendre et mange ses propres enfants – à l'exception de Zeus –, Thémis est un trait d'union entre ses parents puisqu'elle représente l'harmonie, à savoir un pont entre le ciel et la terre. Le droit est donc un pont qui fait descendre

des principes sages et lumineux sur Terre. En se mariant à Zeus (Roi des dieux), elle va donner naissance à trois filles que l'on appelle les Heures : Dikè (la justice) ; Eunomia (la bonne norme) ; Eiréné (la paix). Celles-ci ont donc été enfantées par l'union de la souveraineté et du droit : d'un côté, la force, de l'autre, les principes juridiques. Derrière ce mythe on comprend que le droit ne peut pas exister sans la force et a besoin de s'incarner dans des institutions objectives capables de faire respecter la souveraineté.



3 Raphaël, *Allégorie féminine de la Justice*, 1508-1511, Palais du Vatican.

Le symbole de la balance vient de Thémis. Il est l'instrument de la mesure dans les deux sens du terme : au sens littéral, la mesure des parties au procès, c'est-à-dire ce que nous appelons le principe du contradictoire ; au sens figuré, la mesure est l'équilibre, le jugement juste. Thémis doit donc empêcher « l'hybris », la démesure. En la coulant dans les plateaux objectifs de la balance, elle va équilibrer les mérites et les défauts, les droits et les devoirs ; la pesée s'appuie sur un ordre du monde préexistant, objectif et constatable. Pour parvenir à sa fin et faire respecter la mesure, Thémis a également besoin de la force de la souveraineté (l'État), représentée par l'épée de Zeus. Finalement, le droit serait resté stérile sans ce mariage avec la souveraineté.

2) Dikè ou la Justice

Dikè, fille de Zeus et Thémis, apparaît dans l'*Illiade* d'Homère, notamment lors de la description du bouclier d'Achille sur lequel la civilisation serait résumée (une scène y montrerait les anciens dire leur jugement en partageant entre deux parties ce qui doit l'être. La justice est un partage opéré par les sages).

C'est elle qui reçoit la balance de sa mère pour aider à la justice : juger se dit en grec « *dikaizein* ». Pour accomplir sa mission elle a besoin de ses deux sœurs, Eunomia (la bonne norme) et Eiréné (la paix), sans lesquelles seraient lâchées les passions dont la vengeance. Dikè doit donc attribuer de façon casuistique ce qui revient à chacun, en ajustant la mesure.



4 A. St. Gaudens (attrib.), *Diké Astraea*, 1886, Maison d'État du Vermont.

Selon la mythologie, le premier tribunal se situerait sur la montagne d'Harès, l'Aéropage. Pour rendre la justice, il faudrait en gravir le sommet et se rapprocher du ciel. Là encore, la poésie rappelle le lien inextricable qui existe entre le ciel et la terre.

Prépa Droit Juris'Perform

www.juris-perform.fr

6 bis bd Pasteur / 9 bis rue Saint Alexis 34000 Montpellier

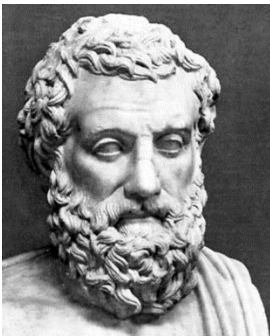
Tel : 06 50 36 78 60

B. – L'apport de la tragédie : Eschyle et Sophocle (v^e s. av. J.-C.)

La tragédie du v^e siècle avant notre ère est l'héritage par excellence de la culture grecque. Elle exprime l'idée suivant laquelle la « *polis* » est nécessaire ; sans la cité (et donc la souveraineté), le droit ne pourrait pas exister et la justice ne pourrait être rendue. Effectivement, si l'on ne peut dénier le caractère religieux de ces représentations théâtrales, elles s'inscrivent toutefois dans un contexte de crise : alors qu'auparavant le pouvoir athénien reposait sur la terre, le Pirée (le port d'Athènes) devient le lieu des échanges et engendre une révolution économique grâce à la monnaie qui favorise le développement d'une élite portuaire. Tandis que les institutions promeuvent la démocratie, la littérature va réagir avec la tragédie en cherchant à rappeler le message juridique et les valeurs véhiculés par les anciens.

Eschyle et Sophocle comptent parmi les tragiques les plus connus et les plus productifs. Ce sont eux qui vont faire résonner (et raisonner) dans les amphithéâtres les grandes règles qui régissent la « *polis* ». Elle est une condition de la Dikè dans la pensée d'Eschyle (1), justice qui doit être distinguée du « *nomos* » pour Sophocle (2).

1) La *polis* comme condition de la Dikè dans la pensée d'Eschyle



Eschyle est l'auteur de pièces dont on peut penser qu'elles expriment des principes anciens et concurrents à la jeune démocratie athénienne. Son ***Orestie*** (v. 458 av. J.-C.) est une trilogie dramatique, composée de *Agamemnon*, *Les Choéphores* et ***Les Euménides***, qui nous met en rapport avec le problème d'un homme déchiré entre son honneur et ce que la loi permet ou ne permet pas.

Tout débute lorsque le roi de Mycènes Agamemnon rentre chez lui après sa victoire lors de la guerre de Troie et trouve dans le lit de son épouse son cousin Égisthe. Ces derniers le tuent et commettent ainsi deux crimes : un adultère (privé) et un homicide (public). Oreste, le fils d'Agamemnon, décide de venger son père et tue les deux amants. La dernière œuvre de la trilogie, ***Les Euménides*** (les Bienveillantes), s'intéresse au procès du jeune matricide. Il est poursuivi par les Érinyes ou Infernales (trois divinités des Enfers [l'opposé des Heures]) pour qui il est impossible de ne pas venger les amants. Elles représentent un cercle vicieux contre lequel on ne peut rien car la vengeance provient du plus profond des hommes et est irraisonnée. Pendant longtemps, elle a constitué la solution

privilegiée de résolution des conflits entre familles et porte le nom de « *Lex talionis* / Loi du talion », savoir : œil pour œil, dent pour dent, vie pour vie.

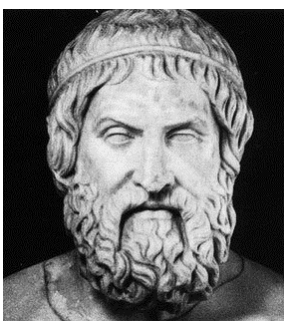
Oreste, poursuivi par la famille d'Égisthe, se réfugie dans un temple d'Apollon (dieu de la lumière, de l'harmonie, de la beauté) qui reçoit la visite de sa sœur Athéna (déesse créatrice de la cité d'Athènes). Celle-ci intime au jeune accusé de se rendre sur la colline du dieu de la guerre Arès (le mont de l'Aréopage) où se trouve un tribunal. Huit juges accueillent et entendent Oreste qui présente un conflit de norme : son honneur lui dictait de venger son père (norme privée) même si cela devait le mettre en conflit avec la cité (norme publique). Les juges ne parviennent pas à trancher le litige et se partagent la balance. Athéna intervient alors comme neuvième juge et fait pencher la balance en faveur d'Oreste qui est acquitté. Malgré leur protestation, les Érinyes/Infernales vont respecter la décision d'Athéna et devenir les Euménides/Bienveillantes.



6 J. S. Sargent, *Oreste poursuivi par les furies*, 1921.

En conclusion, le message véhiculé par ce mythe est que la vengeance privée ne peut cesser qu'avec l'apparition de la cité. Si Oreste avait été condamné par l'Aréopage, les Érinyes auraient triomphé et n'aurait pas pu se transformer. Il faut ainsi l'intervention d'une Athéna (représentant la cité), qui entend la douleur et applique la sanction nécessaire, pour que le jugement soit valable et que le désir de vengeance s'éteigne.

2) La distinction entre *Dikè* et *Nomos* dans la pensée de Sophocle



7 Sophocle (495-406 av. J.-C.)

Si la *Dikè* représente la Justice, le *Nomos* représente la Loi. Cette dualité lexicale est fréquente chez Sophocle et se trouve au cœur de son *Antigone*. Pour le tragique, la thèse démocratique ne doit pas faire oublier les mœurs de la société athénienne.

Son œuvre met en scène un conflit de succession. A la fin de la guerre civile à Thèbes, Créon devient roi par la violence et instaure un régime autoritaire et dictatorial, refusant notamment de donner une sépulture à ses adversaires. Sa légitimité est fragile car il n'a pas suivi le protocole juridique. C'est dans ces conditions qu'Antigone veut ensevelir son frère (acte

Prépa Droit Juris'Perform

www.juris-perform.fr

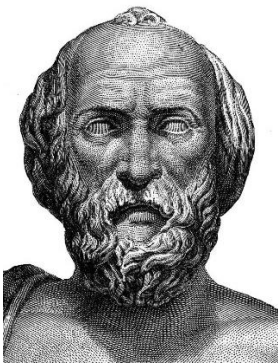
6 bis bd Pasteur / 9 bis rue Saint Alexis 34000 Montpellier

Tel : 06 50 36 78 60

dicté par la coutume ancestrale) contre la loi du nouveau roi de Thèbes. La jeune femme distingue la justice et la loi pour la première fois dans un dialogue avec Créon : « Ainsi tu as osé passer outre à ma loi (*Nomos*) ? - Oui, car ce n'est pas Zeus qui les a proclamées, et la Justice (Dikê) qui siège auprès des dieux de sous terre n'en a point tracé de telles parmi les hommes ».

Cette distinction est encore plus profonde entre ce qui n'a pas d'origine (l'un des premiers signes de la civilisation est le moment où l'on décide d'enterrer ses morts car on considère qu'ils ont un esprit) et une règle juridique qui vient d'être posée violemment. Grâce à cette tragédie, on définit enfin la différence entre le droit positif (le *nomos* provenant des hommes) et un droit naturel qui a son siège dans notre nature même. Sophocle reconnaît par conséquent une supériorité de la légitimité sur la légalité et du droit naturel sur le droit positif.

II./ LA SOURCE POLITIQUE DU DROIT EN GRECE



8 Lycurgue (800-730 av. J.-C.)

Au VII^e siècle avant notre ère, Sparte et Athènes se développent au point d'être représentatives du monde grec grâce à une crise économique et sociale. Cette dernière a entraîné une émigration massive vers d'autres régions (Grande Grèce, Sicile, Asie mineure) autour de la mer Noire, ce qui vide la péninsule hellénique d'une grande partie de sa population sauf à deux endroits, Sparte et Athènes, où l'on essaie de réformer les institutions et de juguler la crise. C'est le spartiate Lycurgue (800-730 av. J.-C.) qui lance en premier une réforme générale des institutions « *eunomia* » (ordre juste) de sa cité. Il s'agit pour lui de créer une soumission à la loi : les citoyens devront se soumettre à une loi égale pour tous. Le terme d'« *eunomia* » recouvre une idéologie totalitaire et guerrière.

Bien différente de son ennemie, Athènes pose les fondements du droit public **(A)** et permet l'éclosion de la philosophie **(B)**.

A. – Les fondements du droit public athénien (VII^e – V^e s. av. J.-C.)

Les fondements du droit public athénien ont pu être posés par quatre hommes de consensus qui ont fait accepter leurs lois par l'ensemble des athéniens, d'où leur nom de nomothètes **(1)**. Apparaît à la

Prépa Droit Juris'Perform

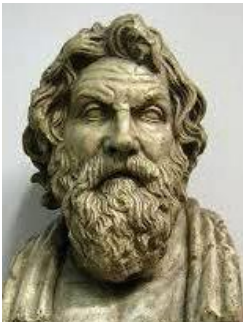
www.juris-perform.fr

6 bis bd Pasteur / 9 bis rue Saint Alexis 34000 Montpellier

Tel : 06 50 36 78 60

même époque la philosophie sophistique (ou pré-socratique) portée notamment par Protagoras et sa grande connaissance du droit (2).

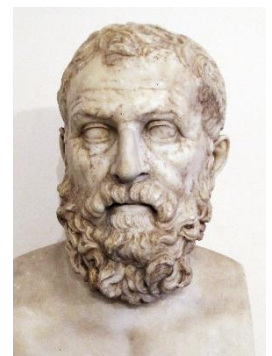
1) Les quatre nomothètes



9 Dracon (VII^e s. av. J.-C.)

Dracon est considéré comme le premier législateur d'Athènes. Il est resté célèbre à travers l'adjectif « draconien » qui qualifie une disposition ou une mesure extrêmement sévère. De fait, les *lois de Dracon* (621 av. J.-C.) étaient essentiellement pénales et punissaient de mort l'homicide volontaire et le vol, même minime. Selon Plutarque, les Grecs disaient que Dracon avait écrit ses lois « non avec de l'encre mais avec du sang ». Pourtant, ces lois apportent sans doute une amélioration par rapport au droit antérieur (fondé sur la vengeance privée), en particulier parce qu'elles font la distinction entre meurtre (prémédité), homicide volontaire et homicide involontaire. De plus, dans la mesure où il s'agit d'un droit écrit et affiché en public, le progrès réside dans cette publication même, tous les Athéniens étant désormais susceptibles de connaître la loi. Outre les dispositions pénales, le « Code » de Dracon contenait aussi des règles de droit privé, mais leur contenu effectif est incertain et discuté. Ces lois ont été remplacées au début du VI^e siècle par celles de Solon.

Solon naît vers 640 dans une famille noble d'Athènes. Il est élu archonte (magistrat supérieur) pour l'année 594-593. C'est à ce titre qu'il procède à plusieurs réformes très importantes qui préparent (de loin) l'avènement de la démocratie à Athènes : suppression de l'esclavage pour dette, mise en place à côté de l'Aréopage du tribunal populaire de l'Héliée, réformes du droit de la famille (avec en particulier la liberté testamentaire). Tout ceci est en réalité très conjectural, car nous ne connaissons pas le texte des lois de Solon. Platon et Aristote, pour une fois d'accord, ont fait de lui le prototype du législateur. C'est sa fameuse maxime : « Rien de trop », qui lui aurait valu d'être placé par la tradition parmi les Sept sages de la Grèce, en compagnie d'autres législateurs ou philosophes des VII^e et VI^e siècles avant notre ère. Il serait mort vers 540, à un âge suffisant pour effectivement devenir sage.



10 Solon (640-540 av. J.-C.)

Clisthène instaure l'idée de démocratie athénienne grâce à ses réformes de 508 avant notre ère. En 510, la noblesse s'était révoltée contre le tyran Pisistrate et entreprit la mise en place d'un pouvoir aristocratique. Apparaît avec Clisthène un nouveau concept, celui d'« *isonomia* » (*iso*, égal proportionné / *nomos*, règle). Il s'agit d'un système d'égalité proportionnelle au sein de chaque strate, le tout devant aboutir à une harmonie rationnelle où les nobles doivent rompre avec leurs anciennes conceptions (solidarité familiale, pensée d'appartenance à un clan). Dans ce contexte, Clisthène crée de nouvelles institutions sans abroger les anciennes. De nouveaux organes entrent en concurrence avec les anciens et parmi ceux-ci : la Boulê, nouveau conseil concurrent à l'Aréopage qui avait lui-même remplacé l'ancienne Boulê ; les Stratèges, magistrats faisant concurrence aux archontes. La justice devient pareillement l'enjeu de la concurrence entre Boulê et Aréopage, archontes et stratèges.



11 Ph. von Foltz, *Le siècle de Périclès*, 1852.

Alors qu'Athènes apparaît durant le V^e siècle avant notre ère comme la cité la plus puissante du monde grec, la guerre du Péloponnèse, commencée en 431 avant notre ère, se termine pour Athènes par une terrible défaite (404 av. J.-C.). Vaincue par Sparte, Athènes a perdu son empire maritime et un quart de ses citoyens, connaît une grave crise financière et d'importantes tensions politiques. A la fin de la guerre, c'est le régime démocratique lui-même qui est en cause.

Périclès est un chef militaire athénien durant ce conflit opposant Athènes et Sparte. A l'occasion d'un discours célèbre (une oraison funèbre) au début de la guerre qu'il prononce devant ses guerriers, il définit la démocratie athénienne et cherche à mobiliser sa cité en lui donnant deux valeurs : l'égalité des citoyens (qui doit être entendue également dans l'Agora [égalité entre ce qu'ils apportent à la cité et ce que la cité leur apporte]) et la tolérance dans le débat idéologique pour pouvoir vaincre l'aristocratie militaire de Sparte. Ce modèle très précoce sera perdu après la guerre du Péloponnèse (à cause de la réaction de Socrate) et ne sera plus retrouvé avant la fin du XVIII^e siècle de notre ère.

Pour autant, Périclès va apporter un éclairage nouveau au mot norme en lui attribuant un sens plus précis. Il distingue ainsi entre « *nomos* », la norme et « *pséphisma* », le décret. Il passe ainsi de « norme » à

Prépa Droit Juris'Perform

www.juris-perform.fr

6 bis bd Pasteur / 9 bis rue Saint Alexis 34000 Montpellier

Tel : 06 50 36 78 60

« loi fondamentale », équivalente à la « loi constitutionnelle ». En effet, l'Assemblée puis l'Éclésiastion sont des lieux où est fait le « *nomos* » entre les égaux et où il y a de nombreux débats mais le vote se fait avec des galets « *psēphos* ». Ainsi, grâce à Périclès, on pourra distinguer la « loi fondamentale », difficile à modifier, de la « loi ordinaire », la « *psēphisma* ».

2) L'apparition de la philosophie du droit sophistique

Les sophistes (*sophia* : sagesse) se considèrent eux-mêmes comme sages car ils ne croient pas en ce que croient les autres. En effet, alors que la jeune démocratie athénienne tente de trouver ses marques, ces orateurs et professeurs d'éloquence usent de la rhétorique pour toujours avoir raison. La philosophie athénienne se développera en réaction.

Protagoras, le plus éminent d'entre eux, considère que « l'homme est la nature de toute chose ». Il est l'équivalent du révolutionnaire, rompant avec les traditions, les coutumes et les dieux, pensant que ces derniers sont impuissants, qu'ils ne dictent aucune règle, que la nature n'est pas ordonnée et qu'il n'y a pas de *cosmos*. L'homme serait ainsi l'ordonnateur de toute chose et le monde n'aurait finalement aucune valeur. Très vite, deux disciples de Protagoras vont se distinguer (et s'opposer). Le premier, Thrasymaque considère dans *La République* de Platon que : « La loi, le droit et la justice ne sont bâties que dans l'intérêt du plus fort et tout gouvernement établit toujours les lois dans son propre intérêt ». Autrement dit, le droit est une fiction, une façon dont les puissants soumettent les faibles en leur laissant croire que c'est juste. Le second, Calliclès, s'oppose à la démocratie dans le *Gorgias* : « La loi est faite pour les faibles et par le plus grand nombre pour empêcher les forts de l'emporter ». Pour lui, le droit de la cité est une arme utilisée par les moins capables sur les plus capables forçant le règne de la quantité sur la qualité.

A partir de la même pensée, deux idées différentes sont obtenues. Cette discorde immédiate va se propager dans toute la cité d'Athènes et forcer Socrate à s'élever contre ces rhéteurs lors de la guerre du Péloponnèse et à fonder la philosophie.

Il est à noter que pendant cette période une première tentative menée par Alcibiade pour renverser la démocratie athénienne, au profit d'un régime oligarchique, a lieu en 411. En 404, une nouvelle tentative, dirigée cette fois par Thérastène, institue le régime des Trente mais échoue à nouveau. Le droit se voit toutefois réduit à la loi sous cette démocratie renaissante et Socrate est contraint au suicide (399) par pur

légalisme. L'orateur Lysias a personnellement contribué à la défense de la démocratie face au régime des Trente Tyrans, ce qui vaudra à son frère de devoir boire la cigüe sans jugement. Il appartient à une famille de métèques isotèles (statut particulier entre la citoyenneté et le statut d'étranger) et exerce la profession de marchand d'armes mais s'institue logographe (il n'y a pas d'avocat à Athènes mais certaines personnes rédigent des plaidoiries [appelées discours]) : l'*Oraison funèbre* est l'un de ses discours les plus connus tout comme *Contre Eratosthène*, le seul prononcé par Lysias contre celui ayant arrêté son frère. Dans son *Oraison funèbre*, il insiste notamment sur le rôle que doit jouer le droit dans la société athénienne.

B. – La réponse de la philosophie socratique (IV^e s. av. J.-C.)

Pour Socrate, dont on ne connaît la pensée que grâce aux écrits de son élève Platon, Athènes va perdre la guerre à cause de ses valeurs. Or les citoyens ne devraient mourir que pour quelque chose qui en vaut la peine, qui soit objectif et structurel, puisque c'est la tradition. Il incite donc au renversement de la démocratie afin d'instaurer un système dit des « rois tyrans » (Xénophon, *Mémoires*, IV, 6, 12). Inévitablement, Socrate est mis en accusation pour ne pas avoir respecté les dieux et pour perversion de la jeunesse athénienne. Lors de son procès, il n'hésite pas à provoquer les juges, ce qui va le conduire à la peine de mort. Enfermé au Prytanée dont il pourrait s'échapper chaque nuit, il va volontairement saisir la cigüe qu'on lui tend et la boire, expliquant dans ses derniers instants pourquoi il ne doit pas survivre. Sa mort va faire naître la double réponse de Platon et d'Aristote.

1) L'apport de Platon : l'idéalisme juridique contre les sophistes



12 Raphaël, Platon, détail de l'*École d'Athènes*, 1509-1512, Vatican.

Platon (424-347 av. J.-C.) est le principal disciple de Socrate et rédige pour ce dernier une série de dialogues le mettant en scène face à des sophistes. Forcé de s'exiler à Syracuse durant la dictature des Trente Tyrans, il y est réduit en esclavage puis racheté par un ami qui le ramène dans la cité athénienne. Il y fonde « l'Académie ». Parmi ses œuvres, on peut évoquer : « *Politeía* / **La République** » (v. 375), « *Politikos* / *Le Politique* » (v. 350) et « *Nomoi* / *Les lois* » (v. 347). Dans ces trois

Prépa Droit Juris'Perform

www.juris-perform.fr

6 bis bd Pasteur / 9 bis rue Saint Alexis 34000 Montpellier

Tel : 06 50 36 78 60

ouvrages, Platon cherche à définir la justice et s'interroge sur ce que doit être la source du droit.

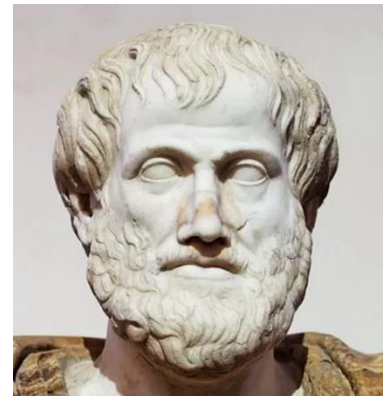
Dans *La République*, il explique qu'il est difficile d'être juste puisque la société humaine doit refléter ce qu'est l'homme et doit avoir une santé comparable à celle que l'on souhaite pour le corps. Pour que la cité fonctionne, qu'elle soit juste, il faut que chacun occupe sa propre place. Ainsi, la justice est inscrite en lettres majuscules dans la cité, en minuscule dans le cœur humain la société et doit placer les juristes à son sommet (*Le Politique*). Alors que la cité d'Athènes est devenue une terre de politiciens, le philosophe considère que rien ne peut se substituer au droit. Il fait ainsi davantage confiance au juge plutôt qu'au législateur.

Puisque Platon considère la justice comme une médecine destinée à guérir un malade, sa source doit prendre place dans le corps de ce dernier. Pour lui, la norme découle de la nature car il pense que le droit est objectif ; cela lui permet de créer le consensus : réunifier une société qu'il pense divisée par le relativisme des sophistes et le système institutionnel de Périclès. Par la même, il fonde ainsi la source objective du droit dans la théorie du droit naturel, le « *dikaion physikon* ».

2) L'apport d'Aristote : le réalisme juridique ou la fondation du droit naturel classique

En droit, l'école du droit naturel a deux visages : classique et moderne. Le premier correspond à la théorie développée par Aristote qui perdurera jusqu'à la période médiévale, tandis que le second se développe à partir du XVI^e siècle et dit presque l'inverse que le philosophe antique.

Aristote (384-322 av. J.-C.), fils de Nicomaque et disciple direct de Platon est surnommé le « Stagirite ». Puisqu'il n'est pas athénien, il est considéré comme un métèque et a une position d'observateur de la vie politique de la Cité. Il reçoit une formation médicale qui sera importante pour sa conception du droit. Il rejoint l'Académie fondée par Platon et mêle donc médecine et philosophie. En opposition avec son maître (Platon s'intéresse au noyau du fruit alors qu'il s'intéresse à la chair [tout ce qui se développe autour de l'idée]), il fonde sa propre école « le Lycée », conservant certains enseignements de Platon mais en changeant son approche méthodologique.



13 Aristote (384-322 av. J.-C.).

- a) Une définition de l'homme comme « *politikon zoon* / animal politique »

Dans « *ēthiká Nikomácheia* / **Éthique à Nicomaque** », ouvrage écrit pour son fils en hommage à son père (v. 350 av. J.-C.), il tient un discours anthropologique : celui qui ne vit pas en cité est soit une bête, soit un dieu ; le propre de l'homme est donc de vivre en cité. Tout part d'une considération médicale sur l'homme. Sa particularité est qu'il n'est pas autonome dès la naissance, il lui est donc impossible de vivre s'il n'a pas sa famille et sa cité autour de lui. Cette dépendance matérielle et intellectuelle fait de lui un éternel animal politique car il n'est jamais achevé : tandis que l'animal est guidé par ses instincts, l'homme est un accident sociobiologique (c'est un animal dont le circuit instinctuel est ouvert [ses instincts sont incomplets, il ne peut pas se débrouiller tout seul, il doit apprendre]). Cette différence entre l'homme et l'animal est également développée dans *La Politique* (v. 350 av. J.-C.).

Cette vulnérabilité humaine est accentuée par le fait qu'il n'est jamais sûr de lui-même, il est par conséquent un être de culture. C'est elle qui va lui servir de seconde nature et qui vient compléter sa première. Les institutions ne sont que des prothèses du comportement ; l'homme crée la culture, l'histoire, il est évolutif. Cela va avoir un effet important sur les idées politiques en Grèce puisque cela implique que la cité est nécessaire et hiérarchisée : si elle est naturelle, elle n'est pas un mensonge et n'est pas un contrat social (pensé par Épicure).

Par le concept d'inégalité protectrice, Aristote explique que dans la « *skholè* » (les loisirs), les hommes sont égaux donc incapables et que c'est le maître (inégal hiérarchiquement) qui les fait croître. Ainsi, le citoyen n'est jamais libre dans la mesure où ses tuteurs seront les institutions.

Enfin, Aristote considère que dès que l'homme vit en société il a besoin d'émettre des règles, mais admet qu'un homme seul n'aurait pas besoin de droit. Ce n'est que parce qu'il a à partager ses biens matériels et symboliques qu'il doit y avoir du droit (qui a donc pour fonction de permettre le juste partage).

- b) Une définition du droit comme juste partage

Aristote définit le droit de trois manières : c'est un objet, c'est une proportion, c'est un équilibre.

Le droit est un objet : il s'agit avant tout d'un processus politique. La cité, dans la prolongation de la nature, produit du droit afin de combler le vide qui existe. C'est autour de l'enfant puis autour du citoyen

que les droits se construisent. Cette acquisition se faisant par l'intégration à la cité, il ne peut y avoir droit en dehors. Pour Aristote, puisque le droit est d'abord le produit du rapport avec les autres dans la cité, c'est la vertu de la justice qui va guider les bons rapports entre les citoyens. Dès lors, le juste et le droit sont presque synonymes et le principal personnage dans cet agencement juridique n'est pas le législateur mais le juge. Dans le **livre V de *Éthique à Nicomaque*** Aristote donne la définition de la justice, qu'il appelle « *to dikaion* » – terme correspondant à la fois à « juste » et « droit » ou « recte » –, car c'est ce qui reconnaît à l'homme des droits de deux façons : la justice générale et la justice particulière. La justice générale est celle qui permet l'accès à la justice, à des institutions (si les hommes n'ont pas tous cet accès à la justice, certains garderont en eux les Érinyes et la paix ne pourra pas être au cœur du droit). La justice particulière est celle qui doit être casuistique ; Aristote en développe deux types. Il indique tout d'abord qu'il existe une justice commutative, c'est-à-dire celle qui recherche le « *koinon agathon* / bien commun », où la loi (le *nomos*) prend tout son sens, car elle est générale. Elle produit ce qu'il appelle une égalité arithmétique (principe d'*isonomia*) avec une égalité devant le droit grâce à des tribunaux communs. Il indique ensuite qu'il existe une justice distributive, qui crée l'équité en rendant « à chacun son dû », c'est-à-dire en distribuant selon les mérites.

Le droit est une proportion : le « *to dikaion* » cherche à réaliser la justice distributive puisque rendre une décision c'est donner une proportion. Par exemple, dans l'arsenal du droit pénal, le juge va choisir la peine qui correspond proportionnellement au dommage causé.

Le droit est un équilibre : le « *meson* » est un milieu entre deux extrêmes. Le droit est l'exercice d'une balance visant à obtenir la juste proportion. La décision juridique est ce qui maintient un ordre du monde préalable et devient quelque chose de physique, de mesurable. La décision du droit précède la décision du juge puisque cette dernière est toujours le moment où le désordre (que la démesure est venue mettre dans le monde) est finalement résorbée. En bref, le droit n'existe que dans la cité, dans un espace limité dans lequel l'homme doit partager.

En conclusion, le droit naturel classique consiste à regarder à l'extérieur de soi, la nature extrinsèque, à prendre en compte la nature des choses autour de soi pour juger. À l'inverse, le droit naturel moderne consiste à ne regarder la nature qu'à l'intérieur de soi, la nature intrinsèque, pour trouver des droits (puisque l'homme est doté d'une intelligence [la raison] il faut regarder à l'intérieur de lui et chercher ce que dit sa raison).