

Groupe d'études « La Philosophie au sens large »
animé par Pierre Macherey.
08/01/2003

Foucault et le droit

Mathieu Potte-Bonneville

"Foucault et le droit" : dans la préparation de cette séance, ce sujet s'est imposé à moi pour deux séries de raisons.

1. D'abord, il s'agit, dans la réception et l'étude de l'oeuvre de Foucault, d'une question en jachère : mal posée par les uns, récusée par les autres. Mal posée, car posée en forme d'objection, animée par la conviction secrète que Foucault ne saurait y répondre : peu de commentateurs se demandent sérieusement ce qu'il en est du droit chez Foucault. La plupart ne posent le problème que pour regretter, le plus vite possible, l'absence dans cette pensée d'une "base normative" qui dirait enfin pourquoi l'on doit se révolter ; absence qui leur permet finalement de conclure à l'inconséquence des prises de position théoriques et militantes adoptées par l'auteur de *Surveiller et punir*. Il est alors tentant de considérer en retour cette question comme impertinente, d'en récuser purement et simplement la légitimité. Ce rejet, il est vrai, ne manque pas d'arguments : poser un tel problème, après tout, c'est mobiliser une catégorie universelle, "le droit", sans rapport avec le nominalisme constamment affiché et pratiqué par Foucault, donc sans bénéfice dans la compréhension de sa pensée. Qu'il soit question, dans cette oeuvre, de lois, de magistrats, de procès ou de lettres de cachets, c'est assez clair ; qu'il soit question "du droit" est beaucoup plus douteux. Il faudrait donc choisir : ou "Foucault", ou "le droit", comme concept solidaire d'une pensée vouée à l'abstraction et obsédée par la seule légitimation, au détriment de ce que Foucault appelle quelque part "la petite question : comment ça se passe ?"

Cette réaction me semble en partie justifiée – en partie seulement. Parce que "du droit", il est tout de même question chez Foucault de manière trop récurrente pour que l'on puisse y voir une facilité d'expression ou une formulation provisoire, due seulement à ce que le nominaliste est bien forcé, de temps à autres, de s'exprimer par noms communs. Certes, la mention en est chaque fois évanouissante – ainsi, dans le cours du 14 janvier 1976 : "*Donc : règles de droit, mécanismes de pouvoir, effets de vérité. Ou encore : règles de pouvoir et pouvoir des discours vrais*" (p.23). D'une phrase l'autre, le droit a disparu – insistant toutefois suffisamment longtemps pour que le couple pouvoir/savoir intègre un troisième terme ("*Donc, triangle : pouvoir, droit, vérité*", p.22), et pour que l'ensemble de cette série de cours soit consacrée à l'analyse d'un discours (celui de la "guerre des races") susceptible, non d'effacer toute mention du droit au profit d'une stricte logique des forces, mais de faire valoir "*un droit à la fois ancré dans une histoire et décentré par rapport à une universalité juridique*" (p.45). Un droit, donc, qui ne ressemble plus du tout à ce que le philosophe nomme ordinairement ainsi ; mais un droit, aussi bien, auquel Foucault donne encore le nom de "droit", l'installant au lieu même de ce qu'il conteste. On est alors fondé – malgré l'hétérogénéité apparente des registres d'interrogations – à se demander ce que Foucault entend par là, et ce que deviennent, dans cette oeuvre pourtant vouée aux descriptions singulières, les déterminations classiques qu'emporte avec elle la notion de droit.

2. La deuxième raison qui m'a poussé à choisir ce thème est plus conjoncturelle. Nous sommes entrés dans une séquence historique marquée par deux mouvements d'apparence inverse. D'un côté, ce que l'on nommera (pour rendre hommage à la "chaîne pénale", métaphore également prisée par les deux derniers Ministres de l'Intérieur en date), une *concaténation du juridique* : autant dire, un recul massif de la question des formes, une subordination explicitement revendiquée du moment du droit à des finalités extérieures (qu'il s'agisse de la réinsertion de la procédure pénale dans une technologie du "traitement en temps réel", ou de la refonte des catégories pénales ouvrant la responsabilité sur l'horizon de la sécurité). Restriction du droit, donc. Mais simultanément, on assiste à l'extension et à la dissémination d'une régulation de type juridique : multiplication des foyers depuis lesquels les normes se trouvent émises, transferts de compétence du couple législatif/exécutif vers le judiciaire, création d'autorités administratives indépendantes faisant jouer des procédures contradictoires, etc. D'un même trait, donc, nous sommes les témoins d'une multiplication des juges, et de ce que B.Frydman nomme une profonde "*crise de la prescription*" (cf B.Frydman, "Le droit privé de contenu", in coll., *Refaire la politique*, Paris : Syllepse, 2001).

Ce double processus donne un singulier relief au problème de la place du droit dans l'oeuvre de Foucault. Parce que, d'abord, cette oeuvre y acquiert une pertinence descriptive nouvelle : il est frappant, par exemple, de relire aujourd'hui l'intervention de Foucault intitulée "*La redéfinition du judiciaire*", et reproduite dans un numéro de la revue *Justice* (revue du Syndicat de la Magistrature) en 1987. Dans ce texte (malheureusement non repris dans les *Dits et Ecrits*), Foucault prend appui sur un livre-programme du Parti Socialiste, intitulé *Liberté, libertés*, pour diagnostiquer une transformation de ce qu'il nomme le "*judiciaire*", c'est-à-dire "*le domaine d'objets qui peuvent entrer dans le champ de pertinence d'une action judiciaire*". Transformations consistant à la fois en une "*démultiplication, éparpillement, essaimage du judiciaire*" ; en la transformation de ses catégories directrices, l'opposition licite-illicite s'associant à d'autres couples, "*vrai-faux, mais en même temps (à propos de l'information) honnête-malhonnête, sain-pathologique*" ; en la redéfinition, finalement, de la finalité de l'action judiciaire, l'horizon du juste faisant place à la "*définition d'un optimum fonctionnel pour le corps social*". Toutes indications dont on ne saurait dire qu'elles manquent d'actualité. Nouvelle pertinence, donc ; mais aussi bien, nouveaux problèmes. Si le souci de Foucault était de faire apparaître, sous un discours politique centré sur le droit et les principes, la réalité de mécanismes disciplinaires alors rejetés dans l'ombre, nous nous trouvons devant une tâche inverse : nous avons à nous demander si, dans un ordre politique qui s'avoue volontiers sécuritaire, certains éléments de juridicité sont à même de faire contrepoids, ou s'il faut se résoudre à n'y voir que maillons dans la chaîne pénale. Toute la question est alors de savoir si Foucault peut encore nous aider dans ce décryptage.

Deux raisons, en bref, de s'interroger sur "Foucault et le droit" – l'une, liée à la compréhension interne de l'oeuvre, l'autre à l'élucidation d'une actualité. Raisons qui ne sont pas indépendantes : se demander ce qu'il en est du droit chez Foucault ; décaper, en quelque sorte, l'image tenace d'un Foucault ignorant du droit, ce pourrait être aussi un moyen de se demander ce qu'il en est du droit dans une actualité qui, de manière troublante, s'est mise à ressembler aux "fictions" foucauldienne, sans même plus emprunter le masque que Foucault prétendait lui ôter. Je me propose ici de faire le point sur les critiques faites à Foucault au nom du droit ; puis, dans la discussion de ces critiques, de faire apparaître quelques lignes de force de l'analyse foucauldienne du droit – ou, parce que je serai sans doute amené à extrapoler quelque peu, de ce que pourrait être une réflexion sur le droit à partir de Foucault.

Une remarque préliminaire s'impose. Je parle *des* critiques : il me semble en effet que, lorsqu'on prétend lire chez Foucault une ignorance du juridique, on fait en réalité référence à une série de reproches, qui se situent sur des registres assez différents :

1. La première critique concerne, de façon très générale, la manière dont Foucault refuse d'ordonner la réflexion philosophique à la reconnaissance préalable d'une *différence entre les questions de fait et les questions de droit*. Est ici en question la négation, par Foucault, du "quid juris ?" kantien ; négation qui trouverait ses effets les plus dévastateurs dans le champ où cette question a son lieu propre : savoir, la philosophie politique, comme lieu d'une réflexion sur la *légitimité* (en tant qu'elle se distingue de la simple *existence* d'un ordre social), sur *l'obligation* (en tant qu'elle se distingue de la *force*), sur *l'autorité* (en tant qu'elle se distingue du *pouvoir*). Foucault, on le sait, préfère *l'Anthropologie d'un point de vue pragmatique* à la *Critique de la raison pure* – préférence qui le condamnerait à ne rien comprendre à la *Doctrine du droit*.

2. La seconde critique consiste plutôt à dénoncer, dans l'examen de l'objet historique que Foucault se donne, l'aveuglement envers *le fait du droit* : autrement dit, le fait que les règles et procédures juridiques ressortissent d'un domaine d'objets tout à fait particuliers, dont le mode d'être, la fonction et la relation aux autres aspects de l'expérience sociale impliquent que l'on ne puisse le dissoudre ou le démembrer. Foucault, en bref, aurait méconnu dans son analyse des sociétés l'autonomie et la spécificité du juridique, ainsi que leurs effets en retour sur les phénomènes qu'il prétend décrire ;

3. La dernière critique vise l'impossibilité, à partir des prémisses de la pensée de Foucault, de donner statut au *sujet de droit*, c'est-à-dire aux sujets en tant qu'ils revendiquent certaines capacités dont ils considèrent qu'ils sont, non seulement privés, mais *injustement* privés. Cette référence au sujet de droit suppose, d'une part, une certaine représentation des aspirations individuelles là même où celles-ci ne s'expriment pas (donc un droit *opposable* au fait) ; elle paraît impliquer d'autre part une norme de légitimité qui fonde le caractère précieux et respectable de ces aspirations (donc un droit *supérieur* au fait). Or, Foucault récusé à la fois l'un et l'autre – il refuse de dégager le sujet de ses modes de constitution historique, et refuse de poser une norme du juste au-delà des discours et des pouvoirs. Il semble donc rendre incompréhensible cette figure du sujet de droit, là même où, pratiquement, ses descriptions visent pourtant à soutenir et à relayer des luttes politiques où certains sujets exigent certains droits.

Donc : le reproche suivant lequel Foucault méconnaît le droit peut renvoyer à l'absence, chez lui, du droit comme exigence ou préalable *philosophique* ; à la méconnaissance du juridique comme domaine justiciable d'une analyse *scientifique* autonome ; à l'incertitude relative au sujet de droit comme support ou foyer d'une revendication *politique*. Le premier reproche est si l'on veut celui du philosophe ; le second, celui du juriste ; le dernier, celui du militant (ou de celui, tout au moins, qui prétend parler en son nom, tant il est vrai que les militants sont généralement peu préoccupés de fonder en raison leur statut de sujets de droit).

La distinction de ces registres me semble un préalable indispensable. A opposer trop vite "le philosophe du pouvoir" à "la philosophie du droit", on perd de vue le fait que ces objections ne se déduisent nullement les unes des autres, de manière invariable et mécanique. D'une part, elles ne vont pas forcément de pair : ainsi, un positiviste juridique à la manière de Kelsen pourrait fort bien s'accorder avec Foucault sur la nécessité de suspendre, lorsqu'on veut saisir ce qu'est le droit, toute référence à un cadre normatif exprimant ce que les lois devraient être.

Cependant, il n'accorderait probablement pas à Foucault le type d'objectivation que ce dernier propose du droit, et l'accuserait de dissoudre le juridique dans l'histoire ou la sociologie. D'autre part, ces objections connaissent divers enchaînements possibles. En particulier, on distinguera entre ceux qui reprochent à Foucault d'avoir ignoré le sujet, donc le juridique, et ceux qui lui reprochent d'avoir ignoré le juridique, donc le sujet. D'un côté, Alain Renaut, pour qui le tort de Foucault est d'avoir rejeté la position d'un sujet de droit anhistorique, dont les exigences auraient vocation à s'inscrire peu à peu dans le droit positif ; de l'autre, Claude Lefort, qui lui reprocherait plutôt d'avoir manqué l'institution historique d'une séparation entre le droit et le lieu du pouvoir, séparation permettant aux individus de se constituer en sujets, d'entrer dans une dynamique de revendications de droits contre l'Etat et hors de l'Etat. Pour l'un, Foucault a méconnu l'homme, et le sujet en l'homme, comme foyer intemporel du droit ; pour l'autre, il a ignoré que le droit, comme fait ou "forme" historique, amène à poser l'homme comme support et vecteur de revendications.

A terme, donc, c'est, bien plus qu'à une sorte de heurt massif, à une pluralité de confrontations que devrait conduire la réflexion sur "Foucault et le droit". Confrontations, d'ailleurs, dont on peut s'attendre à ce qu'elles soient inégalement motivées et fécondes : si l'on ne voit guère ce qui pourrait sortir d'une discussion entre les positions respectives de Foucault et de Renaut (je tâcherai toutefois d'en dire un mot plus loin), il serait par contre tout à fait nécessaire d'interroger l'écart entre Foucault et Lefort : parce que leurs positions s'engrènent sur une commune attention pour les revendications de droit, lorsque celles-ci prennent une forme à la fois politique et non-étatique ; parce qu'elles renvoient toutes deux la constitution du sujet à la singularité d'une expérience historique, plus qu'à un corps de principes intemporels. Pour l'instant, et plus modestement, je vais tâcher de parcourir les trois niveaux de ce débat. I) Pour répondre à l'objection du philosophe, je vais commencer par reconstruire les raisons de l'opposition de Foucault au "juridisme" philosophique – ses motifs et ses implications quant aux concepts directeurs de sa pensée. II) Pour répondre à l'objection du juriste, j'essaierai d'établir que l'anti-juridisme dans la théorie ne conduit pas forcément à une ignorance du juridique, ou à ce qu'on a coutume d'appeler un "réductionnisme". III) Pour répondre, enfin, à l'objection du militant, j'indiquerai quelques pistes relatives au rapport qu'entretiennent l'ordre du droit, avec ce processus que Foucault analyse comme "subjectivation" dans les derniers textes.

I. L'anti-juridisme de Foucault

Je commencerai par formuler une hypothèse générale : Foucault ne refuse pas de penser le droit ; il refuse la manière dont le droit est ordinairement pensé et, plus radicalement encore, cette pensée de la société qui emprunte au droit ses catégories. Autrement dit : Foucault construit sa théorie du pouvoir, non directement contre le juridique, mais contre le discours méta-juridique (ce qu'il appelle la "*théorie de la souveraineté*"), et plus encore contre la posture philosophique qui fait des concepts juridiques les catégories directrices de toute réflexion sur le politique (ce qu'il appelle la "*conception juridico-discursive du pouvoir*"). Si cette hypothèse est tenable, cela voudrait dire que la critique du *juridisme* n'obère pas chez Foucault la possibilité d'appréhender le *juridique*, voire constitue un préalable à une appréhension adéquate de ce qu'est effectivement le droit.

Cette distinction, je l'indique du départ, n'est pas aisée à établir. La difficulté, sur ce terrain, vient du fait que Foucault ne cesse d'échanger les points de vue (cf les premiers cours de *Il faut défendre la société* : "le droit" y désigne tantôt "*la loi et l'ensemble des appareils, institutions, règlements qui appliquent le droit*" (p.24), tantôt "*la pensée juridique*" (p.23),

tantôt "*la théorie juridico-politique de la souveraineté*" (p.31). Ce bougé a un sens : il indique tout un système d'échanges entre le discours juridique, le discours des théoriciens du droit, le discours des philosophes du droit. Il faut y voir aussi l'effet, disons-le, d'une assez grande désinvolture à l'égard de distinctions et de définitions auxquelles les philosophes du droit accordent, au contraire, toute leur patience et leur attention : signe que Foucault a résolu de changer de terrain. Pour autant, l'examen de ses arguments laisse apparaître, dans ce fouillis, quelques distinctions assez nettes : il s'agit avant tout pour Foucault, non de statuer sur le rôle et l'importance du droit dans le fonctionnement effectif des sociétés, mais d'analyser, puis de se débarrasser du discours sur le droit.

Au point de départ de l'analyse, il faut situer la généalogie de la "*théorie de la souveraineté*", i.e. la manière dont Foucault retrace le parcours du discours sur le droit, et sa "re-fonctionnalisation" permanente au cours de l'histoire politique. Ainsi, le cours intitulé *Il faut défendre la société* distingue-t-il (p.31) cinq étapes à l'intérieur de cette histoire : d'abord, la théorie de la souveraineté "*s'est référée à un mécanisme de pouvoir effectif qui était celui de la monarchie féodale*" (hypothèse, notons-le au passage, assez curieuse, dans la mesure où la notion de souveraineté est ordinairement située en opposition vis-à-vis des liens féodo-vassaliques). Deuxièmement, cette théorie a servi "*d'instrument et de justification pour la constitution des grandes monarchies administratives*". Troisièmement, elle a constitué un instrument dans la lutte politique et théorique au XVIe et XVIIIe – lutte à l'issue de laquelle, quatrièmement, elle a permis de construire le modèle alternatif de la démocratie parlementaire. Cinquièmement enfin, dès lors que s'est mis en place un autre type de pouvoir (disciplinaire, puis biopolitique), la "théorie de la souveraineté" a trouvé une dernière fonction, servant à travestir les rapports de pouvoir : "*cette théorie, et l'organisation d'un code juridique centré sur elle ont permis de superposer aux mécanismes de la discipline un système de droit qui en masquait les procédés, qui effaçait ce qu'il pouvait y avoir de domination et de techniques de domination dans la discipline et qui garantissait à chacun qu'il exerçait à travers la souveraineté de l'Etat, ses propres droits souverains*" (p.33).

Cette généalogie est relativement imprécise, mais sa signification, elle, est claire : il s'agit pour Foucault de montrer que le discours sur le droit ne tire pas sa consistance de l'objet qu'il prétend décrire (objet qu'il "perd" très vite, à partir du moment où il se décale vis-à-vis de sa matrice féodale) mais de la fonction qu'il occupe dans l'exercice effectif du pouvoir. Autrement dit, la théorie de la souveraineté ne tient pas sa valeur du fait qu'elle dirait ce qu'est le droit, à la manière d'une représentation, mais de son instrumentalisation diverse – instrumentalisation dont le droit, en retour, subit un certain nombre d'effets. Du même coup, on ne saurait dire que, pour Foucault, le travestissement des rapports de pouvoir constitue la vérité éternelle du juridique : ce n'est pas le droit, mais le *discours sur le droit* qui acquiert (et qui acquiert tardivement) cette signification, laquelle secondairement vient peser sur les structures et le fonctionnement juridique, à la manière d'un "*centrage*". Foucault ne nie certes pas que la fonction d'occultation tenue par le discours sur le droit ait des effets sur le droit lui-même, sur le contenu des codes et les modalités de leur mise en oeuvre ; pour autant, je ne crois pas qu'il soutienne que cette fonction d'occultation *épui*se la réalité du droit.

Cette généalogie conduit Foucault à affirmer qu'une analyse adéquate du pouvoir, dans les sociétés modernes, doit rompre de plusieurs manières avec la "théorie juridico-discursive" du pouvoir. Autrement dit, le repérage de la fonction historique (de plus en plus "déconnectée" et falsificatrice) de la théorie de la souveraineté exige un ensemble de transformations dans le regard que le philosophe porte sur son objet. Cet aspect est sans doute le mieux connu : la

recherche d'une alternative à la théorie "juridico-discursive" comprend quatre aspects essentiels.

1. D'abord, elle implique que le philosophe cesse de se prendre pour un juge : en ce sens, c'est toute la philosophie de Foucault (et pas seulement ses textes sur le pouvoir) qui, en opposant à la recherche de *principes*, la *description* et *l'analyse*, s'oppose à la grande métaphore du "tribunal de la raison".

2. Ensuite, elle passe par la recherche de paradigmes alternatifs au paradigme juridique : contre une théorie du pouvoir qui pense celui-ci à partir du juridique, et en termes juridiques, Foucault fait valoir une pluralité d'autres modèles – essentiellement, un modèle stratégique, un modèle technologique, un modèle biologique. Dans ses réflexions sur la *guerre*, sur la *technique*, sur le *vivant* et la médecine, Foucault cherche essentiellement à déborder la pensée qui se focalise sur le droit. Foucault s'interdit d'ailleurs d'hypostasier l'un ou l'autre de ces modèles, en soulignant qu'il s'agit d'autant de discours : ainsi, le cours *Il faut défendre la société* n'oppose pas la *théorie* de la souveraineté à la *réalité* du pouvoir, laquelle serait la guerre ; il fait l'histoire du discours qui, présentant le pouvoir comme guerre des races, double et conteste le discours juridico-politique. De manière plus générale, Foucault ne dit donc pas "le pouvoir c'est la guerre", ou "le pouvoir c'est le vivant", mais "on gagne à penser le pouvoir comme guerre", ou "le pouvoir comme vivant". Ce, pour deux raisons essentielles : parce que ces paradigmes ont été repoussés par le discours sur le droit et peuvent donc jouer, vis-à-vis de lui, un rôle critique ; parce que, simultanément, ces paradigmes participent à la constitution des pratiques modernes de pouvoir, et sont en prise avec celles-ci.

Autrement dit, ce qui intéresse Foucault dans le discours sur le pouvoir-guerre, ou sur le pouvoir-vivant, ou sur le pouvoir-technique, c'est qu'ils se situent exactement au lieu où (comme l'établit la généalogie que j'ai rappelée plus haut) le discours sur le pouvoir-droit se situait aux 17 et 18^e siècle : ce sont des catégories à travers lesquelles le pouvoir se construit effectivement, et qui simultanément sont susceptible de jouer vis-à-vis de lui et des justifications qu'il se donne, un rôle critique. Ainsi, le discours sur la guerre est-il à la fois discours efficace du côté de l'art militaire, et discours critique vis-à-vis des prétentions de l'Etat à l'universalité. De même, le discours sur la technique est efficace dans les technologies disciplinaires, et critique vis-à-vis d'une interrogation limitée au seul examen des principes de légitimité de l'ordre politique. De même encore, le discours sur le vivant est efficace dans la constitution de la biopolitique, et critique vis-à-vis du discours identifiant le pouvoir avec une autorité transcendante et limitative. On ne saurait donc adopter sur l'un de ces paradigmes un point de vue trop réaliste (par exemple, en tirant comme le fait Deleuze l'analyse de la biopolitique du côté d'un vitalisme) sans se souvenir de ce que chez Foucault, il s'agit là d'un discours ; sans se souvenir, aussi, que Foucault prend soin de ne jamais choisir *un seul* paradigme, mais en met toujours plusieurs en concurrence.

3. L'opposition à la "*théorie juridico-discursive*", étayée sur ces paradigmes alternatifs, conduit à la formulation d'un certain nombre de principes très connus : principe suivant lequel le pouvoir *produit* plus qu'il ne nie ; principe suivant lequel on a toujours affaire à une *pluralité* de pouvoirs ; principe suivant lequel le pouvoir est une *relation*, et non un bien susceptible de cession ; principe suivant lequel, enfin, les règles qui organisent l'exercice du pouvoir sont immanentes et se transforment dans cet exercice même, plutôt que de s'imposer d'en haut. On le voit, les principes de la "microphysique du pouvoir" s'opposent terme à terme à ceux de la théorie de la souveraineté – au modèle d'un pacte par lequel les individus

renoncent à leur droit, au profit d'un souverain susceptible d'instituer le droit, lequel prend essentiellement la forme de lois restrictives et transcendantes.

4. Enfin, la rupture avec la "théorie juridico-discursive" commande un déplacement de l'attention, ou ce que Foucault appelle une "précaution de méthode" dans le choix des objets d'étude. Je cite *Il faut défendre la société* (p.25) : "*prendre le pouvoir dans ses formes et ses institutions les plus régionales, les plus locales, là surtout où le pouvoir, débordant les règles de droit qui l'organisent et le délimitent, se prolonge par conséquent au-delà de ces règles (...) Autrement dit, saisir le pouvoir du côté de l'extrémité la moins juridique de son exercice*".

Je m'arrête sur ce dernier point. Vous voyez qu'il n'y a pas chez Foucault d'exclusion de principe de toute réflexion sur le juridique, mais une série de thèses assez complexes. Au point de départ, cette affirmation : le discours qui prétend lire la constitution d'une société politique *autour* du droit et *en termes* de droit (le discours qui fait de la loi l'instance centrale, et où le philosophe met la toque du juge) est un discours de pouvoir, mais qui pour cette raison même bloque l'appréhension du pouvoir, tel qu'il s'exerce depuis (au moins) le XVIII^e siècle. Ce constat conduit, d'un côté, à la refonte des catégories philosophiques propres à analyser le pouvoir, de façon à ce que celles-ci se débarrassent du *modèle* du droit ; il conduit, de l'autre côté, à écarter par souci de méthode les mécanismes directement juridiques (parce que ceux-ci ont jusqu'ici fait l'objet d'une attention exclusive, et qu'ils sont du même coup impropres à élaborer le paradigme alternatif que Foucault souhaite promouvoir). Ce qui m'intéresse, c'est qu'à *aucun moment, Foucault ne dit que le droit est une dimension négligeable ou inconsistante de l'expérience sociale* – il y voit seulement un *modèle impropre* à fournir des catégories à la philosophie politique, et un *objet rendu illisible* parce qu'entièrement investi par le discours sur la souveraineté. Mais qu'il faille partir "*de l'extrémité la moins juridique*" de l'exercice du pouvoir ne signifie pas que les concepts élaborés dans ce cadre ne puissent pas, une fois lancés, récupérer le droit lui-même.

A la limite, on peut même dire l'inverse. Lorsque Foucault écrit :

« dans les sociétés occidentales, et ceci depuis le Moyen-Age, l'élaboration de la pensée juridique s'est faite essentiellement autour du pouvoir royal. C'est à la demande du pouvoir royal, c'est également à son profit, c'est pour lui servir d'instrument et de justification que s'est élaboré l'édifice juridique de nos sociétés. » (*Il faut défendre la société*, p.25)

On peut certes lire l'idée que le droit est, et n'est rien d'autre, qu'un instrument et un leurre au service du pouvoir. Mais on peut aussi lire la phrase en un autre sens : la théorie qui absolutise le juridique, parce qu'elle est absolument soumise à des impératifs politiques, conduit à manquer, non seulement la véritable nature du pouvoir royal, mais aussi la véritable nature du droit. Pour Foucault, le discours sur le droit est d'autant plus un discours de pouvoir qu'il prétend dissoudre la question du pouvoir dans celle du droit : les légistes royaux sont plus royalistes que le roi, parce que d'abord, ils sont plus juristes que le droit. On peut alors penser, sans paradoxe, qu'une analyse du pouvoir qui ne part plus du droit (ni dans ses catégories, ni dans ses objets privilégiés) est non seulement capable d'y arriver, mais peut offrir une meilleure compréhension du droit parce qu'elle ne l'absolutise pas pour des motifs de légitimation politique.

II. Foucault est-il réductionniste ?

Nous avons donc, chemin faisant, commencé à répondre à l'objection du juriste : chez Foucault, critique du juridisme ne veut pas dire évacuation du juridique. C'est pourquoi il peut écrire (*Dits et Ecrits*, III, p.424) : « Le droit n'est ni la vérité ni l'alibi du pouvoir. Il est un instrument à la fois complexe et partiel. La forme de la loi et les effets d'interdit qu'elle porte

sont à replacer parmi d'autres mécanismes non-juridiques ». Traduisons : ce qui est un alibi du pouvoir, c'est le *juridisme*, dès lors qu'il fait du droit la vérité de l'autorité, et de la question "quid juris" la vérité de la philosophie. Mais si l'on se débarrasse de cette vérité-alibi, on peut accéder au *juridique*, comme instrument "*partiel*" – le droit n'est pas tout – et "*complexe*" – le droit n'est pas rien – complexité touchant à sa "*forme*" et à ses "*effets d'interdits*", tous éléments que Foucault est loin de nier.

Encore faut-il que le paradigme produit par Foucault soit effectivement apte à rendre compte des caractéristiques propres aux phénomènes juridiques : à rendre justice, si j'ose dire, à ce que j'ai appelé en commençant "le fait du droit". Autrement dit, la question que nous devons poser à Foucault est : une théorie non-"juridiste" du droit est-elle condamnée à rabattre celui-ci sur d'autres phénomènes discursifs ou sociaux, en bref au réductionnisme ? Cela suppose évidemment de s'entendre sur les caractéristiques minimales de ce "fait du droit" – caractéristiques qu'une théorie devrait respecter, sous peine de se voir accuser d'"écraser" le juridique. Il me semble qu'on peut, par provision, proposer trois critères essentiels : critère *d'idéalité*, critère de *constitution*, critère *d'autonomie*. a) Serait réductionniste une théorie qui manquerait l'idéalité du droit et de ses significations : autrement dit, pour parler comme les philosophes analytiques, le fait que la sémantique des règles juridiques ne saurait être rabattue sur celle des propositions descriptives ; ou encore, pour reprendre cette fois le vocabulaire de Kelsen, le fait que les normes du droit prennent sens par référence à un ordre du "devoir-être", du *sollen*, et ne sauraient être réduites à l'expression de puissances étroitement matérielles. b) Serait réductionniste, d'autre part, une théorie qui manquerait le caractère constituant du droit ; autrement dit, qui penserait la loi comme venant seulement départager des objets préalablement définis avant elle et en dehors d'elle, en oubliant que la loi procède d'abord à une catégorisation, à une qualification des sujets et des actes. Catégorisation dont le statut est instituant, parce qu'il revient à conférer à ces sujets et à ces actes des propriétés qu'ils n'ont pas naturellement – par exemple, la responsabilité est inséparable de l'imputation qu'opère la règle juridique ; de même, la distinction entre choses et personnes est inséparable de la manière dont le droit fait jouer cette dualité, etc. c) Serait réductionniste, enfin, une théorie qui manquerait l'autonomie du droit, la consistance que sa systématité lui confère et qui en fait une sphère distincte vis-à-vis des conflits sociaux et des jeux de pouvoir : le fait, en d'autres termes, que les normes juridiques doivent être resituées dans le jeu de renvois mutuels qui, les rapportant les unes aux autres, les autonomise partiellement des contextes de leur élaboration ou de leur mise en oeuvre.

Pour rassembler ces trois critères, serait réductionniste une théorie qui manquerait la *différence entre l'ordre des règles juridiques et l'ensemble des régularités sociales observables*. C'est là le reproche communément adressé à Foucault : celui d'ignorer le symbolique, de sous-estimer l'instance de la règle. En bref, Foucault se comporterait vaguement en sociologue, et au plus loin de toute philosophie du droit sérieuse. Or, il me semble que ce reproche porte à faux : non seulement Foucault ne tombe frontalement, malgré les apparences, sous aucun de ces reproches, mais il pourrait bien, par sa démarche, rejoindre certaines des questions laissées en jachère par la philosophie du droit dite "sérieuse".

a) Partons du plus paradoxal : la question de l'idéalité. A priori, l'enquête que Foucault mène à propos du droit se situe certes aux antipodes de tout idéalisme juridique : il s'agit de déceler derrière les catégories juridiques des dispositifs concrets, et de rapporter l'universalité apparente du droit à une série de contingences historiques. Pour Foucault, le droit doit être compris à partir des mécanismes qui, en lui assurant une prise effective sur le corps social, en infléchissent aussi les contenus ; bien évidemment, la production des normes juridiques n'est

pas rapportée chez lui au seul lien logique qu'elles entretiennent avec les normes de degré supérieur dont elles procèdent. Pour contredire la formule de Kelsen, chez Foucault ce n'est pas le droit qui produit le droit, mais "*les excès du vin ou du sexe*", "*les petites, les infimes matérialités*" pour reprendre les célèbres formules de "La vie des hommes infâmes".

Pour autant, on ne saurait reprocher à Foucault d'avoir rabattu l'idéalité du juridique sur la matérialité des instruments du pouvoir, sans s'être préalablement interrogé sur le type de "matérialité" à laquelle Foucault renvoie dans ses réflexions sur le discours et le pouvoir ; sans se souvenir que le matérialisme de Foucault est tout à fait curieux (*l'Ordre du discours* revendiquait à ce propos un "*matérialisme de l'incorporel*"). Sur ce point, il faudrait s'arrêter longuement. Faute de temps, je m'en tiendrai à un exemple, celui de ce que Foucault appelle "les disciplines". Qu'est-ce exactement qu'une discipline ? A lire attentivement *Surveiller et punir*, on s'aperçoit que cet objet est constitué au croisement de deux démarches : d'un côté, il s'agit de "rematérialiser" la philosophie politique, en faisant valoir les catégories du corps et la question des corps, contre une justice moderne qui se veut essentiellement traitement de l'âme. Mais simultanément, le concept de discipline vise aussi à rendre compte d'un mode de rationalité, d'une manière de *penser* les pratiques punitives, manière de penser qui déploie ses effets au travers d'institutions diverses, et qui fédère différents types d'agencements matériels. En d'autres termes, par "discipline", Foucault va entendre, d'un même trait, l'ensemble des pratiques concrètes, s'exerçant au ras des corps, susceptibles d'être ressaisies dans leur multiplicité ; et l'horizon proprement conceptuel (le schéma, le diagramme abstrait) dans lequel ces pratiques trouvent à se coordonner. L'objet "discipline" est en quelque sorte transversal, vis-à-vis de l'alternative entre matérialité et idéalité

Du même coup, lorsqu'il introduit l'articulation entre droit et disciplines, Foucault n'est pas celui qui, au nom d'une matérialité "brute", va nier l'idéalité des normes juridiques, en n'y voyant que la traduction ou l'occultation d'états de faits étroitement empiriques. Il me semble que cette articulation conduit plutôt à compliquer le partage. Pour reprendre, de manière évidemment un peu acrobatique, l'opposition proposée par Kelsen, disons que l'approche de Foucault revient à découpler l'opposition entre *sollen* et *sein*, de l'opposition entre juridique et non-juridique.

Il s'agit, dans un premier temps, de montrer que les normes du droit ne prennent sens que de s'inscrire dans un ensemble d'agencements matériels, lesquels ne forment pas seulement leur contexte extérieur (contexte dont la théorie du droit n'aurait pas à tenir compte, qu'elle pourrait déléguer à une sociologie), mais contribuent à leur conférer une signification ; en bref, pas de normativité qui ne dépende d'une matérialité, d'un ensemble d'agencements concrets lui conférant une applicabilité minimale. Par parenthèse, Kelsen remarquait déjà cette solidarité qui vient limiter l'extériorité réciproque de l'ordre des faits et de celui des règles :

« Un ordre normatif n'est supposé avoir de validité normative que si le comportement réel des hommes, qui se réfère à cet ordre, correspond jusqu'à un certain degré à son contenu. Il serait sans aucun doute absurde d'admettre la validité d'un ordre étatique auquel le comportement des hommes ne se conformerait en aucune façon. Il reste certes de nos jours quelques rares esprits tortueux pour considérer que l'ordre étatique de la Russie tsariste est encore valable et que tout ce qui s'est passé depuis la révolution est contraire au droit, sous prétexte que l'ordre ancien n'a pas été transformé par des voies légitimes. Mais on considère cela comme une exception extravagante » (Kelsen, "l'essence de l'Etat", trad. Cahiers de philosophie politique et juridique, public. de l'Université de Caen, 1990, n°17)

Pas de droit, donc, qui n'exige pour être un droit de s'inscrire, au moins minimalement, dans les faits. Mais cela veut dire aussi que, sur ce trajet, le droit va rencontrer d'autres types de

normativité, d'autres systèmes de prescription – technologiques, stratégiques, scientifiques –, idéalités "concurrentes", en quelque sorte, mais dont dépend la capacité du droit à rencontrer les faits. On remarquera, à cet égard, que Foucault accorde à ces systèmes normatifs la propriété que Kelsen réservait à la normativité juridique : celle de tirer son sens de son décalage même avec la réalité sociale. En effet, là où Kelsen écrit, à propos des règles de droit :

« Le contenu d'un ordre normatif doit être tel qu'une contradiction soit possible entre les faits particuliers qui se produisent réellement et les normes de l'ordre. Une norme qui énoncerait "doit se produire ce qui se produit effectivement" (...) ne serait norme que quant à la lettre et nonn quant au sens profond ». ("L'essence de l'Etat", *art.cit.* p.23)

Foucault, de son côté, écrit :

« le schéma rationnel de la prison, celui de l'hôpital ou de l'asile (...) sont des programmes explicites : il s'agit d'ensemble de prescriptions calculées et raisonnées et selon lesquelles on devait organiser des institutions, aménager des espaces, régler des comportements. S'ils ont une idéalité, c'est celle d'une programmation à qui il arrive de rester en suspens... » ("Table ronde du 20 mai 1978", DE, IV, pp.27-28. Il faudrait ici l'ensemble de ce texte, à mon sens capital quant à la détermination du registre sur lequel Foucault situe ses descriptions)

Autrement dit, pour s'en tenir au schéma esquissé dans *Surveiller et Punir* : pas de loi sans discipline, comme mise en ordre des corps; mais pas de discipline sans "diagramme de pouvoir", comme "programmation" politique jamais totalement réalisée dans les faits, comme position d'un devoir-être concurrent des règles juridiques. En bref, Foucault ne réduit pas les règles juridiques "idéales" aux faits sociaux "matériels" : il situe son enquête dans cette zone grise où la règle de droit apparaît solidaire de faits, faits traversés et investis par d'autres types de règles, de sorte que l'opposition de l'idéal et du réel vient en quelque sorte couper, transversalement, celle du juridique et de l'extra-juridique. Ou, pour le dire dans les termes de la "Table Ronde du 20 mai 1978" :

« Programmes, technologies, dispositifs : rien de tout cela n'est l'"idéal type". J'essaie de voir le jeu et le développement de réalités diverses qui s'articulent les unes sur les autres : un programme, le lien qui l'explique, la loi qui lui donne valeur contraignante, etc, sont tout autant des réalités (quoique sur un autre mode) que les institutions qui lui donnent corps ou les comportements qui s'y ajustent plus ou moins fidèlement ». (p.28)

b) Deuxième point, deuxième reproche. Foucault dénie-t-il au droit tout caractère constituant, méconnaît-il la puissance propre à la catégorisation juridique ? Là encore, il me semble nécessaire de dépasser une appréhension trop rapide de ses travaux.

À un niveau superficiel, l'impression que Foucault minore la manière dont le droit vient instituer positivement un certain nombre de réalités est sans doute liée à deux facteurs : d'une part, la focalisation d'une grande partie de ses recherches sur le droit pénal, au point que juridique et judiciaire tendent parfois à se confondre – au détriment, notamment, du droit constitutionnel, dans lequel la valeur instituante prime explicitement sur la forme de l'obligation et de l'interdiction, laquelle tend dans le droit pénal à occulter le fait que la règle juridique elle aussi qualifie, impute, catégorise, etc. D'autre part, l'insistance mise dans la théorie du pouvoir sur la nécessité d'une conception positive et productive des normes (étayée sur les paradigmes biologique, technologique, etc) tend, par contraste, à repousser le juridique du côté de la seule interdiction, de la répression ou du partage d'une réalité pré-donnée. Pour autant, on ne peut affirmer que Foucault ignore la dimension constituante de la loi : je rappellerai simplement, de ce point de vue, qu'il distingue nettement, dans *La Volonté de*

savoir et à propos de la psychanalyse, entre une théorie qu'il appelle théorie de la "*répression des instincts*", et une théorie de la "*loi constitutive du désir*". Certes, l'objet de cette discussion n'est pas directement la loi juridique, mais la manière dont la psychanalyse fait jouer le modèle du droit dans son domaine propre. Reste qu'une telle discussion montre bien que Foucault n'oppose pas simplement l'interdit légal et la production bio-politique, seule dotée d'une capacité d'instituer positivement les réalités sur lesquelles la loi viendrait ensuite s'exercer.

Si donc l'ordre juridique, le code, est bel et bien doté par Foucault d'une capacité instituante, quel rapport entretient-il avec l'ordre micro-politique, avec la sphère des disciplines ou des technologies du pouvoir ? Il me semble, de ce point de vue, que la réflexion de Foucault porte sur la façon dont la constitution, par le droit, de la société comme ordre juridique, suppose une mise en ordre préalable des corps et des comportements ; mise en ordre dont le droit a besoin, mais qu'il ne peut intégralement gouverner. Autrement dit : Foucault ne nie pas que la loi ait une valeur constituante ou déterminante – encore faut-il que le réel social ne soit pas un pur chaos, qu'il soit *déterminable* ou encodable. Et cette déterminabilité du divers social, la loi en tant que telle (en tant qu'abstraite et générale) ne peut l'accomplir, ce qui l'expose à l'intervention de modes de rationalité non-juridiques, et lui confère une historicité, une contingence qui entament son caractère systématique.

Cette exigence est, par exemple, lisible en filigrane dans ce passage de *Surveiller et punir* :

« La forme juridique générale qui garantissait un système de droits en principe égalitaires était soutenue par des mécanismes menus, quotidiens et physiques, par tous ces systèmes de micro-pouvoirs essentiellement inégalitaires et dissymétriques que constituent les disciplines. Et si, d'une façon formelle, le régime représentatif permet que directement ou indirectement, avec ou sans relais, la volonté de tous forme l'instance fondamentale de la souveraineté, les disciplines donnent, à la base, garantie de la soumission des forces et des corps. Les disciplines réelles et corporelles ont constitué le sous-sol des libertés formelles et juridiques ». (*Surveiller et punir*, p.224)

Il me semble que ce passage hésite entre deux options : pour une part, il oppose le juridique au disciplinaire comme le "*formel*" au "*réel*" (renvoyant du même coup le droit du côté d'une sphère inconsistante et purement mystificatrice – c'est l'aspect le moins intéressant, peut-être le plus "daté" du texte) ; mais il oppose aussi le juridique au disciplinaire comme le "*général*" au "*menu*", au "*quotidien*". Dans cette perspective, l'adjectif "*formel*" prend un autre sens : il vient désigner l'incapacité de la forme juridique à déterminer par elle-même, sans médiation d'un autre genre, la multiplicité des conduites : ces médiations que constituent les dispositifs disciplinaires viennent alors, ironiquement, assurer l'applicabilité de la règle de droit dans la mesure où elles en contrebattent le caractère universel et égalitaire.

Cette hypothèse de lecture me paraît offrir deux intérêts. D'abord, elle permet d'éclairer une forme de continuité entre ce qu'il est convenu d'appeler le "second", et le "dernier" Foucault – entre les textes sur le pouvoir, et ceux consacrés au sujet. Dans les deux cas, l'enquête prend place dans le fossé ouvert entre la multiplicité des comportements sociaux et l'unité des codes (qu'il s'agisse du code juridique, dans *Surveiller et punir*, ou du code moral, dans *L'Usage des plaisirs*). De chaque côté, le constat du fait que la règle sous-détermine les conditions de son application, et présuppose un ordre des conduites dont elle ne peut établir l'allure, permet de découvrir un domaine historique doté d'une forte variabilité ; domaine dont l'examen, à rebours, remet en question le caractère intemporel et rationnel de la règle elle-même. Cette insistance sur le moment de l'application comme moment de risque pour les prétentions de la rationalité ; cet intérêt pour les transformations de ce qui approprie le divers des comportements à la loi, tout cela me fait penser qu'il serait intéressant de rechercher, chez Foucault, l'empreinte de la problématique kantienne du schématisme comme "art caché".

Deuxième intérêt de cette hypothèse : elle complique quelque peu la tâche de qui voudrait, simplement, opposer à Foucault l'ordre des principes et la nécessité de l'universel. Car en s'interrogeant sur la manière dont les comportements sont ordonnés pour devenir subsumables sous la règle juridique, Foucault soulève une question que le rationaliste lui-même ne peut éluder, parce qu'elle vient creuser un embarrassant écart entre l'universalité qu'il invoque et les singularités qu'il reproche à Foucault d'avoir considéré d'un peu trop près. Il est ainsi intéressant, de retrouver chez A. Renaut, la trace du point d'insertion de la problématique foucauldienne, sous la forme d'une sorte d'inquiétude :

« un concept inapplicable au particulier (en termes kantien, un concept non "schématisable") demeure irréprésentable, et il reste vide ou incompréhensible. Or, si l'on considère le concept de sujet de droit, il apparaît bien vite qu'il expose de ce point de vue à de singulières difficultés. Ces difficultés surgissent, en effet, dès lors qu'il s'agit, au plan pratique, d'appliquer la notion de sujet de droit à certains êtres humains à propos desquels il est inévitable de se demander, lorsqu'il faut définir avec précision les droits qui leur reviennent dans telle ou telle situation concrète, jusqu'à quel point ils peuvent être effectivement considérés comme des sujets de droit. (...) »

A des titres divers, et avec des difficultés plus ou moins redoutables, l'embryon, l'enfant, le prisonnier, le malade mental, le malade en état de coma dépassé, le drogué, d'autres encore, posent ainsi dans le cadre de l'Etat de droit, la question de déterminer quel type de sujet de droit ils constituent (...) Que certes il y ait des réponses juridiques, dans chacune des législations établies par nos Etats, ce n'est pas douteux, du moins dans certains cas évoqués ; reste que les juges confrontés par exemple au problème de la toxicomanie le savent fort bien, la mise en oeuvre de ces réponses elles-mêmes, quand elles existent, n'est pas simple – tant il est vrai que la sanction juridique de conduites où le sujet se trouve dépossédé de sa subjectivité, donc de sa responsabilité, demeure dans son principe fort énigmatique. Bref, faute de l'indication d'un tel critère, c'est bien la pensabilité même de la notion de sujet de droit qui tendrait à s'estomper, si tant est qu'un concept inapplicable est bien près d'être une chimère ».

(A. Renaut, "Etat de droit et sujet de droit", Cahiers de philosophie politique et juridique, 1993, n°24. pp.61 et 66)

Qu'A. Renaut, mettant au jour ce moment problématique de l'application, souligne à quel point le concept même de sujet de droit s'en trouve affecté, puis y retrouve la figure du malade mental, du prisonnier ou du toxicomane, ne peut manquer de frapper le lecteur de Foucault. Non que leurs approches soient superposables : la découverte de ce problème porte Renaut à rechercher (du côté de la *Critique de la faculté de juger*) les conditions universelles sous lesquelles l'universel peut subsumer les cas singuliers – stratégie qui l'oblige finalement à traiter comme d'un reliquat la résistance du singulier comme tel, à la juger "*fort énigmatique*", s'en remettant ici à la sagesse soucieuse des magistrats. Foucault, au contraire, part de ce reliquat (du prisonnier, du drogué, etc), pour interroger les dispositifs singuliers qui permettent effectivement, quotidiennement, l'applicabilité de la règle universelle, mais en entamant certes l'universalité.

c) Dernier critère auquel, me semble-t-il, devrait se mesurer le supposé "réductionnisme" de Foucault : celui de l'autonomie du droit. Foucault méconnaît-il le fait que les normes juridiques, par les relations qu'elles entretiennent, constituent un domaine doté d'une forte indépendance à l'égard des autres types de phénomènes historiques et sociaux ? Question qui, dans les termes de Foucault, pourrait être reformulée ainsi : Foucault dissout-il la spécificité du *légal* dans une analyse générale du *normatif*, qui insérerait les règles juridiques dans toute une série de régulations faisant jouer d'autres catégorisations (normal/anormal, vrai/faux, etc), et opérant d'autres distributions (graduelles et inclusives, plutôt que binaires et exclusives) ?

Ici, encore, il est nécessaire d'aller au-delà d'une lecture superficielle. A lire vite, à s'arrêter aussi sur des formules que Foucault peut avoir dans un certain nombre d'entretiens, on peut avoir l'impression d'une sorte de jeu de vases communicants – de moins en moins de

structuration juridique, de plus en plus de régulation normative – , jeu où la normalisation comme "pouvoir sur la vie" se détacherait, à terme, du type de pouvoir fondé sur la loi. C'est cette opposition que Deleuze a radicalisée dans un célèbre article (repris dans *Pourparlers*, Minuit, 1990), posant une alternative stricte entre sociétés disciplinaires, encore fondées sur le partage, et sociétés de contrôles fonctionnant suivant une régulation strictement immanente et graduelle. C'est aussi cette vision qui me paraît alimenter les lectures contemporaines du concept de "bio-politique" – comme politique intégralement calquée sur la normativité du vivant, contre toute référence au vieux "pouvoir de mort" sur lequel reposait l'ordre légal.

On trouve bel et bien, en particulier dans le dernier chapitre de *La volonté de savoir*, l'esquisse d'un tel schéma temporel – schéma dans lequel la polarité entre la logique de la loi et celle de la norme finirait, à la limite, par émanciper radicalement la seconde de la première. Toute la question, toutefois, réside dans le sens que l'on donne à ce "à la limite", et dans le fait que Foucault se soit toujours contenté de présenter cette émancipation comme un horizon-limite. Trois raisons m'incitent en effet à relativiser l'idée suivant laquelle, pour Foucault, l'ordre du droit et la forme de la loi seraient voués à disparaître.

La première raison tient au statut qu'occupent, dans l'économie des textes de Foucault, ce type de grands énoncés méta-historiques (disons, tout ce qui relève du "ton prophétique", généralement à la fin des livres – l'exemple le plus célèbre, c'est le "visage sur le sable" à la fin des *Mots et les choses*). Que Foucault ait pu croire annoncer, par là, des transformations à venir, c'est possible ; mais ce n'est en toute rigueur guère cohérent avec l'insistance qu'il met à situer son travail dans une relation, non de surplomb, mais d'appartenance à son temps. A mon sens, les "prédictions" foucauldienne doivent davantage être comprises comme une façon de donner figure à des tendances présentes, plutôt que comme la prévision objective d'une évolution à venir. Autrement dit, les passages dans lesquels Foucault prévoit de grandes transformations me semblent prendre sens par référence, non à l'avenir qu'ils annoncent, mais aux devenirs depuis lesquels ils se trouvent énoncés.

La deuxième raison renvoie à l'examen des règles qui gouvernent l'écriture même de l'oeuvre . Il me semble (contrairement à une réception courante des textes des années sur le pouvoir) que Foucault n'a jamais cessé de faire jouer, de manière solidaire et concurrente, dans ses analyses historiques, les deux registres ou les deux modèles du partage, ou disons de la délimitation, et de l'intégration normalisatrice - registres qu'incarnaient, dans le tout premier ouvrage, l'opposition entre l'exclusion de la déraison, et la production de la folie. Pas plus qu'on ne peut lire dans les premières oeuvres une analyse de la société exclusivement orientée vers la dénonciation d'une exclusion, on ne peut lire dans les textes qui suivent une analyse strictement immanente et intégratrice, dans laquelle la délimitation ne jouerait plus aucun rôle. Les deux modèles sont tout au long présents chez Foucault, avec des inflexions différentes : dans *l'Histoire de la folie*, il s'agit de faire valoir l'exclusion contre les prétentions intégratrices de la psychiatrie moderne ; dans les textes politiques, il s'agit de faire valoir l'intégration normalisatrice contre le modèle de l'institution juridique du social. Mais ce déplacement ne vaut pas substitution : ainsi, si, à mon sens, l'opposition entre "société disciplinaire" et "société de contrôle" ne peut fonctionner dans la pensée de Foucault (peut-être le peut-elle dans la pensée de Deleuze, mais c'est une autre question), c'est que la société disciplinaire est traversée du départ, dès le XVII^e siècle, par un projet de contrôle intégrateur et normalisateur ; mais que la mise en oeuvre d'un tel projet suppose et requiert tout au long, c'est-à-dire jusqu'à aujourd'hui, la mise en oeuvre d'une série de partages et d'exclusions, partages et exclusions qui repoussent indéfiniment le rêve d'une société intégralement transparente à elle-même. Autrement dit, et c'est à mon avis la force tant de *l'Histoire de la*

folie que de *Surveiller et punir*, Foucault ne cesse de diagnostiquer la présence, dans la modernité, de deux modes de rationalité à la fois contemporains, indissociables, et incompatibles.

Or, c'est précisément ce double rapport que l'on peut trouver, dans certains des textes les plus précis que Foucault consacre aux relations entre l'ordre du droit et les nouvelles formes de savoir-pouvoir modernes : je pense en particulier à ce texte extraordinaire qui s'appelle "l'évolution de la notion d'individu dangereux dans la médecine légale du XIXe siècle" (*Dits et Ecrits*, III, pp.443 sq). Ce texte est tout à fait décisif, parce que Foucault y introduit, entre la rationalité juridique et le savoir médico-psychologique, non pas le jeu d'un remplacement progressif, mais (au travers de tout le chassé-croisé par lequel les deux types de rationalité se cherchent au long du XIXe siècle) une double relation de *complémentarité fonctionnelle* et d'*incompatibilité fondamentale*. Comme si le droit pénal moderne, de façon constante quoique sous des formes diverses, appelait et résistait à l'intervention du discours médical.

Je résume brièvement l'enjeu et les thèses directrices de l'article. La question que pose Foucault dans ce texte est de savoir comment l'exercice de la justice pénale, le prononcé d'une condamnation a pu en venir à supposer l'établissement de la vérité à propos, non de ce qu'a fait l'accusé, mais de ce qu'il est, de "qui il est". Question qui traverse, plus généralement, l'ensemble des textes des années 70 (*Surveiller et punir* conclut également à la "*requalification de la justice par le savoir*"). Le texte tâche alors de reconstruire l'histoire de la convergence entre le champ judiciaire et le savoir médical et psychiatrique, à travers l'examen de deux "moments forts" que constituèrent, au XIXe, d'une part, la discussion sur la notion de "monomanie homicide", d'autre part celle de "dégénérescence".

Ce qui m'intéresse, dans cet article, c'est d'abord la façon dont Foucault décrit ces moments comme des moments de convergence, et non de colonisation. Autrement dit, Foucault ne dit nullement que le droit, à son corps défendant, a subi les assauts d'un autre genre de régulation sociale, qui aurait peu à peu rogné ses procédures et ses catégories propres. C'est, pour partie, de l'intérieur de l'ordre juridique et pour répondre à des problèmes internes à la pratique et à la rationalité judiciaire, que cette évolution est devenue nécessaire et possible : elle est devenue *nécessaire* parce que les juristes avaient besoin, pour appliquer la loi, d'un discours susceptible de reconstruire un motif à propos d'actes apparemment inexplicables (on retrouve bel et bien ici la question du schématisme, que je mentionnais tout à l'heure). Elle est aussi devenue *possible* de l'intérieur du droit, parce que le paradoxe apparent d'une responsabilité juridique fondée, non sur une faute librement commise, mais sur une causalité pathologique, s'est trouvé atténué par l'importation, dans le champ du droit pénal, d'une notion de responsabilité héritée du droit civil (faisant valoir le risque encouru par les victimes réelles ou potentielles, plutôt que la faute commise par le coupable).

Convergence donc, et non dissolution progressive du juridique dans le normatif : Foucault est loin de méconnaître la spécificité de l'ordre juridique, puisqu'il cherche dans ses ressources propres l'origine de la mutation qu'il analyse. Mais en même temps, l'article décrit tout ce processus d'appropriation réciproque sur le fond d'une résistance, plusieurs fois soulignée, du corps des magistrats :

« dans leur grande majorité, les magistrats ont refusé de reconnaître cette notion qui permettrait de faire d'un criminel un fou qui n'avait pour maladie que de commettre des crimes. Avec beaucoup d'acharnement, et, on peut le dire avec un certain bon sens, ils ont tout fait pour tenir à l'écart cette notion que les médecins leur proposaient et dont les avocats se servaient spontanément pour défendre leurs clients. Et pourtant, à travers cette discussion sur les crimes monstrueux, l'idée d'une parenté possible

entre folie et délinquance s'est trouvée peu à peu acclimatée à l'intérieur même de l'institution judiciaire » (p.451)

De la même façon, à propos du conflit qui oppose, en 1890, l'école dite d'anthropologie criminelle et l'association internationale de droit pénal :

« en face des principes traditionnels de la législation criminelle, l'école italienne ou les anthropologues de la criminalité ne demandaient rien moins qu'une sortie hors du droit – une véritable "dépénalisation" du crime par la mise en place d'un appareil qui soit d'un autre type que celui prévu par les codes » (p.457).

Ce qui est très frappant dans cet article, c'est donc la manière dont Foucault ne cesse de faire alterner l'analyse de l'opposition entre normativité psychiatrique et droit pénal, avec celle de leur convergence – alternance que l'on ne peut réduire, à mon sens, à l'opposition de l'apparent et du réel. Ainsi lorsque Foucault écrit : *"Il ne faut pas s'y tromper : les juges anglais, allemands, italiens, français de l'époque ont bien souvent refusé de suivre les conclusions des médecins ; ils ont rejeté bien des notions que ceux-ci leur proposaient. Ils n'ont pourtant pas été violés par les médecins. Ils ont eux-mêmes sollicité – selon les lois, des règles et des jurisprudences qui varient de pays à pays – l'avis dûment formulé des psychiatres. Pourquoi ?"* (p.451) On voit bien que se trouve mise au jour, non une simple évolution historique, mais une relation fondamentalement ambivalente et instable qui, d'aucun de ses côtés, ne suppose la pure et simple dissolution du droit. Foucault ne dit pas : "la norme remplace le droit" ; il dit "le droit exclut *et* appelle la norme". Ambiguïté qui trouve, à la fin de l'article, une forme de stabilisation – le droit civil fournissant au droit pénal les moyens d'articuler responsabilité et dangerosité. Rien n'indique toutefois que cette stabilisation soit définitive : sans quoi on ne comprendrait pas que Foucault puisse invoquer, à la toute fin du texte, le *"principe juridico-moral qui régit la pénalité moderne"* :

« La pénalité moderne – et ceci de la façon la plus éclatante depuis Beccaria – ne donne droit à la société sur les individus que par ce qu'ils font : seul un acte, défini comme infraction par la loi, peut donner lieu à une sanction, modifiable sans doute suivant les circonstances et les intentions » (p.463)

On ne comprendrait pas que Foucault puisse invoquer un tel principe, si celui-ci n'était pas encore à l'oeuvre à l'intérieur même des transformations de la rationalité juridique qui le contredisent : si l'opposition ne persistait pas à l'intérieur même de la corrélation entre le code juridique et le savoir médical.

J'essaie de résumer l'ensemble de ces discussions. S'agissant, en général, du supposé "réductionnisme" de Foucault, on peut dire en gros ceci. a) Penser le droit avec Foucault, ce n'est pas rabattre l'ordre normatif qu'il définit sur une simple transposition des rapports de force "matériels" qui traversent la société : c'est approcher le point où, dans la nécessité où elle se trouve d'entrer dans les faits, la règle juridique voit sa signification déterminée, non seulement par la hiérarchie des normes qui lui confère sa portée obligatoire, mais par son articulation à d'autres types de normativité – ce que Foucault nomme les "programmations", elles aussi irréductibles aux faits qui en procèdent. b) Plus précisément, dès lors que le droit requiert, dans le moment de son application, une régularité de l'espace social qu'il ne peut tout entier accomplir, il s'agit de se demander comment les particularités et le jeu d'inégalités induites par cette mise en ordre préalable refluent sur le domaine juridique lui-même. Son universalité se voit ainsi compromise, non par un ensemble de limitations elles-mêmes universelles (qui définiraient les conditions et les critères d'applicabilité de *tout* droit – c'est la stratégie de Renault), mais par un ensemble de procédures singulières, lesquelles ouvrent un espace de contestations et de remises en question possibles. c) Je dis que ces pratiques "refluent" sur l'ordre juridique ; cela veut dire qu'elles ne s'identifient pas spontanément à lui,

ni dans leurs origines historiques, ni dans leurs catégories directrices. Comme le dit *Surveiller et punir* : la justice a adopté une prison "qui n'avait point pourtant été la fille de ses pensées". Cette spécificité du juridique (qui équivaldrait chez Foucault à ce que j'ai nommé l'autonomie du droit) ne doit pourtant pas être comprise comme l'espoir d'une opposition résolue du droit vis-à-vis de la normalisation disciplinaire : elle permet, au contraire, d'expliquer que cette normalisation ait pu s'exercer, puisque le droit l'appelle depuis ses préoccupations propres. On ne saurait pour autant oublier, et Foucault y insiste régulièrement, que cet appel est lancé depuis une hétérogénéité foncière entre les deux genres de rationalité, dont il ne faut pas négliger les effets.

III. Foucault, sujet de droit ?

Venons-en, pour finir, à l'objection la plus couramment rencontrée : celle qui, dans la "mort de l'homme", voit surtout le déni du sujet de droit. Il me semble que les remarques qui précèdent indiquent que le refus, par Foucault, de poser un sujet de droit universel ne saurait être pris pour prétexte pour refuser toute pertinence à ces travaux dans le champ du droit. Il me semble, plus précisément, que la question du sujet de droit n'est pas un préalable, mais une question qui pour Foucault suppose l'appréciation de la place exacte du droit dans l'expérience sociale moderne.

Schématiquement, et à titre de pistes, je proposerais les hypothèses suivantes.

a) D'abord (pour reprendre et modifier une formule que j'ai déjà employée tout à l'heure), ce que Foucault refuse, ce n'est pas le sujet de droit, mais l'obligation de penser le sujet dans les termes du droit, cad comme origine ou corrélat d'une loi générale. De là, le souci de rechercher le sujet en-deça du moment du code, et précisément du côté des procédures qui en permettent l'application. Ce déplacement du moment de la subjectivité vers l'amont de la loi était déjà présent dans *l'Histoire de la folie* (puisque Foucault recherchait l'émergence de la figure du fou "derrière la chronique de la législation", p.446) ; il marque explicitement, non seulement les textes sur l'assujettissement, mais encore les textes sur la subjectivation éthique. On se souvient en effet que, dans *l'Usage des plaisirs*, Foucault définit l'éthique comme l'ensemble des procédures par lesquelles le sujet se constitue à la fois pour la règle morale et sous celle-ci (de sorte que l'examen de la règle elle-même ne dit pas quelle figure empruntera la subjectivité qui s'y réfère). A ce moment, Foucault précise que, suivant les époques et les cultures, le code peut avoir une importance plus ou moins grande dans le processus par lequel le sujet se constitue : il distingue les cas où "la subjectivation se fait, pour l'essentiel, dans une forme quasi-juridique" (faisant référence à l'organisation du système pénitentiel au XIII^e siècle), et ceux où "l'élément fort et dynamique est à chercher du côté des formes de subjectivation et des pratiques de soi" – et c'est au second cas qu'il s'intéresse, en tout cas dans les tomes publiés de *l'Histoire de la sexualité*.

L'enquête sur le sujet est donc marquée par les deux gestes qui me semblent caractériser l'anti-juridisme de Foucault : recherche d'un paradigme alternatif au juridique, focalisation sur des objets où soient lisibles des modes de constitution permettant d'éloigner la référence obsédante au droit. Là encore, toutefois, ni ce déplacement ni cette précaution n'impliquent l'exclusion du droit lui-même, l'absence de tout élément juridique dans la façon dont le sujet se constitue. Non seulement, Foucault reconnaît dans le passage que j'ai cité la possibilité de "subjectivations quasi-juridiques", mais il suggère même qu'aucun mode de subjectivation n'est exempt d'une référence, plus ou moins lointaine, à un code. Dans le dispositif conceptuel

des derniers textes, codification et pratiques de soi constituent des *aspects* de l'expérience morale, aspects distincts fonctionnellement, mais non réellement.

b) Resterait donc à se demander si et comment une telle référence au code, je ne dis pas fonde, mais intervient, dans la manière dont Foucault lui-même se constitue comme sujet écrivant, dans la manière dont il produit sa propre posture analytique et critique. Autrement dit, y a-t-il, chez Foucault trace, non pas d'une analyse du droit (comme objet possible de l'archéologie ou de la généalogie), mais d'une référence au droit comme "*instrument partiel et complexe*" de subjectivation intellectuelle et politique ? On peut, à cet égard, distinguer deux séries d'énoncés :

- Il faut d'abord faire une place à tout ce qui concerne le droit passé : ce droit dont Foucault ne cesse de dire qu'il est obsolète et que sa sacralisation bloque la possibilité d'une compréhension des mécanismes de pouvoir actuel, mais dont il ne cesse aussi de se servir comme d'une contre-épreuve, permettant de mesurer par contraste les évolutions modernes. Un droit, donc, pratiquement stérile et stérilisant, mais théoriquement indispensable comme point fixe contre lequel les devenirs se trouvent assignés (ainsi, cette référence à Beccaria que je mentionnais tout à l'heure : il faut avoir en vue le principe d'un droit ne sanctionnant que les actes pour faire apparaître ce qu'a de singulier et d'exorbitant un droit qui en appelle à ce que sont les individus) ;

- A l'autre extrémité, il faudrait situer toutes les évocations ou les appels à un "droit à venir" (cf le texte sur les "nouveaux droits de l'homme"), qui serait enfin en prise avec ces pouvoirs d'un genre nouveaux, qui ne fonctionnent pas à la répression, qui ne font référence à aucun foyer unique, qui ont la vie pour objet, etc. Droit qui, dans l'économie du discours de Foucault, occupe en quelque sorte une place symétrique de l'autre : Foucault le juge pratiquement nécessaire, mais il ne trouve dans son oeuvre aucune forme théoriquement aboutie.

On a donc, non une, mais deux références au droit. Par exemple, nous lisons, dans *Il faut défendre la société* :

« Nous nous trouvons actuellement dans une situation telle que le seul recours existant, apparemment solide, que nous ayons, c'est précisément le recours ou le retour à un droit organisé autour de la souveraineté, articulé sur ce vieux principe (...) Et je crois qu'on est là dans une espèce de goulot d'étranglement, que l'on ne peut pas continuer à faire fonctionner indéfiniment de cette manière-là ».

« pour lutter contre les disciplines, ou plutôt contre le pouvoir disciplinaire, dans la recherche d'un pouvoir non disciplinaire, ce vers quoi il faudrait aller ce n'est pas l'ancien droit de la souveraineté, ce serait dans la direction d'un nouveau droit qui serait anti-disciplinaire, mais qui serait en même temps affranchi du principe de souveraineté ». (p.35)

Que penser de cette dualité ? On trouve, dans la littérature critique, plusieurs types d'appréciation : l'une renvoie l'inachèvement de ce projet de "nouveaux droits de l'homme" à la mort de Foucault, qui n'aurait pas eu le temps d'aller au bout de son idée ; l'autre y voit l'indice du caractère inconsistant de cette pensée, Foucault se contentant en fait, de superposer une invocation romantique du "tout-autre" à venir, à une référence implicite à des principes passés (c'est le reproche de "cryptonormativisme" formulé par Habermas, dans *Le Discours philosophique de la modernité*). Pour ce qui me concerne, je ne crois guère à l'hypothèse biographique (c'est le genre de projets que l'on ne mène jamais à bien), mais je ne partage pas le reproche d'inconséquence. Cette double référence, perpétuellement reconduite, me paraît d'une part avoir une fonction positive dans le discours de Foucault, d'autre part circonscrire un

problème qui n'est pas seulement celui de Foucault, mais qui fait sans doute corps avec l'expérience contemporaine.

D'abord, je remarquerais que ces deux références au droit permettent finalement à Foucault de n'en absolutiser aucune – et, du même coup, de mobiliser des segments de droit, des fragments d'énoncés juridiques, sans que ceux-ci puissent renvoyer à autre chose qu'un bricolage, entre "pas encore" et "déjà plus". Le dédoublement de la référence au droit me paraît être, chez Foucault, la condition d'une émancipation pratique vis-à-vis de toute référence à un droit-fondement, sans avoir pourtant à renoncer à la rhétorique du droit comme instrument de lutte. Il me semble qu'il y a ainsi un usage politique de la contradiction, comme condition sous laquelle la pratique peut concrètement déborder tout programme ou tout cadre conceptuel préalable.

Ensuite, il me semble que ce dédoublement, entre droit-passé et droit-à-venir, renvoie ou déploie sur l'axe temporel ce double rapport, cette corrélation-résistance entre le juridique et le normatif dont je parlais tout à l'heure. Impossible de compter sur le droit, dès lors que celui-ci est entré dans un ensemble de transformations qui le portent à appeler, de l'intérieur, une mise en ordre des corps par les formes modernes de savoir-pouvoir. Mais impossible de se passer du droit, impossible de ne pas reconduire le "vieux mot de droit" y compris pour qualifier ce qui viendra après lui, ce droit à venir qui reste à construire – parce que, du fond de leur corrélation, la rationalité juridique et la rationalité normative continuent d'être antinomiques (comme "le citron et le lait", pour reprendre la formule de Foucault dans un article sur "la loi et l'ordre"). En bref, Foucault situe ainsi son écriture au point où la rationalité juridique et la rationalité normative se rencontrent et s'affrontent – ce qu'il appellerait, pour reprendre le vocabulaire des derniers textes, "un point de problématisation".

J'ajouterai seulement un dernier indice, à l'appui de cette thèse. On a beaucoup remarqué que Foucault usait, pour désigner l'objet de son attention théorique et politique, du mot de "danger" ("tout est dangereux", "je cherche à désigner les dangers", etc). Mais on a moins noté que, ce faisant, il empruntait à la catégorie même par laquelle l'ordre du droit et la mise en ordre normative s'ajointent (la "dangerosité", comme objet de mesure médicale et comme finalité de l'acte de punir) et s'opposent (la "dangerosité", comme assignation par la médecine d'une détermination intérieure aux individus, là où la justice ne veut avoir à connaître que des actes). Tout se passe comme si Foucault installait ainsi son discours au lieu même où le droit, d'un même trait, passe à l'extérieur de lui-même et résiste à ce passage.