

## **Le procès athénien et la justice comme division**

Nicole LORAUX  
*EHESS*

RÉSUMÉ. — Puisque *Divkh* désigne à la fois la Justice et le procès en lui-même, il faut se demander pourquoi le procès est souvent considéré comme introduisant la lutte dans la cité. On étudiera l'opposition entre procès et arbitrage dans le cadre historique de la grande amnistie de la fin du V<sup>e</sup> siècle à Athènes.

À en croire Aristophane – mais il n'est pas le seul à porter ce diagnostic à la fin du V<sup>e</sup> siècle avant notre ère –, la frénésie procédurière des Athéniens de l'époque classique n'aurait pas connu de limites. Ainsi, dans les *Guêpes*, le vieillard Philocléon, maniaque de procès que son fils tente de guérir en lui fournissant des cas à juger à domicile, estime voir par là réalisée une très ancienne prédiction :

« J'avais ouï dire que les Athéniens jugeraient un jour les procès devant leurs maisons et que dans son vestibule chacun se ferait construire un petit tribunal, un tout petit, comme une niche d'Hécate, partout, devant sa porte. » (Aristophane, *Guêpes*, 800-804)

### JUSTICE DÉMOCRATIQUE ET JUSTICE SÉDITIEUSE

Sans doute Aristophane fait-il son métier de poète comique en durcissant ainsi le trait, et, s'il n'est jamais arrivé, comme dans la fiction des *Guêpes*, que chaque Athénien organisât pour son propre usage un tribunal de poche, il n'en est pas moins vrai que la cité athénienne tout entière était, à l'époque classique, saisie de l'exercice de la justice. Et cela parce qu'Athènes jouit d'un régime démocratique.

C'est bien ce qu'Aristote postule dans la *Constitution d'Athènes*, lorsqu'il évoque, au nombre des trois mesures les plus « démocratiques » du législateur Solon,

« le droit donné au premier venu <sup>1</sup> d'intervenir en faveur des personnes lésées ; et, mesure qui, dit-on, donna le plus de force au peuple, le droit d'appel au tribunal ; en effet, quand le peuple est souverain (kuvrio") sur le vote, il l'est sur l'ensemble de la vie civique » (Aristote, *Constitution d'Athènes*, 9, 1).

Et Aristote d'ajouter que, si Solon rédigea ses lois de façon obscure, c'est intentionnellement, pour que le peuple fût toujours maître de la décision (krivsi) <sup>2</sup>, point sur lequel, pour l'heure, on ne s'attardera pas, mais dont il faudra se souvenir au moment d'examiner le verbe krivnein et le substantif krivsi comme appellations accréditées de la décision dans les tribunaux athéniens. C'est encore Aristote qui, après avoir, au livre III de la *Politique*, caractérisé le citoyen par sa participation à la décision judiciaire et aux magistratures (krivsi" kai ; ajrchv), observe que cette définition du citoyen doit surtout être mise au compte de la démocratie <sup>3</sup> ; et il développe encore cette idée au livre VI, mentionnant, au nombre des traits principaux de la démocratie, « l'accès de tous aux fonctions judiciaires et le choix, sur l'ensemble du corps civique, de juges ayant une compétence universelle ou la plus large possible pour les affaires importantes ou vraiment primordiales, par exemple les redditions de comptes, les questions constitutionnelles et les contrats privés » <sup>4</sup>. Et il n'est jusqu'au Platon des *Lois*, pourtant critique, on le verra, au sujet du fonctionnement effectif des tribunaux athéniens, qui n'emprunte à la démocratie le caractère nécessairement populaire de la justice en matière d'accusation publique, précisant que, même pour les affaires privées, « il faut que, dans la mesure du possible, tous y prennent part. Car celui qui ne participe pas au pouvoir de juger s'estime absolument exclu de la cité » <sup>5</sup>.

Les choses seraient donc simples et claires. À un problème près, toutefois, que cet exposé tentera précisément d'éclaircir : comment expliquer l'insistance avec laquelle les mêmes auteurs associent procès et dissension (stavsi), comme si, de l'un à l'autre, il existait un lien de nécessité ? Il en va ainsi chez Platon : la communauté des biens et des femmes qui caractérise la cité idéale de la *République* a comme visée principale de délivrer les gardiens des « procès et accusations mutuelles » (divkai kai' ejgklhvmeta pro'Y1 ajllhlou), et, entre le déluge et l'humanité actuelle, les *Lois* imaginent un âge heureux, ignorant des arts de la guerre, en particulier « de ceux qui ne s'exercent qu'à l'intérieur de la cité sous le nom de procès et de séditions » (divkai kai ; stavsei), lesquels ont mis en œuvre, par la parole et par l'action, tous les moyens de se faire mutuellement du mal et du tort (kakourgeivn te ajllhlou kai ; ajdikei' n) – ainsi, par la simple juxtaposition du substantif divkh et du verbe ajdikei' n, voilà que la justice positive se

<sup>1</sup> Plus précisément à celui qui le souhaitait (tw/' boulomevnw/).

<sup>2</sup> Sur ce point, voir les remarques éclairantes de Paoli 1933 : 71.

<sup>3</sup> Aristote, *Politique*, III, 1275a 22-23, 1275b 5 sqq.; voir aussi 1275b 17 sqq.

<sup>4</sup> *Politique*, VI, 1317b 26 sqq. Précisons que les juges des tribunaux athéniens étaient recrutés sur la base éminemment démocratique du tirage au sort ; et il n'est, malgré son passé aristocratique, jusqu'au tribunal vénéré de l'Aréopage qui, composé d'anciens archontes, ne soit indirectement recruté sur cette base, du moins à partir de 487 avant notre ère, date à laquelle il fut décidé de « tirer au sort par tribu les neuf archontes parmi les cinq cents candidats désignés auparavant par les dèmes » (Aristote, *Constitution d'Athènes*, 22, 5).

<sup>5</sup> Platon, *Lois*, VI, 767e-768b.

trouve au service de l'injustice <sup>6</sup>... Quant à Aristote, il lui arrive de mentionner le jugement d'un tribunal au nombre des multiples causes possibles de la *stasis* <sup>7</sup>, et, s'il ne va pas jusqu'à en faire une cause de guerre civile, Thucydide compte le procès au nombre des armes dont usent les oligarques désireux de renverser une démocratie <sup>8</sup>. Mais ce sont sans doute les *Mémoires* de Xénophon qui donnent à cette idée sa forme la plus suggestive, lorsque Socrate raille le sophiste Hippias qui pensait avoir trouvé une définition irréfutable de *divkh*, la justice :

« Par Héra, tu as fait là une précieuse découverte, si elle entraîne que les juges cesseront de diviser leurs suffrages (*divca yfhzovmenoi*) et les citoyens de contester de leurs droits, de s'intenter des procès et d'être en dissension (*ajntilevgonteï te kai; ajntidikou`nteï kaiÿ stasiavzonteï*) »<sup>9</sup>.

Si, pour les penseurs grecs du politique – et cela depuis Hésiode, dont les Grecs ont fait le « théologien » officiel de la *polis* –, *divkh*, entendue comme principe quasi transcendant, définit la cité bien gouvernée, suffit-il donc que les mêmes penseurs donnent à ce mot son sens concret de « procès » pour que se lève le spectre hideux de la division ? Par sa récurrence, ce thème m'intrigue depuis longtemps, et je m'efforcerai donc d'y voir plus clair, à l'occasion de cette présentation succincte de quelques aspects essentiels du procès athénien de l'époque classique pris dans sa plus grande généralité.

## DU PROCÈS COMME LUTTE

Avant d'y regarder de plus près, il convient toutefois de rappeler brièvement quelques grands traits de la pratique athénienne en matière de procès, étant entendu qu'il ne s'agit en aucun cas ici d'un exposé exhaustif sur la justice positive dans la cité démocratique <sup>10</sup>.

On rappellera donc : que la grande majorité des actions, privées aussi bien que publiques <sup>11</sup>, est jugée devant les tribunaux populaires <sup>12</sup>, sur l'initiative d'un citoyen quelconque – simple particulier donc, bien que, dans certains cas, il semble qu'un magistrat ait pu se porter accusateur. Que le procès est précédé d'une *ajnavkrisiï* (on traduira, approximativement : d'une instruction) entre les parties devant un magistrat, mais succède souvent de fait à un arbitrage, privé ou public – on y reviendra. Que les adversaires doivent plaider eux-mêmes leur cause, assistés de leurs témoins et, éventuellement de *suvndikoi* (qui aident le plaideur peu éloquent en intervenant sur son temps de parole, à titre d'amis ou d'alliés, mais ne sont en aucun cas des avocats). Que les juges – citoyens

<sup>6</sup> *République*, V, 464d ; *Lois*, III, 679d.

<sup>7</sup> Aristote, *Politique*, V, 1306a 31 sqq.

<sup>8</sup> Thucydide, III, 70, 3 (Corcyre) ; voir aussi VIII, 54, 4.

<sup>9</sup> Xénophon, *Mémoires*, IV, 4, 8, avec le commentaire de Paoli 1933 : 70.

<sup>10</sup> Pour un exposé complet, voir par exemple MacDowell 1986.

<sup>11</sup> Sur la généralisation à Athènes du schème de la justice privée, voir les remarques de Gernet 1968 : CXXXV.

<sup>12</sup> A l'exception des procès de meurtre, jugés devant l'Aréopage ou dans d'autres tribunaux spéciaux (les éphètes au Delphinion, le Prytaneion etc.), et de certains procès engageant la sécurité de l'État, jugés par l'*Ekklesia*.

habilités à juger par le simple fait d'être citoyens et d'avoir été tirés au sort afin d'exercer cette tâche civique pour laquelle ils sont dûment rétribués – n'ont d'autre fonction que d'écouter et de voter, mais, pas plus que le magistrat qui a mené l'*ajnavkrisii* et préside le procès<sup>13</sup>, ne peuvent intervenir en interrogeant les parties. Enfin, que la sentence clôt l'affaire, sans possibilité d'aucun appel<sup>14</sup>. Ainsi, strictement délimité dans le temps, le procès qui, tel un objet aristotélicien, comporte un début, un milieu et une fin, organise jusqu'à son terme une lutte réglée entre deux adversaires.

Plus exactement, ainsi que les fortes analyses de Louis Gernet en ont assigné la démonstration, le procès *est* en soi *une lutte* (*ajgwvn*)<sup>15</sup>, que ce caractère agonistique soit hérité d'un lointain passé, comme le pensait le grand historien du droit grec, ou qu'il soit structurel au procès athénien, par opposition avec les procédures d'arbitrage. Lutte ouverte, donc, entre deux adversaires rigoureusement mis à égalité : même temps de parole (également limité) pour chacun des deux et, du début à la fin du procès, mêmes gestes pour le demandeur et le défendeur, par exemple le recours au serment – acte de langage contre acte de langage –, tant il est vrai que tout, devant les juges silencieux, se joue seulement entre les parties ; c'est ainsi que, « conformément à l'esprit de l'*ajgwvn*, les preuves, et surtout la preuve du serment, *s'adressent à l'adversaire* : elles sont faites pour le contraindre et le "convaincre" »<sup>16</sup>.

Aussi, pour caractériser une procédure qui, au juge, ne laisse pas d'autre fonction que d'être un « diviseur » (*dicastvi*)<sup>17</sup> parce qu'il tranche entre deux thèses et qu'en votant les membres du tribunal se divisent (on se rappelle, chez Xénophon, les juges « divisant en deux leurs suffrages », *divca yhfizovmenoi*, et il faudrait encore évoquer *diaforav* nom du vote<sup>18</sup>, si proche du mot *diavforon*, qui désigne le différend), le vocabulaire de la division est-il récurrent, ainsi que l'atteste l'abondance des termes en *dia*<sup>19</sup>, notamment pour désigner la décision des juges : il en va ainsi de *diarei'n* (diviser, faire le départ, d'où trancher) et de *diagignwvskein* (juger entre deux prétentions contradictoires), et il arrive même que, par l'adjonction d'un *dia-*, *krivsiu*, nom de la

<sup>13</sup> Sur ces fonctions, voir Paoli 1933 : 82, qui observe que la sphère d'action du magistrat est de surcroît limitée par la loi (57, 60).

<sup>14</sup> Sur l'expression *tevloï e[cei h] divkh* (c'est-à-dire : le procès est allé à son terme), voir Gernet 1955a : 69, 81 et 1968 : CXXXIV.

<sup>15</sup> Gernet 1955a : 63; 1968 : CXL.

<sup>16</sup> Gernet 1955a : 65 (souligné par moi).

<sup>17</sup> Pour évoquer l'un des rares jeux de mots qu'Aristote se permette, dans *l'Éthique à Nicomaque* (V, 1132a 31-32).

<sup>18</sup> Voir N. Loraux, « Reflections of the Greek City on Unity and Division », dans A. Molho, K. Raaflaub, J. Emlen, *City States in Classical Antiquity and Medieval Italy*, Stuttgart (F. Steiner Verlag), 1991, p. 33-51, notamment 39-43; *diavforon* : par exemple Thucydide, II, 37, 1.

<sup>19</sup> P. Chantraine, *Dictionnaire étymologique de la langue grecque*, Paris (Klincksieck), 1968 (s.v. *diva*) donne au préfixe *diva-* le sens originel de « en divisant, d'où la notion de distinction, différence, rivalité »; sur *diva-* et la division, voir N. Loraux, « Le lien de la division », *Le Cahier du Collège international de Philosophie*, 4 (1987), p. 101-124, notamment 102-103, ainsi que l'étude citée n.18. Selon Gernet 1955b : 99-100, « le préfixe... suppose deux parties placées sur le même plan et entre lesquelles il s'agit de décider ». Cette mise sur le même plan est totalement réalisée dans la procédure intitulée *diadikasiva*, où il n'y a ni accusateur ni défendeur, mais deux ou plusieurs adversaires à égalité.

décision comme choix, soit intensifié en *diavkrisiū* <sup>20</sup>. Reste que *krivnein* est, à soi seul, le verbe essentiel de la décision conçue comme division.

*Krivnein*, faut-il préciser, et non pas *dikavzein*, même si les juges athéniens sont traditionnellement désignés comme *dikastaiv*. La différence entre *krivnein*, qui est un *discernere* et qui, dans ses emplois les plus anciens, suggère par soi l'idée d'un conflit <sup>21</sup>, et *dikavzein*, qui, dans un état archaïque de la justice où la sentence est pour ainsi dire mécaniquement déterminée par les preuves, consiste à « appliquer la formule » appropriée (*divkh*) <sup>22</sup>, a déjà été l'objet de maints commentaires autorisés <sup>23</sup>, et je ne m'étendrai donc pas sur ce point, rappelant seulement que, « dans le droit attique, le juge n'a pas à appliquer la loi au cas concret, mais à résoudre une controverse, [...] un conflit entre deux thèses inconciliables » <sup>24</sup>. Ce qui signifie qu'il juge en conscience, le mot *gnwvmh* désignant à la fois l'opération intellectuelle à laquelle il se livre – la mise en œuvre de ce « discernement » qui, chez un historien comme Thucydide, est la plus haute qualité du citoyen – et l'appréciation qu'il porte sur le délit, à la fois le « sentiment » individuel de chacun, auquel la cité fait pleine confiance <sup>25</sup>, et la décision qui en résulte <sup>26</sup> et qui, en vertu de la loi de la majorité, exprime en fin de compte le jugement non des individus, mais du nombre, ainsi qu'Aristote en fait la remarque <sup>27</sup>.

Parce qu'il n'est pas de lutte qui ne débouche sur la victoire d'un des deux adversaires sur l'autre, le vote souverain des juges proclame cette victoire et tout à la fois la constitue. Ou plutôt, pour prendre les choses dans l'autre sens : le jugement clôt la lutte mais il en est aussi, jusqu'au bout, une expression fidèle et sans écart ; il tranche, mais, d'une certaine façon, donne à la lutte sa forme achevée, en se contentant de consacrer le résultat de l'*ajgwvn*, auquel « la cité est restée en un sens étrangère » <sup>28</sup>. Irons-nous jusqu'à ajouter : et en quelque sorte spectatrice ? Quoi qu'il en soit, nous n'éviterons pas plus longtemps l'inévitable question de la passivité des juges.

On sait que, devant les juges athéniens, demandeur et défendeur intervenaient successivement, prononçant chacun son plaidoyer <sup>29</sup>, après quoi, immédiatement et sans aucune délibération, le tribunal procédait au vote, sans qu'aucun magistrat, aucun minis-

<sup>20</sup> *Diairei`n* : par exemple Eschyle, *Euménides*, 472, 488 et Platon, *Politique*, 305b ; *diagignwvskein* : *Euménides*, 709 (avec le commentaire de Gernet 1917 : 88-89) ; *diavkrisiū* : Platon, *Lois*, VI, 768a 3 (mais, en a 1, c'est le terme *krivsiū* qui était employé).

<sup>21</sup> Par exemple Hésiode, *Théogonie*, 535 et 882 (conflit départageant les dieux et les hommes ou les dieux et les Titans) ; on évoquera aussi *Euménides*, 677 : *pw`i ajgwvn kriqh`setai*. Voir Gernet 1917 : 90, et note 106.

<sup>22</sup> Voir surtout E. Benveniste, *Vocabulaire des institutions indo-européennes* II. *Pouvoir, droit, religion*, Paris, Minuit, 1969, p. 109-110 : « Rendre la justice n'est pas une opération intellectuelle qui exigerait méditation ou discussion ».

<sup>23</sup> Notamment par Paoli 1933 : 67, ainsi que par Gernet 1917 : 450 et 1955c : 110.

<sup>24</sup> Paoli 1933 : 67.

<sup>25</sup> Parce que, comme l'observe Gernet (1955a : 67), « la notion fondamentale est celle de *divkaion* [le juste], directement connu par les consciences ».

<sup>26</sup> Gernet 1917 : 86, 91-92 et 1955a : 66-76.

<sup>27</sup> Aristote, *Politique*, III, 1282a 34-38.

<sup>28</sup> Gernet 1955a : 69.

<sup>29</sup> Voire, dans certains cas d'homicide et dans beaucoup de procès privés, deux interventions, ce qui permettait au demandeur, premier à parler, de répondre à son adversaire lors de sa seconde intervention (MacDowell 1986 : 119, 249).

tère public ait exprimé le moindre avis<sup>30</sup>. Ce silence des juges est tellement constitutif de la *divkh* athénienne que, lorsqu'un procès de haute trahison comme celui des stratèges des Arginuses (406 avant notre ère), se déroule devant l'*Ekklesia* et qu'en grand nombre les citoyens interviennent pour ou contre les accusés<sup>31</sup>, on peut à bon droit estimer qu'en fait il s'agit moins d'un procès au sens strict que d'un débat de l'assemblée<sup>32</sup>. Comme si, à prendre la parole au sujet de l'enjeu du procès, on cessait par là même d'occuper la position de juge.

Sans doute une telle distribution des rôles indique-t-elle encore une fois que « la réalité juridique du procès [...] est épuisée par l'idée de lutte », au point que, l'administration de la preuve étant entièrement à la charge des parties, le tribunal ne dispose en son nom propre d'aucun moyen ni « de critique ou d'investigation »<sup>33</sup>, ni même d'estimation de la pénalité, puisque, dans les procès où celle-ci n'est pas d'avance fixée par la loi, il lui faudra choisir entre les deux estimations adverses proposées par les plaideurs.

Il y aurait certes beaucoup à dire sur cette situation paradoxale qui conduit généralement le défendeur, pour échapper à la lourde peine requise à tout coup par son adversaire, à proposer une estimation à l'évidence plus élevée qu'il ne le souhaiterait<sup>34</sup>. Ce serait l'occasion d'apprécier inversement l'ampleur de la provocation d'un Socrate opposant, à la peine de mort réclamée par ses accusateurs, une « peine » qui est en réalité la quintessence des honneurs civiques<sup>35</sup> : on comprendrait alors comment les juges athéniens, ne pouvant accepter cette estimation qui ridiculisait ouvertement la justice civile, n'eurent d'autre solution que d'accéder à la demande des accusateurs en condamnant à mort l'original qui, pour sa punition, proposait d'être nourri au Prytanée. Cas-limite, à coup sûr que cette histoire, mais on sait que les cas-limites sont l'aliment de la pensée juridique<sup>36</sup>, et le trop célèbre procès de Socrate, si souvent envisagé d'un point de vue purement éthique, apporte un éclairage singulier sur les procédures judiciaires athéniennes, illustrant à merveille la contrainte de passivité qui s'exerce sur les juges des tribunaux populaires.

Mais que l'on ne s'y trompe pas : loin d'être seulement athénienne, cette contrainte est très généralement grecque et constitue de fait la *communis opinio* sur la marge d'initiative consentie aux juges. Une page d'Aristote, toujours attentif aux opinions partagées qui font le sens commun, en apportera la preuve : au livre II de la *Politique*, examinant la constitution d'Hippodamos de Milet qui, envisageant le procès sous l'espèce du jugement, accorde aux juges l'estimation de la peine, le philosophe soumet cette disposition à une vive critique ; non seulement, objecte-t-il, une telle pratique transforme le juge en arbitre – et arbitrage n'est pas jugement – mais, que les juges confèrent entre

<sup>30</sup> MacDowell (1986 : 251-252) souligne la différence, sur ce point, avec le procès moderne.

<sup>31</sup> Xénophon, *Helléniques*, I, 7, 4-34.

<sup>32</sup> MacDowell 1986 : 187-188.

<sup>33</sup> Gernet 1955a : 70 ; voir aussi, sur la question de l'estimation des peines, 79.

<sup>34</sup> Paoli 1933 : 68.

<sup>35</sup> Sur l'honneur qu'est la nourriture au Prytanée, voir P. Schmitt-Pantel, « Les repas au Prytanée et à la Tholos dans l'Athènes classique. *Sitêsis, misthos* et *trophè* », *Annali dell'Istituto Orientale di Napoli*, 1980, p. 55-68.

<sup>36</sup> Je dois à Yan Thomas d'avoir pu mesurer l'importance de cette règle fondamentale de la pensée juridique.

eux au sujet de la sentence, comme des arbitres le font lorsqu'ils sont plusieurs à régler une contestation,

« ce n'est pas possible (oujk e[stin) ; à l'opposé de cette pratique, la plupart des législateurs font en sorte que les juges ne communiquent pas entre eux (me| koinologovntai pro;1 ajllhvlou). (Aristote, *Politique*, II, 1268b 4-11)

Comment entendre ce « ce n'est pas possible », sinon comme un « cela ne se fait pas »<sup>37</sup> ? Ainsi, reconduisant le postulat de l'opinion commune selon lequel « le seul moyen de trancher le procès par un jugement, c'est de prononcer pour l'une ou l'autre des deux parties »<sup>38</sup>, Aristote érige le fait en nécessité : si les juges ne délibèrent pas, c'est qu'ils ne sauraient délibérer. Peut-être, par delà le conservatisme aristotélicien en matière de justice, méditera-t-on sur les implications de cette étrange confiance accordée au vote de juges qui n'ont pu poser aucune question, ni aux parties ni aux témoins, et n'ont « mis en commun » (koinologei'sqai) leurs interrogations personnelles dans aucune délibération<sup>39</sup>. Ce qui reviendrait à réfléchir sur le pari en vertu duquel la décision qui résultera de la somme des gnw'mai individuelles sera – par quelle alchimie ? – nécessairement la bonne<sup>40</sup>. Nous voici au plus près de la difficile question, en général si mal posée ou toujours supposée résolue, de l'articulation entre l'individuel et le collectif dans la démocratie athénienne. Ce n'est pas aujourd'hui que je m'y engagerai plus avant, car une telle entreprise dépasse largement le temps qui m'est imparti – pour ne pas parler des moyens dont je disposerais.

En l'occurrence, au conservatisme aristotélicien, mieux vaut opposer l'audace avec laquelle, dans les *Lois*, réfléchissant sur les conditions de possibilité d'une justice qui serait tout au contraire caractérisée par son activité, Platon critique les modalités athéniennes du procès, du mutisme des juges pendant l'ajnavkrisii jusqu'à leur silence durant l'action judiciaire, en passant par le principe même du vote secret<sup>41</sup>. Dénonçant tout particulièrement la règle qui veut que, seul des magistrats, le juge n'ait à rendre aucun compte sur l'exercice de ses fonctions, Platon ne se contente pas de rencontrer l'Aristophane des *Guêpes* qui prête ironiquement à Philocléon la fierté d'agir « sans avoir de comptes à rendre, privilège que n'a aucune magistrature »<sup>42</sup> ; pour concevoir une autre administration de la justice, il lui faut énoncer la règle inverse, selon laquelle, dans la

<sup>37</sup> L'expression employée par Aristote, oujk e[stin, repose sur un « cela n'existe pas » entendu, comme il se doit lorsque la forme verbale est accentuée, comme un « cela ne se peut pas ».

<sup>38</sup> Gernet 1968 : CXLIII, commentant le texte d'Aristote.

<sup>39</sup> Aristote répète deux fois ce verbe (1268 b 7 et 10), comme si, par soi seul, son énoncé donnait à entendre une absurdité manifeste.

<sup>40</sup> Les présupposés de ce pari sur la majorité sont développés par E. Terray, « Un anthropologue africaniste devant la cité grecque », *Opus*, 6-7 (1987-1989), p. 13-28, notamment 21-24.

<sup>41</sup> Platon, *Lois*, VI, 766d 5 sqq., avec le commentaire de Gernet 1968 : CXL-CXLI ; IX, 876b.

<sup>42</sup> Aristophane, *Guêpes*, 587, affirmation dont Bdélycléon lui-même reconnaît la justesse. Il y aurait beaucoup à dire sur ce privilège, exorbitant dans un système où la reddition de comptes est la règle et qui, dans la mesure même où il peut confiner à l'irresponsabilité, donne aux juges athéniens le grisant sentiment de pouvoir que raille la comédie.

citée des *Lois*, aucun juge, aucun magistrat ne pourra ni rendre la justice ni exercer le pouvoir sans reddition de compte<sup>43</sup>. Ce qui, bien sûr, suppose des juges qui soient spécialement qualifiés – et voilà tout l'édifice de la justice populaire qui s'effondre du même coup<sup>44</sup>, mais du moins Platon y gagne-t-il d'inventer un interrogatoire en règle des parties par les juges qui « entreront à fond dans l'examen des réponses », interrogatoire répété par trois fois avant qu'intervienne enfin le vote<sup>45</sup>. Et, bien sûr, les juges platoniciens interviennent pour finir dans la détermination des pénalités.

Je ne m'attarderai pas à commenter ce mélange bien platonicien d'audace dans l'imagination et de critique de la démocratie qui, d'un pur retournement de la réalité athénienne, escompte le bien de la cité. C'est au procès athénien qu'il m'importe de revenir, pour constater à quel point son entière cohérence suppose que *divkh* – la justice mais aussi le procès – soit d'abord et avant tout une joute entre deux adversaires, devant le tribunal de la cité.

Nous n'en avons pas encore tout à fait fini avec cette définition du procès comme lutte. Car, à la lumière d'une telle représentation, il est maintenant possible de revenir sur ce qui a donné à ces remarques leur point de départ : le lien que les penseurs grecs de la vie en cité établissent avec insistance entre *divkh* et *stavsii*, entre l'organisation positive de la justice et la « dissension » qui, dans la pensée grecque du politique, donne régulièrement son nom à la pire calamité qui puisse fondre sur une cité. C'est ici que nous rencontrerons un épisode important de l'histoire d'Athènes.

#### DIKH, ARBITRAGE ET RÉCONCILIATION

Sans doute aura-t-on remarqué avec quelle récurrence la procédure de l'arbitrage s'est régulièrement profilée à l'horizon de cet exposé, comme la figure même de l'alternative au procès. Figure d'autant plus importante que le recours à l'arbitrage semble avoir joui à Athènes d'une réelle faveur, à en juger par les nombreuses allusions faites à cette procédure dans les plaidoyers des orateurs athéniens. Encore convient-il de s'entendre : ce n'est pas de l'arbitrage privé qu'il s'agira ici, malgré la préférence évidente dont une telle pratique, à la fois discrète et légère, semble avoir joui auprès des Athéniens en cas de contestation facile à résoudre<sup>46</sup> – ce qui confirme de fait l'idée aristotélicienne selon laquelle, « en tout lieu, c'est l'arbitre qui est le plus fiable ; or l'arbitre est "au milieu" »

<sup>43</sup> *Lois*, VI, 761e. En 767e, une action est prévue contre l'auteur d'une sentence injuste, au profit de la partie lésée.

<sup>44</sup> On a vu toutefois qu'en VI, 767e-768b, Platon reconnaît à la justice de sa cité la nécessité d'une base populaire. De fait, l'exposé des *Lois* est encore très largement sous-tendu par le modèle athénien, dont L. Gernet (1968 : *passim*) souligne à quel point il reste prégnant.

<sup>45</sup> *Lois*, IX, 855e.

<sup>46</sup> Avant et même pendant le procès, jusqu'au moment où les juges vont statuer (Gernet 1955c : 114). Autant dire que l'arbitrage privé, loin d'être seulement une alternative à l'action judiciaire, coexiste avec elle et peut même s'y enclaver.

(mevsoi) »<sup>47</sup>-, mais de « l'institution des arbitres publics à Athènes »<sup>48</sup>, telle que la *Constitution d'Athènes* en présente le principe :

« [Les arbitres (diaithvtai)], une fois saisis, s'ils ne parviennent pas à opérer une conciliation (dialu'sai), rendent une décision (gignwvskousi), et, si cette décision convient aux deux parties, l'action judiciaire est terminée (e[cei tevloi hJ divkh). Mais si l'un des adversaires fait appel au tribunal, les arbitres mettent dans deux boîtes séparées – l'une au nom du demandeur, l'autre au nom du défendeur – les témoignages, sommations et textes de lois invoqués, ils y apposent un cachet, y attachent la décision arbitrale transcrite sur une tablette et remettent le tout aux quatre représentants de la tribu du défendeur. Ceux-ci, après avoir reçu le dossier, l'introduisent (eisavgousin) devant le tribunal...» (Aristote, *Constitution d'Athènes*, 53, 2)

Texte fort intéressant sous ses allures de présentation factuelle, car une profonde ambiguïté s'y exprime, celle d'une procédure certes institutionnalisée mais qui, dans sa définition même, hésite entre l'arrangement privé et le procès : diaiththvī est le nom de l'arbitre public mais l'arbitre privé ne reçoit pas d'autre appellation, et, si la distinction établie par Aristote entre la recherche d'une conciliation (dialu'sai) et le fait que constitue la sentence (gignwvskousi) semble bien renvoyer à l'opposition de deux niveaux de juridiction très différents, dans les faits les choses ne sont pas si simples : non seulement l'arbitrage public peut apparaître comme la phase préliminaire d'un procès qu'il prépare, un peu à la manière d'une ajnavkrisiū, en définissant l'état de cause et en rassemblant les preuves<sup>49</sup>, mais, dès lors qu'il aboutit à une sentence, il est clair qu'il tient déjà par soi du procès<sup>50</sup>. Procédure à la fois souple et rigoureusement codifiée, donc, et dont il n'est peut-être pas inutile de préciser dès maintenant, quitte à y revenir sans tarder, qu'elle fit son apparition « dans les années ou dans les mois qui suivirent la restauration démocratique » de 403<sup>51</sup>.

Que l'arbitrage représente ou non, comme le pense Gernet, « par rapport à la justice des tribunaux, une conception différente, plus ancienne et toujours vivace », l'essentiel est dans l'accent qui y est mis au présent sur la conciliation, au point que, lorsqu'il doit malgré tout trancher le litige, l'arbitre est censé juger non en droit, mais en « équité »<sup>52</sup>. Mais, à évoquer les verbes de la conciliation – diallavttein et dialuvein –, comment ne pas penser à ces procédures non plus judiciaires, mais politiques que sont dans les

<sup>47</sup> Aristote, *Politique*, IV, 1297 a 5-6. Sans doute les plaidoyers supposent-ils, par leur seule existence, que cette intervention d'un médiateur n'a pas suffi et qu'il a fallu recourir au service de juges-« diviseurs ». Reste que, dans la majorité des cas, l'arbitrage a précédé, comme pour l'éviter, le recours à la justice des tribunaux.

<sup>48</sup> C'est le titre de la remarquable étude de Gernet (1955c).

<sup>49</sup> Gernet 1955c : 115, ainsi que Gernet 1968 : CXLII.

<sup>50</sup> On aura noté la formule e[cei tevloi hJ divkh.

<sup>51</sup> Gernet 1955c : 104.

<sup>52</sup> Gernet 1955c : 113, citant Aristote, *Rhétorique*, I, 13, 1374b (to; ejpieikevi). On notera que c'est pour son équité (ejpieikeiva) que Platon loue le dh'moi athénien en 403 (*Lettre VII*, 325b).

cités grecques les réconciliations solennelles entre citoyens à l'issue d'une stavsiï, réconciliations précisément désignées par les mots diavlusii et diallaghv<sup>53</sup> ?

C'est ici que je retrouve ma question initiale sur les accointances étroites de divkh avec stavsiï : si en effet l'on peut avec raison « sentir, dans l'institution de l'arbitrage public, le désir d'arrêter le plus possible de procès avant qu'ils ne parviennent devant les tribunaux » – et que l'on soit ou non fondé à interpréter, avec Gernet, cette institution comme « une résistance à l'étatisation de la justice » –<sup>54</sup>, comment ne pas en enraciner la création dans la politique d'amnistie qui, en ces dernières années du V<sup>e</sup> siècle, caractérisa la démocratie restaurée ?

Risquons une hypothèse : comme si la répugnance envers les procédures judiciaires lourdes avait alors inspiré toutes les décisions de la cité, en proscrivant le recours au procès lorsqu'il impliquait que l'on fit retour sur les griefs très vifs d'un passé trop récent, la démocratie athénienne a voulu aussi complète que possible la réconciliation entre les citoyens, et c'est du même mouvement qu'elle a, pour l'avenir, créé l'institution de l'arbitrage, actualisant ainsi l'intérêt que, traditionnellement, elle avait toujours porté à un traitement satisfaisant des contestations entre particuliers<sup>55</sup>. Ainsi devaient être canalisés ou, du moins, détournés vers la négociation, tous les différends, tant publics que privés, opposant les uns contre les autres des Athéniens,

Sachant en effet que le mot d'ordre mh; mnhsikakei`n, enjoignant de ne pas « rappeler les malheurs » – entendons sous cet euphémisme la dictature oligarchique des Trente et la haine entre citoyens de camps opposés –, avait pour contenu concret l'interdiction d'intenter tout procès portant sur des événements que la cité voulait effacer de sa mémoire<sup>56</sup>, on comprend mieux encore tout ce qui, en revanche, associe un acte de réconciliation civique à une procédure d'arbitrage<sup>57</sup>, mais un arbitrage « pur » ou purifié, artificiellement maintenu dans son essence conciliatrice et qui n'introduirait à aucun procès.

En interdisant toutes les divkai qui rallumeraient les anciens ressentiments, la cité entend sans doute éviter que ne se rallume indûment la « colère » –, celle qui, dans la

<sup>53</sup> Diavlusii : Aristote, *Constitution d'Athènes*, 38, 3, 39, 1, 40, 1 ; sur les connotations qui s'attachent à ce mot, voir N. Loraux, « Le lien de la division » (cité n. 10) ; diallavteïn, diallaghv, à propos de 403 : Xénophon, *Helléniques*, II, 4, 38, Isocrate, *Contre Kallimakhos*, 25.

<sup>54</sup> Gernet 1955c : 117 n. 3 et 114.

<sup>55</sup> Dans l'oraison funèbre prononcée par Périclès chez Thucydide, c'est un préalable obligé de l'éloge de la démocratie : « c'est en vertu des lois que, pour les différends privés (αἰτιατὰ; ἰσθμὰ; διαδύφωρα), tous ont part à l'égalité » (II, 37, 1).

<sup>56</sup> Voir N. Loraux, « Forgetting in the memory of the Athenian democracy », à paraître dans les Actes du Colloque *Die Notwendigkeiten des Vergessens*, Einstein Forum, Potsdam, 1994.

<sup>57</sup> Ainsi, s'agissant de la réconciliation de Nakônè où sont constitués des groupes de cinq « frères électifs », composés à chaque fois de deux adversaires et trois citoyens neutres, je tiens pour pertinente l'intuition de D. Asheri selon laquelle il s'agirait de groupes d'arbitres (« Osservazioni storiche sul decreto di Nakone », *Annali della Scuola Normale Superiore di Pisa*, 12, 1982, p. 1033-1053), à condition d'ajouter, comme me l'a suggéré Yan Thomas, que ces procédures d'arbitrage sont *fictives* et destinées à le rester.

guerre civile, oppose les partis l'un à l'autre <sup>58</sup> mais aussi celle, qui peut-être n'est pas seulement un *topos* aristophanesque, des juges athéniens contre les accusés <sup>59</sup> – et, par là, tente de se prémunir contre le risque d'une continuation ou d'une réouverture de la *stasis* sur un autre terrain. D'autant que nos sources créditent le même Arkhinos, homme politique modéré et grand vainqueur de la restauration démocratique, d'avoir fait respecter l'amnistie en invitant les Athéniens à mettre à mort sans jugement un démocrate récalcitrant qui voulait rappeler le passé <sup>60</sup> et d'être l'inventeur de la *paragraphe*, cette « exception d'irrecevabilité », illustrée par le discours d'Isocrate *Contre Kallimakhos*, par laquelle un accusé pouvait empêcher la tenue du procès qui lui était intenté en contrevenant à l'amnistie <sup>61</sup>.

Ainsi, l'institution des arbitres témoigne peut-être par son existence même d'une résistance des Athéniens à l'étatisation de la justice, mais, dans la renonciation contractuelle, solennellement proclamée par les deux camps, à faire valoir leurs griefs et leurs droits devant les tribunaux, c'est d'une toute autre résistance que témoignaient les Athéniens : celle que la cité éprouvait devant l'éventualité de procès où elle voyait la poursuite de luttes qu'elle souhaitait par dessus tout oublier <sup>62</sup>.

Qu'il soit, pour finir, permis à l'historienne que je suis de sortir d'Athènes pour vérifier *a contrario* la logique ainsi reconstruite.

Dans le livre V de ses *Helléniques*, Xénophon évoque les affaires de Phlionte, cité du Péloponnèse qui, au IV<sup>e</sup> siècle, expérimenta à son détriment la difficulté qu'il y a pour une communauté de citoyens à procéder sans douleur au règlement d'une guerre civile. Le premier acte de ce qui semble d'abord être une réconciliation satisfaisante consiste à prendre la décision de laisser rentrer les exilés (pro-spartiates) en leur restituant leurs biens, quitte à dédommager aux frais de la collectivité les acheteurs de ces domaines ; et lorsque l'historien ajoute que « toute contestation entre les partis devait être réglée en justice (*divkh/ diakriqh`nai*) » <sup>63</sup>, le lecteur accoutumé aux faits athéniens s'interroge : est-ce là un contre-exemple ? Existerait-il une cité grecque qui n'ait pas craint de recourir à des procès pour régler les différends consécutifs à une réconciliation <sup>64</sup> ?

<sup>58</sup> La colère est à ce point constitutive de la *stasis* que l'acte de réconciliation de la cité arcadienne d'Alipheira (III<sup>e</sup> siècle avant notre ère ; voir Te Riele, *Mnemosyne*, 21 (1968), p. 343) substitue le verbe *mnasicola`n* (oublier la colère) au traditionnel *mnhsikakei`n*.

<sup>59</sup> Thème récurrent dans les *Guêpes* d'Aristophane, où la partialité au détriment de l'accusé semble de rigueur (voir 880-881, 893-894 et 942-943, mais qui, dans un plaidoyer comme le *Contre Eratosthène* de Lysias, prononcé en pleine restauration démocratique et devant un tribunal populaire contre l'un des Trente, prend tout son sens (90 : *ojrgizovmenoi*, 96 : *ojrgi%osqhte*).

<sup>60</sup> Aristote, *Constitution d'Athènes*, 40, 2. Il s'agit d'une procédure d'*apagwghv* excluant tout procès devant un tribunal.

<sup>61</sup> Rappelons qu'il était dès lors considéré comme demandeur et parlait le premier devant le tribunal. Sur tout cela, voir Paoli 1933 : 99 et 121-122.

<sup>62</sup> D'autant que, si la justice athénienne « est faite [...] pour sanctionner l'ordre qui est admis une fois que la société a retrouvé son équilibre » (Gernet 1955 a : 67), l'introduction de procès qui, revenant par exemple sur la confiscation de biens sous les Trente, eussent remis en cause l'ordre rétabli, contredisait par soi ce principe essentiel.

<sup>63</sup> *Helléniques*, V, 2, 10.

<sup>64</sup> Une telle disposition implique en tout cas qu'aucun serment d'amnistie n'ait été prêté entre les citoyens et leurs bannis.

La suite des événements montre sans tarder que la chose n'est pas si simple. Car, à en croire Xénophon, les habitants de Phlionte – ceux qui, animés de sentiments anti-spartiates, tenaient en main les affaires de la cité – refusèrent de fait aux anciens bannis la reconnaissance de leurs droits (tw'n dikaivwn). Ceux-ci demandaient, en arguant de la convention <sup>65</sup>, que les contestations fussent tranchées par un tribunal, mais ils précisaient – ou, très probablement, ils ajoutaient – que celui-ci devait être « égal », ce que la traduction que j'utilise interprète comme « neutre » (ejn ivsw/ dikasthrivw/ krivnesqai) <sup>66</sup>.

Neutre ? La phrase suivante éclaire ce qu'il faut entendre par là, établissant que « leurs adversaires obtinrent par contrainte que les contestations fussent jugées dans la cité même (ejn auth' th' povlei diadikavzesqai) » <sup>67</sup>. D'où il appert que l'appel à un tribunal « neutre » excluait par définition le recours à toute juridiction de la cité ; dans la logique des plaignants, cette instance équitable <sup>68</sup> ne pouvait donc être composée que de citoyens d'autres cités, ces « juges étrangers », en réalité *des arbitres*, auxquels, renouant avec une pratique de l'époque archaïque, les cités hellénistiques demanderont mainte fois de régler leurs différends <sup>69</sup>. Et Xénophon de donner la parole aux bannis objectant : « Quelle est donc cette justice où ce sont les coupables <sup>70</sup> qui jugent ? ». On se doute que les gens en place furent sourds à cette argumentation, si bien que, reprenant le chemin de l'exil, les autres allèrent se plaindre à Sparte.

La solution que le roi spartiate donna au problème, lorsque finalement, après un long siège, Phlionte se rendit, est drastique, mais instructive en ce que, sous couleur d'instaurer une procédure judiciaire inédite, elle entérine et perpétue de fait la division entre « ceux de la ville » et les autres, avec, pour seule visée, de remettre la cité à ces derniers. Agésilas décida en effet que « cinquante hommes parmi les anciens bannis et cinquante parmi ceux qui étaient restés en ville feraient le départ (ajnakri'nai) entre ceux qui, dans la ville, méritaient de vivre ou d'être exécutés ; ensuite on établirait la constitution d'après laquelle ils seraient gouvernés » <sup>71</sup>. Une telle décision se passe de commentaire : il est vain d'insister sur le fait que le sinistre tri entre ceux qui auront la vie sauve et ceux qui seront mis à mort ne concerne que les gens de la ville, dont on sait qu'ils s'opposaient aux menées spartiates dans le Péloponnèse, et il semble inutile de préciser que les constitutions mises en place par Sparte sont généralement pro-spartiates. Tout au plus observera-t-on que l'égalité numérique ostensiblement décrétée – cinquante d'un côté, cinquante de l'autre – était un leurre, puisque le même nombre de « sages »

<sup>65</sup> Mais quels en étaient précisément les termes ? Si le divkh/ diakriqh'nai de Xénophon en est une citation et non une expression condensée, pour les gens de Phlionte, il s'agissait évidemment des tribunaux civiques, mais la généralité de la formule pouvait prêter à toutes les exégèses.

<sup>66</sup> *Ibid.*, V, 3, 10 (traduction J. Hatzfeld, CUF).

<sup>67</sup> Le verbe diadikavzesqai implique le recours aux juridictions civiques, composées de dikastai% ; les bannis, eux, demandent que l'on tranche (krivnesqai).

<sup>68</sup> C'est ainsi que, pour ma part, je traduirais l'adjectif i[soi.

<sup>69</sup> Ainsi à Nakônè (voir note 57), où ce sont des étrangers qui ont réconcilié les citoyens entre eux.

<sup>70</sup> « Les coupables » (oiJ ajdikou`nte1) : ainsi, dans leur langue partisane, désignent-ils ceux dont l'ordre politique les a privés de leur cité et de leurs biens.

<sup>71</sup> *Helléniques*, V, 3, 25.

était censé représenter le corps civique de Phlonte, numériquement important, et le petit nombre des bannis <sup>72</sup>.

Phlonte, donc : ou du danger qu'il y a à confier à des tribunaux civiques le règlement d'un conflit entre citoyens ? Telle semble bien être la lecture grecque de cet épisode, et, à s'étendre un peu longuement sur les malheurs de la cité péloponnésienne, on projette une vive lumière sur l'interdiction athénienne de tout recours à la justice, s'agissant de faits de guerre civile. Façon de confirmer par d'autres voies l'idée que le procès athénien – et, sans doute, plus généralement grec – est une lutte. Ou, du moins, qu'il est bien perçu comme tel.

Si, en logique grecque, le procès tient bien du conflit, la complexité de la stratégie athénienne en matière de justice s'avère particulièrement intéressante en ce que, tout à la fois, elle en prend acte et s'attache à déjouer les implications d'un tel état de fait. Aussi importait-il de s'enraciner dans les années de la fin du V<sup>e</sup> siècle pour mesurer pleinement la distance que la démocratie restaurée entend maintenir entre la sauvegarde de sa concorde politique et l'exercice d'une justice dont le fonctionnement même est par soi un critère de démocratie, mais qu'elle préfère à tout prendre minimale et privée, même si elle se réserve d'en patronner l'organisation. Telles sont, me semble-t-il, les conclusions auxquelles invite une démarche historique soucieuse de confronter la quotidienneté tendanciellement intemporelle du procès à ces moments d'exception qui, sur fond de vives tensions, font l'événement.

#### BIBLIOGRAPHIE (LISTE DES ABRÉVIATIONS)

- Gernet 1917 : Gernet Louis, *Recherches sur le développement de la pensée juridique et morale en Grèce*, Paris, Ernest Leroux, 1917.
- Gernet 1955 : Gernet Louis, *Droit et société dans la Grèce ancienne*, Paris, Sirey, 1955 ; 1955a = « Sur la notion du jugement en droit grec », p. 61-81 ; 1955b = « La diamartyrie, procédure archaïque du droit athénien », pp. 83-102 ; 1955c = « L'institution des arbitres publics à Athènes », pp. 103-119.
- Gernet 1968 : Gernet Louis, Introduction (Deuxième partie : *Les Lois* et le droit positif) à Platon, *Les Lois*, deuxième tirage, Paris, CUF, 1968, pp. xvc-ccxvii.
- MacDowell 1986 : MacDowell Douglas M., *The Law in Classical Athens*, Ithaca, Cornell University Press, 1986.
- Paoli 1933 : Paoli Ugo Enrico, *Studi sul processo attico*, Padoue, 1933.

<sup>72</sup> Xénophon donne ces informations en V, 3, 16, avant de rendre compte du « règlement » imposé par Agésilas.