

Comment rire des lois, du magistrat et des dieux en droit des contrats ? ou Petit manuel juridique pour Anarchist/Prostitute...

Simon Saint-Onge

Volume 4, Number 1, 2023

Contraintes et droits

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1108310ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1108310ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

UQAM Département des sciences juridiques
UQAM Faculté de science politique et de droit

ISSN

2563-9250 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this document

Saint-Onge, S. (2023). Comment rire des lois, du magistrat et des dieux en droit des contrats ? ou Petit manuel juridique pour Anarchist/Prostitute.... *Communitas*, 4(1), 102–123. <https://doi.org/10.7202/1108310ar>

Article abstract

This text proposes the analysis of article 1134 of the French Civil Code “Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites” in the light of the revolutionary period and certain of its actors. Thus, the preference of the legislator of 1804 for the word “convention” rather than “contract” can be questioned according to an approach developed by the historian Reinhart Koselleck; and in the spirit of the philosophies of law and politics of Miguel Abensour; Boyan Manchev; and Laurent de Sutter. The objective being to propose how to laugh at the laws, the magistrate and the gods in contractual rights. Something like a little legal manual for “anarchist/prostitute”, which “figures out the true meaning of contractual freedom.”

© Simon Saint-Onge, 2023



This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

<https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/>

Comment rire des lois, du magistrat et des dieux en droit des contrats ?

ou

Petit manuel juridique pour *Anarchist/Prostitute*...

Simon Saint-Onge¹

RÉSUMÉ

Ce texte propose l'analyse de l'article 1134 du Code civil français « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites » à l'aune de la période révolutionnaire et de certains de ses acteurs. Ainsi peut être questionnée la préférence du législateur de 1804 pour le mot "convention" plutôt que "contrat" selon une approche développée par l'historien Reinhart Koselleck ; et dans l'esprit des philosophies du droit et du politique de Miguel Abensour ; Boyan Manchev ; et de Laurent de Sutter. L'objectif étant de proposer comment rire des lois, du magistrat et des dieux en droit des contrats. Quelque chose comme un petit manuel juridique pour « anarchist/prostitute », qui « figures out the true meaning of contractual freedom. »

MOTS-CLÉS : droit des contrats ; liberté contractuelle ; Révolution française ; histoire ; anarchie

ABSTRACT

This text proposes the analysis of article 1134 of the French Civil Code "Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites" in the light of the revolutionary period and certain of its actors. Thus, the preference of the legislator of 1804 for the word "convention" rather than "contract" can be questioned according to an approach developed by the historian Reinhart Koselleck; and in the spirit of the philosophies of law and politics of Miguel Abensour; Boyan Manchev; and Laurent de Sutter. The objective being to propose how to laugh at the laws, the magistrate and the gods in contractual rights. Something like a little legal manual for "anarchist/prostitute", which "figures out the true meaning of contractual freedom."

Keywords: contractual rights ; contractual freedom ; French Revolution ; history ; anarchy

¹Doctorant à la section de droit civil de la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa

Comment rire des lois, du magistrat et des dieux en droit des contrats ?

ou

Petit manuel juridique pour *Anarchist/Prostitute...*

*Figures out the true meaning of freedom (...)
You'll do anything for a laugh even if it kills ya.*

NOFX, « Freedom Lika Shopping Cart », *Heavy Petting Zoo*, 1996.

* Dedicacé à la professeure Léa Fontaine, qui se plaisait tellement à conclure ses conférences portant sur le droit conventionné par « Révolution ! »

Simon Saint-Onge

Introduction

Le droit civil des obligations interchange la liberté et la contrainte, et ce, malgré toute la violence pouvant s'opérer en raison de la nature de ce type de transaction. Dès le droit romain, l'usage de l'*ob-ligatio* reposait sur cette interversion trouble, s'agissant d'une pratique où un citoyen *libre* se constituait en *prisonnier*, afin de se *libérer* de son *obligation* juridique. Si l'on doit croire Giorgio Agamben, ce geste était « foncièrement juridique, et non éthique », car il exprimait « seulement le fait de se constituer prisonnier pour garantir une dette, dans un monde où le lien juridique s'inscrit encore dans la chair du responsable¹ ». L'idée d'une relation obligationnelle indépendante de toute autre considération que juridique – telles que les résonnances morales du social, de l'historique et du politique – est cependant étrangère au droit civil moderne, si tant est qu'elle ait déjà existé². À prendre l'exemple du voyageur de *La colonie pénitencière* de Kafka, on ne saurait conclure à une telle indépendance du monde juridique lorsque l'on explore l'appareil régalien de la justice ayant comme fonction d'écrire le droit dans le corps social ; et le droit des contrats prévu par le Législateur n'y échappe pas, tout au contraire. Serait-ce parce que, même en cette matière, il « existe un lien entre le droit et la morale politique que l'on pourrait qualifier de nécessaire³ » ? Allons beaucoup plus loin.

¹ Giorgio Agamben, *Ce qui reste d'Auschwitz*, Paris, Payot et Rivages, 2003, p. 23.

² La naïveté juridique dont fait preuve Agamben montre bien qu'il mérite l'étiquette de rétro-utopiste post-kojévien, tant une telle affirmation flirte avec une lecture étriquée de la messianité benjaminienne. Libérer le droit de toute considération morale, c'est par ailleurs oublier la généalogie de cette dernière, dont celle à laquelle s'est adonnée Nietzsche en droit des obligations sur laquelle j'aurai à revenir.

³ Luc B. Tremblay, « Le normatif et le descriptif en théorie du droit », RDUS, 2002-2003, volume 33, numéros 1-2, p. 85.

Épousant les termes qui thématisent l'intitulé et l'épigraphe, je proposerai l'hypothèse que l'immoralité politique dont on accuse l'anarchie⁴, et, en finale, que le contrat de prostitution, qui inscrit autrement le droit dans la chair que ne le fait l'*ob-ligatio* selon Agamben, permettent de comprendre mieux que tout autre concept le sens de la liberté contractuelle impulsée dès la naissance du droit civil moderne. En amorce, cette redéfinition peut profiter de Saint-Just,⁵ qui donne le ton en 1791 dans son manuscrit *Du Droit social ou Principes du droit naturel*, lorsqu'il intime « à rire des lois, du magistrat et des dieux⁶. » Pour qui s'intéresse au droit des contrats, ignorer cet appel à la moquerie visant l'insolence de la Loi, ce serait rester sourd à la charge historique que porte la célèbre disposition venant tout juste d'être modifiée : *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites*⁷. Ce serait négliger la part d'historicité qu'étouffe toute une histoire du Code civil de 1804 oubliée d'origines conflictuelles à peine antérieures au règne de Napoléon ; cet autre nom que porte le code emblématique du droit civil moderne.

Ces quelques remarques liminaires ne cherchent en rien à réactualiser l'*Historia Magistra Vitae*⁸. Si celle-ci était au temps de Cicéron le flambeau de la vérité et l'oracle de la vie ; depuis, historiquement s'entend, elle s'est révélée n'être que le feu roulant d'injustices répétant en continu la domination de l'Homme sur l'Homme⁹. C'est pourquoi il paraît préférable d'investir la citation tocquevillienne « Quand le passé n'éclaire plus l'avenir, l'esprit marche dans les ténèbres »¹⁰, mais ce, en juriste

⁴ Il est primordial de distinguer *anarchisme* et *anarchie*, afin d'éviter de malheureuses confusions. Je suis d'accord avec Miguel Abensour pour dire : « Le principe d'anarchie signifie que la *praxis* ne peut plus dériver de la théorie, que l'agir ne peut plus découler d'un fondement, d'un *arche*, d'un commandement. Il s'agit d'un principe du sans principe, d'un principe qui commande de ne pas en avoir. » Rapporté par Manuel Cervera-Marzal, Miguel Abensour, *critique de la domination, pensée de l'émancipation*, Paris, Sens et Tonka, 2013, p 132. (mes soulignements). Et : « De là la distinction essentielle qui est proposée entre anarchisme et anarchie. L'anarchisme reste encore entièrement pris dans le champ métaphysique, dans la mesure où il continue à mettre en œuvre la dérivation de l'agir par un référent. Il ne porte pas atteinte au schéma référentiel mais se contente, à l'intérieur de ce schéma, de substituer la raison au principe de l'autorité. » Miguel Abensour, « Démocratie sauvage et principe d'anarchie », dans *Pour une philosophie politique critique*, p. 319-348. (mes soulignements). En théorie juridique, c'est assurément Laurent De Sutter qui l'exprime le mieux *Hors la loi: Théorie de l'anarchie juridique*, Paris, Les Liens qui libèrent, 2021.

⁵ Connu par les uns pour son poème critique à caractère pornographique de la monarchie titré *Organt* ; par d'autres, en histoire politique, à titre d'Archange de la Terreur révolutionnaire française ; et, en droit, par d'autres encore, comme ayant inspiré de façon déterminante la *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* de 1789.

⁶ On se référera aux commentaires du manuscrit *Du Droit social ou Principes du droit naturel* offerts par Miguel Abensour, *Rire des lois, du magistrat et des dieux. L'impulsion Saint-Just*, Paris, Horlieu, 2005.

⁷ Article 1134 du Code civil français.

⁸ Cicéron, *De Oratore*, 55 av. J.C., 1869, II, 9.

⁹ Voir François Hartog, *Régimes d'historicité, présentisme et expériences du temps*, Paris, Seuil, 2003, p. 84 et ss. Par ailleurs, j'espère qu'on excusera la formule vieillie.

¹⁰ Encore si souvent mal citée, puisqu'utilisée dans un sens péjoratif, alors que : « Quoique la révolution qui s'opère dans l'état social, les lois, les idées, les sentiments des hommes, soit encore bien loin d'être terminée, déjà on ne

marchant dans ces ténèbres en lançant des allumettes dans l'espoir qu'une d'entre elles tombe sur un tonneau de poudre.¹¹ L'une des idées directrices des travaux d'Anne-Sophie Chambost ouvre la marche à l'*anarchist/prostitute* jouant de ces allumettes :

Dans une logique de compréhension du droit, l'histoire des idées politiques en éclaire les évolutions et les ruptures avec cette difficulté qu'il est évidemment compliqué d'apprécier la part exacte des idées dans le cheminement plus ou moins souterrain des institutions.¹²

Pour explorer quelques souterrains de l'institution civiliste du contrat, je mobiliserai la rénovation de l'histoire du droit et de l'herméneutique juridique opérée par Reinhart Koselleck¹³ ; tout en profitant de nouvelles avenues dégagées par trois philosophes contemporains du politique et du droit : Miguel Abensour¹⁴ ; Boyan Manchev¹⁵ ; et Laurent De Sutter¹⁶. De cette façon, j'ai la prétention d'avancer que la question *Comment rire des lois, du magistrat et des dieux en droit des contrats ?* prend toute son importance, autant d'un point de vue épistémologique, historique que juridique.

1. La « convention » en révolution

saurait comparer ses œuvres avec rien de ce qui s'est vu précédemment dans le monde. Je remonte de siècle en siècle jusqu'à l'antiquité la plus reculée ; je n'aperçois rien qui ressemble à ce qui est sous mes yeux. Le passé n'éclairant plus l'avenir, l'esprit marche dans les ténèbres. » Alexis de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, Pagnerre, 1848, tome 4.djvu/343.

¹¹ Je profite de cette formule pour rendre hommage à ce fidèle ami du Cabinet de mes lettrés Jean Teulé, décédé le 18 octobre 2022 à Paris, si peu de temps après avoir offert la sublime biographie romancée *Crénom Baudelaire !* Jean disait : « Baudelaire, on n'y touche pas ! C'est le premier *punk* sur terre. Il voulait risquer sa peau, aller au bout du bout, en homme capable de s'allumer un cigare dans la nuit noire près d'un tonneau de poudre. »

¹² Anne-Sophie Chambost, « "Ce n'est pas du droit..." L'histoire des idées politiques est-elle utile en droit ? », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la culture juridique, du monde des juristes et du livre juridique*, SHFD/ Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2016, 2015 (35), p. 504.

¹³ Encore étonnamment méconnu en « sciences juridiques » nord-américaines et françaises, Koselleck est juriste de formation, reconnu comme l'un des plus grands historiens du XX^e siècle et connu comme ayant été une influence marquante pour d'importants philosophes de l'histoire (par ex. Paul Ricoeur) et pour de ne pas moins importants historiens (par ex. François Hartog). Voir Simon Saint-Onge, « Histoire du droit et herméneutique juridique chez Reinhart Koselleck », dans *Mélanges en l'honneur de Daniel Mockel*, à paraître.

¹⁴ Miguel Abensour était docteur en droit et en sciences politiques. Sa thèse d'État obtenue en 1973 a été dirigée par Charles Eisenmann et Gilles Deleuze. En outre d'avoir occupé le poste de professeur de sciences politiques dans plusieurs universités, il est le fondateur de la collection « Critique de la politique » chez Klincksieck et a occupé le poste de président du Collège international de philosophie à la suite de Derrida et Lyotard.

¹⁵ Boyan Manchev est un philosophe qui a occupé le poste de professeur à l'Université de Sofia ; à la Nouvelle Université bulgare ; au HZT – Udk Berlin ; et le poste de professeur invité à l'Université des Arts de Berlin et l'Université Hollins. Il est également ancien Directeur de programme et vice-président du Collège international de philosophie où il a dirigé le programme *Métamorphoses de la communauté*.

¹⁶ Laurent de Sutter est professeur de théorie du droit à la Vrije Universiteit Brussel. Il est directeur des collections « Perspectives Critiques » aux Presses Universitaires de France et « Theory Redux » chez Polity Press. Il est l'auteur d'une abondante bibliographie, qui porte notamment, mais pas exclusivement, sur la transgression en philosophie du droit.

N'en déplaise aux personnes qui défendent une herméticité du droit pouvant résister au ressac de la moralité politique, de même qu'à celui de l'histoire sociale dans son intrication avec celle des concepts, un premier constat s'impose. Christian Atias annonce en quelque sorte les paramètres lorsqu'il écrit :

Chanter les louanges du *Code civil*, déceler ses origines [...], [pour cela], la France doit se connaître, retrouver avec fierté les étapes de son histoire, se juger, se condamner peut-être, se reconnaître d'abord. [...] L'infléchissement contemporain de notre tradition civile affecte la liberté sous certains rapports et la justice. La chape de plomb de l'orthodoxie legaliste et disciplinaire retombe sur la France, comme elle le fit en d'autres époques.¹⁷

Détacher le libellé disposant que *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi des parties* de son feuilleté socio-politique et historique – par exemple sous prétexte d'une distinction entre la signification politique et juridique du concept « convention » – ne saurait se justifier pour qui s'adonne simultanément à l'histoire du droit et à l'herméneutique juridique en regard au sociétal.

Pour camper plus avant la réflexion, on pourrait certainement reprendre Laurent Aynes :

Voilà sans doute l'un des plus célèbres textes du code civil, souvent invoqué par les parties ou les tribunaux, aujourd'hui souvent débattu. Un texte fort : à l'époque de la sacralisation de la loi, voici que le législateur dote la convention de la même force que la loi. Il ne s'agit pas seulement de faire des conventions les lois particulières des parties contractantes ; mais d'affirmer qu'elles constituent « la » loi pour elles. Un pilier du droit des obligations, et, au-delà, de la vie sociale¹⁸. (mes soulèvements)

Il importerait cependant de suivre Aynes jusqu'à l'embarras dont il témoigne à propos du fait que « "convention" et "contrat" ne sont pas synonymes¹⁹ ». Mais ici pas au sens du débat legaliste qui cherche à distinguer l'une de l'autre, ni pour prendre position quant à savoir s'il est vrai que la distinction importe peu en regard de ses effets strictement juridiques.

¹⁷ Christian Atias, « L'influence des doctrines dans l'élaboration du Code civil », *Histoire de la justice*, vol. 19, no. 1, 2009, p. 107. Cet appel d'Atias donne à penser qu'il s'est inspiré de Jules Michelet sur lequel j'aurai à revenir.

¹⁸ Laurent Aynes, « Le contrat, loi des parties », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, numéro 17, Dossier Loi et contrat, Mars, 2005.

¹⁹ *Ibid.*

Plutôt, je répondrai à l'impératif de sortir de la méthodologie encyclopédiste calcifiée de l'herméneutique juridique contemporaine²⁰. De même concernant la nécessité d'aller au-delà de la pratique actuelle de l'histoire du droit²¹, qui donne trop souvent l'impression de tirer son crédo de l'École méthodique, comme si la leçon de Lucien Febvre « L'histoire dans le monde en ruines » n'avait jamais été prononcée.²² Faudrait-il rappeler aujourd'hui, soit un siècle plus tard, que l'« *histoire est une science. Elle n'est pas une avocasserie* »²³ ? En sciences juridiques, ces deux disciplines s'exercent le plus souvent sans égard à leurs avancées depuis au moins la fin du XIX^e siècle. Le résultat est tel que rares sont les civilistes qui s'étonnent devant l'affirmation que le concept de « loi » s'est nourrie d'une plus grande sacralité à l'époque napoléonienne qu'à toute autre. L'étudier par un chassé-croisé d'époques et de cultures juridiques pourrait en faire la démonstration²⁴. Toutefois, en procédant à cet exercice, on s'épuiserait à se détourner d'une piste de réflexion jamais empruntée.

Saint-Just trace la voie, accompagné de la glose d'Abensour. Ce dernier relève que cette figure incontournable de la Révolution française

écrit dans les *Institutions républicaines* : « Obéir aux lois, cela n'est pas clair; car la loi n'est souvent autre chose que la volonté de celui qui l'impose. On a le droit de résister aux lois oppressives ». Déclaration surprenante sous la plume d'un dirigeant révolutionnaire en un temps où la loi est quasiment sacralisée, car considérée comme mettant fin aux rapports de dépendance entre les hommes²⁵. (mes soulignements)

²⁰ Pour une invitation à renouveler la méthodologie juridique par l'herméneutique, voir par ex Michelle Cumyn et Mélanie Samson, « La méthodologie juridique en quête d'identité » (2013) 2:71 *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*.

²¹ Pour une invitation à actualiser l'histoire du droit, voir par ex Frédéric Audren, Anne-Sophie Chambost et Jean-Louis Halpérin, *Histoires contemporaines du droit*, Paris, Dalloz, 2020, notamment aux pp. 25 à 40 ; et Nicolas Laurent-Bonne « Enseigner l'histoire du droit », dans *Réformer l'enseignement du droit en France à la lumière des systèmes étrangers*, dir. M. Mekki, Paris, LexisNexis-Le Club des juristes, 2017, pp. 189-206.

²² Certains pourraient rétorquer que l'entreprise définitionnelle à laquelle se prête l'histoire du droit se distingue des autres histoires spécialisées. Il est vrai que l'histoire du droit répond de « l'unité temporelle du droit qui repose sur sa répétabilité structurelle — peu importe s'il aspire à une durée éternelle ou si on lui assigne une durée déterminée. » Koselleck, « Histoire, droit, justice » dans Koselleck, *L'Expérience de l'histoire*, Paris, Gallimard et Seuil, 1997, p. 175. En revanche, « leur autojustification théorique, elles [histoire des concepts et histoire sociale] prétendent à une généralité qui peut s'étendre et s'appliquer à toutes les histoires spécialisées ». Plus encore, l'« étude des concepts et de leur histoire langagière est une condition minimale de la connaissance historique. » Koselleck, « Histoire sociale et histoire des concepts » dans Koselleck, *L'Expérience de l'histoire*, Paris, Gallimard et Seuil, 1997, p. 101.

²³ Lucien Febvre, « L'histoire dans le monde en ruines », *RSH*, tome XXX, no. 88, Strasbourg, 1920. Cité intégralement dans Christian Delacroix, François Dosse et Patrick Garcia, *Les courants historiques en France XIXe-XXe siècle*, Paris, Gallimard, 2007, à la p 202 et ss.

²⁴ Inversement, Laurent De Sutter dans *Après la loi*, Presses Universitaires de France, 2018 montre les limites de la sacralisation de la loi en différentes traditions juridiques, et ce, au profit d'une pensée du droit.

²⁵ Miguel Abensour, *Rire des lois, du magistrat et des dieux. L'impulsion Saint-Just*, Paris, Horlieu, 2005, p.72

La préférence du Législateur pour l'emploi du terme « convention » à celui de « contrat » dans le *Code civil de 1804* devrait être tout aussi surprenante ou, à tout le moins, inviter à se questionner²⁶. Et, me questionnant, je me permets de déplacer la porte d'entrée à l'analyse du libellé à l'étude en évitant les méandres de l'étude de Chazal²⁷ concernant la signification du mot « loi » à l'article 1134 du *Code civil*, pour me concentrer dans un premier temps sur celui de « convention ».

Il n'y a que quelques années qui séparent ce code d'une révolution où le mot « convention » n'a pas la neutralité abstraitement juridique d'un simple accord de volontés visant la production d'un effet de droit ; ni moins encore comme point d'attache ces locutions relayés depuis l'Antiquité telles que *Hoc servabitur, quod initio convenit, legem enim contractus dedit ; Contractus legem ex conventionem accipiunt ; quid tam congruum fidei humanac, quam ea quae inter eos placuerunt servare...*²⁸ Ce n'est rien de moins qu'à l'enseigne de la forme langagière « convention » qu'est instituée la Première République, qui décide du sort de Louis XVI, tout en tranchant entre l'Ancien et le Nouveau en plein cœur du modernisme.

Nous étions déjà loin de la Rome antique avec l'entrée du mot « convention » dans le dictionnaire de l'Académie française, qui capitalisait sur les révolutions anglaise et américaine. Or c'est l'emploi du terme dans le discours préliminaire de la Préface de la cinquième édition (1798) qui, me semble-t-il, doit retenir l'attention, tant il épouse une sémantique du terme « convention » en révolution au sens défendu ici :

Quand tous les grands Écrivains, par une espèce de traité secret et d'alliance très-naturelle entre le génie et le génie, s'accorderoient dans le même emploi des mots, ils sont en trop petit nombre; et leur convention, très-propre à en préparer de

²⁶ C'est ce à quoi nous invite Reinhart Koselleck, « La sémantique historico-politique des concepts antonymes asymétriques », dans *Le futur passé, contribution à la sémantique des temps historiques*, Paris, Éditions de l'École des hautes études en sciences sociales, 1990.

²⁷ J.-P. Chazal, « De la signification du mot loi dans l'article 1134, alinéa 1er du code civil », *RTD civ.* 2001, pp. 265 et ss.

²⁸ L'occasion s'offre pour prendre acte de Pierre Bouquet, *Lettres provinciales ou Examen impartial de la constitution et des révolutions de la monarchie française, par un avocat de province à un avocat de Paris*, Merlin, 1772, in-8, p. 6. Alors que Bouquet affirme que les juriconsultes de son époque travaillent sur « la connaissance des antiquités », répétant en continu la légitimité du droit en régime monarchique ; d'autres, plus avisés, constatent que ce système est déjà mort. À ce sujet, on peut se référer à ce qui est identifié comme étant « le Monde exotique des historiens d'Ancien Régime » par Henri Duranton, « Le temps immobile de la continuité monarchique », dans Paule Petitier et Gisèle Séginger (dir.), *Les Formes du temps. Rythme, histoire, temporalité*, Strasbourg : Presses universitaires de Strasbourg, coll. « Formes et savoirs », 2007, p. 21 et ss. Tel que je le mentionnais ailleurs, Duranton marque historiquement que « c'est de l'ordre de l'aporie que de décréter que le "temps créateur du droit dans le passé se voit interdit d'action dans le présent et, a fortiori, dans le futur", et toute une philosophie de l'histoire entrain déjà avant la Révolution en discordance avec cette logique du précédent comme principe fondateur et surtout comme système régulateur qui aplanit l'histoire. » Simon Saint-Onge, « Rythmer la matière historique », dans *Acta fabula, compte rendu critique*, de Paule Petitier & Gisèle Séginger, (dir.), *Les Formes du temps. Rythme, histoire, temporalité*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, coll. « Formes et savoirs », 2007, 416 p.

plus étendues, seroit loin encore d'être une convention rationale. C'est pourtant cet accord, c'est cette convention de tous avec tous, qui est indispensable, pour qu'un Peuple s'entende toujours dans la circulation de ses mots et de ses idées; pour que ce commerce de tous les esprits serve aux progrès et à la richesse de tous. Il faut que chaque mot d'une Langue, en quelque sorte, soit frappé d'une empreinte particulière, qui marque son titre et sa valeur, comme chaque pièce de la monnaie d'un Peuple: il faut qu'en donnant ou en recevant un mot, on sache ce qu'on reçoit et ce qu'on donne, comme en donnant un écu ou un louis²⁹. (mes soulignements)

Plus qu'une simple métaphore filée, tout le jeu autoréférentiel qu'opère l'Académie française, où la formule « convention rationale » vient différer d'une seule lettre de « convention nationale », marque bien le « titre » et la « valeur » révolutionnaire gagnée par la forme langagière « convention » à ce moment de l'histoire de France. Il ne s'agit pas d'un mot nouveau « que la Révolution et la République ont ajoutés à la Langue³⁰ », mais de son sens du que l'on veut radicalement nouveau.

Précisant ici ma lorgnette d'approche avec les lentilles qu'offre Koselleck, c'est avec le *Décret de la Convention abolissant la royauté du 21 septembre*³¹ qu'est recherchée la rupture définitive avec « le martyrologe des nations » qu'est « l'histoire des rois »³². Sitôt investi dans la France révolutionnaire, le terme « convention » revêt une signification pesant de tout son poids dans un événement historique qui fit trembler l'Europe entière, de ses lisses colonnes juridiques aux plus rugueuses expressions qui enracinent ces premières dans la chair sociopolitique. Inspiré par la rubrique « Les mots et les choses »³³ de l'École des Annales, Koselleck rend compte d'un tournant décisif dans les années couvrant la

²⁹ Académie française, « discours préliminaire de la Préface de la cinquième édition », 1798, En ligne à : <https://www.academie-francaise.fr/le-dictionnaire-les-neufs-prefaces/preface-de-la-cinquieme-edition-1798#:~:text=Chez%20aucun%20autre%20Peuple%20et,ont%20re%C3%A7u%20tous%20leurs%20caract%C3%A8res.>

³⁰ *Ibid.*

³¹ Alain Galoin, « L'abolition de la Royauté - 21 septembre 1792 », Histoire par l'image [en ligne], URL : histoire-image.org/etudes/abolition-royaute-21-septembre-1792

³² Selon les mots si biens choisis par Henri Grégoire, évêque constitutionnel de Blois : « Qu'est-il besoin de discuter quand tout le monde est d'accord ? Les rois sont dans l'ordre moral ce que les monstres sont dans l'ordre physique. Les Cours sont l'atelier du crime, le foyer de la corruption et la tanière des tyrans. L'histoire des rois est le martyrologe des nations ! » Grégoire était en quelque sorte en avance sur son temps, puisqu'accusant dès 1792 l'histoire des rois de torts qui seront ceux plus largement identifiés par l'*histoire nouvelle*. Jacques Le Goff accuse par exemple l'histoire des rois avec laquelle l'histoire des nations se confond d'« histoire pauvre, solidifiée, à la croute trompeuse de pseudo-histoire ». Jacques Le Goff, « L'histoire nouvelle » dans Le Goff, *La nouvelle histoire*, Paris, Éditions complexes, 2006, à la p 41. Au sujet de Grégoire et la politique historique de la langue, on se réfère avec intérêt à Jean Dubray, « L'abbé Grégoire : politique de la langue », Yves Charles Zarka éd., *La France en récits*, Presses Universitaires de France, 2020, pp. 280-290.

³³ Koselleck se réfère précisément à Febvre et à Bloch, afin de poser certaines bases visant à marier « histoire sociale » et « histoire des concepts ». Il ne manquera pas de s'inspirer des Annales, qui « se dotèrent dès 1930 d'une rubrique « Les mots et les choses » en soulignant que « Lucien Febvre et Marc Bloch considéraient l'analyse langagière comme partie intégrante de leurs recherches sociohistoriques ». Koselleck, « Histoire sociale et histoire des concepts » dans Koselleck, *L'Expérience de l'histoire*, Paris, Gallimard et Seuil, 1997, à la p 103. La formule a été ensuite récupérée par Michel Foucault pour son livre éponyme à la suggestion de l'historien Pierre Nora.

Révolution française concernant la nature et les objectifs des combats sémantiques qui s'y jouent. Le temps historique devient le terrain de ces combats comme jamais il ne l'a été auparavant, lançant dans la mêlée toute la société civile et ses institutions.³⁴

Les travaux de Koselleck font la démonstration que ces combats qui définissent des positions politiques et sociales au moyen d'une entreprise définitionnelle se sont radicalement transformés à ce moment précis de l'histoire européenne : « les concepts ne servent plus simplement à saisir de telle ou de telle manière ce qui était donné, mais ils s'étendent au futur » ; « on se met à forger des concepts d'avenir, de plus en plus, on doit formuler d'avance – au niveau de leur simple expression linguistique – des positions qui resteront à conquérir »³⁵. Ce serait faire preuve d'un aberrant et injustifiable abus de légalisme, autant que d'un aveuglement historique crasse, que d'extraire le terme « convention » de la Révolution qui lui donna son sens nouveau, alors que commence à s'écrire le *Code civil* dans les coulisses de la Révolution³⁶.

Le combat sémantique d'intérêt se donne entre autres à lire dans « l'extraordinaire discours de Saint-Just *Sur le jugement de Louis XVI* (13 novembre 1792) », à savoir un discours qui se veut au même moment un redoutable « recours à la subversion³⁷ ». Extraordinairement subversif puisque fondé sur un genre de droit encore inédit. Un genre qui parvient dès son apparition à couper court aux débats juridiques qui cherchaient à déterminer s'il fallait juger Louis XVI en tant que citoyen selon les règles du droit civil ou si ses gestes lui avaient fait perdre sa citoyenneté selon le droit public. À cette occasion, Saint-Just « déplaça génialement la question » dans laquelle les débats juridiques s'enlisaient. Pour le jeune conventionnel, « il ne s'agit pas tant de juger le roi que de le combattre en tant qu'ennemi du genre humain » ; et que, de ce fait, « son cas ne relève-t-il ni du droit civil, ni du droit politique, mais du droit des gens³⁸ ». Le jugement de la monarchie et la condamnation de son titulaire, en vertu de ce nouveau droit animé indistinctement par des principes de droit civil et de droit public, réduit le champ des verdicts possibles à la seule reconnaissance

³⁴ Henri Duranton, « Le temps immobile de la continuité monarchique », Paule Petitier et Gisèle Séginger (éd.), *Les Formes du temps. Rythme, histoire, temporalité*, Strasbourg : Presses universitaires de Strasbourg, coll. « Formes et savoirs », 2007, p. 21 et ss.

³⁵ Reinhart Koselleck, « Histoire des concepts et histoire sociale » dans *Le futur passé, contribution à la sémantique des temps historiques*, Paris, Éditions de l'École des hautes études en sciences sociales, 1990, à la p 104.

³⁶ Ce que les positivistes nomment généralement le droit transitoire, comme le remarque Jean-Louis Halpérin, « Le droit privé de la Révolution : héritage législatif et héritage idéologique », *Annales historiques de la Révolution française*, 328, 2002, pp. 135-151.

³⁷ Miguel Abensour, *Rire des lois, du magistrat et des dieux. L'impulsion Saint-Just*, Paris, Horlieu, 2005, p. 70.

³⁸ *Ibid.*

d'une institution criminelle dont la victime n'est rien de moins que l'humanité.

Dans *L'Histoire de la Révolution*, Jules Michelet historicise cet épisode dans un enchaînement de constats dont tout historien, surtout du droit, ne peut faire l'économie : l'« idée du droit étant une, le droit judiciaire, le droit politique ont le même fondement » ; de ce fait, « déterminer le principe en vertu duquel va peut-être mourir l'accusé, c'est déterminer le principe dont vit la société qui le juge » ; et, enfin, la « Révolution, en jugeant Louis XVI, allait implicitement se juger aussi, se dire de quelle idée morale elle empruntait sa vie et son droit.³⁹ » Et c'est encore Saint-Just qui prend la toge dans ce procès sans appel, révélant cet entremêlement du droit civil et du droit public qu'évoque Michelet, et ce, pour dire, définir et même juger ce qu'est la « convention ». Pour l'exprimer dans les mots du Père de l'histoire française, Saint-Just, lors de son « premier discours, où, tout en poursuivant le Roi, il menaçait la Convention elle-même, faisait à la fois le procès de Louis XVI et celui des juges qui hésiteraient à condamner Louis XVI.⁴⁰ »

Le procédé rhétorique employé par le révolutionnaire est riche d'enseignements. C'est précisément dans un horizon d'attente où se profilent le futur des nations comme les rapports entre les personnes – un autre temps à venir actualisé au présent de la Révolution – que l'on retrouve la charge révolutionnaire du concept « convention ». Charge menée par Saint-Just sur ces autres conventions aussi transhistoriques qu'usurpatrices que sont celles que les souverains font valoir pour mystifier leurs sujets d'une autorité accusée d'être illégitime :

Il est telle âme généreuse qui dirait, dans un autre temps, que le procès doit être fait à un roi, non point pour les crimes de son administration, mais pour celui d'avoir été roi, car rien au monde ne peut légitimer cette usurpation; et de quelque illusion, de quelques conventions que la royauté s'enveloppe, elle est un crime éternel, contre lequel tout homme a le droit de s'élever et de s'armer.⁴¹ (mes soulignements)

À partir de ce marqueur d'historicité qu'est la Révolution, la forme langagière « convention » ne saurait être réduite à un concept comme un autre, pas même par le Législateur à l'emploi des codifications napoléoniennes – d'ailleurs connu pour chercher le compromis entre l'Ancien régime et les acquis de la Révolution. Également, il est à exclure de la reconduire à cette illusoire pureté juridique exempte de toute

³⁹ Jules Michelet, *Histoire de la Révolution*, Livre IX, Chapitre V, accessible en ligne : <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k39949k.image>

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ Saint-Just, *Œuvres complètes*, éd. Vellay, II, 1908, p. 480.

question de morale politique. Car elle est celle qui donne à ce nom l'esprit d'une révolution qui vise même à abolir le passé et les mœurs socio-politiques qui le caractérisent. Elle gagne ses lettres non pas de noblesse mais révolutionnaires en remportant un combat décisif faisant d'elle un « concept d'avenir » adressé à ces autres conventions des tyrans passés, présents et futurs. Des tyrans que l'on rencontre aussi bien dans les relations entre personnes privées que dans la sphère publique.

Utilisant les outils développés par Koselleck, pourrait-on alors interpréter « convention » apparaissant au *Code civil de 1804* comme une revanche dans ce combat sémantique ? Auquel cas, il est vrai, l'article 1134 de ce code serait venu pour ainsi dire neutraliser la révolution en marche dans la signification gagnée par la forme langagière investie notamment par Saint-Just. Serait validée du même coup cette histoire du *Code civil de 1804* taxée d'oublieuse en introduction. Il faut répondre par la négative à cette question, car une telle logique argumentative serait rattrapée par cette marque historique indélébile de la aussi nouvelle que radicale articulation de la « convention » et de la « loi ». Là où s'efface le bonapartisme dans l'éclair⁴² de l'anarchie d'un état de siège toujours latent dans le *Code civil* actuel.

C'est à se demander qui peut encore aujourd'hui affirmer que l'empereur déchu de Sainte-Hélène est le prophète de la « religion civile⁴³ », sinon au prix d'une mythologie fondée sur un culte réactionnaire d'Ancien régime.⁴⁴ Dans l'objectif de bien le faire entendre en demeurant fidèle à l'exercice circulaire qui caractérise l'exercice herméneutique, il faut revenir à la disposition voulant que *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi des parties*, mais cette fois-ci en introduisant le concept de « loi » dans le cadre d'analyse. Ce concept apparaît d'ailleurs par deux fois dans la disposition à l'étude avec l'emploi de « légalement » et de « loi ».

2. La « loi » en état de siège

⁴² Clin d'œil ici à Mark Twain et cette citation célèbre « There were two "Reigns of Terror", suivi de « the one lasted mere months, the other had lasted a thousand years », relancée par « What is swift death by lightning compared with death by slow fire at the stake ? », tirée de *A Connecticut Yankee in King Arthur's Court* (1889), qui – tant en ce qui concerne le droit des contrats, le contractualisme philosophique, que la féodalisation des rapports humains – est à la fois plus instructif, plus perspicace et aussi plus drolatique que le triste épouvantail apocalyptique agité par Alain Supiot à la fin de « La contractualisation de la société », *Le Courrier de l'environnement de l'INRA*, 2001, 43, p. 58.

⁴³ J'emprunte le terme à Michaël Culoma, *La religion civile de Rousseau à Robespierre*, Paris, Harmattan, collection Historiques, 2010, ouvrage qui est la version éditée de sa thèse d'histoire du droit soutenue en 2008 à Aix-Marseille (dir. C. Bruschi) sous le titre *L'idée de religion civile dans le débat politique de la parution du Contrat social au 9 thermidor An II*.

⁴⁴ Je vise à la rigolade le livre de Xavier Martin, *Mythologie du Code Napoléon : Aux soubassements de la France moderne*, Paris, Dominique Martin Morin, 2003.

Ce n'est pas un hasard de l'histoire si Sade invite les Français en 1795 à se rendre jusqu'au bout des promesses de leur convention dans une phraséologie pétrie du champ sémantique du droit des contrats ainsi :

Il n'est assurément rien de plus injuste : un serment doit avoir un effet égal sur tous les individus qui le prononcent ; il est impossible qu'il puisse enchaîner celui qui n'a aucun intérêt à son maintien, parce qu'il ne serait plus alors le pacte d'un peuple libre : il serait l'arme du fort sur le faible, contre lequel celui-ci devrait se révolter sans cesse⁴⁵.

L'invitation sadienne se concentre dans le sarcasme affirmé d'un intitulé comme *Français, encore un effort si vous voulez être républicains* où le concept qui vient tout juste de gagner ses lettres révolutionnaires est déjà jugé trahir le combat dont il se veut pourtant l'étendard. Ce titre appartient au texte à vocation programmatique *La philosophie dans le boudoir*, qui est la « mise en scène provocatrice⁴⁶ » des *Institutions républicaines* de Saint-Just. Or Sade ne fait pas que mobiliser le champ sémantique du droit des contrats en remplaçant les institutions républicaines par le boudoir. Plus que la racine carrée de tous les crimes, le boudoir sadien ne propose rien de moins que d'accueillir le monde des concepts moraux appartenant tout entier à la sphère du droit des obligations, et ce, afin de le subvertir. Mieux encore : pour pervertir tout le schéma référentiel de cette sphère qui abrite le principe de l'autorité au même moment qu'il en fonde sa légitimité⁴⁷.

Un détour chez Nietzsche permet d'introduire ces enjeux conceptuels et juridiques avec une grande économie. Le philosophe insiste sur le fait que c'est « dans cette sphère du droit d'obligation que le monde des concepts moraux *faute, conscience, devoir* [...] a son foyer d'origine », non sans ajouter avec ironie que « ce monde n'a jamais perdu tout à fait une certaine odeur de sang et de torture. » S'attaquant « aux généalogistes de la morale » qui n'ont « aucune connaissance du passé, aucun désir de le connaître; encore moins l'instinct historique », il en appelle à une « seconde vue » permettant de comprendre que le concept moral de « faute » tire son origine de « l'idée toute matérielle de *dette* », mais pas au sens qu'Agamben cherche à donner à l'*ob-ligatio*.

⁴⁵ Donatien Alphonse François Sade, *La Philosophie dans le boudoir*, 1795, en ligne : <https://gallica.bnf.fr/essentiels/sade/philosophie-boudoir/francais-effort-voulez-republicains>

⁴⁶ Miguel Abensour, *Rire des lois, du magistrat et des dieux. L'impulsion Saint-Just*, Paris, Horlieu, 2005, p. 78 : « Peu importe que Sade n'ait pu connaître le texte de St-Just. C'était une tête politique suffisamment avisée pour deviner où tendait l'appel réitéré du jeune législateur à créer des institutions. »

⁴⁷ « Sade, en particulier, n'hésitait pas à recourir au vocabulaire juridique pour instaurer quelque chose comme un principe de prostitution généralisé, ayant pour but la « perversion » (pour reprendre le mot de Gilles Deleuze) de l'ordre social en vigueur. » Laurent de Sutter, « Prostituer la loi. La pensée du contrat chez Roland Barthes », dans *Barthes face à la norme. Droit, pouvoir, autorité, langage(s)*, Mare & Martin, 2019, p. 257 et ss.

Cette idée relève plutôt du principe que « tout dommage trouve quelque part son équivalent, qu'il est susceptible d'être compensé, fût-ce même par une douleur que subirait l'auteur du dommage. » Selon Nietzsche, cela répond « des rapports de contrats entre créanciers et débiteurs qui apparaissent aussitôt qu'il existe des *sujets de droit* », mais ce non sans préciser en quoi ces purs rapports contractuels ont comme théâtre d'opération la morale toute politique du « droit des maîtres » :

Rendons-nous compte de la logique qu'il y a dans cette forme de compensation : elle est assez étrange. Voici en quoi consiste l'équivalence : au lieu et place d'un avantage, qui compense directement le dommage causé [...], il est accordé au créancier une sorte de satisfaction en manière de remboursement et de compensation, — la satisfaction d'exercer, en toute sécurité, sa puissance sur un être réduit à l'impuissance, la volupté « de faire le mal pour le plaisir de le faire », la jouissance de tyranniser : et cette jouissance est d'autant plus vive que le rang du créancier sur l'échelle sociale est plus bas, que sa condition est plus humble, car alors le morceau lui paraîtra plus savoureux et lui donnera l'avant-goût d'un rang social plus élevé. Grâce au châtement infligé au débiteur, le créancier prend part au *droit des maîtres*.⁴⁸

Entendons bien, ne sont pas à confondre ces enseignements⁴⁹ et la fiction hégélienne du Tribunal de l'Histoire ayant comme fond pseudo-anthropologique la fumeuse dialectique du maître et de l'esclave récupérée par les marxistes.⁵⁰ Ce serait faire preuve d'une niaise facilitée que de simplifier la Révolution en réduisant ses acteurs à des créanciers s'appropriant dans le sang le « droit des maîtres » – sans compter que l'on mécomprendrait ce dont nous informe Nietzsche au passage.

Lorsqu'Abensour qualifie de « surprenante » la déclaration de Saint-Just *Obéir aux lois, cela n'est pas clair; car la loi n'est souvent autre chose que la volonté de celui qui l'impose*, c'est parce que la loi sous la Révolution se prétend être l'instrument mettant fin aux rapports de domination et non pas celui permettant de substituer un maître pour un autre. À cet égard, la valse-hésitation du jeune conventionnel pourrait s'expliquer par un doute quant à la réalisation de la promesse des lois républicaines. Cette déclaration est cependant signe d'un malaise plus profond où l'on retrouve à nouveau l'impératif du passage de l'Ancien au Nouveau. Un impératif qui opère une redéfinition différente que celle

⁴⁸ Nietzsche, *La généalogie de la morale*, Paris, Gallimard, 1985, p. 68 et ss.

⁴⁹ La conception nietzschéenne de l'histoire n'est pas étrangère au sens qu'insufflent les premiers annalistes et les nouveaux historiens à la discipline historique, comme en témoigne leur formule programmatique une *histoire non point automatique, mais problématique*, qui joue d'une polarisation analogue à l'histoire critique par rapport à l'histoire progressiste chez Nietzsche.

⁵⁰ Voir Alexandre Kojève, *Introduction à la lecture de Hegel*, Paris, Gallimard, 1980 ; et *Esquisse d'une phénoménologie du droit*, Paris, Gallimard, 1981.

menée lors de la lutte de la forme langagière « convention ». Plus précisément, Saint-Just impose moins une redéfinition du contenu sémantique du concept de « loi » qu'il ne se sert de ce concept afin de renverser le « droit des maîtres » par le « droit des gens ». Une façon de revendiquer un principe sans principe, sinon celui d'être libre du « droit des maîtres ».

L'invention juridique du « droit des gens » de Saint-Just n'est pas que la subtile construction de l'idée maîtresse dont vit la société française et son droit pour le dire comme Michelet. L'autre face à la factibilité de l'histoire et de ce droit nouveau au moment de la Révolution est la mise en accusation du concept de « loi », comme si l'essence même de ce concept était suspecte. Pour Saint-Just, elle ne serait que le produit de l'aliénation théologico-politique dont la monarchie est la figure crépusculaire en 1789. En prendre connaissance, c'est éviter de se laisser surprendre par cette affirmation du révolutionnaire à titre de Législateur :

Les longues lois sont des calamités publiques [...]. Il faut peu de lois. Là où il y en a tant, le peuple est esclave [...] Celui qui donne à un peuple trop de lois est un tyran.⁵¹

Lues aujourd'hui, ces réserves de Saint-Just concernant la pratique législative pourraient donner l'impression d'un plaidoyer en faveur de la toute sacrée liberté contractuelle, considérant que là où prennent congé les lois étatiques apparaissent celles des parties. Mais ce serait omettre que Saint-Just cultive une croyance en une sociabilité originaire, antérieure aux « conventions détestables⁵² » au sens contractuel – et non pas au sens du contractualisme philosophique⁵³ –, souhaitant ainsi profiter d'un monde moral préexistant au premier commerce des volontés individuelles que j'identifiais rapidement en me référant à Nietzsche.

Dans l'imaginaire des contrats de Saint-Just, tout se passe comme si la redéfinition du concept de « convention » s'accompagnait de l'actualisation d'un droit naturel rétro-utopique en un droit social révolutionnaire, dont la loi républicaine devrait être la dépositrice. Exit donc la sphère immobile du droit des obligations nourrie au monde des concepts moraux de « faute » et de « devoir », qui aménagent selon le révolutionnaire ces rapports de force inégaux et que traduit le principe contractuel depuis au moins le régime féodal jusqu'à son apogée dans l'Ancien régime. Avec les mots de Saint-Just, puisque « la monarchie

⁵¹ Saint-Just, *Œuvres complètes*, éd. Vellay, II, 1908, p. 1136.

⁵² Gilles Labelle, *L'Écart absolu : Miguel Abensour*, Paris, Sens et Tonka, 2018, p. 46.

⁵³ Comme celui d'un Hobbes, d'un Rousseau ou d'un Locke.

n'étant plus rien dans le contrat qui unit les Français, les formes de la procédure ne sont point dans la loi civile [, qui consacre le « droit des maîtres »], mais dans la loi du *droit des gens*⁵⁴. »

De l'autre côté, *La philosophie dans le boudoir*, dans ce qu'elle propose comme « description hallucinée du monde post-révolutionnaire dont Thermidor est l'annonce⁵⁵ », fait en quelque sorte de Sade « un prétendant, comme Saint-Just, au statut de Législateur.⁵⁶ » Sade se situe cependant à l'extrémité du pôle où le révolutionnaire alimente son monde conceptuel du droit des contrats. Il ne s'agit pas pour le sulfureux marquis de fantasmer un ordre moral pré-juridico-contractuel où s'équilibrent en harmonie besoins et possessions, pour présenter trop caricaturalement la position de Saint-Just. Le rire sadien, sadique, irrévérencieux et parfois même scatologique en est un « qui dispose les conventions à distance dans l'espoir d'accéder à la vérité du droit naturel⁵⁷ », mais qui ne serait qu'un « état de dissolution morale » trouvant comme équivalent « un état permanent d'insurrection ». ⁵⁸ Donc ici aussi se révèle le projet d'une redéfinition de la « convention » et de la « loi » par des combats sémantiques cherchant à liquider le monde des concepts moraux du droit des obligations. Pour le résumer on dira que, avec le programme sadien, « non seulement conviendrait-il « de rire des lois, du magistrat et des dieux » associé à l'Ancien régime, mais tout aussi bien de « falsifier la monnaie du législateur jacobin », qui emprunte décidément trop du passé⁵⁹ ».

Malgré l'opposé structurel de leur entreprise définitionnelle respective, force est de reconnaître que se manifeste chez Saint-Just et chez Sade une même forme de conscience historique dans tout ce qu'elle implique à l'égard du concept de « loi ». En ce qui concerne la nature de cette conscience, je ne saurais mieux le présenter que par :

La conscience historique dissout les repères de la certitude et substitue ainsi à la notion d'un pouvoir légitime celle d'un régime fondé sur la légitimité d'un débat sur le légitime et l'illégitime, débat nécessairement sans garant et sans terme. Seule cette posture antimétaphysique — qui admet que la loi repose sur une construction arbitraire — autorise en retour à se ressaisir de la loi pour la contester.⁶⁰ (mes soulignements)

⁵⁴ *Ibid.*, p. 49.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 67.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 65.

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ Miguel Abensour, *Rire des lois, du magistrat et des dieux. L'impulsion Saint-Just*, Paris, Horlieu, 2005, p. 79.

⁵⁹ Gilles Labelle, *L'Écart absolu : Miguel Abensour*, Paris, Sens et Tonka, 2018, p. 65

⁶⁰ Manuel Cervera-Marzal, *Miguel Abensour, critique de la domination, pensée de l'émancipation*, Paris, Sens et Tonka, 2013, p. 132.

À ce combat sémantique qu'ouvre la « convention » au début de la Révolution se double une lutte foncièrement politique trouvant comme cadre de référence le concept de « loi », dont Saint-Just et Sade tracent l'arc entre deux extrêmes. Ces nouvelles articulations proposées de « convention » et de « loi » indiquent qu'aucune dimension juridique ne résiste à l'effervescence révolutionnaire, si bien que le « droit des maîtres » – qui n'est en définitive que l'autre nom du concept de « loi » aussi compris au sens de la disposition à l'étude – vacille jusqu'à tomber dans ce que l'on nomme « l'état d'exception » en droit public, mais qui est également la matrice d'origine du droit civil moderne.

Le concept d'« état d'exception », bien connu des constitutionnalistes et des philosophes du politique et du droit depuis au moins Schmitt,⁶¹ tire ses origines de la thèse de doctorat de droit de Théodore Reinach publié en 1885 sous le titre *De l'état de siège et des institutions de salut public*.⁶² Plutôt que de tomber dans les pièges interprétatifs d'un Schmitt, de même que d'Agamben qui récupère ce premier au tournant du siècle, il semble préférable d'opter pour la lecture de cette thèse par Boyan Manchev. Pour ce dernier, la condition fondatrice du régime juridico-politique de la modernité en juridictions civilistes n'est pas le *Code civil de 1804*, mais bien la Révolution. Au même moment, il réfute les thèses d'Agamben et de Schmitt, qui qualifient tous deux ce moment d'anomique, ce qui leur permet en retour de spéculer paresseusement sur l'existence d'un fond négatif sur lequel se serait construit ce régime.

Sans le mentionner, Manchev saisit l'essence même de la conscience historique comme celle de Saint-Just et de Sade, car il ne réduit pas la thèse de Reinach à cette petite idée d'absence de régulation par la loi,⁶³ ni à la disparition de valeurs normatives communes.⁶⁴ Les enseignements qu'il dégage de cette thèse montrent au contraire qu'il

faudrait penser d'abord la lutte de légitimation et de légitimité : la lutte sur le statut même de la légitimité, c'est-à-dire, en fin de compte, sur ce qui est légitime d'exister et d'imposer un certain ordre d'existence et à l'existence. Le moment fondateur du régime juridico-politique (du moins du régime juridico-politique paradigmatique de la modernité – le régime républicain) n'est pas une anomie,

⁶¹ Carl Schmitt, *Théologie politique*, Paris, Gallimard, 1988.

⁶² Théodore Reinach, *De l'état de siège et des institutions de salut public*, Paris, Librairie Cotillon – F. Pichon, 1885.

⁶³ Que contredisent d'ailleurs les dix milles décrets adoptés lors de la période révolutionnaire.

⁶⁴ Une absence qui serait une aberration d'un point de vue politique et sociologique si l'on se réfère aux travaux de Roberto Esposito et de Roberto Frega.

mais un agon allonomique, une lutte incessante d'hégémonie.⁶⁵ (mes soulignements)

Et qu'est-ce qu'une lutte allonomique⁶⁶ si ce n'en est une qui vise à disputer jusque dans la chair du social – tel qu'en témoigne la période de la Terreur – ou dans celle des contractants – comme nous en informe la généalogie de la morale nietzschéenne – : quelle est la loi pour une partie ; quelle est celle à laquelle prétend l'autre ; et qu'est-ce que n'est pas la loi, à savoir les trois questions fondamentales qui se posent toujours en litiges contractuels pour déterminer « la loi des parties » ?

Le deuxième chapitre de la thèse de Reinach « De l'état de siège en France » en offre une étude éclairante. Certes on retrouve cette idée que recyclent Schmitt et Agamben voulant que la Révolution soit le foyer historique de l'« état d'exception ». Toutefois, vouloir rabattre cet état sur une forme plus ou moins avouée de totalitarisme naissant⁶⁷ se buterait au fait que l'une « des plus grandes conquêtes de la Révolution fut l'abolition des tribunaux d'exception et des commissions extraordinaires, instituées au gré du souverain.⁶⁸ » Mérite plutôt d'être souligné que le principal défi auquel se mesure le gouvernement révolutionnaire à cette époque est de trouver des substituts à ces tribunaux et à la loi dont ils procèdent. C'est bien pour combler le vide juridique que ce gouvernement fait appel *in extremis* « à un état d'exception fictif, dans la mesure où il révèle la loi martiale comme la matrice du droit civil se manifestant en état d'urgence⁶⁹ ». Cette filiation juridique n'est pas anodine pour qui s'intéresse au droit des contrats. Ne serait-ce que parce que cette conquête révolutionnaire permet de définir ce qui réside au cœur de la pratique contractuelle au moins depuis son origine moderne.

Sans le soulever, car ce n'est pas le propos de ses hypothèses, Manchev met en évidence un mimétisme où se confondent précisément le moment fondateur du régime juridico-politique civiliste moderne et ce qui peut toujours caractériser le contrat en ce régime à notre époque :

l'infâme « état d'exception permanent » peut être vu au bout du compte comme une base latente du régime républicain lui-même, dont la normativité est

⁶⁵ Boyan Manchev, « L'état d'exception salutaire et l'avenir du politique. Considérations métacritiques », *Lignes*, vol. 65, no. 2, 2021, p. 106.

⁶⁶ L'allonomie est située à l'opposé de l'autonomie, puisqu'elle suppose un rapport à autrui dans une logique d'interdépendance.

⁶⁷ Giorgio Agamben, *État d'exception*, Paris, Seuil, 2003.

⁶⁸ Théodore Reinach, *De l'état de siège et des institutions de salut public*, Paris, Librairie Cotillon – F. Pichon, 1885, p. 174.

⁶⁹ Boyan Manchev. « L'état d'exception salutaire et l'avenir du politique. Considérations métacritiques », *Lignes*, vol. 65, no. 2, 2021, p. 105

finalement toujours situationnelle et préserve une plasticité latente dans le but de pouvoir contrôler voire réglementer diverses situations allonomiques (...). Autrement dit, derrière la prétendue universalité de la loi républicaine transparaissent différents régimes de légitimité et d'auto-légitimation, reposant sur des bases juridiques concurrentes et souvent contradictoires.⁷⁰ (mes soulignements)

Penser le contrat en fonction de l'« état d'exception » chez Reinach ne devrait pas surprendre, ni décevoir les privatistes. *De l'état de siège et des institutions de salut public* s'ouvre avec la percutante analogie que les « mesures d'exception sont, dans le droit public, l'équivalent des actes de légitime défense dans le droit privé⁷¹ ». Et cette analogie reconduit *ipso facto* à la redéfinition du concept de « convention » opérée par Saint-Just et que souhaite dépasser Sade dans le rapport problématique que cette redéfinition entretient avec la « loi » et sa contestation. Sinon, ce serait mal comprendre que « l'apogée de la loi politique [qu'est la monarchie lors de la Révolution] [...] est une déclaration de guerre à la société et au genre humain tout entier⁷² », auquel se doit de répondre le « droit des gens ». Un droit qui prend le relai de ce droit naturel pré-contractuel fantasmatique que n'aurait pas encore corrompu le « droit des maîtres » pour Saint-Just.⁷³ Mais qui, pour Sade, exige plutôt une insurrection permanente animée par un principe de prostitution généralisée visant autrement ce même « droit des maîtres ».

Ce point de contact entre le droit public et le droit privé identifié par Reinach emporte avec lui à nouveau une nécessaire relecture du libellé *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites*, afin de lui donner l'héritage qui lui revient. Cet héritage veut que le contrat civil relayé par cette disposition jusqu'à nos jours participe d'un état d'exception où c'est encore et toujours cette institution juridique qui est le terrain le plus fertile à la lutte allonomique dont traite Manchev. Dans ces

⁷⁰ *Ibid.*, p. 106

⁷¹ Théodore Reinach, *De l'état de siège et des institutions de salut public*, Paris, Librairie Cotillon – F. Pichon, 1885, p. 7.

⁷² Miguel Abensour, « Lire Saint-Just », dans Anne Kupiec et Miguel Abensour, *Saint-Just, Œuvres complètes*, Paris, Gallimard, 2004, p. 64.

⁷³ En cela, on devine pourquoi Saint-Just se tient tout près de Robespierre, mais non sans garder une distance par rapport à l'autorité législative ; et aussi pourquoi, historiquement, l'institution juridique du contrat peut se comprendre à l'aune de l'état d'exception. Tel que le remarque Lucien Jaume : « Il ne s'agit pas pour Robespierre de sacraliser l'État ou le collectif (le Peuple), ou de faire de la Terreur une machine métaphysique entre les mains divines du bourreau (Joseph de Maistre) ; il s'agit de donner un sens, une légitimité par l'Autorité qui cautionne la Révolution (comme en 1790) et, maintenant, en 1794, la Terreur. Sacraliser la politique, c'est la refermer sur elle-même, alors que la Révolution cherche à la fonder, à la justifier aussi, par un extérieur qui soit plus personnalisé que le droit naturel. » Entretien préparé et réalisé par Jean-François Bacot, « La République et la question religieuse. Entretien avec Lucien Jaume », *Le Philosophoire*, vol. 46, no. 2, 2016, pp. 167-198 (mes soulignements). Voir plus largement Lucien Jaume, *Le religieux et le politique dans la Révolution française. L'idée de régénération*, Collection Léviathan, PUF, 2015.

conditions, ce n'est plus le droit qui se trouve réguler par la loi, car, en accord avec une perspective ouverte par Abensour, la

loi est arrachée à son fondement extra-mondain sans pour autant être réduite au seul fruit de la contrainte. La loi n'est plus l'œuvre d'un sage législateur, ni l'expression de la volonté du tyran mais naît du sein même du conflit. La désunion garantit sa qualité.⁷⁴

Aucune autre institution juridique que celle des contrats n'offre de meilleures possibilités à cette désunion.⁷⁵

Prostituons la « loi » par l'anarchie contractuelle pour conclure

Ces luttes sociales et conceptuelles dont il a été question ici sont de part en part traversées par l'anarchie à titre de principe sans principe, c'est-à-dire qui libère de tout schéma référentiel, dont celui cherchant à fonder le « droit des maîtres » par l'arrêt du processus de légitimité et de légitimation de la « loi ». En cela, elles ont un sens radicalement juridique, comme l'invite à le penser Laurent De Sutter :

seules ont un sens juridique [les luttes] [...] qui acceptent la dimension expérimentale du droit – à savoir : qui embrassent de façon délibérée, et même féroce, sa puissance de fictionnalisation technique [...]. Seules ont un sens juridique les luttes qui cherchent à continuer plutôt qu'à résister.⁷⁶ (mes soulignements)

À ne prendre que Saint-Just et Sade, c'est soit le « droit des gens » soit le « boudoir » au moment de la Révolution. Qu'importe, c'est par le truchement de l'institution juridique du contrat que la « loi » retombe dans la fabrique juridique d'une anarchie dont l'essence révolutionnaire se reconnaît par le fait que « que nulle loi, nul ordre, nulle volonté politique de conservation ne peut arrêter », confirmant au passage et plus largement que le « droit, en soi et par soi, est la révolution permanente.⁷⁷ »

⁷⁴ Manuel Cervera-Marzal, Miguel Abensour, *critique de la domination, pensée de l'émancipation*, Paris, Sens et Tonka, 2013, p 132.

⁷⁵ À qui voudrait aujourd'hui pelleter du côté de la simple chimère cette conception du contrat, une de ses expressions parmi d'autres a été donné récemment par le docteur français Claude Jacob : « le contrat n'est pas un programme ou un projet, pas plus un règlement ; il n'anticipe sur rien, ne prévoit rien, n'organise rien. [...] Il nous faut enfin nous garder de toute transcendance du contrat, Dieu ou ses gourous et déguisements, au profit d'une immanence consentie par l'un et par l'autre ». Claude Jacob, « Contraindre ou contracter ? Réflexions sur le contrat », *Psychotropes*, vol. 12, no. 2, 2006, p. 25 et 32. Certes Claude Jacob n'est pas juriste, ni n'a même étudié le droit. Il n'en demeure pas moins qu'il porte un regard aiguisé sur la pratique contractuelle dans son propre cadre professionnel en opposant contraindre et contracter. Par ailleurs, Jacob a toujours cherché à infléchir la loi. Entre tous et toutes qui lui donnèrent cette opportunité, c'est certainement Simone Veil qu'il faut retenir.

⁷⁶ Laurent De Sutter, *Hors la loi*, Les liens qui libèrent, Kindle Edition, 2020, p. 42.

⁷⁷ *Ibid.*

Envisager sous cet angle ce libellé, c'est au moins constater que le Législateur de 1804 a prévu – inconsciemment peut-être – que dans chaque contrat se joue en miniature la révolution qui pourrait le renverser. Dans l'attente d'un nouvel embrasement généralisé, reste à apprécier cette « puissance réductrice de l'existence » qui s'affirme dans l'institution du contrat, là où les braises de l'état d'exception brûlent toujours. Des braises qui exigent de nous « d'autres conceptions, d'autres pratiques et d'autres modalités de résistance, dynamiques, actives et créatrices, qui », tel que nous invite à l'imaginer Manchev, « pourraient jeter à la face du nouveau Léviathan des formes de persistance dans la dignité et dans la liberté inimaginables de l'existence que nul souverain et nul messie ne saurait réduire ou apprivoiser. »⁷⁸ En attendant l'étincelle qui mettra à nouveau le feu aux poudres à tout le « droit des maîtres » et le monde conceptuel qui est le sien actuellement – pour laisser place nette à un nouvel état d'exception que couve en lui chaque contrat –, il faut retourner à l'épigraphe de départ.

Si l'*anarchist/prostitute* figure le vrai sens de la liberté contractuelle malgré tout c'est bien parce que le modèle du contrat est aujourd'hui, selon le constat incisif de Roland Barthes, le contrat de prostitution.⁷⁹ Certes repose-t-il sur un étalon économique, sur une équation comptable, mais « cette équation se trouve bordée par l'excès que constitue la présence de corps à l'intérieur du mécanisme transactionnel⁸⁰ », ce que Barthes appelait pudiquement les « embarras imaginaires de l'échange⁸¹ ». Embarras circonscrits par « deux images inverses mais également abhorrées⁸² » en notre époque de libéralisme contractuel, à savoir d'un côté la charité aveugle de la sainteté et de l'autre le geste égoïste du vol. Reste que cette double frontière enferme moins les contractants dans un cadre marqué par la « loi » qu'elle ne les libère.

Le contrat de prostitution permettrait de supprimer le vertige absolu, puisqu'il parvient à répondre à cette question : « à quoi m'en tenir sur le désir de l'autre, sur ce que je suis pour lui ? ». Je dirai de concert avec De Sutter que cette question ne manque pas de graver « l'excès

⁷⁸ Boyan Manchev. « L'état d'exception salutaire et l'avenir du politique. Considérations métacritiques », *Lignes*, vol. 65, no. 2, 2021, p. 115.

⁷⁹ Roland Barthes, « Éloge ambigu du contrat », in *Œuvres complètes*, t. V, 1977-1980, éd. Eric Marty, Paris, Seuil, 2002, p. 955.

⁸⁰ Laurent De Sutter. « Prostituer la loi. La pensée du contrat chez Roland Barthes », dans *Barthes face à la norme. Droit, pouvoir, autorité, langage(s)*. Mare & Martin, 2019. p. 262.

⁸¹ Roland Barthes, « Éloge ambigu du contrat », in *Œuvres complètes*, t. V, 1977-1980, éd. Eric Marty, Paris, Seuil, 2002, p. 955.

⁸² Roland Barthes, « Éloge ambigu du contrat », in *Œuvres complètes*, t. V, 1977-1980, éd. Eric Marty, Paris, Le Seuil, 2002, p. 955.

prostitutionnel [...] dans l'ordre bourgeois lui-même », et ce, d'une telle façon que cet ordre ne peut qu'« échouer à se tenir dans ses propres limites.⁸³ » Le libellé dont j'ai proposé l'analyse en me référant pour l'essentiel à une révolution passée, on le retrouve au présent de notre ordre sociopolitique et juridique, qui est en définitive toujours « excédé par le contrat et la loi elle-même qui prévoit son propre débordement⁸⁴ » pour reprendre la formule d'une grande synthèse que propose De Sutter. Tout se passe comme si la conscience historique, comme cette lutte de légitimation et de légitimité entre Saint-Just et Sade, nous venait du temps de la Révolution pour nous rappeler que l'institution juridique du contrat porte toujours en elle un concept d'avenir.

Une confirmation circonstancielle, voire décalée que *l'Anarchist/Prostitute figures out the true meaning of contractual freedom* ? Si oui, après, la question qui demeure est *Would you do anything for a laugh even if it kills you* ?

⁸³ Laurent De Sutter. « prostituer la loi. La pensée du contrat chez Roland Barthes », dans *Barthes face à la norme. Droit, pouvoir, autorité, langage(s)*. Mare & Martin, 2019. p. 262.

⁸⁴ *Ibid.*