

Foucault, le droit et la dynastique du savoir

Benoit Frydman et Nathan Genicot

« *J'imaginerais plutôt mes livres comme des billes qui roulent.* »

Michel Foucault¹

La publication en 2011 et en 2015 des deux premiers cours de Michel Foucault au Collège de France, intitulés *Leçons sur la volonté de savoir* et *Théories et institutions pénales*, impose clairement un réexamen, dont le besoin se faisait déjà sentir depuis longtemps, de la place du droit dans l'œuvre du grand philosophe français.

L'opinion commune, qui fait de Foucault le critique radical de l'institution carcérale et d'autres dispositifs de pouvoirs contre lesquels il entre en lutte, n'est pas inexacte et a été colportée par l'auteur lui-même. Mais elle est assurément incomplète et par là même réductrice. Foucault ne voit pas seulement dans le droit une panoplie d'instruments entre les mains de pouvoirs à combattre, mais d'abord et aussi des procédures et des institutions productrices de modes de véridiction, qui déterminent la constitution des savoirs en influant sur les techniques de leur production. Il consacre ainsi plusieurs années de travail à l'étude de ces procédures et institutions dans lesquelles il voit le lieu par excellence où les pratiques sociales et les stratégies de pouvoirs se constituent en discours scientifiques, le point précis où la généalogie des pouvoirs s'articule à l'archéologie des savoirs.

Dans la première partie de notre texte, nous revenons sur ces travaux du début des années 1970 où Foucault considère les instruments du droit ancien et moderne comme des dispositifs clés de savoir-pouvoir, en mettant en particulier en évidence le projet d'une dynastique des savoirs, porté un temps par le philosophe. Ce projet articule de manière éclairante les formes classiques du droit et les institutions disciplinaires comme des formes successives de production des savoirs et d'exercice des pouvoirs. Michel Foucault ouvre ainsi la porte à une meilleure compréhension des dispositifs normatifs contemporains et propose des techniques d'analyse qui n'ont rien perdu de leur actualité, que nous évoquerons dans la seconde partie. L'article vise ainsi à mettre au jour un double mouvement qui serait à l'œuvre dans le corpus foucauldien à l'égard du droit et des normes. D'abord, montrer en quoi le droit constitue un moment de bascule dans le parcours intellectuel de Foucault. Ensuite, montrer dans quelle mesure les analyses de Foucault et ses apports conceptuels permettent de penser les transformations affectant le droit contemporain².

La rencontre entre Foucault et le droit a été explosive, mais aussi productive et féconde. On peut se la représenter sous la forme d'une collision frontale génératrice d'un double choc. D'une part, le choc éprouvé par Foucault face aux procédures et institutions du droit, qui le fascinent mais lui résistent et vont contribuer à une réorientation de son programme de recherche. D'autre part, le choc que les dispositifs normatifs mis en lumière par le philosophe provoquent en retour sur les instruments juridiques de l'Etat souverain, en fragilisent le règne et en menacent l'existence. Dérouté d'abord par le droit, Foucault déstabilise ensuite le droit lui-même en révélant que les institutions et les règles du droit positif sont en réalité déjà pour une bonne part

¹ « Nouveau millénaire, défis libertaires », Entretien de M. Foucault avec Roger-Pol Droit, 1975.

² L'article ne prétend donc pas livrer une étude exhaustive de la place du droit dans l'œuvre de Foucault mais se concentre principalement sur la période qui s'étend du début des années 1970 jusqu'aux parutions de *Surveiller et punir* et de *La volonté de savoir*. Il s'appuie tout particulièrement sur les deux premiers cours au Collège de France mentionnés plus haut.

effectivement remplacées par d'autres dispositifs normatifs, dont il invite ainsi tant les philosophes que les juristes à se saisir. Ce double impact impose, comme nous allons tenter de le montrer, de réévaluer fortement à la hausse la position du droit dans l'œuvre de Foucault et de considérer celui-ci comme un auteur majeur pour la compréhension de l'évolution des pratiques et des savoirs contemporains dans ce domaine.

Foucault face au droit

Lorsqu'on s'intéresse à la place du droit dans l'œuvre de Foucault, on se tourne spontanément vers *Surveiller et punir* ou vers le premier volume de son histoire de la sexualité, *La volonté de savoir*. Une analyse attentive des *Dits et écrits* montre néanmoins que Foucault n'a pas attendu ces deux maîtres ouvrages pour traiter de la chose juridique. Les conférences données en 1973 à Rio de Janeiro et intitulées « La vérité et les formes juridiques » constituent sans doute un des premiers textes dans lequel il aborde frontalement la question du droit. Si ces différents travaux (et ceux menés, plus tard, sur la gouvernementalité et le néolibéralisme) ont permis de mesurer l'ampleur du rôle qu'a pu jouer le droit au sein du corpus foucauldien, les récentes publications des premiers cours donnés au Collège de France apportent de nouvelles pièces importantes au dossier des relations entre Foucault et le droit, qui nécessite dès lors un nouvel examen.

En réalité, dès la sortie de *Les mots et les choses* en 1966, Michel Foucault avait indiqué son intérêt pour une approche épistémologique du droit. Comme on sait, le droit ne figure pas dans ce chef d'œuvre qui se concentre sur trois domaines de savoir la langue, le vivant et l'économie. À lire le philosophe, rien ne s'y opposait cependant et certainement pas « les discussions encombrantes », jugées « vaines et oiseuses » sur le statut scientifique de telle ou telle connaissance. Pour Foucault, tout ce qui contient de la pensée est justifiable d'une archéologie qui dévoile la configuration épistémologique qui l'a rendu possible et confirme son inscription dans l'*épistémè*³. Aussi le droit est-il, comme institution, comme pratique et comme discours qui prétend à la science, justifiable d'une investigation d'ordre épistémologique, indépendamment de la valeur réelle de connaissance qu'on lui reconnaît ou qu'on lui conteste. Le philosophe l'indique clairement lui-même dans un entretien qu'il accorde aux *Lettres françaises* à l'occasion de la sortie des *Mots et des choses* en 1966 où il déclare :

« (...) j'ai essayé de faire, dans un style évidemment un peu particulier, l'histoire non pas [tant] de la pensée en général que de tout ce qui 'contient de la pensée' dans une culture, de tout ce en quoi il y a de la pensée. Car il y a de la pensée dans la philosophie, mais aussi dans un roman, dans une jurisprudence, dans le droit, même dans un système administratif, dans une prison⁴ ».

Lorsqu'il est élu quatre ans plus tard au Collège de France, cet intérêt pour le droit ne l'a pas abandonné. Foucault y consacre ses deux premières années au sein de la prestigieuse institution. Le cours de 1970-1971, dénommé *La volonté de savoir*⁵, accorde une large part aux institutions juridiques et judiciaires dans la Grèce ancienne et celui de 1971-1972, *Théories et institutions pénales*⁶, procède à l'analyse historique du système judiciaire médiéval et de l'intégration progressive d'un nouveau système répressif à l'appareil d'État.

³ M. Foucault, *Les mots et les choses*, Gallimard, Paris, 1966, (col. Tel), p. 376-377.

⁴ « Michel Foucault, Les mots et les choses », entretien avec R. Bellour, *Les Lettres françaises*, n. 1125, 31 mars - 6 avril 1966, pp. 3-4, repris in *Dits et Ecrits*, t. I, Paris, Gallimard, 1994, texte 34, p. 500 et s, spéc. pp. 503-504.

⁵ Mais que les éditeurs du cours nommèrent *Leçons sur la volonté de savoir* pour éviter la confusion avec l'ouvrage du même nom. *Leçons sur la volonté de savoir*, suivi de *Le savoir d'Édipe. Cours au Collège de France (1970-1971)*, Paris, EHESS-Seuil-Gallimard, 2011.

⁶ *Théories et institutions pénales. Cours au Collège de France (1971-1972)*, Paris, EHESS-Seuil-Gallimard, 2015.

Suivant la présentation canonique du *corpus* foucauldien (qu'il serait temps de réinterroger sinon de remettre en cause), l'œuvre du philosophe est chronologiquement divisée en trois périodes : la première qui se terminerait à la fin des années 1960 et qui aurait été consacré à l'établissement d'une archéologie des savoirs ; une deuxième qui s'étendrait tout au long années 1970 et se caractériserait par l'ambition de procéder à une généalogie et une analytique des pouvoirs ; le dernier moment consisterait enfin dans une étude de la question du sujet et des pratiques de soi⁷. L'archéologie du savoir, telle que comprise par Foucault, entend déterminer les socles épistémiques constituant les conditions de possibilité des connaissances à une époque donnée et étudier les régularités affectant les discours de savoir. La généalogie du pouvoir vise quant à elle à mettre au jour les « savoirs assujettis » masqués par la hiérarchie des connaissances prétendant au discours scientifique et à dégager les effets de pouvoir provenant de ces discours⁸. Cette dernière, par rapport à l'archéologie, s'intéresse plus directement aux contraintes, explicites ou insidieuses, que subissent les individus et qui portent sur les corps mêmes de ces individus. Dans la mesure où elle a pour objet le pouvoir, la généalogie implique de comprendre comment celui-ci fonctionne, circule et s'exerce.

Si ces deux approches sont bien identifiées, la question se pose de savoir comment le passage entre les deux s'est opéré. À en croire certains commentateurs, il semblerait que Foucault soit passé subitement de l'étude des formations discursives, selon une attitude qu'il s'était employé à décrire dans *L'archéologie du savoir*, à l'approche généalogique dont *Surveiller et punir* offre la première illustration. Au vu des livres, cette affirmation semble exacte, sachant que Foucault ne publia aucun autre ouvrage important dans l'intervalle (hormis *l'Ordre du discours*)⁹. Cependant, les premiers cours de Foucault invitent à réexaminer la transition entre ces deux périodes de la réflexion foucauldienne.

Dans les *Leçons sur la volonté de savoir*, Foucault propose de construire un modèle de connaissance qui ne soit plus arcbuté à l'idéal d'une connaissance désintéressée et seulement mue par le désir de connaître, tel qu'on le retrouve chez Aristote. Il postule au contraire, en prenant appui sur Nietzsche, le caractère fondamentalement intéressé de la connaissance, laquelle serait « toute commandée par le besoin¹⁰ ». C'est à partir de cette nouvelle façon d'appréhender la connaissance que Foucault étudie, dans la majeure partie des leçons de 1970-1971, certaines institutions juridiques de la Grèce ancienne. Son objectif est de montrer comment, au gré d'importantes transformations qui ont caractérisé la pratique du droit en Grèce, s'est formé le sol à partir duquel le modèle de la connaissance aristotélicienne a vu le jour. Pour le dire sans doute trop schématiquement, Foucault cherche à décrire l'avènement de la rationalité occidentale à partir de bouleversements institutionnels. Alors que la période archaïque de l'histoire de la Grèce ancienne se caractérisait par une conception de la vérité essentiellement ordalique et liée à l'événement ; la période classique marquera l'apparition d'une vérité constatable et vérifiable.

Foucault investit en profondeur plusieurs exemples qui lui permettent d'illustrer comment eut lieu cette évolution radicale du rapport entretenu à la vérité. Les procédures judiciaires, notamment, sont essentielles dans l'analyse de Foucault. Durant la période archaïque, le procès consistait en un combat opposant deux protagonistes qui s'exposaient à la colère divine et dans le cadre duquel le juge n'avait que peu de place. Progressivement le rôle

⁷ La distinction établie entre les deux premiers moments (archéologie, généalogie) est par exemple énoncée dans en page IX de l'avertissement rédigé par Alessandro Fontana et François Ewald en préambule de chacun des cours au Collège de France.

⁸ « *Il faut défendre la société* », *Cours au Collège de France (1975-1976)*, Paris, EHESS-Seuil-Gallimard, 1997, p. 9.

⁹ Rappelons que six années séparent la publication des deux ouvrages (1969 à 1975).

¹⁰ *Leçons sur la volonté de savoir*, *op. cit.*, p. 19.

de ce dernier s'accrut pour devenir un véritable arbitre chargé de trancher les prétentions contraires des parties. Là où, dans le premier cas, le simple fait de prêter serment dans le chef d'une des deux parties emportait la décision finale et constituait, de ce fait, la vérité, on considère, dans le second cas, que l'affirmation de chacune des parties est susceptible d'être jugée vraie ou fausse. La justice est conçue comme éminemment politique dans la mesure où, à travers chaque procès, c'est l'ordre même de la cité et du monde qui doit être respecté. De l'Orient, la Grèce hérite, selon Foucault, d'un savoir du calcul, de la mesure et des cycles. Ce savoir n'est cependant plus appréhendé comme un trésor conservé secrètement par le pouvoir mais bien comme corrélat de la justice expression de « l'ordre du monde manifeste, mesuré, effectué dans sa vérité, quotidiennement et pour tous les hommes¹¹ ».

L'apparition contemporaine du *νόμος* (*nomos*) participe du même mouvement. Foucault récuse la conception traditionnelle selon laquelle la substitution progressive du *νόμος* au *θεσμός* (*thesmos*) signe le passage de la loi orale à la loi écrite. Pour lui, le point de rupture se situe davantage dans le fait que le *νόμος*, contrairement au *θεσμός*, n'est pas une règle, susceptible d'appropriation, qui vient à s'appliquer ponctuellement selon des formes rituelles précises¹². Il apparaît, au contraire, comme un principe de partage par lequel le pouvoir est réparti parmi l'ensemble des membres de la cité. Il en va ainsi de Solon qui procéda à des réformes économiques (extinction des dettes ou hypothèques) et politiques (nouvelle organisation des pouvoirs juridico-politiques et mise en place de classes censitaires dont les droits politiques varient en fonction des richesses ; établissement de tribunaux ouverts à tous citoyens désireux d'intenter une action contre un autre citoyen). Par ces réformes, Solon structura la société non plus premièrement à partir des inégalités économiques mais bien d'abord à partir du pouvoir politique. Certes, le partage politique était essentiellement établi sur base des fortunes respectives des citoyens mais il n'en demeure pas moins que chaque citoyen se vit attribuer une parcelle du pouvoir. Le pouvoir n'est plus l'apanage de quelques-uns. Il prend une dimension singulière avec la réforme de Solon en tant que, détenu par tous, il est exercé par tous, à travers tous. « La totalité d'un corps social commence à apparaître comme le lieu où le pouvoir s'applique à lui-même. Le pouvoir naît d'un corps sur lequel il s'exerce¹³ ». Bien que la répartition politique opérée par le *νόμος* soit calquée sur les inégalités économiques existantes, le *νόμος* apparaît au milieu, commun à tous et propriété de personne. Il exprime l'ordre céleste, l'ordre des hommes et l'ordre des choses. La rupture est nette à l'égard du *θεσμός* puisque personne ne peut plus faire valoir un quelconque privilège de possession de la règle juridique. On peut comprendre et décrire le *νόμος* par le discours, l'écriture ou encore l'éducation depuis une position de prétendue neutralité occultant la profonde interdépendance du politique et de l'économique qui est pourtant sous-jacente.

Au rang des bouleversements qui ont caractérisé la transition de la Grèce vers l'âge classique, Foucault compte également l'émergence d'une catégorie juridique de l'impur. La purification occupait en effet une fonction différente durant la période archaïque : elle ne visait pas à rendre pur quelqu'un devenu impur mais était requise lorsqu'on entrait dans un espace ou un registre sacré ou rituel. La purification s'imposait lorsque, par exemple, des guerriers rentrant de bataille, allaient prier. Dans ce contexte, la question de savoir si quelqu'un a commis un crime et s'il doit en être lavé n'importe pas ; le rituel de purification vise à empêcher que

¹¹ *Leçons sur la volonté de savoir, op. cit.*, p. 114.

¹² Le *θεσμός* n'existe en effet que lorsqu'un événement requiert son application. Cette règle est conservée dans la mémoire de certains qui doivent s'en rappeler au moment où il est prévu de la mettre en œuvre : « Le bon chef c'est celui qui sait rappeler la règle quand le moment est bon, c'est celui qui sait reconnaître quand le moment est venu d'appliquer la règle » (*Leçons sur la volonté de savoir, op. cit.*, p. 144).

¹³ *Leçons sur la volonté de savoir, op. cit.*, p. 154.

des régions, censées être strictement séparées, n'entrent en contact¹⁴. C'est donc d'abord la purification qui importe et qui doit être réalisée selon les formes correctes à peine de contamination sacrilège. La purification porte donc sur le futur et non sur ce qui a eu lieu : elle ne vise pas à corriger une impureté déjà là mais à empêcher une éventuelle souillure future. La personne du meurtrier qui dans ce cadre n'avait pas d'importance (on pouvait laver le meurtrier comme la victime) devint cependant peu à peu objet de toutes les attentions : on tend progressivement à considérer que, par son acte, c'est lui qui, dans sa personne, porte une souillure qu'il faut effacer. On assiste ainsi à une redéfinition du pur et de l'impur au terme d'une évolution des rituels religieux étudiés de près par Foucault (et sur lesquels nous ne nous étendrons pas). Le meurtre, en particulier, se voit progressivement investi par le droit, ce qui entraîne en parallèle l'apparition de l'idée selon laquelle personne accusée est possiblement impure et constitue donc un danger pour la cité. La pratique de l'exclusion dans ce contexte s'avère déterminante car elle tend à constituer l'espace social. L'exclusion des meurtriers, par la mort ou par l'exil, contribue à définir et à clore l'espace que constitue la cité. Ce n'est pas parce que l'espace social est strictement défini et délimité qu'on a dû en exclure les criminels mais, à l'inverse, c'est à partir de ce type d'exclusion que se dessine le périmètre d'une cité conforme au *vóμος*. La qualification du meurtrier comme impur et le fait qu'il commence à être perçu comme un danger ont également pour conséquence la nécessité de rechercher ce qui a eu lieu et de qui a commis le crime : « La démonstration de la vérité devient une tâche politique. L'impureté et ses effets comportent avec eux l'exigence d'une recherche de ce qui s'est passé¹⁵ ». Cette recherche impérieuse du fait induit alors une exigence « politique, juridique et religieuse de transformer l'événement, ses retours, ses fulgurations à travers le temps, ses déséquilibres en faits acquis et conservés une fois pour toutes dans la constatation des témoins¹⁶ ». C'est donc grâce à la vérité qu'il est désormais permis de faire le juste partage entre ce qui relève du pur et de l'impur. L'impureté peut, en outre, être rattachée à la vérité en tant qu'elle traduit précisément une ignorance du *vóμος*. Est impur, celui qui ignore volontairement ou non la règle. L'ignorance du *vóμος* et de la justice résulte d'une souillure et seul un savoir-vertu, empreint de sagesse et de pureté, peut fonder le *vóμος*.

Se dessine ainsi progressivement la position occupée par le savoir occidental à l'égard du pouvoir : connaître suppose une éthique de la vérité et un rapport d'extériorité vis-à-vis du pouvoir ; il n'est possible de décrire l'ordre du monde et l'ordre de la cité qu'à la condition de se situer dans une position de neutralité. Le discours peut « le fonder [le pouvoir], [il] peu[t] dire ce qu'est la bonne distribution du pouvoir, mais à une condition : c'est de n'y prendre pas part et de rester en dehors de l'exercice effectif d'une puissance¹⁷ ». C'est donc depuis un lieu fictif, exempt de désir et de pouvoir, que peut se tenir un discours de vérité, discours qui ne peut valablement décrire le pouvoir qu'en raison de sa position d'extériorité.

Le cours de 1970-1971, constitue un prolongement de ce que Foucault annonçait dans sa leçon inaugurale au Collège sur *L'ordre du discours* : « Entre Hésiode et Platon un certain partage s'est établi, séparant le discours vrai et le discours faux ; partage nouveau puisque désormais le discours vrai n'est plus le discours précieux et désirable, puisque ce n'est plus le discours lié à l'exercice du pouvoir¹⁸ ». Quelques années plus tôt, bon nombre des critiques

¹⁴ « L'ablution rompt les contacts ; elle isole des moments, des lieux, des conduites ; elle marque le seuil qui est franchi, le registre nouveau sur lequel s'inscrit le comportement ; elle empêche des communications dangereuses ou des continuités inadmissibles : entre le massacre et le festin, entre l'extérieur et le foyer, entre ce monde et l'Hadès, entre le quotidien et la sphère d'appartenance du dieu, entre le vivant et le mort » (*Leçons sur la volonté de savoir*, op. cit., p. 162).

¹⁵ *Leçons sur la volonté de savoir*, op. cit., p. 177.

¹⁶ *Leçons sur la volonté de savoir*, op. cit., p. 185.

¹⁷ *Leçons sur la volonté de savoir*, op. cit., p. 187.

¹⁸ *L'ordre du discours*, Paris, Gallimard, 1969, pp.17-18.

adressées à Foucault au sujet de *Les mots et les choses* portaient sur sa mise en suspens des questions touchant aux raisons et aux réalités historiques expliquant la formation des discours et les changements d'*épistémès*. Sartre, par exemple, déplorait le fait que : « Foucault ne nous di[se] pas ce qui serait le plus intéressant : à savoir comment chaque pensée est construite à partir de ces conditions, ni comment les hommes passent d'une pensée à une autre. Il lui faudrait pour cela faire intervenir la *praxis*, donc l'histoire, et c'est précisément ce qu'il refuse.¹⁹ » Foucault reconnaissait cependant volontiers qu'il ne faisait que des descriptions « volontairement de surface » et s'en prenait à ceux qui « ont refusé de lire les phrases pourtant explicites dans lesquelles [il] disai[t] : « Je ne fais ici que décrire, se posent un certain nombre de questions que j'essaierai de résoudre ensuite²⁰ ». Et Foucault d'ajouter, dans une autre interview : « J'ai essayé d'identifier ces transformations. Je n'ai pas encore résolu le problème de localiser exactement la racine de ces transformations. Mais je suis certain d'une chose : ces transformations existent²¹ ».

La difficulté de « localiser exactement la racine de ces transformations », Foucault n'a pas complètement renoncé à la résoudre. À différentes reprises, il eut l'occasion de formuler des observations quant aux hypothèses permettant de rendre compte des transformations affectant le savoir. Un point revient régulièrement, à savoir celui de la critique d'une certaine explication marxiste selon laquelle le discours scientifique serait, en un sens, le reflet des conditions socio-économiques dans lesquelles celui-ci a vu le jour²². Dans l'*Archéologie du savoir*, Foucault soutenait déjà que les systèmes de formation des discours ne peuvent être vus comme « des déterminations qui, formées au niveau des institutions, ou des rapports sociaux ou de l'économie, viendraient se transcrire de force à la surface des discours²³ ». La question latente (mais que Foucault ne formulait pas comme telle dans l'*Archéologie du savoir*) est bien celle du rapport du pouvoir au savoir ; et, à cet égard, il ne lui semble pas satisfaisant de considérer que les rapports de pouvoir jouent un « rôle de facilitation ou d'obstacle » à l'égard du savoir ni de voir l'influence de ceux-là sur celui-ci comme résultant du « seul jeu des intérêts et des idéologies²⁴ ».

Quels rapports Foucault voit-il donc entre les circonstances économiques et sociales et l'émergence de certains types de discours ? Il semblerait que ces circonstances ont pour effet, non pas d'occulter le savoir, mais plutôt de constituer les objets possibles et de délimiter la formation des concepts et la position des sujets à leur égard²⁵. La thèse foucauldienne est plus radicale (dans les deux sens du terme) puisqu'elle ne postule pas que ces conditions historiques influent sur les discours, notamment scientifiques, dans leur expression finale mais plutôt que l'établissement même de ces savoirs est déterminé par ces conditions.

Or, le fait de montrer en quoi la formation des savoirs est directement dépendante de certains événements historiques, n'est-ce pas précisément le travail qui est à l'œuvre dans les *Leçons sur la volonté de savoir* ? Si Foucault ne présente pas explicitement son projet de cours de cette manière, il faut bien constater qu'il tente en effet de montrer comment des transformations juridiques et institutionnelles ont rendu possible l'avènement d'une rationalité

¹⁹ « Jean-Paul Sartre répond », *L'Arc*, n° 30, 1966.

²⁰ « De l'archéologie à la dynastique », *DE*, II, p. 406.

²¹ « Entretien avec Michel Foucault », *DE*, II, p. 162.

²² « Entretien avec Michel Foucault », *DE*, II, p. 161.

²³ *L'archéologie du savoir*, Paris, Gallimard, 1969, p. 97-98.

²⁴ « Résumé du cours », *Théories et institutions pénales, op. cit.*, p. 231. Foucault fait là implicitement allusion aux thèses d'Althusser avancées dans son article bien connu « Idéologies et appareils idéologiques d'États », *La Pensée*, n°151, 1970.

²⁵ « Entretien avec Michel Foucault », *DE*, II, p. 161.

propre au savoir occidental. Or c'est le droit qui constitue, pour Foucault, le principal vecteur des transformations des savoirs.

Cet intérêt marqué pour l'histoire du droit se prolonge et se déplace durant la deuxième année de cours sur les *Théories et institutions pénales*. Foucault se plonge cette fois dans une analyse du système judiciaire médiéval et d'un nouveau système répressif progressivement intégré à l'appareil d'État. Il se penche notamment sur certaines évolutions significatives : la mutation d'une justice originellement destinée à mettre en forme une lutte (à ritualiser un litige) qui oppose deux individus vers une justice visant désormais à sanctionner un crime considéré comme étant commis contre le pouvoir lui-même ; l'apparition d'acteurs bien singuliers – les procureurs royaux – qui auront pour fonction d'exercer l'action publique, c'est-à-dire de poursuivre le criminel en tant que son crime cause un dommage non pas seulement à la victime directe mais au pouvoir étatique lui-même ; la séparation, en conséquence, du civil et du pénal, et l'apparition d'un domaine d'infractions distinct des dommages²⁶. Là encore, si toutes ces évolutions importent à Foucault, c'est d'abord pour comprendre ce qu'elles ont impliqué du point de vue des discours scientifiques de l'époque : il s'agit toujours de saisir la racine de l'évolution des savoirs à partir de la pratique du droit.

Il est donc permis de penser que le premier comme le deuxième cours de Foucault témoignent de son ambition d'adopter une démarche qui n'est ni archéologique ni véritablement généalogique mais qu'il qualifie, par endroits, de *dynastique*²⁷. On en trouve une description assez claire dans le résumé du cours de *Théories et institutions pénales* où il affirme vouloir suivre, depuis deux ans, « la formation de certains types de savoir à partir des matrices juridico-politiques qui leur ont donné naissance et qui leur servent de support²⁸ ».

Il identifie en particulier trois grandes matrices « juridico-politiques » qui marqueront l'avènement de certains savoirs et pratiques scientifiques. La première associée à la Grèce ancienne, comme il l'avait montré dans son premier cours, est la mesure, comprise comme « moyen d'établir ou de rétablir l'ordre, et l'ordre juste, dans le combat des hommes et des éléments²⁹ ». La deuxième, étudiée dans *Théories et institutions pénales*, est l'enquête. Il s'agit d'une technique de gestion et d'administration héritée de l'époque carolingienne et des institutions ecclésiastiques. Elle s'est ensuite généralisée dans la pratique judiciaire comme un mode de preuve permettant l'établissement d'un fait. Ainsi, de même que la mesure a constitué une matrice juridico-politique fondamentale tant à la constitution du savoir mathématique et physique qu'à la mise en place de cités fondées sur l'ordre, le respect des cycles et des répartitions, de même, l'enquête aurait constitué un « moyen de constater ou de restituer les faits, les événements, les actes, les propriétés, les droits ; mais aussi [une] matrice de savoirs empiriques et des sciences de la nature³⁰ ». Enfin, Foucault repère une troisième matrice, l'examen, qui allait trouver à s'épanouir au XIX^e siècle et dont il annonce vouloir faire l'étude approfondie dans le cours de l'année suivante. Cette matrice fut, selon Foucault, rendue possible par des pratiques de surveillance et d'enfermement, et a elle-même donné naissance à « toutes les psychologies, sociologies, psychiatries, psychanalyses, bref, (...) ce qu'on appelle les sciences de l'homme³¹ ».

²⁶ *Théories et institutions pénales*, op. cit., p. 183 et s.

²⁷ Voy. notamment *Théories et institutions pénales*, op. cit., p. 47 ; « De l'archéologie à la dynastique », *DE*, II, p. 406.

²⁸ « Résumé du cours », *Théories et institutions pénales*, op. cit., p. 231.

²⁹ *Ibid.*, p. 232. Voy. aussi *ibid.*, p. 214-215.

³⁰ *Ibid.*, p. 232.

³¹ *Ibid.*, p. 232.

Foucault tente donc de montrer comment certaines formes d'exercice des pouvoirs ont segmenté l'espace des discours et des savoirs possibles et façonné les formes et procédures de vérédiction mises en œuvre dans ceux-ci. Il se positionne ainsi en-dessous d'une démarche proprement épistémologique, vis-à-vis de laquelle il avait pris ses distances à plusieurs reprises, mais en outre, il se place en-deçà d'une démarche archéologique. Il ne s'agit pas tant d'identifier les formations discursives à partir desquelles des sciences émergent que d'étudier, au niveau du savoir-pouvoir, le rôle constitutif de certaines circonstances matérielles à l'égard de ces formations discursives. Or, des analyses de Foucault sur ce sujet, on aura noté que le droit et ses institutions sont au centre de ses préoccupations. La dynastie des savoirs se joue principalement dans les pratiques juridiques et spécialement judiciaires. L'histoire du droit, à cet égard, doit permettre de faire l'histoire des pratiques discursives dans la mesure où il est possible de rendre compte de l'évolution de ces dernières à partir de celle des formes juridiques.

Comme souvent chez Foucault, son ambition de « suivre la formation de certains types de savoir à partir des matrices juridico-politiques qui leur ont donné naissance³² » ne fut plus réaffirmé comme telle par la suite. Si l'on considère *Surveiller et punir* qu'il publia en 1975, le projet du livre vise d'abord à montrer comment une institution telle que la prison a pu se généraliser, alors que rien pourtant ne laissait le présager. Plus qu'une description de la transformation des savoirs à partir du droit, Foucault entend désormais mener une analytique du pouvoir et dresser les contours des dispositifs disciplinaires qui essaimèrent au XIX^e siècle³³.

Le droit face à Foucault

Sur base de ces éléments, quelle conclusion pouvons-nous tirer sur le rôle et l'importance du droit dans l'œuvre de Foucault ? En premier lieu, et de manière incontestable, le droit et en particulier les institutions, les procédures et les discours juridiques, au sens le plus classique du terme, ont constitué un sujet de recherche important pour Foucault pendant une période déterminée. S'il y songe déjà en 1966 dès la publication de *Les mots et les choses*, il s'y consacre intensément de 1970 à 1973 dans ses deux premières années de cours au Collège de France, ainsi que dans ses conférences brésiliennes sur « La vérité et les formes juridiques » et le séminaire qu'il organisa au Collège toujours en 1973 consacré à Pierre Rivière³⁴.

Cette recherche, pour intense et productive qu'elle soit, ne débouche cependant pas sur un ouvrage majeur de l'auteur, du moins dans son œuvre officielle, c'est-à-dire publiée par l'auteur lui-même de son vivant. Dans *Surveiller et punir* en 1975, les formes juridiques semblent suivre le même sort que celles de la souveraineté politique : elles ne seraient plus que le reflet de formes passées alimentant un discours philosophique et idéologique, qui dissimule la montée en puissance et l'emprise de nouvelles normativités, plus discrètes mais non moins efficaces. Foucault ne reviendra plus qu'occasionnellement aux instruments juridiques classiques, généralement en signalant leur caractère désuet. Il se focalisera sur d'autres dispositifs de conduite des conduites, comme les normes, les institutions disciplinaires et leurs outils de surveillance, la transparence du panoptique, sans oublier les mécanismes de marché. Bref, un ensemble d'instruments de régulation que les juristes placent le plus souvent en dehors du droit positif et donc de leur juridiction. Foucault leur donne d'ailleurs raison. Réfutant le qualificatif d'« infra-droit » que Carbonnier avait attribué aux normes techniques, Foucault y voit bien plutôt un « contre-droit », un concurrent de l'ordre juridique qui, dans l'ombre portée

³² *Ibid.*, p. 231.

³³ Foucault consacre néanmoins quelques pages à la question des matrices juridico-politiques du savoir à la fin du chapitre intitulé « Panoptisme » (*Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris, Gallimard, coll. Tel, 1975 p. 260 et suiv.).

³⁴ *Moi, Pierre Rivière, ayant égorgé ma mère, ma sœur et mon frère... un cas de parricide au XIX^e siècle*, ouvrage collectif, Paris, Gallimard, 1973.

de la loi en majesté, installe les dispositifs de surveillance et de contrôle qui sont appelés à la remplacer. Comme il l'écrit dans *Surveiller et punir*, « [e]t si le juridisme universel de la société moderne semble fixer les limites à l'exercice des pouvoirs, son panoptisme partout répandu y fait fonctionner, au rebours du droit, une machine à la fois immense et minuscule qui soutient, renforce, multiplie la dissymétrie des pouvoirs et rend vaines les limites qu'on lui a tracées³⁵ ».

Ainsi pourrait-on être tenté de conclure hâtivement que le droit représente un objet transitoire dans l'œuvre de Foucault, qui l'occupe intensément certes, mais pendant une période limitée. Peut-être le philosophe ne s'est pas convaincu lui-même de la valeur des résultats de ses investigations ou qu'à tout le moins il ne les ait pas jugés suffisamment abouties pour leur consacrer un livre à part entière. Ou bien, a-t-il tout simplement considéré qu'il avait perdu son temps en se concentrant un temps à ces dispositifs périmés. En effet, si le droit est absent de *Les mots et les choses*, il n'apparaît déjà plus qu'en fantôme dans *Surveiller et punir*, ainsi que dans certains livres suivants. Tout au plus pourrions-nous souligner la corrélation entre le moment foucauldien du droit et le hiatus qui sera théorisé entre les périodes foucauliennes de « l'archéologie des savoirs » et de « la généalogie des pouvoirs ». En poussant un peu, on pourrait alors présumer que sa rencontre avec le droit a dû contribuer à bousculer le philosophe au point de modifier son agenda de recherches et les objets privilégiés de ses investigations.

Pour autant, cette interprétation, qui tend à confiner dans une sorte de statut local le droit dans l'œuvre de Foucault, nous paraît erronée. Elle manque l'essentiel, à savoir qu'elle ne permet absolument pas de prendre la mesure du choc en retour que la rencontre de Foucault avec le droit a provoqué sur la compréhension des normativités contemporaines. La thèse selon laquelle le Foucault des années 1970 aurait abandonné la question des savoirs pour celles des pouvoirs est évidemment fautive. Ce qui passionne désormais le philosophe, c'est l'articulation des savoirs et des pouvoirs et en particulier, comme le souligne le développement méconnu de la dynastie des savoirs, les liens étroits entre les formes de vérité « scientifiques » et les procédures de production, de décision et de contrôle qui se donnent à voir dans les dispositifs normatifs. Foucault, on s'en souvient, dégage des matrices communes aux procédures juridico-politiques et aux méthodes de savoirs, notamment entre l'enquête administrative et judiciaire et les procédures de vérification des sciences empiriques et de la nature. Il annonce surtout qu'il va se concentrer désormais sur l'étude d'une autre matrice, celle de l'examen, développée dans les institutions et pratiques d'enfermement et de surveillance, qu'il met cette fois en lien avec l'émergence, au cours du 19^{ème} siècle, des « sciences de l'homme » notamment la sociologie, les psychologies et la psychiatrie.

Ce passage nous paraît important notamment en tant qu'il permet de saisir de manière assez claire le fil qui relie les étapes de l'œuvre. Si Foucault lui-même a avec insistance refusé de s'en expliquer, déclarant qu'il ne se tenait nullement comptable de la cohérence de son œuvre, le lecteur et l'interprète n'en sont pas moins fondés à s'y intéresser dès lors que, comme en l'espèce, le cheminement des idées permet de mieux éclairer les ressorts de l'œuvre. Or ce que donne à voir l'esquisse de la dynastie des savoirs, de manière brute, c'est qu'à la matrice du droit de l'époque moderne succède à l'époque contemporaine celle des normativités.

Si Foucault délaisse l'étude des institutions juridiques et des procédures judiciaires, cela ne signifie pas qu'il change de sujet ni même d'intérêt de connaissance. Il poursuit l'étude des procédures de savoir-pouvoir. Simplement il découvre qu'à la série souveraineté/droit/sciences empiriques de la nature a succédé la série disciplines/normes/sciences de l'homme. Ces sciences de l'homme dont il tentait déjà de percer les secrets dans les deux derniers chapitres

³⁵ *Surveiller et punir*, op. cit., pp. 224-5.

de *Les mots et les choses*³⁶. Si Foucault abandonne les procédures du droit avec les oripeaux de la souveraineté, c'est parce qu'il estime que les pouvoirs contemporains ne s'exercent plus tant par les instruments juridiques que par les pratiques disciplinaires. Les normes ne sont pas un « infra-droit » mais un « contre-droit » parce que loin d'être les auxiliaires des règles juridiques, elles en sont les concurrentes et travaillent à les supplanter. Les procédés d'examen, surveillance et de contrôle des conduites sont en définitive les remplaçants des procédures juridiques et judiciaires ou du moins les candidats les plus sérieux à leur succession.

Cette conception de l'avènement de nouveaux dispositifs de pouvoirs, de contrôle et de régulation, inscrite dans une matrice épistémopolitique nouvelle partagée avec les sciences dites humaines et sociales, devait être difficile à saisir pour un lecteur ou un étudiant de Michel Foucault dans les années 1970. Elle nous apparaît aujourd'hui rétrospectivement prophétique et visionnaire, au point qu'aujourd'hui encore, 35 ans après la mort du philosophe, ses travaux demeurent un guide assez sûr pour s'orienter dans la compréhension des pratiques contemporaines de gouvernement et des dispositifs de régulation, qu'il n'a jamais véritablement rencontrés, et qui s'appuient sur des technologies inconnues à son époque. Comme si nous recevions donc en retour le choc éprouvé par Foucault dans sa rencontre avec les dispositifs de savoir-pouvoir. Les juristes d'aujourd'hui, bousculés dans leur *épistémè* et leurs pratiques par l'invasion pandémique de nouveaux instruments normatifs et technologies de régulation, sont amenés à remettre fondamentalement en question leurs doctrines, leurs pratiques et leur vision du droit, voire à s'interroger sur la disparition même de leur objet et par conséquent sur leur propre survie et l'utilité sociale de leur discipline. Ou bien, dans une version moins sombre, ils prennent en tout cas conscience que le droit, comme il l'a déjà fait à plusieurs reprises au cours de sa longue histoire, se transforme en profondeur dans ses pratiques et ses institutions. Ceci appelle un important et difficile travail de refondation et de reformulation des discours qui en constituent la discipline.

Ce travail est aujourd'hui largement engagé, mais il est loin d'être fini. Relevons ici quelques propositions foucauldienne qui nous orientent de manière féconde dans l'analyse des transformations juridiques contemporaines.

Premièrement, l'inadéquation du concept de souveraineté pour concevoir, analyser et critiquer les pratiques de pouvoirs contemporaines, au premier rang desquels les dispositifs juridiques. Comme Foucault l'écrit dans *La volonté de savoir*³⁷, « [d]ans la pensée et l'analyse politiques, on n'a toujours pas coupé la tête du roi. ». Or il n'y a pas un « foyer unique de souveraineté d'où rayonneraient des formes dérivées et descendantes » mais un « archipel de pouvoirs » qui s'exercent de manière locale et disséminée. Cette invitation à abandonner le concept de souveraineté est très difficilement reçue par les juristes et on peut aisément comprendre pourquoi. Depuis la fin du 19^{ème} siècle, la théorie du droit a été repensée et reformulée principalement comme une théorie de l'Etat, plus encore de l'Etat souverain. Celui-ci est présenté comme l'acteur central sinon exclusif de la fabrication et de l'exécution du droit non seulement au plan interne, mais également au plan international³⁸.

Pour autant, la construction européenne, l'accélération de la globalisation, la révolution numérique, la transformation des organisations et des dispositifs administratifs qu'elle contribue à produire, ainsi que la domination du modèle managérial ont favorisé l'efflorescence, dans tous les secteurs et à tous les niveaux, de nouveaux dispositifs de régulation et de multiples

³⁶ « L'homme et ses doubles » traitant du 19^e siècle, et « Les sciences humaines » du 20^{ème} et du structuralisme.

³⁷ M. Foucault, *Histoire de la sexualité, t. 1^{er} La volonté de savoir*, Paris, Gallimard, 1976, p. 122.

³⁸ L'illustration de la *Théorie pure du droit* de Hans Kelsen, dont l'influence sur l'ensemble du continent européen, y compris en France, a été déterminante, au 20^{ème} siècle, en donne la meilleure illustration, l'auteur allant jusqu'à faire de l'Etat et du droit des synonymes.

objets juridiques non identifiés (OJNI). Ces instruments revêtent des formes et reposent sur des logiques très diverses, mais communément éloignées des outils classiques de la souveraineté : codes de conduite, normes techniques et labels, indicateurs managériaux et agences de notation, marchés artificiels comme celui du carbone, technologie de la chaîne de blocs (*blockchain*), etc. pour ne citer que quelques éléments de cette myriade qui fabrique au quotidien le droit global³⁹. Ces dispositifs partiels, provisoires, qui évoluent rapidement, se transforment ou disparaissent par l'effet de la concurrence sauvage qu'ils se livrent eux, ainsi qu'aux normes juridiques classiques, émanent d'initiatives multiples tant privées que publiques, nationales ou locales aussi bien que supranationales et mondiales.

Ils se cristallisent souvent, au niveau de points de passage stratégiques des relations et des flux de personnes, de communications, de biens ou d'actifs financiers. Ces points de contrôle se retrouvent dès lors, en dépit de leur absence de vocation normative et de légitimité politique, en position de régulateurs et les inventeurs ou gestionnaires de dispositifs qui tendent parfois à fonder de nouvelles institutions.

Ainsi Google et les autres moteurs de recherche sont investis de la mission de mettre en œuvre le « droit à l'oubli » proclamé par la Cour de justice de l'Union européenne. Plus largement, les plateformes numériques, comme Facebook, Airbnb et tant d'autres, sont pressées de mettre fin aux manipulations électorales, aux discours de haine et aux pratiques de discriminations qui transitent par leur intermédiaire. Tandis que l'ICANN, proto-institution qui gère le système central d'adressage de l'Internet au niveau global, tend à se transformer, à son corps défendant, en contrôleur des contenus, à travers les obligations qu'elle est pressée d'imposer aux registraires qui gèrent les noms de domaines.

Les normes techniques européennes et mondiales, élaborées au sein d'agences de normalisation, comme le CEN et ISO, se substituent chaque jour davantage aux lois, aux directives et aux traités pour déterminer non seulement les spécificités des objets, mais les prescriptions dans des domaines aussi importants que la santé, la sécurité des personnes et la protection de l'environnement. Elles ont désormais investi le champ social avec, par exemple, la norme ISO sur la responsabilité sociétale des organisations. Élaborées et révisées par des acteurs non élus et non étatiques, selon des procédures spécifiques, ces normes disposent également de leur propre dispositif d'exécution avec les techniques de la certification et du label.

L'État se trouve lui-même impliqué activement dans la production et la mise en œuvre de ces nouveaux dispositifs de régulation et de management. Il les mobilise dans ses activités administratives et de contrôle social, comme le système algorithmique sous-jacent à la plateforme « Parcours Sup » pour gérer les inscriptions dans l'enseignement supérieur public ou pour identifier les déclarations fiscales à contrôler, sans oublier le système de crédit social chinois. Les États sont également eux-mêmes les sujets de dispositifs managériaux, qui orientent leurs actions, comme leur notation par les agences de notation financières, la fluctuation de leurs positions respectives dans les indicateurs internationaux, comme l'index

³⁹ Rappelons simplement pour éviter tout malentendu que par « droit global », nous n'entendons pas un droit universel, des règles d'application mondiale, mais bien, le droit étudié d'un point de vue global, c'est-à-dire, émancipé d'une part, des frontières nationales de l'État souverain et d'autre part des frontières des disciplines spécialement en ce qu'elles séparent les normes juridiques bien formées d'autres types de normativités d'ailleurs spécialement traitées par Foucault. Le droit global se distingue moins par un changement d'échelle des normes que d'un changement des formes et structures des dispositifs normatifs. Plus en profondeur, sur ce concept et ses applications : C. Briceux et B. Frydman (dir.), *Les défis du droit global*, Bruylant, 2018 ; B. Frydman, *Petit manuel pratique de droit global*, Bruxelles, L'Académie en poche, 2014.

« *Doing Business* » de la Banque mondiale ou encore les dispositifs de *benchmarking* qui se généralisent dans la mise en œuvre des politiques de l'Union européenne par les États membres.

Délaisser avec Foucault le concept de souveraineté ne signifie donc pas abandonner les normativités publiques pour se concentrer uniquement sur les régulations privées. Dans *Surveiller et Punir*, le philosophe étudiait les dispositifs disciplinaires aussi bien dans la prison et la caserne, que dans des lieux privés comme l'atelier ou mixtes comme l'école. Mais il faut renoncer à faire de l'État le foyer unique du droit d'où tout procède et dont tout dépend. Il s'agit d'observer *in vivo*, dans les pratiques sociales elles-mêmes, les dispositifs normatifs qui se cristallisent et les effets qu'ils produisent, plutôt que s'attacher exclusivement à remonter vers leur source (étatique) pour en évaluer la validité, la légitimité, le contenu et la portée. On ne peut plus réduire, à l'instar de Kelsen, la théorie du droit à une théorie de l'État. Non plus que de se poser en garde-frontières implacables de la grande barrière entre le public et le privé. Dès lors que le pouvoir n'est plus perçu comme centralisé, mais disséminé dans une multitude de lieux divers, où les relations de domination à la fois se dissimulent et se montrent dans des dispositifs normatifs, il importe d'analyser minutieusement ceux-ci dans leur environnement, comme le fait Foucault. Cette observation minutieuse et laborieuse des créatures normatives qui pullulent constitue le préalable indispensable à toute étude sérieuse qui prétendra dégager des modèles-types, qui s'observent dans différents milieux et tendent à se répéter, parfois à se généraliser, pour en comprendre la logique ou la philosophie sous-jacente, comme le propose Foucault notamment dans ses travaux sur les disciplines, le néolibéralisme et la biopolitique.

Nous pouvons également prolonger la démarche entreprise par Foucault sur la dynastique des savoirs pour tenter de dégager des liens entre les nouveaux dispositifs normatifs émergents et les procédures et pratiques scientifiques. A cet égard, la tentation est grande, voire irrésistible, d'associer les normes montantes à la révolution numérique des sciences de l'information et de la communication. Omniprésence des capteurs, enregistrement systématique des données, contrôle permanent des performances et comparaison périodique des rendements du sujet et entre les sujets contrôlés, classements de ceux-ci, associés à des systèmes de récompense et de punition... Ces techniques ont pu se généraliser grâce aux extraordinaires développements des techniques informatiques, à la circulation des informations en réseaux, à l'explosion de la puissance de calcul et à la réduction consécutive du coût de leur mise en œuvre. Aussi, les observateurs constatent-ils un « tournant mathématique⁴⁰ » du droit, associé à une « gouvernance par les nombres⁴¹ » et à l'émergence d'une « justice digitale⁴² ». Plus fondamentalement encore, la numérisation du monde et donc la médiation par celle-ci de la plus grande part des expériences, des savoirs, des pouvoirs, des activités économiques et sociales suscite la perspective d'un basculement métaphysique ou, à tout le moins et pour poursuivre dans le vocabulaire foucauldien, l'émergence possible d'une nouvelle *épistémè*.

Pour autant, si l'on demeure au plus près des dispositifs normatifs concrets, beaucoup d'entre eux s'inscrivent encore dans le prolongement direct des normes disciplinaires étudiées par Foucault, dont Deleuze avait déjà noté qu'elles avaient migré en milieu ouvert dans les sociétés de contrôle⁴³. Ainsi, l'installation au nom de la transparence et par les moyens du numérique d'un panoptique universel, les dispositifs d'enregistrement, d'évaluation et de sanction des performances, issus de l'institution scolaire et de la discipline d'usine, que les sciences du travail et de la gestion ont méticuleusement raffinées et que le nouveau management

⁴⁰ D. Restrepo Amariles, « The Mathematical Turn : L'indicateur Rule of Law dans la politique de développement de la Banque Mondiale », in B. Frydman et A. Van Waeyenberge (dir.), *Gouverner par les standards et les indicateurs : de Hume aux rankings*, Bruxelles, Bruylant, 2014.

⁴¹ A. Supiot, *La gouvernance par les nombres*, Paris, Fayard, 2015.

⁴² A. Garapon et J. Lassègue, *Justice digitale*, Paris, P.U.F., 2018.

⁴³ G. Deleuze, « Post-scriptum sur les sociétés de contrôle », *L'autre journal*, n°1, mai 1990.

public a importé dans le secteur public, permettant l'universalisation de ces techniques de « conduite des conduites » à tous les types d'acteurs sans exception.

Par ailleurs, les techniques prédictives d'orientation des comportements ont pour base une fusion des statistiques et du calcul des probabilités, qui a été mise au point dans le cadre épistémologique de la sociologie normative et institutionnalisée progressivement dès le 19^{ème} siècle. Sans réduire la portée de la révolution numérique en cours, on peut donc constater, dans la perspective de la longue durée privilégiée dans la dynastique foucauldienne des savoirs, la poursuite et même l'intensification de la congruence entre les procédés des sciences humaines et les dispositifs technologiques de contrôle qui se substituent chaque jour davantage à la panoplie classique du droit étatique souverain.

Reste cependant, au risque de nous répéter, à ne pas céder trop vite au démon de la théorie et aux sirènes de la critique et à pratiquer, comme le préconisait et le pratiquait Foucault lui-même, l'analyse en profondeur de ces dispositifs normatifs, de leurs formes, des contextes dans lesquels ils se déploient, des manières dont ils s'agencent ou se concurrencent les uns avec les autres, des effets qu'ils produisent ou non en pratique et notamment dans les comportements qu'ils orientent et les relations qu'ils médiatisent. C'est à tort que certains de ceux qui se proclament ses sectateurs croient pouvoir se dispenser de cet indispensable travail. Les juristes ont sans aucun doute plus d'aptitude et de goût à une telle activité. Pourtant, une grande partie d'entre eux demeurent réticents à s'attacher à l'étude de ces formes hétérodoxes de normativité. Sans doute éprouvent-ils l'inconfort et l'incertitude qu'il y aurait à délaissier quelque peu l'analyse des textes législatifs et réglementaires, de doctrine et de jurisprudence, pour se lancer dans la dissection d'OJNI aussi bizarres dans leur forme qu'étranges dans leurs procédés. Mais il y a sans doute plus qu'un phénomène de résistance à la nouveauté que la transition des générations a déjà en partie commencé à régler. S'y ajoute en effet et de manière plus puissante, le poids de la théorie générale du droit, qu'elle se présente sous la forme d'une théorie de l'Etat ou d'une théorie des sources. Cette théorie oppose inlassablement à toute étude des normativités contemporaines deux objections majeures, qui résonnent sans cesse aux oreilles des juristes qui voudraient s'en saisir et ont pour fonction de les ramener dans l'orthodoxie de la vraie science du droit : d'une part, ces normativités ne sont pas légitimes ; d'autre part, elles ne sont pas du droit.

La philosophie de Michel Foucault nous offre des éléments de réponse intéressants à ces deux objections qui peuvent nous aider à les surmonter. A la première, Foucault répond qu'un pouvoir ne roule pas à la légitimité comme une voiture roule à l'essence. L'histoire n'enseigne pas que la légitimité soit le carburant nécessaire à l'effectivité d'un dispositif normatif, même si le discours qui prétend le justifier ou le vérifier peut jouer un rôle important dans son acceptation sociale. Du reste, il y a quelque paradoxe pour les juristes à ne traiter que des normes légitimes. Car cette position étroitement formaliste qui maintient ainsi ces normes illégitimes dans une sorte de clandestinité, prive par la même les institutions des moyens de les contrôler, leur laissant la bride sur le cou et l'espace suffisant au déploiement de leurs filets. La Cour de Justice de l'Union européenne a délivré en 2016 un arrêt significatif en décidant que les normes techniques européennes, qu'elle estimait jusqu'à présent ne pas être des règles de droit, en tant qu'elles énoncent des prescriptions non obligatoires, sont bien des normes juridiques qui relèvent de la compétence de la Cour en ce qui concerne leur interprétation. Ce revirement permet désormais à la Cour d'exercer son contrôle sur les normes techniques européennes qui ont pris une importance grandissante dans le droit européen avec la nouvelle approche telle que mise en place par la Commission Delors pour réaliser le marché unique⁴⁴.

⁴⁴ CJUE, Arrêt de la Cour du 27 octobre 2016, *James Elliott Construction*, C-613/14, ECLI:EU:C:2016:821.

Ce qui nous amène à la rencontre de la seconde objection selon laquelle les normativités émergentes ne sont pas véritablement juridiques. Ces normes ne sont pas édictées par des organes de l'État de manière obligatoire à peine de sanction. Elles ne procèdent pas des sources officielles du droit. Mais cette limite ainsi fermement tracée entre le droit et le non-droit, que définit-elle en définitive ? D'un point de vue pragmatique, elles distinguent les normes dont le juriste doit s'occuper et celles, si nombreuses et diverses, qu'il peut négliger car elles ne relèvent pas de son ressort. Or il est grand temps que tous les juristes, à l'instar de la Cour de justice de l'Union européenne, s'occupent des dispositifs normatifs envahissants du droit global afin de leur imposer le respect des garanties de l'État de droit et le respect des droits fondamentaux. Voilà certainement l'un des enjeux les plus importants du droit contemporain et il serait impensable au motif que ces normes dont le contrôle est absolument décisif ne seraient pas à proprement parler des règles juridiques.

Ici encore l'idée absurde serait de croire que le droit sera de toute éternité et a toujours été tel qu'il est selon la théorie des sources et de l'État. Foucault ne nous a-t-il pas montré au contraire, dès *Les mots et les choses*, combien les domaines de connaissance comme la langue, les biens et les êtres vivants se transforment au fil des *épistémès*. Ces changements valent également pour le droit. Ainsi, les droits de l'homme autrefois rêvés par les philosophes du droit naturel moderne se trouvent-ils aujourd'hui au sommet de la pyramide des normes du droit positif. De même, qui oserait aujourd'hui contester au droit social, au droit du travail et de la sécurité sociale, objets de tant de luttes et de contestations il y a à peine plus d'un siècle, le statut de règles de droit positif ? Grâce à la dynastie des savoirs, nous apprenons que les nouveaux dispositifs normatifs que Foucault lui-même présente comme un contre-droit sont probablement les normativités effectives de nos sociétés contemporaines. Les juristes doivent-ils les ignorer au motif que ces normes ne sont pas véritablement juridiques ni d'ailleurs légitimes ou doivent-ils au contraire s'en emparer pour sauver, tant qu'il est encore temps, ce qui peut l'être de nos idéaux de gouvernement démocratique et par le droit ? Il appartient à chacun d'entre eux d'en décider.

Bruxelles, novembre 2019.