

De l'Etat à l'étatisation ? Penser le droit public avec Michel Foucault

Carlos Miguel Herrera

DANS **REVUE INTERDISCIPLINAIRE D'ÉTUDES JURIDIQUES** 2017/2 Volume 79 , PAGES 39 À 54
ÉDITIONS **PRESSES DE L'UNIVERSITÉ SAINT-LOUIS**

ISSN 0770-2310

DOI 10.3917/riej.079.0039

Date de mise en ligne : 22/12/2017

Article disponible en ligne à l'adresse

<https://droit.cairn.info/revue-interdisciplinaire-d-etudes-juridiques-2017-2-page-39?lang=fr>



Découvrir le sommaire de ce numéro, suivre la revue par email, s'abonner...
Scannez ce QR Code pour accéder à la page de ce numéro sur Cairn.info.



DOSSIER

Penser le droit public avec Michel Foucault

Sous la coordination de Carlos M. HERRERA et Fatou BA SENE

De l'Etat à l'étatisation ? Penser le droit public avec Michel Foucault

Carlos M. HERRERA

Professeur à l'Université de Cergy-Pontoise
Directeur du Centre de Philosophie Juridique et Politique (CPJP)

Résumé

Ce texte revient sur les bases de l'antijuridisme de Michel Foucault, et notamment sa vision critique du droit public dans le cadre de son analytique du pouvoir. Il vise à montrer que la position du philosophe français est plus complexe qu'un simple rejet. Ses cours de la seconde moitié des années 1970 au Collège de France expriment une analyse plus approfondie, qui le conduit à une attention plus soutenue sur l'étatisation. Ses idées offrent sans doute un nouveau départ pour les recherches du droit public.

Abstract : From the Sovereign State to the Controlling State? Thinking Public Law with Michel Foucault

This article revisits the tenets of Michel Foucault's anti-juridical position, and in particular his critical vision of public law in his analysis of power. It aims to show that the position of the French philosopher toward the law is complex and should not be equated with a simple denial. His lectures at the Collège de France during the second half of the 1970s, placing the emphasis on the figure of the controlling State, suggest a more refined conception of public law. His ideas undoubtedly offer a fresh start for any research in that field.

Pendant longtemps, les commentateurs (avant tout, philosophes) ont approché la pensée de Michel Foucault par un pli anti-juridique, notamment dans sa phase mature, là où justement l'auteur de *l'Archéologie*

du savoir rencontre dans ses recherches le plus fortement le droit. Toute sa conception du pouvoir ne présupposait-elle pas au préalable une rupture avec le concept de souveraineté ? Ne cherche-t-il pas à contester tout privilège de la loi en matière de techniques de contrainte ? Pourtant, la publication, à l'orée du XXI^e siècle, des cours qu'il livrera au Collège de France – ses « comptes rendus publics » de recherche, comme il disait – montre à quel point le droit, sous des formes différentes – procès judiciaires, histoire des concepts, théories – est omniprésent, bien plus que ne le laissait deviner l'œuvre publiée de son vivant¹. Certes, la forme quelque peu instable que prennent souvent ces remarques « juridiques », souvent des hypothèses, parfois des simples propos, pouvait décourager quelque peu les efforts de reconstruction².

Cependant, les recueils sous les titres « Foucault and Law » se multiplient dans le monde anglo-saxon depuis les années 1990, et avec une plus grande intensité depuis une décennie. Le public français a pu aussi bénéficier récemment de la traduction d'ouvrages sur la question, conçus dans d'autres cultures juridiques³. Assurément, un lecteur approchant le juridique depuis une faculté de droit hexagonale aurait sans doute du mal à s'y retrouver dans des chapitres qui parlent de féminisme, corps, orientalisme, droit des homosexuels,...⁴. Et on le regrettera, bien évidemment.

¹ On retrouve aisément cet intérêt pour le droit en parcourant les thématiques de son séminaire, non seulement les travaux consacrés pendant plusieurs années à la préparation du livre *Moi Pierre Rivière, ayant égorgé ma mère, ma sœur et mon frère ... Un cas de parricide au XIX^e siècle* (1973), mais aussi celui de l'année 1978-1979, dédié plus directement à « la crise de la pensée juridique dans les dernières années du XIX^e siècle ». Cf. M. FOUCAULT, *Résumé des cours 1970-1982*, Julliard, 1989. D'après un témoignage recueilli par son biographe français, il avait fait un cours sur l'histoire du droit à la Faculté de Clermont, au début des années 1960 (depuis une chaire de psychologie générale !). Cf. D. ERIBON, *Michel Foucault*, Flammarion, 1989, p. 164. Cet intérêt était doublé d'une série d'engagements d'un autre ordre : Michel Troper a pu rappeler la part active que prenait Foucault, notamment auprès du Ministère de la Justice occupé alors par Robert Badinter, pour la création d'un Institut de philosophie du droit quelques mois avant sa mort.

² « Ce n'est pas du travail achevé, ce n'est même pas du travail fait, c'est du travail en train de se faire, avec tout ce que cela peut comporter bien sûr d'imprécisions, des hypothèses (...) ». M. FOUCAULT, *Sécurité, territoire, population, Cours au Collège de France, 1977-1978*, Gallimard/Seuil, 2004, p. 139.

³ M. ALVES DA FONSECA, *Michel Foucault et le droit*, L'Harmattan, 2014, ou encore, P. GUIBENTIF, *Foucault, Luhmann, Habermas, Bourdieu : une génération repense le droit*, LGDJ, 2010.

⁴ V. par exemple, le recueil des articles réunis par B. GOLDER et P. FITZPATRICK (dir.), *Foucault and Law*, Ashgate, 2010 ou encore, B. GOLDER (dir.), *Re-reading Foucault. On Law, Power and Rights*, Routledge, 2012. Si les premiers travaux dans ce genre visaient d'abord une perspective externe – par exemple, A. HUNT et G. WICKLAM, (dir.) *Foucault and Law : Towards a Sociology of Law as Governance*, Pluto, 1995 –, on peut repérer désormais des lectures plus internistes.

Le fait est que la pensée de Foucault n'a pas éveillé un intérêt durable chez les juristes français. A vrai dire, l'œuvre publiée du philosophe français offrait une entrée privilégiée pour cette rencontre à travers le magistral *Surveiller et punir*, paru en 1975. Aussi, les spécialistes les plus ouverts du droit pénal lurent-ils ce Foucault-là – peut-être la radicalité politique qui sous-tend cette recherche, et qui se fait particulièrement forte à ce moment de sa vie où il déploie une forte activité militante, a-t-il repoussé une attention plus répandue chez les autres. Signe d'un intérêt relatif, en tout cas : un texte très important de Foucault qui précède la publication de ce livre, les conférences brésiliennes parues sous le titre « La vérité et les formes juridiques », ne sera connu du public français qu'au moment de l'édition du précieux recueil *Dits et écrits*, au milieu des années 1990.

Pourtant, dès le début des années 1970, l'œuvre de Foucault amorce un dialogue, ou du moins un frottement avec le droit qui prend de l'ampleur avec le temps, au point qu'il a pu à un moment présenter son projet comme « faire une histoire de la vérité couplée avec l'histoire du droit »⁵. Il émerge d'une manière assez large, avec son étude du droit grec du VII^e au V^e siècle dès son premier cours au Collège de France, où l'on retrouve déjà une préoccupation pour la pratique judiciaire⁶, mais aussi, dans un débordement caractéristique, sur la question de la juste mesure ou encore la recherche d'une juste loi dans le *nomos*⁷. Mon hypothèse est que ce rapport devient plus intense au fur et à mesure que Foucault polémique avec le marxisme : ce n'est pas un hasard s'il répète inlassablement, qu'il discute avec les maos ou qu'il explique le néolibéralisme, que le droit n'est pas de l'ordre de la superstructure⁸.

Si l'on se cantonne à l'étude de la phase mûre de son œuvre, deux grandes entames peuvent être distinguées. Dans un premier moment, dans ces années 1971-1975, lorsqu'il isole (et critique), ce rapport spécifique entre droit et vérité qui dévoilent les pratiques judiciaires, dont témoigne les analyses de *Surveiller et punir* et les différents textes produits autour de cette recherche. Puis, après une inflexion en ce moment charnière de 1976 qu'expriment *La volonté de savoir* et son cours – central pour notre sujet –

⁵ M. FOUCAULT, *Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France, 1978-1979*, Seuil/Gallimard, 2004, p. 36. Il s'agirait avant tout des règles des régimes de véridiction.

⁶ Comme il le dit dans le débat qui suit une série de conférences au Brésil, « il y a toujours eu une certaine difficulté, une certaine ignorance, en tout cas, de la philosophie, non pas au sujet de la théorie du droit, puisque toute la philosophie occidentale a été liée à la théorie du droit, mais elle a été imperméable à la pratique même du droit, à la pratique judiciaire ». M. FOUCAULT, *Dits et écrits I*, Gallimard, 2001, pp. 1501-1502.

⁷ M. FOUCAULT, *Résumé des cours 1970-1982, op. cit.*, p. 15.

⁸ Par exemple, M. FOUCAULT, *Naissance de la biopolitique, op. cit.*, p. 168. Avant, « Sur la justice populaire. Dialogue avec les maos » (1972), maintenant dans M. FOUCAULT, *Dits et écrits I, op. cit.*, p. 1224.

« Il faut défendre la société », quand Foucault dessine les extrêmes de ce qu'il appelle le biopouvoir.

Cette analytique du pouvoir devait s'affranchir comme un préalable de la représentation que Foucault désigne comme « juridico-discursive », autrement dit, un pouvoir compris autour de l'énoncé de la loi et de l'interdit, façonnant une logique générale dont l'unité du dispositif serait un élément central⁹. Il oppose ainsi, en termes de procédés du pouvoir, droit à technique, loi à normalisation, châtement à contrôle, même s'il laisse planer une certaine ambiguïté sur le juridique, entre l'impossibilité de coder le pouvoir ou lui servir de système de représentation¹⁰. La forme juridique, en dernière instance, était liée à un type historique de société où « le pouvoir s'exerçait avant tout comme un droit de prise : sur les choses, les corps et finalement la vie », qu'il pouvait supprimer¹¹. Aujourd'hui, en revanche, le droit de mort reste en retrait par rapport à ce pouvoir qui gère la vie, i.e. cherche à l'assurer, la soutenir, la renforcer, la multiplier, la mettre en ordre. Ici le juridique – la souveraineté – est opposé à la biologie – les contrôles régulateurs.

Dans cette pente, Foucault va jusqu'à opposer au discours philosophico-juridique, comme il l'appelle, qu'il réduit, comme on vient de le voir, à une analytique du pouvoir par la souveraineté et la loi, à un discours historico-politique « qui déchiffre la permanence de la guerre dans la société »¹². C'est Boulainvilliers et son anti-juridisme qui montre que la guerre n'interrompt pas le droit (mais l'on peut penser aussi à un autre lecteur du Comte Henri, un certain Carl Schmitt...)¹³.

Foucault lui-même se charge de déterminer la part du droit dans sa vision, en précisant la place des règles de droit « qui délimitent formellement le pouvoir », dans sa préoccupation pour le « comment » du pouvoir¹⁴. S'agissant surtout ensuite de dégager une analytique spécifique du pouvoir,

⁹ M. FOUCAULT, *La volonté de savoir*, Gallimard, 1976, pp. 109-114. Elle ne se réfère pas comme telle uniquement au droit : il propose une localisation des traits de cette représentation en matière de sexualité.

¹⁰ *Ibidem*, p. 118.

¹¹ *Ibidem*, pp. 178-179.

¹² M. FOUCAULT, *Résumé des cours*, *op. cit.*, p. 91 (à propos de « Il faut défendre la société », cours de 1976).

¹³ On a souvent pensé que la fascination que Foucault a pu ressentir pour le néolibéralisme – cette « réflexion critique sur la pratique gouvernementale », comme il la nomme en 1979 – résidait en partie du moins par le fait ce courant offrait une sorte d'analyse du politique sans l'Etat, une technologie gouvernementale sans l'Etat (*ibidem*, p. 112). La théorie de la main invisible est pour lui une « disqualification » du pouvoir souverain (*Naissance de la biopolitique*, *op. cit.*, p. 287).

¹⁴ Dans un triangle pouvoir, droit, vérité, il se dit préoccupé par la question « quelle sont les règles de droit que les relations de pouvoir mettent en œuvre pour produire des discours de vérité ? ». M. FOUCAULT, « *Il faut défendre la société* », *op. cit.*, p. 22.

le philosophe va repousser toute analyse en termes de souveraineté, le concept même par lequel le droit public s'est constitué, et partant de tout discours juridique sur le pouvoir. Sans trop de nuance, il estime alors que la théorie du droit « a essentiellement pour rôle, depuis le Moyen Âge, de fixer la légitimité du pouvoir : le problème majeur, central, autour duquel s'organise toute la théorie du droit est le problème de la souveraineté »¹⁵. Sans y distinguer non plus le système du droit et le champ judiciaire, qui apparaissent comme le « véhicule permanent de rapports de domination, de techniques assujettissement polymorphes »¹⁶.

Le philosophe s'attachera à ancrer dans un récit historique sa reconstruction théorique, en décrivant rapidement ce processus depuis le Moyen Âge dans lequel, face à l'éclatement, à la multiplication des pouvoirs se déploie un mouvement de centralisation, de hiérarchisation, d'ordonnement qui fait que « l'exercice du pouvoir se formule toujours dans le droit »¹⁷. Les tentatives, comme il le dit joliment, de « dégager le juridique de l'institution monarchique et pour libérer le politique du politique » furent vaines, et même la postérieure critique de la monarchie gardera la forme juridique selon le principe que « le droit doit être la forme même du pouvoir et que le pouvoir devait toujours s'exercer sous la forme du droit »¹⁸.

En effet, la théorie juridico-politique du pouvoir qui se développe au XVIII^e siècle est ajustée « sur la notion de volonté, son aliénation, son transfert, sa représentation dans un appareil gouvernemental »¹⁹. Ce qui apparaît déjà comme une technique générale d'exercice du pouvoir se révèle pour lui comme l'envers « des structures juridiques et politiques de la représentation », et, surtout, la condition de fonctionnement et d'efficacité de ces appareils²⁰.

¹⁵ *Ibidem*, p. 24.

¹⁶ Pour lui, la croissance du pouvoir royal est faite à travers des institutions judiciaires. *Naissance de la biopolitique*, *op. cit.*, p. 9. Par ailleurs, les actions et les litiges judiciaires « étaient une manière de faire circuler les biens ». Concentré dans les mains des riches et puissants, il deviendra un pouvoir judiciaire. Cf. M. FOUCAULT, *Théories et institutions pénales. Cours au Collège de France, 1971-1972*, Seuil/Gallimard, 2015 ; « La vérité et les formes juridiques », *Dits et écrits I*, *op. cit.*, pp. 1446-1447.

¹⁷ *La volonté de savoir*, *op. cit.*, p. 115. Comme il le résume avec économie « au-dessus de tous ces droits hétérogènes » est apparu un « principe du droit, avec le triple caractère de se constituer comme un ensemble unitaire, d'identifier sa volonté à la loi et de s'exercer à des mécanismes d'interdiction et de sanction ».

¹⁸ *Ibidem*, p. 116.

¹⁹ « Le problème de la volonté, vous le retrouverez, bien sûr, au cœur de tous les problèmes de droit, ce qui authentifie encore le fait que cette problématique-là est une problématique fondamentalement juridique » (*Naissance de la biopolitique*, *op. cit.* p. 43).

²⁰ M. FOUCAULT, *Les anormaux. Cours au Collège de France, 1974-1975*, Seuil/Gallimard, 1999, p. 45.

C'est à ce stade que notre auteur, en prolongeant ses premières analyses sur les institutions judiciaires, semble réduire le droit public à la souveraineté, dans ce qu'il appelle une logique de sujet à sujet. Il part du fait – incontestable – que les monarchies absolues, loin de se placer dans le domaine du non-droit, « se sont édifiées comme des systèmes de droit » ; c'est pourquoi il parle de monarchies juridiques. Plus encore, « l'élaboration de la pensée juridique se fait essentiellement autour du pouvoir royal ». Après que « l'édifice juridique de nos sociétés » a été construit, le discours juridique pouvait être détourné contre le roi par l'introduction de la problématique de la limitation des prérogatives du pouvoir, une première fois déjà au XVI^e siècle lorsqu'on combat l'extension de la raison d'Etat à l'Etat de police par les lois fondamentales. Au point que le droit public devient pour lui « oppositionnel » au XVII^e et au XVIII^e siècles²¹. Mais même quand les juristes se placent en adversaires du roi c'est « toujours du pouvoir royal qu'il est question dans ces grands édifices de la pensée et du savoir juridiques »²². En effet, pour lui, « dans la pensée et l'analyse politique on n'a jamais coupé la tête du roi ». Là où Foucault nous parle de « roi » on peut aisément interchanger le mot par « Etat » ...

En réalité, cet apparent « antijuridisme » n'épargne pas davantage d'autres formes juridiques. Déjà au début des années 1970, Foucault questionne également la forme tribunal, dont la fonction historique serait de récupérer toute tentative de « justice populaire », en « la réinscrivant à l'intérieur des institutions caractéristiques de l'appareil d'Etat ». En promouvant une histoire de la justice, le philosophe souligne l'importance historique du système pénal dont la fonction essentielle serait « d'introduire et de multiplier des contradictions au sein des masses », et notamment d'opposer les uns aux autres le prolétariat et la plèbe non prolétarisée²³. Autrement dit, ce système revêt un rôle constitutif pour la bourgeoisie dans les jeux de divisions de la société qu'elle cherche à imposer tactiquement. Cette instance tierce, dont il va jusqu'à décomposer la distribution spatiale, est, comme il le signale aux défenseurs de la révolution culturelle chinoise, le contraire de la pratique même de la justice populaire²⁴.

De là à évacuer la pensée juridique, il n'y a qu'un pas ... Et on constate cette absence de dialogue avec la philosophie du droit des juristes,

²¹ *Naissance de la biopolitique*, *op. cit.*, p. 11.

²² M. FOUCAULT, « *Il faut défendre la société* ». *Cours au Collège de France, 1976*, Seuil/Gallimard, 1997, p. 23. Cela ne l'empêche pas d'en faire un récit subtil et complexe, par exemple de la lutte des savoirs juridiques à l'intérieur de la noblesse, qui placeront le droit public dans un réseau plus complexe et qu'il livre en abordant la pensée de Boulainvilliers (cours du 11 février 1976).

²³ « Sur la justice populaire », *op. cit.*, pp. 1218-1219 et p. 1236.

²⁴ *Ibidem*, pp. 1208 et s. Foucault dégage trois éléments de la justice judiciaire : l'élément tiers, la référence à une règle universelle et la décision avec pouvoir exécutoire (p. 1216).

celle qui prend son envol au XIX^e siècle. Ses représentants les plus emblématiques du XX^e siècle n'ont pas attendu Foucault pour s'engouffrer dans cette voie d'affranchissement « du privilège théorique de la loi et de la souveraineté » (*La volonté de savoir*, p. 118), qui va conduire un Hans Kelsen, après avoir pourfendu la notion de « souveraineté » et promu dans la foulée une théorie de l'Etat sans Etat, à souligner plus tard que « le pouvoir n'est pas une substance, n'est pas une chose différente de l'ordre social qui se trouverait cachée quelque part derrière celui-ci »²⁵. Une vision qui alimente déjà une conception relationnelle du pouvoir, même si elle reste encore dépendante de l'idée normative de contrainte – mais une contrainte spécifiquement juridique, qui ne se confond pas avec le droit de mort²⁶.

Ainsi, en dépit des ouvertures d'une pensée toujours en mouvement, le rapport de la pensée foucauldienne avec le droit public semblait occlus, en partie à cause de Foucault lui-même. En réalité, ce modèle d'un droit souverain – et avant, d'un droit disciplinaire –, se complexifie à mesure que se déploie son travail, au point que l'on pourrait affirmer que ce dernier n'aura de cesse de préciser la place du droit dans sa conception.

Dans ce cours si important de l'année 1978-1979 sur *Naissance de la biopolitique*, le juridique apparaît déjà séparé d'une réflexion sur l'origine contractuelle de la société pour définir le libéralisme, en reconnaissant ce qu'il appelle « la régulation par la forme juridique », comme instrument efficace dans la recherche d'une technologie libérale de gouvernement. Foucault entend refuser par ce biais l'idée qu'il y aurait un juridisme qui serait connaturel au libéralisme, parce que justement la loi « définit des formes d'interventions générales exclusives de mesures particulières, individuelles, exceptionnelles, et parce que la participation des gouvernés à l'élaboration de la loi, dans un système parlementaire, constitue le système le plus efficace d'économie gouvernementale »²⁷.

En réalité, cette vision plus complexe du droit, et surtout du droit public qui commence à se faire jour dans la pensée de Foucault avait émergé avant, par une série d'opérations où la signification du juridique débordait, par déplacements successifs, la loi, la répression, le souverain. On peut identifier deux séries de dilatations à l'intérieur de sa propre analyse.

²⁵ Cf. C. M. HERRERA, *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, Kimé, 1997, p. 112.

²⁶ A vrai dire, même dans le positivisme juridique, là où le rapport norme/contrainte était le plus directement affirmé, très rapidement, i.e. après la Deuxième guerre mondiale, apparaîtront d'autres analyses, comme celles de v. Wright, Hart, puis Bobbio, qui rend la notion de norme plus complexe que le propre modèle kelsénien.

²⁷ *Résumé des cours, op. cit.*, p. 115.

La première passe par une précision qui n'est pas juridique dans son esprit : la distinction loi/norme, que Foucault développe dans le sillage de Canguilhem dans son cours 1974-1975 sur les anormaux²⁸. Elle s'énonce comme une opposition, qui exprime toujours sa méfiance envers la loi. La norme se définit « par le rôle d'exigence et de coercition qu'elle est capable d'exercer par rapport aux domaines auxquels elle s'applique » ; autrement dit, c'est un élément « à partir duquel un certain exercice du pouvoir se trouve fondé et légitimé »²⁹. La norme est porteuse d'une prétention de pouvoir en ce qu'elle est liée « à une technique positive d'intervention et de transformation ». En revanche, la loi, elle, resterait du côté du mécanisme négatif de répression. Plus concrètement, la norme serait un pouvoir qui n'agit pas par l'exclusion, par la mort, comme il le précise plus tard. En effet, la norme, comme expression d'un art de gouverner, assure les mécanismes continus, régulateurs et correctifs que la prise en charge de la vie réclame. Elle sert à qualifier, à mesurer à distribuer, à hiérarchiser le vivant, c'est-à-dire, elle a une fonction régulatrice.

Pour Foucault, en effet, nous sommes entrés dans un type de société, comme il le dit en 1976, où le pouvoir de la loi est en train « de s'intégrer à un pouvoir beaucoup plus général », celui de la norme³⁰. Une société articulée sur la norme, à la différence de la société juridique chiffrée par la loi, exige un système de contrôle différent : « une visibilité incessante, une classification permanente des individus, une hiérarchisation, une qualification, l'établissement de limites, une mise en diagnostic ».

Telle que Foucault la présente, la distinction exprime une manière d'ignorer encore le type de rapport que la pensée juridique construit à partir de la fin du XIX^e siècle entre loi et norme, la transformation qui se met en place et qui touche la fonction de la contrainte juridique dans le dispositif normatif. De toute façon, pour lui, les nouveaux mécanismes du pouvoir restent « irréductibles à la représentation du droit ». Et s'il reconnaît désormais la portée de l'œuvre kelsénienne³¹, c'est pour mieux la distinguer

²⁸ En fait, l'intérêt pour la norme était ancien, et pas uniquement dans la confrontation juridique, au point que P. Macherey a pu croire pouvoir affirmer que « ce qui sans doute a le plus préoccupé Foucault, c'est de comprendre comment l'action des normes dans la vie des hommes déterminent le type de société auquel ceux-ci appartiennent comme sujets ». Cf. P. MACHEREY, *De Canguilhem à Foucault, la force des normes*, La Fabrique, 2009, p. 71.

²⁹ *Les anormaux, op. cit.*, p. 46. Plus tard, et de manière plus implicite, elle pourra s'alimenter de la reconstruction qui tente à son tour Hayek et le courant néo-libéral qui se réclame de lui.

³⁰ M. FOUCAULT, *Dits et écrits II*, Gallimard, 2001, p. 75.

³¹ D'ailleurs, Foucault semble prendre « tardivement » – dans son cours de 1977-1978 –, conscience de l'œuvre de Kelsen, dont il introduit la référence par une formule sibylline qui semble indiquer qu'on lui a signalé l'importance (cf. *Sécurité, territoire, population, op. cit.*, p.

de son projet : la loi aurait pour lui le rôle et la fonction de codifier une norme. En tout cas, si la loi est porteuse de normativité, celle-ci ne se confond pas avec les techniques de normalisation qu'il essaye d'identifier. Autrement dit, la norme devient le critère de partage des individus, opposant ainsi droit et norme. Pour lui, la pensée juridique fonctionnerait toujours avec la logique de la distinction licite/illicite, tandis que la pensée médicale distinguerait plutôt le normal du pathologique. D'où une conséquence plus importante : la médecine ne cherche pas à punir, mais opère avec « des moyens de transformation de l'individu, toute une technologie du comportement »...³². Le permis et le défendu ne servent plus comme critères pour saisir les relations du pouvoir, devenues plus complexes et appelant une compréhension extra-juridique.

Toutefois, l'analyse porte en elle une certaine relativisation de cette distinction trop tranchée entre « loi » et « norme ». Ou, comme Foucault l'affirme aussi en parlant de la norme, l'identification d'un « *juridique qui sort du juridique*, qui entre dans le médical »³³. Une configuration normative où la médecine investit le droit, composant « une sorte de complexe juridico-médical », qui serait « la forme essentielle du pouvoir » dans l'actualité.

Cette perspective sera déployée ensuite dans la distinction que Foucault fait entre les « modalités extrinsèques » et « modalités intrinsèques » d'intervention juridique pour limiter le gouvernement. Il s'agit d'une transformation importante dans la raison gouvernementale. La limitation de l'art de gouverner ne sera plus uniquement extrinsèque, comme elle l'était au XVII^e siècle, mais *intrinsèque*, autrement dit, une régulation interne. En tant que régulation, elle est de fait et pas de droit, même si ensuite elle sera transcrite en forme de règle. Ce qui compte, est que le gouvernement ne perd pas sa légitimité en franchissant la règle. Il s'agit d'une limitation de type générale. Du coup, la limitation apparaît comme un moyen pour atteindre ces objectifs propres, non comme un principe. Et le clivage ne s'établit pas par rapport aux sujets, mais par rapport aux choses à faire ou ne pas faire, autrement dit, à l'intérieur même de la pratique gouvernementale. Finalement, la régulation n'est pas imposée par la transaction entre gouvernants et gouvernés. C'est l'excès du gouvernement qui est en cause et non pas l'illégitimité du pouvoir souverain. Certes encore une fois, ce type de calcul revient à l'économie politique plutôt qu'au droit³⁴. Pour lui, l'économie politique ne s'est pas développée à l'extérieur, comme une négation de la raison d'État, à l'inverse de ce qu'il croit être le cas pour

58). L'année d'après, il présente la théorie kelsénienne comme une « conception formaliste, axiomatique, étatique » (p. 107).

³² M. FOUCAULT, *Dits et écrits II*, op. cit., p. 374.

³³ *Ibidem*, p. 378.

³⁴ *Naissance de la biopolitique* (leçon du 10 janvier 1979).

la pensée juridique (du XVI^e et XVII^e siècles)³⁵. On pourrait dès lors craindre que cette mise en lumière de l'économie politique marque le bannissement définitif du droit, d'autant plus que Foucault souligne qu'elle peut faire l'économie d'une théorie de l'Etat³⁶.

Mais comme il le précise de suite, il ne s'agit pas de gommer les mécanismes étatiques, au contraire « le problème de l'étatisation est au cœur même des questions », par le biais de la gouvernementalité³⁷. C'est justement parce que l'Etat n'a pas d'essence, qu'il n'est pas une source autonome du pouvoir. Il n'est rien d'autre que « l'effet, le profil, la découpe mobile d'une perpétuelle étatisation » ou encore « l'effet mobile d'un régime de mobilités multiples »³⁸. Comme il le fait en analysant le cas allemand d'après 1945, « l'Etat retrouve sa loi, retrouve sa loi juridique et retrouve son fondement réel dans l'existence et dans la pratique de cette liberté économique »³⁹.

Pour Foucault, il est clair désormais que l'art libéral de gouverner produit des modifications sur le plan du droit, et même de la loi. En particulier, la montée en puissance de l'entreprise accroît la nécessité de l'arbitrage juridique. L'institution judiciaire devient le principal service public. En tout cas, la société est encadrée par une multiplicité d'institutions judiciaires, et c'est pourquoi il parlera d'une société judiciaire. Et « société d'entreprise et société judiciaire » sont deux faces du même enjeu⁴⁰. Certainement, la théorie juridique ne peut pour Foucault répondre au problème de comment gouverner un espace souverain peuplé d'*homo economicus*, même s'ils restent des sujets de droit. On a besoin d'un ensemble complexe qui s'incarne dans l'art libéral de gouverner. Mais duquel le droit n'est pas exclu puisque c'est une technologie « dont la mesure rationnelle doit s'indexer juridiquement à une économie entendue comme processus de production et d'échange »⁴¹.

A bien regarder de près, c'est le juridique comme fondation du pouvoir qui disparaît à l'arrière-plan. Car comme Foucault le met en lumière de manière magistrale, c'est une naturalité – et non pas des droits naturels – que découvre l'économie politique⁴², même si ces représentants – pensons à Hayek – peuvent développer ensuite un discours sur la normativité du

³⁵ Il parlera d'un raffinement interne de la raison d'Etat.

³⁶ Il affirme par ailleurs que la détermination de ce régime gouvernemental qu'est le libéralisme est un préalable pour comprendre la naissance de la biopolitique. *Ibidem*.

³⁷ *Ibidem.*, pp. 78-79.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ *Ibidem*, p. 87.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 155.

⁴¹ *Ibidem*, p. 298.

⁴² *Ibidem*, p. 18.

marché en termes jusnaturalistes. Car cet ordre naturel est en fait un ordre légal⁴³. L'économie est un ensemble d'activités réglées. Ce qu'il faut éviter, comme l'indique Hayek et le souligne le philosophe français, est que le droit propose une fin particulière comme obligatoire.

L'interventionnisme juridique, qui est si important dans cette technologie du pouvoir – au point de pouvoir résumer l'ordolibéralisme par la formule « le minimum d'interventionnisme économique et le maximum d'interventionnisme juridique » –, traduit en fait l'idée d'Etat de droit de la tradition juridique. En d'autres termes, cette rénovation du capitalisme passe par l'introduction des « principes généraux de l'Etat de droit dans la législation économique ». Il est l'alternative positive d'intervention, face au despotisme et à l'Etat de police, en distinguant notamment les dispositions légales, expression de la souveraineté et les mesures administratives. Un Etat où il y a des lois, mais aussi « des instances judiciaires qui vont arbitrer les rapports entre les individus d'une part, et la puissance publique, de l'autre »⁴⁴.

Une nouvelle nuance dans la compréhension du droit intervient également dans le développement des biopouvoirs, même si la gouvernementalité libérale doit abandonner sa logique « à la fois legaliste et normalisante ». Foucault suggère alors de « changer la conception de la loi », ou en tout cas ne pas confondre sa forme, qui reste toujours dans le registre de l'interdiction et la contrainte, de sa fonction, qui serait celle de règle de jeu, ou plus exactement ce qui doit favoriser le jeu de maximisation des fonctions d'utilité⁴⁵. Il dégage alors une autre conception de la loi, non pas l'expression d'une volonté, mais « l'effet d'une transaction qui va partager d'une part la sphère d'intervention de la puissance publique et d'autre part la sphère d'interdépendance des individus »⁴⁶. Déjà il retrouve un changement concernant la punition dans la considération du sujet comme *homo ecœnomicus*, cette « interface du gouvernement et de l'individu »⁴⁷.

Dès lors, on croit déceler une forme d'aboutissement méthodologique – si l'on peut parler ainsi d'une pensée aussi ondoyante que

⁴³ *Ibidem*, p. 168.

⁴⁴ *Ibidem*, pp. 173-176.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 266. D'une manière générale, la nouvelle gouvernementalité se présente comme un recul massif du système normatif-disciplinaire (p. 265).

⁴⁶ *Ibidem* p. 43.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 258. Lorsqu'on parlera dans la pensée juridique anglo-saxonne du *law enforcement*, il s'agirait plus que de l'application de la loi, mais d'un ensemble d'instruments que l'on met en œuvre pour donner à l'acte d'interdiction contenu dans la formulation de la loi une réalité (sociale, politique, etc.). La notion recouvre une grande quantité d'éléments. Il la présente comme « l'ensemble d'instruments d'action sur le marché du crime qui oppose à l'offre du crime une demande négative » (p. 260).

celle de Foucault – lorsqu'il nous invite à « passer hors de l'institution » de l'Etat, pour lui substituer « le point de vue global de la technologie de pouvoir », ainsi qu'à substituer le point de vue interne de la fonction par la perspective extérieure des stratégies et tactiques. Il s'agirait de sortir de l'institution pour retrouver les relations du pouvoir, une « gouvernementalité »⁴⁸. Ce qui revient à « replacer l'Etat moderne dans une technologie générale du pouvoir qui aurait assuré ses mutations, son développement, son fonctionnement »⁴⁹. Ce serait une autre forme de droit public sans Etat telle qu'elle était déjà prônée par certains juristes. L'Etat moderne pourrait être conçu non pas à partir du concept de souveraineté, mais d'une nouvelle technologie de gouvernement, liée à l'idée de conduire quelqu'un. Il s'agit, comme il le dit, d'un « déplacement du centre de gravité du droit public »⁵⁰.

Comme l'on sait, Foucault l'illustrera d'abord avec le pastorat, en tant qu'esquisse de cette gouvernementalité, telle qu'elle se développera à partir du XVI^e siècle. Il s'agit d'un type de pouvoir qui s'exerce sur une « multiplicité en mouvement », qui guide vers un but, bienfaisant, mais aussi individualisant. Le pasteur n'est pas un homme de loi, « son action sera toujours conjoncturelle et individuelle », ce qui commande, en contrecoup une obéissance intégrale. Et c'est dans la médecine que se déploie le pastorat dans les formes modernes⁵¹. Le gouvernement dépassera et la souveraineté et le pastorat. L'Etat devient dès lors un enjeu politique à *l'intérieur des pratiques du pouvoir*, une manière de gouverner parmi d'autres⁵². Mais c'est avec l'apparition du problème politique de la population, au XVIII^e, qu'une nouvelle technologie émergera.

Le biopouvoir, qui a le droit d'intervenir pour faire vivre, suppose une autre technologie, qui va se superposer à la technique disciplinaire sur les corps. Cette dernière était déjà un premier aménagement de la vieille mécanique du pouvoir souverain, mais à la fin du XVIII^e apparaît déjà ce que l'on pourrait appeler une technologie sur la vie. Ces séries d'évolutions semblent conduire Foucault à opposer les institutions aux mécanismes régulateurs, qui ne se placent pas au même niveau. Mais l'élément qui permet de circuler du disciplinaire au biologique, c'est la norme, qui a gagné en épaisseur juridique entre-temps, tant elle s'applique aussi bien à un corps

⁴⁸ Voir notamment *Sécurité, territoire, population, op. cit.*, pp. 122-123.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 124.

⁵⁰ *Naissance de la biopolitique, op. cit.*, p. 40.

⁵¹ *Sécurité, territoire, population, op. cit.*, p. 203.

⁵² *Ibidem* p. 253. La raison d'Etat elle-même était analysée comme « la nouvelle matrice de rationalité », selon laquelle le Prince doit exercer sa souveraineté en gouvernant les hommes. Elle va s'incarner en deux grandes technologies, la première diplomatico-militaire, la seconde dans la police, au sens ancien du mot. Et au point de jonction, se retrouve le commerce et la circulation monétaire interétatique. *Résumé des cours, op. cit.*, pp. 101-102.

à discipliner qu'à une population à réguler⁵³. C'est pourquoi dans la société de normalisation, on peut distinguer, d'après lui, entre la « norme de discipline » et la « norme de la régulation », qui s'entrecroisent.

En fait, c'est tout l'Etat qui rentre dans un autre type de pacte avec la population, par lequel il lui propose d'être garanti « contre tout ce qui put être incertitude, accident, dommage, risque »⁵⁴. La sécurité sociale, l'assurance-chômage, les fonds de solidarité, la surveillance en font partie. Il s'agit d'un Etat qui opère par l'intervention, pas par le système de légalité. Cette logique d'intervention suppose le caractère exceptionnel, aussi bien de l'évènement que de la riposte étatique, mais un exceptionnel qui n'est pas extra-légal, mais une « sollicitude omniprésente », exprimant la nouvelle modalité du pouvoir. Et qu'il va associer à cette étatisation du biologique, cette prise du pouvoir sur la vie de l'homme qui se fait jour au XIX^e siècle⁵⁵. Le vieux droit de la souveraineté qui se cantonnait à « faire mourir et laisser vivre », est complété par un autre « droit nouveau »⁵⁶ – comme il n'hésite plus à le nommer – qui exprime le pouvoir de « faire vivre et laisser mourir ». Une technologie du biopouvoir qui opère par la régulation, des mécanismes plus complexes, notamment du point de vue de la rationalité économique, que la vieille assistance.

Ce n'est nullement un hasard que certains de ses disciples directs vont consacrer leurs travaux à l'Etat social⁵⁷, dans la mesure où l'on peut y voir un paradigme du « droit » de la vie. Si dans un premier moment Foucault se montre très méfiant envers cette forme étatique (= souveraine), il rejette, toutefois, que l'on construise en lignage avec l'Etat totalitaire⁵⁸.

Dans le passage d'une compréhension du droit public autour de l'Etat souverain à un déplacement vers l'étatisation du biologique nous avons en tout cas un chantier plus subtil qui émerge chez Foucault comme une invitation aux publicistes. On pourrait aller encore plus loin et explorer d'autres pistes, qu'il évoquait parfois de sa plume. Si pour lui c'est « la vie », plutôt que le droit qui est devenu « l'enjeu des luttes politiques », il ne laisse

⁵³ *Il faut défendre la société*, op. cit., pp. 22 et s.

⁵⁴ *Dits et écrits II*, op. cit., p. 385.

⁵⁵ *Il faut défendre la société*, op. cit., p. 213.

⁵⁶ Mais qui suppose pour la théorie du droit un nouveau sujet, inconnu jusqu'à là : la population.

⁵⁷ *La volonté de savoir*, op. cit., p. 191. Le livre qui se moule le plus étroitement dans la réflexion foucauldienne est sans doute *L'Etat-providence* (1986) de F. EWALD, mais l'on pourrait citer l'opuscule contemporain, sans doute plus attentif au droit public, de J. DONZELOT, *L'invention du social*. Si l'on rajoute l'ouvrage, au demeurant plus important, d'un autre penseur proche de Foucault, Robert CASTEL et *La métamorphose de la question sociales*, une décennie après, nous pouvons reconstruire les postérités de l'analytique foucauldienne de l'Etat social, comme nous espérons pouvoir le montrer dans une étude à paraître.

⁵⁸ *Naissance de la biopolitique*, op. cit., p. 196. L'Etat totalitaire impliquait pour lui une croissance de la gouvernementalité de parti.

pas de souligner que ces dernières « se formulent à travers des affirmations de droit »⁵⁹. Il se charge d'évoquer, sans la dégager complètement, cette grammaire des « droits » fondamentaux, à la vie, à la santé, au bonheur, à la satisfaction des besoins, par l'usage des guillemets. Pour lui, il s'agissait d'un droit incompréhensible pour le système juridique ... « classique », sortant donc du partage des droits de la perspective juridico-déductive autour de la souveraineté. On serait plutôt dans un contexte dans lequel la liberté se définit par « l'indépendance des gouvernés à l'égard de gouvernants »⁶⁰.

Foucault ouvre alors une piste de réflexion pour le système « actuel » : concevoir les droits – et non pas un singulier en majuscule – comme « réplique politique à toutes ces procédures nouvelles de pouvoir qui, elles non plus, ne relèvent pas du droit traditionnel de la souveraineté »⁶¹. En même temps, il s'attache à bien distinguer cette logique des droits – dans le système traditionnel qu'expriment les Déclarations des droits du XVIII^e – de celle de l'économie libérale, qui suit une autre rationalité⁶². Comme il le dit alors, pour lutter contre le pouvoir disciplinaire, il faudrait aller dans une autre direction que « l'ancien droit de la souveraineté », ce sera un nouveau droit, qui serait anti-disciplinaire, mais qui serait en même temps affranchi du principe de la souveraineté »⁶³.

Ce juridique qui rentre dans le normatif, qui sort de la loi, doit retenir notre attention. Certes, Foucault refuse toujours que « la souveraineté de l'Etat, la forme de la loi ou l'unité globale d'une domination » soient les données initiales de l'analyse du pouvoir, même s'il semble leur garder encore une place comme « formes terminales »⁶⁴. Mais l'on pourrait conclure que, si Foucault invite bel et bien les juristes à abandonner l'analytique juridique du pouvoir, il les convie par le même geste à se saisir ce qu'il y a de juridique dans la pratique gouvernementale elle-même. Il y a peut-être moins à opposer le droit à la technique, comme l'avait prétendu un moment Foucault⁶⁵. Après tout, le juridique, certains juristes l'ont dit

⁵⁹ *La volonté de savoir, op. cit.*, p. 191.

⁶⁰ L'hétérogénéité par rapport au système des droits de l'homme n'accepte pas d'interpénétrations du type science économique-juridique (*Naissance de la biopolitique, op. cit.*, p. 286).

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² Là où l'*homo juridicus* dit au souverain tu ne dois pas parce que j'ai des droits, l'*homo oeconomicus* dit tu ne dois pas parce que tu ne peux pas. *Naissance de la biopolitique, op. cit.*, p. 286.

⁶³ *Il faut défendre la société, op. cit.*, p. 35. Il refuse alors l'idée de répression, qui reste trop liée au disciplinaire.

⁶⁴ *La volonté de savoir, op. cit.*, p. 121.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 118.

également, déborde l'Etat et ses appareils. Chemin faisant, cela conduirait à transformer le propre regard des juristes sur le droit.

C'est ici que s'enracine l'ambition de ce dossier : approcher la pensée de Foucault depuis le droit public, tout particulièrement deux de ses branches principales, le droit constitutionnel et le droit administratif. Il part d'un présupposé : le souffle de sa pensée pour l'analyse du droit public, sa fécondité. Certes, cela suppose d'emblée d'abandonner les limites parfois étroites de la discipline telle qu'elle est véhiculée dans les doctrines dominantes, comme certains juristes ont déjà essayé de faire⁶⁶. Mais cela semble d'autant plus pertinent que la pensée de Foucault peut présenter une incontestable actualité, pour examiner certains phénomènes qui traversent et modifient le droit public. Moins que de l'Etat, le juriste publiciste doit s'occuper des étatisations. Comme il le dit joliment « il ne s'agit pas d'arracher à l'Etat son secret », il s'agit d'interpréter le problème de l'Etat « à partir des pratiques gouvernementales »⁶⁷. Paul Veyne a pu écrire jadis « Foucault révolutionne l'histoire ». Peut-être en va-t-il de même pour le droit public...

A une exception près, les textes qu'on lira sont issus de la journée d'étude organisée par le *Centre de philosophie juridique et politique* à l'université de Cergy-Pontoise, le 10 novembre 2016, dont la préparation avait été confiée à Fatou Ba Séné, docteure en droit public. La forme même de cette journée, que nous avons souhaité conserver dans le dossier, entendait établir à chaque fois un dialogue entre deux éclairages, dans lequel la seconde voix intervenait – parfois de manière quelque peu artificielle, il faut bien l'avouer ! – comme une approche externe, plus ancrée dans le droit public tel qu'on l'enseigne en Faculté.

Le dossier s'ouvre sur une reconstruction, y compris dans ses impasses, des trois points d'ancrage des lectures juridiques chez Foucault, par Jean-Arnaud Mazères, professeur émérite de droit public à l'Université de Toulouse, et sans doute l'un des juristes les plus attentifs de sa génération – celle qui se confronte directement au moment de son élaboration – à l'œuvre foucauldienne⁶⁸. L'analyse adopte ensuite une perspective métathéorique pour examiner le discours administrativiste, à laquelle s'attelle Jeanne de Gliniasty, docteure en droit public pour l'université de Cergy-Pontoise. L'essai fait appel aux textes épistémologiques de Foucault, comme l'*Archéologie du savoir*, dont le

⁶⁶ Par exemple, pour le droit constitutionnel, notre étude, « Entre droit constitutionnel et démocratie : les contre-pouvoirs sociaux » (2012), trad. franç. in *La démocratie, mais qu'en disent les juristes*, A. Viala (dir.), LGDJ, 2014, pp. 171-184.

⁶⁷ *Naissance de la biopolitique*, op. cit., p. 79.

⁶⁸ Sur la question, v. aussi B. GOLDER et P. FITZPATRICK, *Foucault's Law*, Routledge, 2009.

philosophe a pris ensuite quelques distances, mais qui reste une référence incontournable⁶⁹. La tentative est éprouvée par Maxence Chambon, maître de conférences en droit public à l'université de Cergy-Pontoise, qui replace sa lecture dans le volet répressif du droit foucauldien. Il s'agit ensuite de se pencher sur une notion d'une grande actualité, elle-même placée au cœur du droit public, l'état d'exception, dont les perspectives foucaaldiennes d'analyse sont étalées par Marie Goupy, directrice de programme au Collège International de Philosophie. Dans son commentaire, Pierre-Marie Raynal, maître de conférences de droit public à l'université de Cergy-Pontoise, pointe quant à lui une persistance de la conception juridique du pouvoir. Finalement, Fatou Ba Séné revient sur la question du néolibéralisme à la lumière des débats récents, qui surdétermine la lecture du droit de l'(avant-)dernier Foucault. Martin Quesnel, maître de conférences en droit public à l'université de Cergy-Pontoise, revient sur la portée de cette analyse, en lui trouvant une certaine actualité, et pas seulement à l'échelle nationale. Dans sa conclusion B. Bachofen, maître de conférences en philosophie à l'université de Cergy-Pontoise, fait dialoguer Foucault avec la philosophie moderne depuis Spinoza, l'inscrivant dans une tradition de désacralisation de l'Etat.

⁶⁹ V. par exemple, C. M. HERRERA, « Doctrine juridique et politique : à la recherche du regard interne ? », in *Droit et complexité. Pour une nouvelle intelligence du droit vivant*, J. Le Goff, M. Doat et P. Pédrot (dir.), Presses universitaires de Rennes, 2007, pp. 83-92.