

THOMAS BERNS

Du *Sacer* au *Sanctus* : contre Agamben à partir du droit romain

ABSTRACT : Beside the notion of *sacer*, Roman Law defined another specific field related to the notion of *sanctus* - a field which is as essential and ambivalent than the former. In this article, I will show 1) that the *res sanctae*, unlike the sacred, pave the way for Right and are indifferent to the « bare life »; 2) that the focus of contemporary philosophy, and especially of Agamben, on the sacred, forgets the specifically legal dimension of the Sovereignty Question.

Keywords: Political Philosophy, Sovereignty, Sacred, Roman Law, *Sanctus*, Right, Giorgio Agamben, Yan Thomas, Michel Foucault, Bare Life

Dans ce texte, j'entends critiquer le plus globalement la référence à la notion de vie nue telle que produite par la pensée d'Agamben. On pourrait aussi exprimer cette critique, de manière plus nuancée, en considérant qu'elle entend dénoncer le fait de produire, sur une base prétendument foucauldienne, une théorie générale du pouvoir (en fusionnant en quelque sorte Foucault et ce que Foucault tente de prendre à contrepieds). Enfin, troisième manière de dire la même chose, ma critique portera sur la mécompréhension du champ juridique, et de l'importance de ce champ dans la pensée romaine, induite par le choix posé par Agamben, de privilégier la question du *sacer*, laquelle établit le lien de la politique à la vie nue.

En effet la notion de *sacer* trouve sa définition essentiellement dans le domaine du droit, mais elle y est définie, comme je le montrerai amplement, en la distinguant en droit – et le droit est tout entier ce travail de distinction subtile – de la notion de *sanctus*. Or il se fait que la notion de *sanctus* est, dans le champ du droit, bien plus riche, bien plus prometteuse, bien plus juridique, bien plus romaine, que celle du *sacer*. Le déplacement que j'entends ainsi produire du *sacer* au *sanctus* n'est donc à première vue que qualitatif : il y aurait plus à gagner à se concentrer sur la seconde notion plutôt que sur la première, sans annuler dès lors la totalité de l'entreprise agambenienne. Toutefois, j'espère de la sorte nouer un dialogue avec cette pensée exigeante, laisser entrevoir la difficulté qu'il y a à nouer un tel dialogue, indiquer les choix que cette pensée suppose, et rendre manifeste ce qu'elle laisse de côté, ce qu'elle empêche de penser, bref, et a contrario, ce dans quoi elle risque d'enfermer. Pour ce faire, je commencerai par rapidement retracer, et de manière inévitablement caricaturale ce à quoi nous invite la pensée d'Agamben en se concentrant sur la notion de *sacer*. Ensuite, et ce sera l'essentiel de l'apport de ce texte, je montrerai ce que nous invite à penser la notion de *sanctus* dans les textes du droit romain. Enfin, je tenterai de tirer quelques conclusions

plus générales sur le déplacement ainsi produit du *sacer* au *sanctus*. Ce déplacement consistera aussi à établir une brèche, au sein du paradigme de la souveraineté en éloignant le juridique du politique là où le lien établi par Agamben avec la notion de *sacer* entre souveraineté et vie nue semble donner lieu à une confusion entre politique et juridique (Agamben ne cesse en effet d'utiliser le syntagme « politico-juridique »).

1. La théorie de la souveraineté chez Agamben : *sacer* et vie nue

La théorie de la souveraineté proposée par Agamben dans *Homo sacer*, présuppose celle de Carl Schmitt, à savoir l'idée que le souverain est celui « qui décide de la situation exceptionnelle » (*Théologie politique*, 1988, p. 15), avec la prise en considération de la zone d'indistinction entre l'intérieur et l'extérieur de l'ordre juridique, de l'ordinaire, que cela dessine. Ce pouvoir souverain, tel qu'il se développerait sans médiation aucune, s'exerce au travers de la vie nue, en se mettant en rapport avec la vie nue, concept central et transhistorique de la théorie générale du pouvoir chez Agamben dont j'entends ici plus particulièrement amoindrir la portée. En quelques mots, l'apport d'Agamben est de pointer que la vie nue, qui n'est donc pas naturelle, puisque le fait que la vie soit nue relève d'une opération souveraine, est ce à partir de quoi le pouvoir souverain se développe et se maintient dans ses relations d'inclusion/exclusion (« dans l'exception souveraine, la loi s'applique au cas exceptionnel en se dés-applicant et en se retirant de lui », *HS*, p. 92). Car la vie nue est elle-même ce qui est inclus sous le mode de l'exclusion. C'est ce que dénote le fait de la considérer originellement comme « sacer », c'est-à-dire, selon l'ambivalence essentielle de ce mot : à la fois consacrée aux dieux et infâme, ou, dans l'analyse d'Agamben, à la fois insacriifiable et tuable hors de tout homicide, comme il l'indique en se référant à la définition donnée par Festus du *Sacer mons*, où il est dit, à propos de l'homme sacré qu'il « n'est pas permis de le sacrifier, mais celui qui le tue ne sera pas condamné pour homicide¹ ». La vie devient ainsi l'objet d'une violence qui est au-delà de tout droit ; elle n'appartient au domaine politique que sous la forme de son anéantissement. Et c'est là la « relation 'politique' originaire » nous dit Agamben. La vie, entendue au travers de cette exclusion inclusive, est le « contenu premier », la « prestation originaire » du pouvoir souverain (*HS*, p. 93) ; elle « sert de référent à la décision souveraine » ; et elle est sacrée « en tant qu'elle est prise dans l'exception souveraine » (*HS*, p. 95), disponible à la décision souveraine en deçà de tout droit et bannie de la communauté politique (Agamben reprend la question de l'abandon et de la mise au ban à J.-L. Nancy). Cette manière qu'a la décision souveraine de se référer à la vie, en produisant une

1 Cité par Giorgio Agamben, *Homo Sacer. Le pouvoir souverain et la vie nue*, Seuil, 1997, p. 81 (désormais cité directement dans le texte précédé de *HS*). Voici le passage du texte Latin, repris lui aussi par Agamben : entrée *Sacer Mons* du *De significatione verborum* de Festus : « neque fas est eum immolari, sed qui occidit, parricidi non damnatur ».

telle catégorie, et non à la volonté, est pour Agamben « l'élément politique originaire, l'*Urphanomenon* de la politique » (*HS*, p. 119).

Or, et c'est ici que les choses se compliquent, si le fait d'entrer dans le vocabulaire de l'exception et donc du seuil, de la limite, et de concevoir la part de violence liée à cet espace d'indistinction de l'exception, peut sembler justifié mais guère original, rien, par contre, ne me semble justifier l'entrée dans le vocabulaire de la vie nue, en ce que celle-ci serait dès lors l'objet d'une violence qui est au-delà de tout droit (et en ce que celle-ci définirait dès lors, contre Foucault, le support pour produire une théorie générale et continuiste du pouvoir). Nous tenterons d'enrichir ce débat en faisant un détour par le droit romain, et en montrant plus particulièrement que ce qui paraît hors de propos c'est le caractère sacré de la vie nue (avec la double dimension de ce qui est sacré, à la fois consacré et infâme donc insacrifiable et tuable, double dimension qui permet selon Agamben d'isoler et de produire originellement l'idée de vie nue). Contre cette approche concentrée sur le *sacer* de la vie nue, pour défaire en d'autres mots cette relation structurelle de la souveraineté à la vie nue, nous mettrons en avant le caractère central, et bien plus juridique, du *sanctus* dans le droit romain où Agamben prétend puiser son inspiration. Bref, le *sanctus* de la loi et du mur contre le *sacer* de la vie nue, et ce, en sachant que la distinction de ces deux notions en apparence voisines, et souvent confondues, est elle-même une distinction fondatrice du droit passée sous silence par Agamben.

Car, il faut reconnaître à Agamben le projet de suivre avec minutie l'entrelacement du politique et du religieux, depuis et dans leur différence, en résistant à la simplicité de l'idée d'une ambivalence en quelque sorte générique du registre du sacré aussi bien qu'à celle d'une naturalisation de la vie nue laquelle, je le répète, est pour lui le produit de la souveraineté. La rencontre du politique et du religieux, aussi bien que l'établissement souverain de la vie nue, sont rendus manifestes dans les textes juridico-politiques originaires, et Agamben s'en saisit plus précisément en se référant au texte de Festus déjà cité, lequel refléterait le moment où la vie est établie comme l'objet « d'une violence qui excède autant la sphère du droit que celle du sacrifice » (*HS*, p. 95). Cette volonté de déplier l'entrelacement du politique et du religieux me paraît à la fois essentielle et profondément inaccomplie dans *Homo Sacer*. La dépendance qu'elle induit par rapport au passage signalé de Festus me semble alors fonctionner aussi comme une invitation à sonder plus en avant la qualification de *sacer* et les notions voisines de celle-ci.

2. Le *sanctus* dans le droit romain

Partons, tout comme Agamben, du « dictionnaire » de Festus, mais en nous tournant vers des notions voisines de celle qu'il exploite, notions voisines que Festus cerne explicitement par un rapport de différence eu égard au sacré : « on appelle saint, ce qui n'est ni sacré ni consacré par la religion » (même si ce qui est sacré ou consacré peut aussi être saint) ; il s'agit « de toute chose dont la violation entraîne pour celui qui en est l'auteur une peine ou une amende déterminée par la loi » ; « d'où le mot

sanctio, appliqué aux lois ». Ce texte, lacunaire, est extrêmement complexe : outre le fait qu'il semble, en imputant cette nuance à Elius Gallus, considérer la notion de *sanctum* comme plus large que celle de *sacrum*, puisque ce qui est sacré serait sans doute aussi saint, il témoigne d'une profonde circularité : ce qui est traduit par « déterminé par la loi » est en fait la participe passif de *sancire* : *sancita*.² Est donc saint ce qui est sanctionné. D'où le lien entre loi et sanction. Et nous verrons plus loin que ceci a pour conséquence que la loi elle-même est sainte, au même titre qu'est saint ce qui est l'objet de la protection de la loi. Si nous nous tournons cette fois vers la notion de *religiosus*, dont la description est moins lacunaire, nous lisons que Festus considère, toujours en se basant sur Elius Gallus, que *sacer*, *sanctus* et *religiosus* peuvent être distingués de la manière suivante : « un édifice est sacré, il est consacré à un dieu ; saint est le mur qui entoure une ville ; *religiosum* est le tombeau où un mort a été enseveli ou enterré ». Et il répète que malgré ces distinctions bien connues, ces notions se croisent dès lors que ce qui est sacré est en plus « rendu saint par la loi ou par les institutions » ce qui signifie « qu'on ne peut le violer sans châtement » (et on peut aussi considérer que ce qui est sacré est religieux).³ A ce stade, nous avons trois notions considérées comme voisines mais nettement distinctes, malgré leur possible confusion, comme en atteste d'ailleurs aussi l'existence du mot composé *sacrosanctum* (qualification qui protège par exemple les tribuns du peuple). Outre que ces notions portent sur des objets différents (respectivement : un édifice consacré aux dieux ; les murs de la ville et la loi ; les tombeaux), elles se distinguent par les modalités de leur établissement (respectivement : le fait d'être consacré publiquement aux divinités supérieures ; le fait, nécessairement public lui aussi, d'être lié à la loi et protégé par une sanction ; le fait d'être consacré, de manière privée par l'acte même de la sépulture, aux divinités inférieures). Enfin, on serait aussi tenté de les distinguer par l'arrière-monde auquel la chose qualifiée est attribuée : consacré ou plus simplement destiné aux divinités supérieures pour ce qui est sacré⁴, et aux divinités inférieures pour ce qui est religieux. Mais ici, le *sanctus* est porteur d'une singularité radicale : il n'ouvre sur aucun arrière-monde. Ce qui

- 2 *Sancire* désigne globalement le fait d'établir, rendre inviolable, appuyer, affermir, assurer, sanctionner, ratifier. Il permet tout autant de désigner le fait d'appuyer un acte ou un choix par geste, de renforcer sa parole par le serment, d'établir une disposition ou des droits par une loi, mais aussi d'établir la loi elle-même, ou un traité. Quant à l'adjectif qui dérive du participe passé, il qualifie lui aussi prioritairement des lois, des institutions, des traités, des serments, la *fides*... en affirmant leur caractère établi, inviolable et/ou sanctionné. Toutes les considérations linguistiques autour du mot *sanctus* ont été enrichies lors d'une belle discussion avec M.-C. Meurisse que je remercie affectueusement.
- 3 Pompeius Festus, *De significatione verborum*, Paris, 1846, vol. II, XVII, p. 568 (entrée *sanctum* : « Sanctum ait dici Opilius Aurelius, quod nec sacrum est nec religiosum. At Aelius Gallus, quod utrumque esse videatur, et sacrum et religiosum : plerique autem, quod qui violaverit, ei poena sit, multave sancita... se ponetur pro... unde et santio dicta legum... »), XVI, p. 498 (entrée *religiosus* : « ... Inter sacrum autem, et sanctum, et religiosum differentias bellissime refert : sacrum aedificium, consecratum deo : sanctum murum, qui sit circum oppidum : religiosum sepulcrum, ubi mortuus sepultus, aut humatus sit, satis constare ait ; [...] quod sacrum est, idem lege aut instituto majorum sanctum esse putant, violari id sine poena non possit »), traduction légèrement adaptée.
- 4 Le juriste Trebatius, tel que rapporté par Macrobe (*Sat.* III, 3.2) définit simplement comme sacré ce qui est « destiné » aux dieux, ce qui est ainsi à eux.

est saint n'est pas attribué à quoi que ce soit ; le registre n'est plus celui de la transitivité indirecte. On serait tenté de dire que cette dernière est remplacée par une structure plus passive en ce que celle-ci présupposerait par contre un agent (sanctionnée *par* quelque chose), mais on devine déjà que la circularité de la sainteté résiste à ce type de déploiement : le passif se suffit à lui-même, comprend en lui-même tout son développement (qu'il s'agisse de la sanction qui tout au plus atteste de la sainteté, de la loi qui rend saint en étant sainte, et peut-être même du mur qui est saint en étant élevé ou aussi bien en étant franchi par Rémus et dès lors sanctifié par sa mise à mort) : et c'est aussi ce qu'atteste la dérivation phonétique et sémantique produite du participe passif *sancitum* à la forme plus adjectivale *sanctum* qui se suffit simplement à elle.⁵ C'est précisément ce passage vers une forme de sainteté qui se suffit à elle-même, mais qui en même temps atteste de l'entrée dans le registre du droit, qu'il s'agit de comprendre dans la différence qu'elle dessine par rapport au registre du *sacer*.

Prenons maintenant les textes juridiques pour mieux déployer les distinctions qui se sont dessinées. Dans le Titre VIII du premier livre du *Digeste*⁶, les choses sont divisées en deux «membres» : celles de droit divin et celles de droit humain, les premières n'appartenant à personne. Plus globalement, parmi les biens, par opposition aux personnes, il faut distinguer les biens qui peuvent être la possession d'un particulier (*res in patrimonio*) de ceux qui ne peuvent l'être, ni en fait, ni en droit (*res extra patrimonium*). Parmi ces derniers, il y a d'une part ceux qui le sont de nature (*res communes*), par la force des choses, et ceux qui le sont pour des raisons d'ordre public (*res publicae* et *res civitatum* ou *universitatis*), dont traite longuement le *Corpus*, ces trois types de *res* relèvent du droit humain; et d'autre part il y a les *res* qui ne peuvent faire partie d'un patrimoine pour (ou au nom de/, ou grâce à/...) leur nature soi-disant religieuse comme le sont les *res sacrae, religiosae et sanctae*.

Il convient déjà ici d'insister fortement sur le fait que nous nous situons dans le cadre d'une réflexion, sur les choses, réfléchies depuis leurs caractéristiques patrimoniales, et non sur les personnes, contexte dans lequel par contre se situe d'emblée Agamben, aussi indéterminé que soit le registre de la vie. Rappelons ensuite que les choses (*res*) sont elles-mêmes essentiellement réfléchies dans le droit romain en tant qu'objet de droit. Ce n'est pas tant la matérialité des choses qui est ainsi mise en jeu, au travers des distinctions que nous allons traiter, que ce qu'elles font dans le langage

5 Ceci pourrait aussi être réfléchi à partir de l'usage commun du mot « saint » dont il est si difficile de dire ce qui le justifie, sinon récupéré dans la spécificité du cadre institutionnel catholique qui a procéduralisé l'attribution de la sainteté. La Réforme est à ce titre parfaitement cohérente dans sa critique simultanée des saints et de l'institution catholique romaine.

6 Toutes les prochaines distinctions, parmi lesquelles les choses saintes, sont établies dans *Institutes* II, i, 1–10, chapitre dans lequel sont répétés certains des arguments repris par ailleurs dans le livre premier de la première partie du *Digeste*. Je me baserai essentiellement sur des citations tirées de ce dernier, en me basant sur l'édition de P. Krueger et T. Mommsen du *Corpus Iuris Civilis*, Berlin, 1954, vol. I, p. 39 et 40 pour tous les passages suivants). Les textes en questions compilent des citations de juristes antérieurs, essentiellement, pour ce qui nous occupe, Gaius, Ulpianus, Marcianus et Pomponius (IIe et IIIe siècles). Aussi peu représentatif de l'esprit du droit romain que soit le texte du *Digeste* par son caractère codifié, les extraits cités ici ne m'en semblent pas moins exemplaires de l'inventivité propre à l'histoire longue du droit romain.

du droit, en ce que celui-ci dessine une différence par rapport à la réalité matérielle. Ceci signifie que le langage que nous devons adopter ci-dessous permet d'ouvrir sur une certaine flexibilité par rapport à la réalité, flexibilité dont il s'agit de profiter étant donnés les problèmes que pose cette dernière. Cette flexibilité se vérifie tout particulièrement dans les sujets traités ici : le propre d'une chose est d'être réfléchi comme objet de droit, donc pour aller vite sous un angle patrimonial, or nous nous concentrons sur des choses qui échappent à cette patrimonialité, par mille artifices propres au droit, et entre autres, pour ce qui est des choses saintes, en ce qu'elles échappent au patrimoine *comme si* elles étaient liées aux dieux. De la même manière, aussi choquant que cela puisse paraître, certaines personnes peuvent être réfléchies comme des choses, tels les esclaves. On ne peut rien comprendre aux notions ici traitées si on ne veille pas à rester sensible à ce décollement de la réalité vitale et naturelle (ou pensée comme telle) que dessine le droit et ses « opérations »⁷.

Parmi les choses, pensées comme objets de droit, et au sein de celles-ci, parmi les *res extra patrimonium* ou *extra commercium*, il faut donc distinguer les choses qui échappent à la patrimonialité et au commerce par le droit humain, et celles qui y échappent par le droit divin. Et parmi ces dernières, il faut donc encore distinguer a) les choses sacrées (*res sacrae*) qui doivent avoir été consacrées publiquement, comme un temple, mais aussi, comme les soldats, le camp militaire ou encore le territoire de Rome, toute chose dont les juristes ne parlent pas⁸; b) les choses religieuses (*res religiosae*) que sont toutes les sépultures du simple fait privé qu'un mort y soit enseveli; c) et enfin les choses dites « saintes » (*res sanctae*) qui sont celles qui nous intéressent. En effet, en suivant Marcien, « les choses sacrées, les choses religieuses et les choses saintes n'appartiennent à personne. »⁹

Ces trois types de choses n'appartenant à personne relèvent de manière fondamentalement différente du droit divin (pour le reste fort absent du droit civil romain¹⁰). En effet, les choses saintes, dont font partie les murs, ont une relation moins directe et plus vague avec ce droit divin qui leur permet comme aux deux autres catégories de n'appartenir à personne, ni aux particuliers, ni même à la communauté. Gaius laisse bien apparaître cette différence en précisant que « les choses saintes, comme les murs, les portes de la ville, sont aussi, *en quelque sorte*, de droit divin. »¹¹ *Ce quodammodo* est

7 Cfr. Yan Thomas, *Les opérations du droit*, Seuil-Gallimard, 2011.

8 Cfr. pour cela Jacques-Henry Michel, « L'image de la ville chez les Anciens », in: *Images de la ville*, éd. par G. VIRÉ, Bruxelles, 1986, qui développe le difficile caractère sacré de la ville entre autres grâce à son analogie avec le camp militaire, tout en reconnaissant par ailleurs, à propos des remparts et des portes comme *res sanctae*, que « les jurisconsultes romains sont incapables de justifier cette catégorie spéciale parmi les *res divini juris* » (p. 4).

9 « *Sacrae res et religiosae, et sanctae, in nullius bonis sunt* », *Ibid.*, I, 8, 6, 2.

10 Cfr. Riccardo Orestano, « *Dal ius al fas. Rapporto fra diritto divino e umano in Roma* », in: *Bolletino dell'Istituto di diritto romano*, 1939, V, p. 194–273. Sans doute le droit pontifical, tel que l'établit le Collège des Pontifes dès le début de l'histoire romaine, nous aurait offert une lecture plus théologique des choses sacrées et saintes (cfr. Auguste Bouché-Leclercq, *Les pontifes dans l'ancienne Rome*, Paris, 1871, p. 82 et svtes.), mais le peu de traces qu'il nous reste, entre autres grâce à certains textes de Festus cités, nous permet seulement de l'envisager depuis son intégration dans le cadre des intérêts 'civils' propres au droit romain ultérieur.

11 « *Sanctae quoque res, veluti muri et portae quodammodo divini juris sunt* », in: *Digeste*, I, 8, 1, je souligne.

essentiel : il nous indique que la qualité de droit divin qu'auraient ces choses est plus analogique et plus opératoire que réelle. Que ce soit dans l'article cité du *Digeste*, ou dans le *Commentaire* de Gaius que cet article synthétise, les choses relevant du droit divin sont d'ailleurs d'abord distinguées entre choses sacrées et choses religieuses, selon les divinités auxquelles elles sont consacrées (supérieures ou inférieures) et selon les actes (publics ou privés) que suppose cette consécration, avant que ne leur soient ajoutées, à l'aide du *quodammodo* les choses saintes. La fin du troisième livre sur la nature des dieux de Cicéron est hautement emblématique de cette ambivalence du saint, dont le lien au divin semble exclusivement lié à la volonté de le protéger, et d'autant plus que c'est le stoïcien Lucilius Balbus qui s'exprime en prenant la défense de la religion : cette défense est celle des autels, des foyers, des temples et des sanctuaires, mais aussi des murs de la cité que les pontifes disent saints, et la religion défend ainsi mieux la ville que les murs¹² !

Le droit divin des *res sanctae*, indifférent à la nature réelle des choses qu'il définit comme saintes sinon de manière à les protéger, n'est donc pas du tout une consécration aux dieux, mais une manière de les protéger contre l'injure *comme si* elles leur étaient attribuées. Selon Marcien en effet :

« On appelle saintes les choses qui sont écartées [*defensum*] et protégées [*munitum*] de l'injure des hommes. On les appelle saintes, du mot *sagmen* [verveine], c'est-à-dire la plante que les ambassadeurs du peuple Romain ont coutume de porter, et qui met leur personne à couvert de toute injure »¹³.

De même, en suivant Ulpien :

« On appelle proprement choses saintes, celles qui ne sont ni sacrées ni profanes, mais qui ont été confirmées par une sanction. Ainsi les lois sont saintes, parce qu'elles sont soutenues [*subnixae*] par une sanction particulière : ce qui est soutenu par une sanction est saint, quoiqu'il ne soit pas consacré à dieu. On ajoute même quelquefois dans les sanctions que celui qui commettra quoi que ce soit à leur rencontre, sera puni de mort. »¹⁴

La peine, la sanction, apparaît comme un élément essentiel de ce qui est dit « saint »¹⁵. Elle atteste essentiellement de la sainteté, et en cela distingue la sainteté du sacré (qui est lui aussi protégé, protection qui peut d'ailleurs être renforcée par la sainteté, mais

12 « ... urbis muris quos vos pontifices sanctos esse dicitis diligentisque urbem religione quam ipsis moenibus cingitis », Cic. *De Natura Deorum*, III, xl, 94.

13 « Sanctum est, quod ab injuria hominum defensum atque munitum est. Sanctum autem dictum est a sagminibus: sunt autem sagmina quaedam herbae, quas legati populi Romani ferre solent, ne quis eos violaret », *Ibid.*, I, 8, 8 (p. 82).

14 « Proprie dicimus sancta, quae neque sacra neque profana sunt, sed sanctione quadam confirmata: ut leges sanctae sunt, sanctione enim quadam sunt subnixae, quod enim sanctione quadam subnixum est, id sanctum est, etsi deo non sit consecratum: et interdum in sanctionibus adicitur, ut qui ibi aliquid commisit, capite puniatur », in: *Ibid.*, I, 8, 9, 3. Nous revenons plus loin sur le fait fondamental que la loi elle-même est dite sainte.

15 Sur cette base, ce qui est saint pourra très communément exprimer l'absence de faute, l'innocence : voir par exemple Virg. *Aen.*, XII, 648.

qui est plus essentiellement consacré à/ et par/, avec l'exclusion de ce qui est consacré qui en découle) et du religieux dont la violation n'est qu'un péché.

L'exemple paradigmatique d'une chose sainte est donné par les murs de la ville de Rome. Et c'est sans doute dans ces textes de droit romain, plus particulièrement ceux transmis par le *Digeste* que l'on trouve la justification la plus explicite du fratricide de Romulus¹⁶:

« Si quelqu'un profane les murs de la ville, il sera puni de mort, par exemple, s'il les franchit, après avoir approché des échelles ou de toute autre manière: en effet, il n'est pas permis que les citoyens Romains sortent autrement que par les portes, sans quoi, on commet une action abominable et dénotant un ennemi; *et de fait*, Rémus, frère de Romulus, a été tué, selon la tradition pour avoir voulu franchir les murs. »¹⁷

Je soulignerai avant tout que l'évocation du fratricide ici présente, articulée au reste du texte par un *nam*, n'est bien sûr pas une cause mais une confirmation, et une confirmation profondément paradoxale au sens où elle n'apparaît comme rien d'autre que comme le mouvement d'établissement de la sanction par son acte même, au moment le plus originel. Il n'est ainsi pas anodin du tout que le mur soit l'exemple paradigmatique de la chose sainte: le meurtre de Rémus au nom de la violation des murs qu'il commet, et ce avant même que ceux-ci n'existent véritablement, ne représente ni plus ni moins que l'entrée dans le registre du droit et l'appui nécessaire d'une telle entrée sur une sanction.

Bref, on ne peut qu'aller dans le sens de H. Fugier et reconnaître que de manière assez originaire, *sanctus* signifiait exclusivement «sanctionné», ou encore «garanti, sûr, respectable, respecté», et se rapportait de ce fait à des choses humaines dont le statut dépendait essentiellement de la sanction qui les accompagnait, tandis que *sacer* se rapportait plutôt à des choses divines et signifiant dès le droit pontifical «tout ce qui est destiné aux dieux»¹⁸ et que l'État déterminait tel au travers des actes de consécration par le collège des pontifes. Comme l'affirme Fugier, «*sacer* qualifie les choses 'relevant des dieux', et *sanctus* celles qui – humaines par leur nature – reçoivent néan-

16 J'ai montré par ailleurs (T. Bernis, *Violence de la loi à la Renaissance. L'originnaire du politique chez Machiavel et Montaigne*, Kimé, Paris, 2000, p. 39–70) combien le fratricide commis par Romulus est un problème lancinant dans la littérature latine, qui tantôt cherche à l'atténuer, tantôt le critique, tantôt tente de l'imputer à d'autres acteurs, avant de devenir bien entendu l'objet d'une dénonciation unanime dans la littérature chrétienne, qui en fait un des symboles de l'absence d'unité de la cité romaine, laquelle ne devait dès lors sa puissance qu'à la providence divine. A ce titre, par leur froideur les textes juridiques font figure d'exception (cette exception justifie aussi la présente analyse). Il faudra ensuite attendre les textes de Machiavel (principalement dans *Disc. I*, 9) pour assister à une prise en considération aussi froide du fait du fratricide, laquelle servira de base à l'accusation de «machiavélisme».

17 « Si quis violaverit muros, capite punitur: sicuti si quis transcendet scalis admotis, vel alia qualibet ratione: nam cives Romanos alia, quam per portas, egredi non licet: cum illud hostile et abominandum sit: *nam* et Romuli frater Remus occisus traditur ob id, quod murum transcendere voluerit. » *Digeste*, I, 8, 11 reprenant: POMONIUS, *Ex variis lectionibus*, II, traduction revue, je souligne.

18 « Quicquid destinatum est deis, sacrum vocatur »; ou encore « quicquid est deorum habetur » comme l'affirme sans ambiguïté Trebatius (cité par MACROBE, III, 3,2 et III,7,3).

moins une 'garantie' plus qu'humaine »¹⁹: les choses sont « sanctae » lorsqu'elles sont « écartées et protégées de l'injure des hommes »; en tant que telles, elles ne sont pas sacrées mais demandent d'être « confirmées par une sanction », pour devenir, mais seulement « en quelque sorte », de droit divin. Benveniste²⁰ abonde en ce sens en notant que se dessine donc une différence entre ce qui relève du divin par une opération des hommes (les murs), en mettant l'accent sur cette opération, et le sacré qui semble qualifier des états naturels, des espaces, dont la « valeur propre, mystérieuse »²¹ est en jeu. Cette différence, qu'on serait tenté de qualifier d'objective ou 'de nature' se retrouvait sans doute dans les actes²² qui permettaient de proclamer telle entité sacrée et telle autre sainte: pour la première, une *consécration* (avec assistance des pontifes) est nécessaire; pour la seconde, il s'agit d'une simple *sanction* légale, et le but en est uniquement de garantir la chose sainte de toute violation, alors qu'avec la première, s'il y a bien sûr une volonté de protéger, celle-ci s'assortit clairement du fait d'être consacrée *aux* dieux. La teneur plus strictement juridique ou moins directement religieuse de la sainteté est attestée par le fait que cette dernière est intimement liée à la punition que suppose le fait de l'avoir violée²³. Cette liaison essentielle du saint à une peine, qui différencie fondamentalement le *sanctus* du *sacer* (dont la mise au ban et le fait de pouvoir être mis à mort sont précisément autre chose que le châtement), ressort de tous les quelques textes traitant de cette question: comme on l'a vu, tous les auteurs²⁴ qui évoquent le « saint », ajoutent immédiatement que sa violation est passible de peine.

Insistons ensuite, quant à ce rapport du *sanctus* à la sanction, et toujours à la suite de Fugier et de Benveniste, sur son caractère immanent. Ce qui est saint ne doit pas être vu comme le *résultat* d'une sanction, mais comme le fait même d'être sanctionné, garanti (participe passif de *sancire*), directement inhérent et même équivalent à l'action qui l'établit. Que suppose cet établissement pour le droit romain? Que la chose établie comme « sancta » soit simplement « confirmée » (*confirmata*), « protégée » (*munita*) ou « appuyée » (*subnixta*) par une sanction. Une telle immanence de la sainteté d'une chose à son appui par une sanction est difficile à exprimer, sinon en notant que rien ne s'ajoute au fait de la sanction, au point que ce soit le fait même d'appuyer ce qui est saint sur une sanction, qui soit dit saint et exprime la sainteté (et au point comme on l'a vu de faire du geste fratricide originel ce qui établit paradigmatiquement la sainteté du mur, mur qui lui-même est comme tel une protection et une limite qu'il s'agit de garantir. Cette immanence ne peut être exprimée que par une circularité, sur

19 Huguette Fugier, *Recherches sur l'expression du sacré dans la langue latine*, Paris, 1963, p. 197.

20 Emile Benveniste, *Vocabulaire des institutions indo-européennes*, II, Paris, 1969, p. 187 et svtes.

21 *Ibid.*, p. 191.

22 Cfr. à ce sujet, A. Bouché-Leclercq, *Op. cit.*

23 Cette idée d'un interdit soutenu par une punition vaut certes aussi pour les choses sacrées, qui seraient peut-être, selon Festus, d'office saintes, mais elles n'en restent pas moins dépendantes du fait d'être consacrées à quelque-chose, détermination que n'ont pas les choses saintes.

24 Voir en particulier Isidore, *Orig.*, XV,iv, en plus des textes de Cicéron, Festus et Ulprien déjà cités.

laquelle s'est déjà arrêté Benveniste : « est *sanctum* ce qui est appuyé d'une *sancio*, forme abstraite du mot *sanctum* ». ²⁵

A ce stade, nous pouvons enfin nous tourner vers un autre usage de *sanctus*, qui en rendra tout particulièrement visible à la fois la circularité et l'ampleur bien plus générique qu'on aurait pu le croire : *sanctus* est employé pour qualifier toute chose, ou toute disposition, qui « est garantie par une loi » (« *sancta est lege* » ²⁶). Mais il faut aller plus loin encore, et c'est là que les choses deviennent cruciales pour notre propos : comme le soulignent Ulpien et Festus dans un des passages cités ci-dessus, la loi (qui peut donc servir à garantir, qui rend *sancta* telle ou telle disposition) doit être considérée elle-même comme *sancta*, en tant qu'elle prévoit une peine (capitale) pour celui qui la viole. Cette circularité de la loi n'est pas un simple cas particulier des possibles développements du *sanctus*; elle lui est inhérente, elle est le reflet même de sa logique propre en tant que ce mot dénote la garantie purement intrinsèque au mouvement assurant une garantie, le respect de ce qui assure le respect, c'est-à-dire le fait que la loi elle-même doit être protégée pour protéger ou encore le fait que le propre de la loi est d'être mise en jeu en tant que telle quand une atteinte est portée à ce qu'elle protège, bref que la loi signifie la sortie du monde des choses et des êtres.

C'est là la circularité de la loi considérée de manière originaire... et c'est donc aussi bien la circularité qui justifie le fratricide de Romulus, ou plutôt le fratricide de Romulus 'signifie' ce moment originaire en ouvrant sur le droit. C'est pour cela que les textes juridiques évoqués peuvent ne pas poser le problème de condamner ou non les actes de Romulus, problème qui ne cesse d'embarrasser toute la littérature latine, car il s'agissait d'un premier acte purement prescriptif, par lequel le droit lui-même s'établit, c'est-à-dire se fait *et* se fonde : le fratricide a une valeur intimement liée à la question de la loi, de l'entame de son autorité.

Yan Thomas, dans un très bel article intitulé « De la 'sanction' et de la 'sainteté' des lois à Rome » ²⁷, témoigne parfaitement à mes yeux du fait que la sainteté met en jeu l'idée même de la loi, en voulant pourtant montrer qu'une des spécificités de l'évolution du droit romain résidait dans le fait qu'il s'est développé assez rapidement en externalisant la formulation de la sanction par rapport à celle de la prescription : une première formule énonce la prescription, une seconde énonce la sanction pour le cas où la prescription est violée. Cette isolation de la sanction, dans un second impératif, témoignant du fait qu'il s'agit ainsi de punir un comportement *adversus legem*, du moins dans le cas des lois « moins que parfaites », c'est-à-dire des lois qui ne s'imposent pas d'elles-mêmes en frappant d'inexistence ou de nullité ce qui les aurait déniées, comme le font les lois parfaites qui ne réclament à ce titre pas de sanction. Dans ce cas des lois « moins que parfaites » (qui représente en fait la majeure partie du registre juridique) qui soumet à une sanction sans pouvoir les annuler les actions

25 E. Benveniste, *op. cit.*, p. 189.

26 Cfr. Fugier, *Op. cit.*, p. 181, qui propose plusieurs exemples de cette expression dans laquelle *sancta* exprime encore fortement le fait d'être sanctionné par la loi.

27 Yan Thomas, *Op. cit.*, p. 85–102.

qui contredisent la loi (sans donc pouvoir directement agir sur la réalité), la question de la sanction est essentielle. Mais, à l'encontre de la théorie kelsénienne, elle n'est pas, dans le droit romain, une partie constitutive de la norme juridique : elle la dédouble plutôt, de manière extérieure à elle. La sanction est ainsi inhérente à un monde dans lequel la norme juridique est déjà affirmée positivement comme prescription mais réclame immédiatement d'être confirmée dans la spécificité de sa juridicité : elle n'est pas la conséquence immédiate d'un comportement prévu par la prescription ; elle est la conséquence d'une violation de la prescription, c'est-à-dire de la loi elle-même, en la dédoublant en quelque sorte. S'établit ainsi un « statut commun à tout ce que le droit protégeait par une barrière d'inviolabilité »²⁸. Le fait que les murailles soient l'exemple paradigmatique à partir duquel le registre de la sainteté peut se penser, alors même que c'est aussi la loi elle-même dans sa généralité qui peut ainsi être déclarée sainte prend ici pleinement son sens : dans les deux cas, ce n'est pas l'essence de la chose qui est concernée mais sa position instituée « retranchée derrière la menace qui dissuade autrui de l'atteindre »²⁹. C'est donc précisément en ce que les murs, les traités et les lois « moins que parfaites » sont en eux-mêmes destructibles, sont corruptibles (comme le prouve le geste de Rémus), qu'ils sont déclarés saints, mais seulement par un « effet d'institution ». Leur inaltérabilité s'affirme comme n'étant en rien de l'ordre de leur essence, mais en ce qu'elle est au contraire produite par les protections qui les entourent : c'est précisément ce qu'exprime *sancire*.

La sainteté de la loi, parfaitement immanente à la sanction, a donc ceci de particulier qu'elle rend visible la sortie du monde des choses et l'entrée dans le registre du droit et des opérations qui en témoignent, au plus loin de toute naturalité. Si le mur est le paradigme le plus originel du saint, c'est en tant que limite dont la protection doit être pensée, par-delà toute valeur propre, en ce qu'elle est le fait d'une institution strictement humaine, quitte à ce que cette humanité de la protection doive s'exprimer *comme si* elle était divine. Si le fratricide de Romulus est ce qui exprime le mieux cette sainteté, c'est en tant que la sanction qui s'y manifeste en acte établit comme telle l'ordre de la sanction et l'entrée dans le registre lui-même saint de la loi.

3. Du *sacer* au *sanctus* : le droit au plus loin de la vie

Cette circularité affrontée par ce qui est *sanctum* est tout autre que l'ambivalence du *sacer*. On peut même dire que ces deux mots existent pour distinguer deux manières de porter sur le moment du seuil propre à toute réflexion originaire sur l'autorité. Toutes deux nous font indéniablement entrer dans le champ constituant de l'exception, de la limite, propre à la souveraineté. Mais cette exception souveraine peut être pensée de deux manières, depuis ce sur quoi elle porte, en ce qu'elle signifie un partage du réel, ou depuis elle-même, dans sa propre répétition et sa propre différence, depuis

28 *Ibid.* p. 93.

29 *Ibid.*

son bégaïement. Par un mouvement d'exclusion, par l'établissement d'une extériorité, quitte à ce que celle-ci se développe originellement dans un rapport d'inclusion/exclusion vis-à-vis du sacré. Ou alors, de manière plus interne, par réflexion, eu égard aux protections nécessaires à ce qui est souverain, depuis les circularités et répétitions qui permettent à la loi de se réfléchir comme sainte.

L'ambivalence du *sacer*, qui désigne à la fois ce qui est consacré aux dieux et ce qui est tuable, cette ambivalence qui fait de la vie nue, sacrée et exclue, l'objet primordial de la politique et le référent essentiel du pouvoir souverain, a pour conséquence que ce qui est ainsi désigné appartiendra en tant que tel, dans son être même, à autre chose que la société humaine. Certes, ce n'est pas pour autant la nature première de la chose elle-même qui est ainsi en cause, puisque cette exclusion inclusive découle de l'opération souveraine, mais cette dernière est comprise en ce qu'elle affecte désormais directement l'être de cette chose, comme produisant des partages dans le réel de la communauté, au point de faire comme tel émerger l'idée de vie nue. A ce titre, chez Agamben, il s'agit au sens strict d'une théologie politique, qui fonde aussi bien la politique que le droit (en confondant donc ceux-ci).

A l'opposé, avec le *sanctus*, c'est sur l'opération juridique et le fait même de la prescription juridique qu'est mis l'accent, avec la circularité propre à la question de l'autorité de la loi que cela suppose. Avec aussi ce que cela révèle quant à une inévitable violence inaugurale, certes, mais une violence originelle toujours dépassée : en tant que telle cette violence est dépourvue de sens, elle n'est donc en rien l'origine *pure* de la loi ; le fratricide n'a pas de sens indépendamment de ce à quoi il aura donné lieu³⁰, de la sainteté de la loi sur laquelle il ouvre. Originellement, aucun partage des êtres n'a été exigé, aucune vie n'a été isolée, seul le chemin du droit a été ouvert.

Cette circularité du *sanctus* atteste donc avant tout de l'artificialité spécifique au registre juridique dans son déploiement même, alors que l'ambivalence du *sacer*, sans bien sûr découler de la nature première des choses, ne peut que gommer cette artifi-

30 La circularité attestée par le *sanctus* de la loi ouvre aussi sur une inévitable double genèse du droit et des institutions. Cette circularité équivaut à reconnaître qu'on ne peut que surseoir ou différer ce qui témoignera de l'effectivité du *sanctus*. Cette inévitable double genèse des institutions est tout particulièrement rendue manifeste par Machiavel quand il fait l'éloge des institutions romaines, au début des *Discorsi sopra la Prima Deca di Tito Livio* : après avoir montré ce qui lie, dans l'histoire romaine (et contrairement à Sparte par exemple), l'absence de bon législateur, la production d'un ordre depuis les tumultes, et la puissance de la cité romaine, peuplée et populaire, Machiavel s'arrête, seulement au chapitre 9, sur le fratricide et les actes de violence qui inaugurent l'histoire romaine en les considérant comme pleinement justifiés dans un tel cadre. L'origine de la cité romaine est de la sorte toujours pensée comme « différée ». Différée quant à la structure même du propos par Machiavel qui commence par faire de l'histoire conflictuelle romaine ce qui a déterminé ses institutions sur la base d'une indétermination première, avant de s'arrêter sur ce qui entame cette histoire, dont il peut alors assumer entièrement (pour la première fois dans l'historiographie de Rome) le caractère violent qui ouvre sur cette différence, sur ce sens différé. Différée quant au contenu : à proprement parler, cette violence originaire, au nom de laquelle le pas pourrait être franchi de Machiavel au machiavélisme, ne détermine rien, n'est pourvue d'aucun contenu ; elle ouvre seulement sur une histoire toujours différée. C'est bien la différence au sens derridien que nous rencontrons ici : ce qui est premier, c'est une différence. Voir pour ceci mon article « Prophetic Efficacy: the Relationship between Arms and Orders », International Conference *Machiavelli's The Prince: Five Centuries of History, Conflict and Politics*, ed. Brill (« Thinking in Extremes: Machiavellian Studies. »), 2015, p. 230–245.

cialité, au titre d'un rapport du pouvoir souverain avec la vie même³¹. Serions-nous là face à un choix primordial et indépassable entre deux visages de la souveraineté, l'un juridique, l'autre théologico-politique ? Certainement, mais à ceci près que le second semble exclure la prise en considération du premier, là où au contraire le vocabulaire de la sainteté de la loi n'exclut pas celui du sacré, mais le relativise fondamentalement : à ce titre, mon intervention pourrait se limiter à poser une distinction première, laquelle annule *de facto* le caractère véritablement originaire d'une relation du pouvoir souverain avec la vie, mais en notant en outre que ce travail de distinction est le propre du droit lui-même et que donc ce rapport à la vie est essentiellement circonscrit, voire exceptionnel au sens le plus banal du mot ; que ce rapport à la vie, secondaire, circonscrit et seulement exceptionnel au sens le plus banal du mot, ne subsiste durablement qu'au prix de sa combinaison avec le registre du saint, comme en attestent les croisements du sacré et du saint dans l'expression « sacro-saint » avec l'arsenal de sanctions qui les accompagnent ; et enfin, que la qualification du *sanctus* que j'ai voulu ici restaurer n'est elle-même pas exempte des caractéristiques inévitablement circulaires propres au temps du seuil, de l'exception, voire de la part de violence (le fratricide) qui à un moment ou un autre doit accompagner cette remontée vers la fondation, mais précisément pour ne pas s'y complaire, pour annuler toute forme de suffisance de ce moment prétendument originel, et indiquer que le seul sens de la sainteté réside au contraire dans le devenir saint de la loi elle-même, non plus dans la violence de son origine, mais dans la cohérence interne de son développement et dans le statut général qu'elle parvient à dessiner malgré, en quelque sorte, ses soubresauts originels.

Disons-le de la manière la plus concrète : le pouvoir souverain, quand il s'affirme apparemment le plus dans sa puissance d'exception, et quand il se frotte en apparence le plus à la vie nue – je pense par exemple à ces zones d'entre-deux qui se multiplient tragiquement en Europe et dans ses marges, ses frontières, ses mers -, ce pouvoir souverain, donc, ne se soucie fondamentalement pas de la vie, ni ne s'en saisit, fût-ce au travers d'une relation d'inclusion/exclusion, de mise au ban, telle que cernée par Agamben. Au contraire, la force de ce pouvoir souverain, aussi bien que ses limites positives et même ses faiblesses, résident précisément dans son indifférence par rapport à toute vie, dans son caractère solipsiste ou autoréférentiel tel que révélé par Foucault³², sinon peut-être – et cette fois contre Foucault – que ce solipsisme ne consiste plus

31 En effet, que ce soit dans *Homo Sacer* ou dans *Etat d'exception*, Agamben ne cesse d'insister sur le fait que la vie nue ne préexiste pas comme telle à sa saisie, mais ceci l'amène à affirmer, dans une formule particulièrement mystérieuse, que « vie et droit [...] résultent de la fracture de quelque chose à quoi nous n'avons d'autre accès qu'à travers la fiction de leur articulation et le travail patient qui, en démasquant cette fiction, sépare ce qu'on avait prétendu réunir » (G. Agamben, *Etat d'exception. Homo Sacer*, Seuil, 2003, p. 147). Au final, les apories de l'état d'exception trouvent leur solution, ou leur expression synthétique, aussi paradoxale soit-elle, dans le fait que la norme, sous la forme de la décision souveraine, se « réfère immédiatement à la vie et en émane » (*Ibid.* p. 143), et que « la signification immédiatement biopolitique de l'état d'exception » est la « structure originale où le droit inclut en soi le vivant travers sa propre suspension » (*Ibid.*, p. 12–13).

32 Voir à ce sujet mon livre *Souveraineté, droit et gouvernementalité. Lectures du politique à partir de Bodin*, Léo Scheer (collection « Non et non »), Paris, 2005.

tant dans le fait d'une souveraineté qui voudrait parfaitement se vérifier elle-même (le visage légal de la souveraineté), que dans un souci de se déployer dans le respect de sa propre cohérence artificielle et limitée, de sa propre sainteté (le visage juridique, voire procédurier, et même, comme on l'a vu au travers de ses circonvolutions, bégayant, de la souveraineté).

THOMAS BERNS

Professeur à l'Université Libre de Bruxelles, Directeur du Centre de recherches en philosophie – PHI, <http://phi.ulb.ac.be/>, et de l'Institut interuniversitaire Renaissance et Humanisme (IRH), Université Libre de Bruxelles, CP 133/02, Av. F. Roosevelt, 50, B-1050 Bruxelles, Tél: 00322/6504717, E-mail: tberns@ulb.ac.be



This material is under copyright. Any use outside of the narrow boundaries of copyright law is illegal and may be prosecuted.

This applies in particular to copies, translations, microfilming as well as storage and processing in electronic systems.

© Franz Steiner Verlag, Stuttgart 2016