



HAL
open science

Ouverture à Foucault et la norme : ”pas de publication posthume”

Emmanuel Jeuland

► **To cite this version:**

Emmanuel Jeuland. Ouverture à Foucault et la norme : ”pas de publication posthume”. 2019. hal-02051767

HAL Id: hal-02051767

<https://hal.science/hal-02051767>

Preprint submitted on 28 Feb 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Ouverture à Foucault et la norme : « Pas de publication posthume ».

Par Emmanuel Jeuland, professeur à l'école de droit de la Sorbonne.

« Pas de publication posthume », c'est une des recommandations du testament de vie écrit par Foucault en 1982, deux ans avant sa mort. Il laisse ainsi entendre que son œuvre sera close à sa mort et que si l'on publie un de ses textes inédits, il ne l'aura pas souhaité. Cela signifie aussi que, selon lui, l'essentiel a été dit et que, s'il a un secret, il a été formulé dans un de ses textes. Je souhaite, de cette manière, ouvrir ce colloque par une fermeture : en tant qu'héritier de Foucault, il nous faut continuer d'essayer de comprendre ce qu'il a voulu transmettre à partir d'une œuvre finie. Il ferme son œuvre alors même qu'elle n'est pas sans zone d'ombre.

Or, dans un entretien donné en 1983, il parle de son secret, de son livre secret, son livre sur Raymond Roussel : il dit « c'est ma maison secrète, une histoire d'amour qui a duré pendant quelques étés. Nul ne l'a su ». Or, il parle longuement, dans son livre sur Roussel¹, de la décision inverse de celui-ci : Roussel écrit un texte qui ne doit être révélé qu'après sa mort à titre posthume pour révéler la manière dont il a fait ses livres. On peut penser que lorsque Foucault écrit qu'il ne veut pas de publication posthume, il a Roussel en tête, qui justement révèle son secret après sa mort pour mieux être compris, mais aussi pour épaissir le mystère. Cependant, Roussel n'avait pas rencontré la gloire de son vivant, à l'inverse de Foucault. La décision inverse de Foucault de clore son œuvre à sa mort est peut-être une façon d'être ramené dans l'ombre d'auteurs l'ayant précédé et d'être ramené ainsi dans ses dimensions de vivants. Il donne peut-être également une indication pour comprendre certains aspects de sa propre œuvre : il existe peut-être que dans son œuvre publiée, des clefs de lecture et notamment dans son livre intitulé Raymond Roussel justement dont il écrit encore « Personne n'a jamais fait attention ce livre et j'en suis très content »². Quel secret caché par Foucault sur le droit pourrait-on y trouver alors qu'il n'y ait pas question de droit ? Certes, on pourrait dire qu'il y a un secret non juridique dans ce livre. Mais Foucault n'a pas une pensée compartimentée en disciplines qu'ils voyaient dans leur généalogie. Si un secret s'y tient, il doit pouvoir concerner sa pensée en général, impliquant donc le droit.

Il faut, tout d'abord, rappeler comment ce livre intitulé Raymond Roussel est né. En 1957, Foucault a fini d'écrire l'histoire de la folie, il entre, un jour, dans la librairie de José Corti. Ce dernier est là qui discute avec quelqu'un d'autre. En attendant qu'il soit libre, Foucault feuillette des livres dont celui de Roussel sur la vue. Il demande à Corti devenu disponible qui est cet auteur. Il part avec ce livre dans son exil suédois. Pendant toutes ces années en Suède, il écrit sur Roussel. Un jour, un éditeur l'appelle pour savoir sur quoi il travaille : il répond spontanément « sur Roussel ». L'éditeur lui dit qu'il est intéressé et lui demande quand est-ce qu'il estime qu'il aura terminé le livre. Foucault lui répond « dans 12 minutes », car il était justement en train de terminer la dernière page. Alors qu'aucun éditeur n'est allé vers Roussel au cours de toute sa vie, qu'il n'a été publié que grâce à sa fortune personnelle, Foucault réussit à publier son Raymond Roussel sans rechercher un éditeur. Il dit, à propos de ce livre, qu'il n'a jamais ressenti une telle facilité à écrire. Je veux souligner dans cette histoire la part de hasard, de coïncidence, qui peut être à l'origine d'un livre et d'une étude. Mais que vient faire ce livre dans une ouverture sur Foucault et les normes ? Il s'agit peut-être du lieu secret où il a travaillé la question du formalisme. Il ne se disait pas structuraliste d'ailleurs mais formaliste.

¹ *Raymond Roussel*, 1963 (les pages citées ci-dessous correspondent à la première édition), Folio essais Gallimard, 1992.

² *Dits et écrits*, Quarto, p. 1427.

Les auteurs retiennent trois conceptions du droit chez Foucault, plutôt d'ailleurs des dispositifs de pouvoir (ensemble hétérogène de règles, de lois, de décrets, de jugements, etc.) où le droit n'a pas le même sens ou le même rôle : la première conception du droit comme provenant du souverain servant de contrepoint aux deux autres, la conception disciplinaire et la conception biopolitique, ces deux dernières étant liées. Il me semble possible d'ajouter une quatrième conception, mais qui est restée insuffisamment développée, qu'il pourrait être intéressant de développer aujourd'hui en s'aidant justement de son livre secret, son Raymond Roussel. Il s'agit du droit relationnel. Mon hypothèse générale est que Foucault a voulu faire une histoire des formes juridiques

1.- Droit du souverain.

La première conception du droit que développe Foucault est un repoussoir : il s'agit du droit du souverain fondé sur la loi. Le philosophe confirme ainsi une conception dogmatique du droit en France : la faible place de la jurisprudence et le fait que le droit formalise les rapports du souverain avec les gouvernés. La politique et la légitimité du souverain sont pensées en terme juridique. Le souverain a un droit de tuer ses sujets et de prendre leur richesse. Cependant, le droit ne vise pas à modeler entièrement les comportements. En particulier, le droit pénal est édifié pour préserver le roi des émeutes, pas pour fixer des peines individuelles, il s'agit avant tout de la défense de l'Etat. Les mailles du pouvoir sont encore très lâches, mais l'Etat a pris sa place.

Cela paraît être une conception simpliste et réductionniste du droit comme le disent deux auteurs américains³, Hunt et Wickham. Ils ont estimé qu'il confondait le droit et la loi du souverain. Ils écrivent : « Foucault s'appuie fortement sur une équation plutôt primitive entre la souveraineté et l'absolutisme. Sa conception est construite sur une connexion littérale entre souveraineté politique et souveraineté juridique, le roi médiéval était le souverain. Comme le commente Habermas, Foucault laisse « l'impression infondée que l'état constitutionnel bourgeois est une relique dysfonctionnel de la période de l'absolutisme »⁴. Pour Foucault le droit est le commandement du souverain et est incompatible avec le pouvoir disciplinaire. Dès lors, ce dernier pouvoir est distincte du droit. Il s'agit là de la première réception de Foucault aux Etats-Unis concernant sa conception du droit. Des réceptions ultérieures seront nettement plus positives.

L'auteur brésilien, M.A. da Fonseca⁵, défend Foucault en indiquant qu'il retient plusieurs conceptions du droit selon les contextes, notamment comme relais des normes : « Conceptuellement, il serait possible, selon Foucault, de montrer la spécificité de la loi face à un mécanisme de normalisation. A l'intérieur de cette approche de type conceptuel, l'idée de la loi ébauchée fait référence, comme veulent le montrer Hunt et Wickham, à la notion impérativiste de la loi considérée comme un commandement accompagné de sanction. D'un autre côté, ce qu'ils ne voient pas, ou qu'ils ne voient qu'erronément, c'est que ce plan conceptuel de l'approche foucauldienne possède l'exacte extension de la nécessité d'identifier la différence théorique entre loi et mécanismes de normalisation et, dans les travaux où nous retrouvons ce plan conceptuel, il est immédiatement suivi par un autre type d'approche, celle qui se fait selon un plan qui privilégie les pratiques, où la forme de la loi et les procédés de

³ Foucault and Law, *Toward a Sociology of Law as Governance*, Pluto Press, Colorado, 1994.

⁴ *Op. cit.*, p. 61

⁵ *Michel Foucault et le droit*, l'Harmattan, trad. Th. Thomas, 2013.

normalisation ne pourront plus être considérées de manière indépendante... Chez Foucault, la forme de la loi et la normalisation s'opposent conceptuellement et, sur ce point, l'idée de la loi mise en évidence correspond à la loi comme un commandement. D'autre part, chez Foucault aussi, la forme de la loi et la normalisation ne se contredisent pas, mais s'impliquent mutuellement et, sur ce point, l'idée de loi mise en évidence se distingue de la structure essentiellement impérative du commandement »⁶.

Il faut, cependant, reconnaître que Foucault assimile dans toute une partie de son œuvre le droit à la loi, de manière parfois tout à fait caricatural notamment lorsqu'il considère que la discipline ne relève pas du droit et que, s'il y a du droit disciplinaire, c'est par un effet en retour de l'importance prise par les questions disciplinaires non juridiques au départ. La loi permet de soumettre les citoyens au souverain et à l'Etat. Foucault paraît tomber dans un légalisme et un dogmatisme dans sa conception du droit proche de la critique que l'on a pu faire à l'hypothétique école de l'exégèse. Néanmoins, il ne s'intéresse pas au contenu du droit, mais à ce qu'il crée en terme de légitimité. Autrement dit, Foucault a une stratégie intellectuelle. Il fait une généalogie du droit qui n'est pas chronologique. Il aurait plus exactement une approche non essentialiste du droit. Pour lui, le droit n'a pas d'essence. On ne peut le définir que dans un contexte⁷.

Dans son cours intitulé *Théories et institutions pénales*⁸, les rapports de pouvoir se traduisent pas des rapports juridiques pré étatiques punis judiciairement. Le droit pénal se sépare du droit civil quand l'Etat s'empare du pouvoir judiciaire. Le rapport de force prend alors la forme du droit. Le droit n'est pas l'expression du rapport de domination comme dans le marxisme, il y participe. Le droit pénal est anti séditieux, il vise à réprimer les révoltes davantage que les délinquants individuels. La condamnation des délinquants est plutôt une conséquence de la mise en place d'un appareil répressif. Cela le conduit à affirmer que la prison et le droit pénal fabriquent le délinquant, ce qui est sans doute excessif. Selon lui, la nouvelle bourgeoisie à la fin de l'ancien régime a utilisé cet appareil répressif pour faciliter les flux de capitaux. L'atteinte à la morale ou au droit naturel réalisée par l'infraction est un faux fuyant pour cacher une atteinte directe à l'Etat.

A partir de ce point de départ stratégique, Foucault pense une différence conceptuelle entre le droit et la normalisation. Cette dernière implique une évaluation et porte sur les corps. Il paraît ainsi réduire le droit à une approche légaliste mais il dégage peut-être plutôt un temps dans l'histoire des formes juridiques.

2.- Droit et normalisation.

Selon Foucault, une norme de savoir énonce une vérité et une norme de pouvoir fixe les limites de la liberté⁹. Foucault s'intéresse ainsi à l'histoire de la médecine qui définit l'homme normal en bonne santé. C'est pour lui le prototype des sciences humaines. Une autre définition de la norme présente chez Foucault est dégagée par M.A da Fonseca : la norme se caractérise par la forme de la bipolarité entre le normal et la pathologique en tant que principe

⁶ *Op. cit.* P. 106 et 107, Ewald et Palmer avaient déjà essayé antérieurement de défendre Foucault d'une manière équivalente.

⁷ Da Fonseca, *op. cit.*, p 19.

⁸ Cours au collège de France 1971-1972, Gallimard Seuil, 2015, spéc. p. 102.

⁹ *Naissance de la clinique* 1963, 5^e éd. PUF 1997, la distinction entre le normal et le pathologique lui vient d'un de ses maîtres, Canguilhem.

de séparation des objets et des sujets de savoir¹⁰. La norme est une action pour constituer des objets et des sujets. Ainsi, la norme régule les activités. La notion de danger permet de faire passer une anomalie sous la protection de la société. Une personne dangereuse est un objet de savoir anormal qu'il faut protéger contre elle-même. La personne normale est un sujet qui peut déterminer qui est anormal. Foucault fait ainsi une généalogie des anormaux. L'instinct qui apparaît comme concept au début du 19^e siècle est le vecteur de l'anomalie manquant de raison. Tout écart à la norme de conduite devient un symptôme pour le psychiatre. Par conséquent, la norme n'est pas une règle qui restreint ou réprime les conduites comme une règle de droit classique. Normaliser signifie organiser la production des conduites, par exemple la quarantaine en cas de maladie dangereuse. La norme sert de référence à l'intervention par la cité. La normalisation implique une technologie positive de pouvoir caractéristique des sociétés modernes. Le droit comme loi s'oppose à la normalisation. Le pouvoir classique de l'Etat souverain assujettit et limite. C'est une représentation juridico-discursive du pouvoir. La forme du pouvoir est la forme du droit qui définit le licite et l'illicite. C'est ce que l'on voit à l'œuvre dans les tribunaux et les familles. Le droit pris en ce sens crée des pouvoirs locaux en conflit, liés à la domination de la terre¹¹. Nous restons attachés à ce pouvoir-loi, ce qui nous empêche de voir la réalité de la société disciplinaire et de pouvoir qui n'est pas réductible au droit.

Foucault fait une généalogie de la norme¹² comme étant ce avec quoi le fou, le déviant ou le pauvre se trouve placé. Il existe une histoire naturelle de la norme. C'est un principe d'inclusion et d'exclusion : on est dans la norme ou l'on est hors d'elle. Pour Hunt et Wickham : « En mettant à jour l'émergence de la société disciplinaire, Foucault emploie une tactique caractéristique de beaucoup de ses travaux. Pour dégager le terrain en faveur d'une nouvelle thèse, il déplace ou contredit le sens commun existant... C'est dans ce contexte que l'on peut comprendre la manière dont il pose la société disciplinaire en opposition avec la souveraineté. Le pouvoir disciplinaire repose en dehors de la souveraineté et ne dépend donc pas du pouvoir central de l'Etat. En ce sens il peut décrire la normalisation disciplinaire comme étant un contre-droit qui opère dans l'infra-droit »¹³. Or, ces auteurs montrent que des normes disciplinaires ont toujours existé en relation avec le droit, bien avant les temps modernes. Par exemple, la discipline familiale a été assumée par le *pater familias*. Ils notent aussi que le panoptique a été surexploité par Foucault eu égard au projet non réalisé de Bentham et ne doit pas être généralisé à tous les lieux de discipline¹⁴. Ces auteurs ne nient pas, cependant, qu'il existe une montée de la normalisation à laquelle il convient de s'intéresser¹⁵.

Dans *l'Histoire de la folie à l'âge classique*, Foucault montre que la raison et l'anormalité sont des notions construites (1961)¹⁶. Il montre que la folie n'était pas pensable au Moyen Âge car elle était alors considérée comme démoniaque et en même temps intégrée à la vie. Elle pouvait même apporter une forme de connaissance provenant des sphères divines et démoniaques. A la Renaissance, avec Erasme (1511), une faille s'ouvre entre la raison et la folie et progressivement on se met à penser la folie comme l'envers de la raison. Du coup, il faut exclure le fou de la société puisqu'il déraisonne. On l'enferme comme malade. Nait alors

¹⁰ *Op. cit.*, p. 38

¹¹ Da Fonseca, *op. cit.* p. 68

¹² *Les anormaux*, cours de 74-75, EHESS, Gallimard, Seuil.

¹³ *Op. cit.*, p. 65

¹⁴ *Op. cit.*, p. 69

¹⁵ Les deux auteurs développent dans la suite de leur ouvrage une théorie de la gouvernance permettant de rendre compte de la diffusion des micropouvoirs au plan de l'Etat et à des niveaux inférieurs.

¹⁶ Tel Gallimard, 1976.

le discours psychiatrique. C'est le grand renfermement de l'âge classique des aliénés, des vagabonds et des homosexuels dans l'hôpital général qui a été fondé en 1656. La société disciplinaire naît de là, car il faut redresser le corps et l'esprit des personnes malades. Les institutions se développent dans cet esprit (école, caserne, usine, etc.). Les codes, les règlements, les manuels visent à rendre ces individus utiles et à les surveiller. Foucault montre que pouvoir et savoir sont toujours liés : il faut un savoir sur ces personnes pour avoir un pouvoir sur eux. Selon les historiens, le grand renfermement aurait eu lieu bien plus tard, au 19^e siècle¹⁷. Sans doute Foucault se trompait-il pour pouvoir mettre en relation les Lumières et le grand renfermement. Par ailleurs, des persécutions de fous auraient eu lieu au Moyen Âge¹⁸. On a aussi toujours cherché à les soigner, notamment par la voie des exorcismes au Moyen Âge. Foucault est assez proche de l'antipsychiatrie sans en être un militant. L'asile a pu être vu par d'autres auteurs, à l'opposé de Foucault, comme le résultat d'une volonté égalitariste et démocratique d'intégrer les malades mentaux en les soignant¹⁹. Ce serait même le début de l'Etat providence. Le malade mental acquiert le statut d'humain à part entière et perd celui de personnes démoniaques ou condamnées. Foucault incite néanmoins à repenser les relations entre les normes et la raison. Il a cependant moins d'impact aujourd'hui dans la mesure où, justement, on peine en France à maintenir ouverts les hôpitaux psychiatriques en nombre suffisant et que l'on est passé à une approche pharmacologique de la folie. On ne peut donc plus parler de société disciplinaire de ce point de vue. A vrai dire, l'idée pourtant éclairante de société disciplinaire paraît de plus en plus appartenir au passé.

Avec ses études sur la sexualité à partir de 1976 et son livre sur *La volonté de savoir*²⁰, il emploie la même méthode généalogique. Il montre que l'on passe d'une approche de la sexualité comme plaisir à une approche en termes de discours sur le sexe passant par la confession, la confidence, le roman, plus tard avec le divan du psychanalyste. Au cours de l'Antiquité, la sexualité est libre. Ce qui importe est la recherche du gouvernement de soi comme but moral. Peu importe que l'objet du désir soit un homme ou une femme (1984 *Le souci de soi*²¹). Il interroge à travers toutes ces études généalogiques et archéologiques la construction de la raison et l'état de notre société restée, selon lui, disciplinaire²².

Entre les études de la folie et les études sur la sexualité et l'éthique, il s'intéresse à la prison qui sera son grand sujet et pour lequel il se fera militant. *Surveiller et punir* paraît en 1976²³ et comporte de nombreux aspects juridiques. Il part du châtement spectacle, d'une hiérarchie de supplices sous l'ancien régime pour arriver à des pratiques punitives et surtout à la prison au 19^e siècle. Sous l'Ancien Régime, le criminel s'en prend à la loi en tant que volonté du souverain. Le roi réagit fortement et politiquement en exerçant son droit de punir et sa vengeance institutionnelle. Le rituel du supplice assure le triomphe de la loi. Or, pour Foucault, on ne passe pas à une façon de punir plus humaine. Il se produit des événements économiques qui expliquent l'évolution de la peine. Beaucoup de personnes doivent voler pour se nourrir, tandis que la bourgeoisie émergente s'inquiète de ces illégalismes, particulièrement des atteintes à ses biens. Le droit de punir n'appartient plus tant au souverain qu'à la société. Il faut noter aussi qu'avec les Lumières émerge l'idée de modération de la peine ou de proportion à trouver entre l'infraction et la peine pour contrôler le délinquant. Le

¹⁷ C. Halpern et JF. Dortier, *Foucault, Derrida, Deleuze, Pensées rebelles*, éd. Sciences humaines, 2013.

¹⁸ JF Dortier, in *Pensées rebelles*, précit.

¹⁹ G. Swain et M. Gauchet, *La pratique de l'esprit humain*, Tel Gallimard, 2007.

²⁰ Gallimard, Folio philosophie, 2006.

²¹ *Histoire de la sexualité*, T. 3, Tel Gallimard, 1994.

²² Michel Lallement, in *Pensées rebelles*, p. 33 s.

²³ *Surveiller et punir : naissance de la prison*, Tel Gallimard, 1975 (1993).

but n'est cependant pas d'être plus humain avec les criminels. Pour prévenir les troubles sociaux et permettre le développement du capitalisme (fondé sur le marché qui profite à la bourgeoisie montante), la société est quadrillée d'institutions contrôlant les corps. Le *panopticon* de Bentham (Londres 1748-1832) en est l'image parfaite. Foucault écrit en 1974 de manière synthétique au cours d'une série de conférences données au Brésil en 1973 réunie sous le titre « La vérité et les formes juridiques »²⁴.

Or, le pouvoir dépasse très largement ce cadre par le phénomène de la normalisation du corps (par l'emploi du temps, l'organisation de l'espace). Des lieux de micro-pouvoirs se trouvent dans toutes les institutions, les associations, les entreprises. Les micro-pouvoirs s'expriment notamment sous forme de règlement intérieur. Le pouvoir est immanent. Par exemple, entre employeur et employé, le pouvoir n'est pas transcendant comme provenant d'une source unique élevée. Il varie en permanence avec les rapports de force, il s'inscrit dans un cadre de pensée générale et est lié au savoir. A vrai dire sa conception du pouvoir est imprécise et diffuse. Il s'agit tantôt de contrôle et de surveillance des corps, parfois de norme de pensée et de vérité, parfois encore d'un autocontrôle dans le gouvernement de soi.

Luc Ferry et Alain Renaut ont critiqué la confusion entre toutes ces institutions (prison, école, usine, etc.) et l'absence de distinction entre totalitarisme néfaste et institutions pouvant être bénéfiques. Ils critiquent aussi le fait qu'il nie l'autonomie du droit qui ne fait, dès lors, que refléter les rapports de pouvoir²⁵. Faut-il oublier Foucault²⁶ alors qu'il a été le penseur de la normalisation qui est omniprésente aujourd'hui ? Il est certainement un chaînon intellectuel important à condition de pouvoir préciser, voire critiquer sa relation au droit. Dans *La volonté de savoir* émergent deux modèles du pouvoir, le modèle juridique et le modèle de la normalisation²⁷. Le premier s'exprime sous forme de règles qui déterminent le licite et l'illicite, le droit est un système de lois ; le second se pense en termes d'affrontement de forces, il faut produire des gestes et des individualités.

C'est le règne universel du normatif et des sciences humaines pour connaître les individus et mieux les contrôler. Il faut isoler les déviants, les anormaux. Son articulation entre savoir et pouvoir réduit la recherche du savoir à une question de domination. Pour Foucault, la prison engendre la criminalité car elle sert les intérêts de la bourgeoisie qui récolte ce qu'elle a semé. Et en même temps la prison a perduré car la société a besoin de délinquant pour faire peur et imposer le contrôle. Ce n'est pas si mécanique. L'approche de Foucault gêne aujourd'hui ceux qui cherchent à faire évoluer la prison. Il est trop radical dans sa critique. On parle d'une rhétorique foucauldienne. Il a permis de mener une réflexion sur la prison²⁸ et il était omniprésent dans le débat sur la loi portant sur les peines alternatives comme le bracelet électronique²⁹. Il serait ainsi le penseur de la société disciplinaire au moment où celle-ci disparaît. Il vaut mieux surveiller que punir. C'est l'idée de la prison. Il faut normaliser le délinquant, non seulement son corps, mais aussi son esprit. On passe du rituel du châtiment à une cérémonie de l'exercice physique. Il s'agit de veiller sur les processus de qualités plutôt que sur les résultats ; le contrôle qualité des entreprises d'aujourd'hui provient sans doute de là. Il faut quadriller le temps et l'espace.

²⁴ *Dits et écrits*, I, Quarto Gallimard, p. 1462.

²⁵ *Itinéraire de l'individu*, Gallimard, 1987.

²⁶ V. Dortier, *Pensées rebelles*, op. cit., p. 71, citant Baudrillard.

²⁷ *Histoire de la sexualité*, I, coll. Tel, Gallimard, 1998.

²⁸ Martine Fournier, in *Pensées rebelles*, p. 51.

²⁹ Loi n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales

La notion d'illégalisme apparaît dans *La société punitive* (1973)³⁰. Elle permet de penser le passage de la forme du châtement à la punition moderne. Les vagabonds sont confondus avec les criminels comme ennemis de la société qu'il faut enfermer. L'illégalisme est le jeu autour de la légalité et de l'illégalité pratiquée. Par exemple aujourd'hui, une partie du travail au noir n'est pas condamnée. Il s'agit de pratiques sociales, nécessaires à la vie des couches sociales pauvres au 18^e siècle. Toute pratique illégale ne doit pas être poursuivie, mais dès lors qu'il y a une atteinte aux biens, il faut passer à l'enfermement. Ainsi, le ramassage de bois était traditionnellement toléré, mais la recrudescence des vols a remis en cause cette solution. Il faut une relation entre la gravité de l'infraction et la peine. L'illégalisme veut dire qu'il faut gérer des pratiques, des illégalités et créer ainsi une régularité hors la loi, une forme de normalisation³¹. La loi sert à identifier les manières de la tourner. Avec le concept de normalisation, Foucault s'éloigne d'une conception du droit comme loi :

« Alors que les systèmes juridiques qualifient les sujets de droit, selon des normes universelles, les disciplines caractérisent, classifient, spécialisent ; elles distribuent selon une échelle, répartissent autour d'une norme, hiérarchisent les individus les uns par rapport aux autres, et à la limite disqualifient et invalident. De toute façon, dans l'espace et pendant le temps où elles exercent leur contrôle et font jouer les dissymétries de leur pouvoir, elles effectuent une mise en suspens, jamais totale, mais jamais annulée non plus, du droit. Aussi régulière et institutionnelle qu'elle soit, la discipline dans son mécanisme, est un « contre-droit »³². On voit combien cette approche s'appuie sur un droit mythique, universel et égalitaire. Le lien contractuel y est vu comme un lien réciproque et égalitaire dans le contexte du libéralisme du XIX^e siècle. Cependant, tout contrat implique une dissymétrie, le contrat de vente entre le professionnel et le consommateur, le bail entre le preneur et le bailleur ou le contrat d'entreprise.

A travers la normalisation, on peut se dire que Foucault a contesté l'autonomie du droit et donc des normes juridiques. On peut aussi dire qu'il a voulu dégagé une autre forme juridique. Finalement, Foucault développe une troisième conception du droit qui s'appuie sur la conception du droit comme normalisation mais qui va au-delà : le droit comme biopolitique.

3.- Le droit et la société sécuritaire.

La troisième approche du droit ou plutôt des dispositifs de pouvoir est développée dans les cours au collège de France, notamment *Sécurité, territoire, population* (1977-1978)³³ et *La naissance de la biopolitique* (1978-1979)³⁴. Une seconde forme de normalisation apparaît chez Foucault qui a un rapport différent avec le droit. La première forme de normalisation peut être nommée normation. Dans l'approche disciplinaire, la norme précède la normalité et donc la mise en œuvre de la norme. La seconde forme est la normalisation au sens strict et elle est liée à la biopolitique. Ce que Foucault nomme la biopolitique n'est pas un gouvernement sur un territoire (gouvernement de la raison d'Etat), sur une population déterminée (gouvernement libéral où l'Etat rend libre le marché tout en surveillant les

³⁰ EHESS, Gallimard, Seuil, réed. 2013.

³¹ Da Fonseca, *Op. cit.*, p.101.

³² *Surveiller et punir*, op.cit., pp. 259 et 260

³³ EHESS, Gallimard, Seuil, 2004.

³⁴ EHESS, Gallimard, Seuil, 2004.

individus) ; mais sur une population plus imprévisible avec des naissances, des décès, des émigrations et des immigrations.

Dans cette seconde forme de normalisation, la normalité précède la norme. Si l'on s'aperçoit, par exemple, qu'un cancer se développe en relation avec le tabac, on fait une campagne et on interdit le tabac à l'intérieur des lieux publics. Du coup, la normalisation ne s'oppose plus au droit comme loi, mais incorpore la technique du droit pour réguler une population (dans son nombre, ses vivants et ses morts).

Le terme de gouvernance est d'origine française (il désignait la charte de la gouvernante de maison) et passe dans la langue anglaise au XIV^e siècle. Il revient dans la langue française dans les années 1980 et 1990 avec la gouvernance des entreprises, puis s'élargit à la gouvernance politique. C'est une notion controversée. On la présente comme un décentrement du pouvoir ou comme un signe de la décomposition de l'Etat. Les défenseurs de la notion estiment qu'elle exprime une façon de gouverner qui prend tous les intérêts en compte de manière participative. Les critiques estiment que, dans le domaine public, elle conduit à passer de la défense de l'intérêt général à la régulation des intérêts privés. Foucault a employé le terme de gouvernementalité (dans ses cours au Collège de France, *Du gouvernement des vivants 1979-1980*³⁵ et *Sécurité, territoire, population*) pour traduire l'idée que le mode de gouvernement ne passe plus seulement par un système de règle/sanction, ni même par les normes disciplinaires, mais par un contrôle de tous les aspects du vivant (santé, éducation, justice, etc.). La notion de gouvernance traduit peut-être aussi un passage de la société disciplinaire à la société de contrôle qui implique des indicateurs, des évaluations et des recommandations. Il existe d'ailleurs des indicateurs de gouvernance qui ont été mis en place par la Banque mondiale pour comparer les pays. Foucault atteint ainsi une nouvelle étape de sa pensée après le droit « classique », juridico-discursif et la normalisation disciplinaire, l'accent est mis sur les dispositifs de sécurité.

Il écrit : « La troisième forme, c'est celle qui caractériserait non plus le code légal, non plus le mécanisme disciplinaire, mais le dispositif de sécurité... au lieu d'instaurer un partage binaire entre le permis et le défendu, on va fixer d'une part une moyenne considérée comme optimale et puis fixer des limites de l'acceptable, au-delà desquelles il ne faudra plus que ça se passe... L'ensemble des mesures législatives, des décrets, des règlements, des circulaires, qui permettent d'implanter des mécanismes de sécurité, cet ensemble est de plus en plus gigantesque »³⁶.

Ces technologies de la sécurité ne sont pas toutes juridiques (elles peuvent être médicales, techniques, etc.) et sont mises en œuvre par ceux qui détiennent le bio-pouvoir : « L'ensemble des mécanismes par lesquels ce qui, dans l'espèce humaine, constitue ses traits biologiques fondamentaux va pouvoir entrer à l'intérieur d'une politique, d'une stratégie politique, d'une stratégie générale de pouvoir, autrement dit comment la société, les sociétés occidentales modernes, à partir du XVIII^e siècle, ont repris en compte le fait biologique fondamental que l'être humain constitue une espèce humaine... ». Le biopouvoir se traduit par des dispositifs de sécurité.

Pour éviter que l'Etat ne prenne trop de place aux Etats-Unis et en Allemagne, une nouvelle doctrine a été développée, le néolibéralisme, dans laquelle le marché donne la mesure du gouvernement. La naturalité du marché rend légitime l'Etat. On mesure tout en terme de

³⁵ EHESS, Gallimard, Seuil.

³⁶ *Sécurité, Territoire, Population, op. cit.* p.8-9

bénéfice/coût même ce qui n'est pas économique. Selon M.A da Fonseca : « Un trait particulier de l'art néolibéral de gouverner selon le modèle nord américain serait la manière par laquelle l'économie de marché en vient à être utilisée pour le déchiffrement de relations qui ne seraient pas réellement des relations de marché »³⁷, par exemple, les indicateurs de performance dans la justice. Selon Foucault, « Dans le néolibéralisme, le marché n'est plus un simple principe d'autolimitation du gouvernement mais un principe normatif qui s'impose à lui, le marché est le tribunal économique permanent en face du gouvernement »³⁸.

La Justice, selon Foucault, vient prêter la main au néolibéralisme, elle aide à la régulation en développant des champs disciplinaires comme le droit social, le droit de l'environnement et des assurances³⁹. Foucault s'intéresse à toutes les pratiques et spécialement aux pratiques judiciaires⁴⁰. Antoine Garapon⁴¹ note qu'en fait se développent surtout des pratiques de transaction en marge des tribunaux (avec les autorités de la concurrence, par exemple). Dans cette approche du droit normalisé-normalisateur, le droit n'est pas indépendant du développement de la société en terme de gestion de la vie et des populations. Pour Foucault, « La loi fonctionne toujours davantage comme une norme et ... l'institution judiciaire s'intègre de plus en plus dans le continuum d'appareils (médicaux, administratifs, etc.) dont les fonctions sont surtout régulatrices »⁴². La normalisation au sens strict utilise donc la forme du droit à côté d'autres techniques.

On pourrait être tenté d'opposer à ce mouvement de normalisation du droit, le développement des droits de l'homme et le développement de la normalisation disciplinaire, puis sécuritaire, depuis le 18^e siècle. A vrai dire, ils sont complémentaires. Au fur et à mesure que sont reconnus des droits inaliénables aux individus, un contrôle plus serré se met en place pour s'assurer qu'ils n'abuseront pas de leur liberté⁴³. C'est ainsi que se développent en parallèle les principes fondamentaux de la procédure et le management judiciaire. Le droit pour chaque individu de saisir un juge indépendant et impartial coûte cher et risque de conduire à un encombrement des tribunaux, il faut donc mettre en place des indicateurs de performance des tribunaux permettant de contrôler le budget⁴⁴.

Il y a donc bien plusieurs conceptions du droit, de la normalisation et de leur relation dans l'œuvre de Foucault. Selon M.A da Fonseca, « Il faut avant tout chercher à identifier certaines des perceptions du philosophe concernant des implications entre les pratiques de la norme et les pratiques et les savoirs que l'on appelle juridiques »⁴⁵. L'image du droit normalisé-normalisateur que l'on trouve si souvent dans ses travaux ne correspond pas à l'invention d'une réalité nouvelle. Cette image ne crée pas un monde indépendant de la sphère légale ; elle ne fait que rappeler que le monde de la loi ne constitue pas un monde indépendant. Cette

³⁷ Da Fonseca, *op. cit.*, p. 174

³⁸ *Naissance de la biopolitique*, EHESS, Gallimard, Seuil, 2004, p. 253 et Da Fonseca, *op. cit.*, p. 174

³⁹ D'où les recherches de F. Ewald, *L'Etat providence*, Grasset, 1986 compar. P. Lascombes, *Gouverner, enfermer: La prison, un modèle indépassable ?* avec [Philippe Artières](#) Presses de science-po, 2013.

⁴⁰ Voir par exemple les conférences données au Brésil, précit. note 24.

⁴¹ Michel Foucault, « Visionnaire du droit contemporain », *Raisons politiques*, Presses de SciencePo, nov. 2013, p. 39-50.

⁴² *Volonté de savoir*, *op. cit.*, p 190

⁴³ *Naissance de la biopolitique* : cours au collègue de France 1978-1979, Seuil, p. 69-70..

⁴⁴ Martens, préface In *Le nouveau management de la justice et l'indépendance des juges*, B. Frydman et E. Jeuland (dir.), Dalloz, 2011.

⁴⁵ Da Fonseca, *op. cit.*, p. 179.

image montre que les pratiques et savoirs juridiques fonctionnent comme vecteurs et agents de la normalisation agissant sur la vie et ses processus.

Avec la biopolitique, Foucault dégage une nouvelle forme juridique. Il critique ce droit né de la normalisation en ce qu'il porte atteinte à la subjectivité. Il faut éviter que la norme ne devienne un mécanisme de réduction de la multiplicité des différences, de la pluralité, vers l'unitaire et l'uniforme. Il y a là une possibilité pour le droit de résistance à la normalisation, le droit des gouvernés, le droit de se défendre. Foucault débouche sur une forme de droit nouveau qui reste peu clair, peu discuté et peu développé.

4.- Le droit relationnel.

Il y aurait, selon Foucault, un droit de ne pas être gouverné, de vouloir s'en tenir à la vérité et de ne suivre un pouvoir que si l'on est certain qu'il dit vrai. Le droit nouveau devrait venir des pratiques. Il faudrait qu'il y ait une relation entre le souci de soi comme soucieux de la vérité et le droit nouveau. Après s'être montré opposé au droit et aux tribunaux au début des années 70 (allant jusqu'à souscrire aux tribunaux populaires chinois avant de mesurer l'horreur de la révolution culturelle), Foucault a évolué vers une critique des abus de droit⁴⁶. Il note que la justice ne veut pas plus entendre parler des violences policières que de l'exécution de ses verdicts. Du chemin a été parcouru depuis, mais l'exécution des décisions de justice continue de poser problème. Foucault a écrit en 1979 que les tribunaux devaient jouer un rôle dans la régulation sociale. C'est une idée aujourd'hui assez répandue dont il est difficile de vérifier la réalité. L'impact des décisions de justice sur la société et l'économie n'est ni mesuré (ou rarement) ni aisément mesurable : « C'est forcément ce qu'on pourrait appeler la croissance de la demande judiciaire, parce qu'en effet cette idée d'un droit dont la forme générale serait celle d'une règle du jeu que la puissance publique imposerait aux joueurs, mais ne ferait qu'imposer aux joueurs qui, eux, resteraient libres de leurs jeu, ceci implique, bien sûr, une revalorisation du juridique, mais aussi une revalorisation du judiciaire. »⁴⁷. Cette présentation ne rend sans doute pas compte du pouvoir judiciaire des parlements jusqu'à la Révolution, mais rend compte des discours dominants durant et après la révolution. Cependant, les tribunaux ont toujours gardé leur marge de manœuvre et leur pouvoir créatif même au XIX^e siècle.

Face à ce droit souverain et normalisateur susceptible de porter atteinte aux libertés, Foucault a prôné un droit nouveau⁴⁸ et un droit relationnel⁴⁹ qu'il n'a pas approfondi. M.A da Fonseca a tenté de dégager ce nouveau droit en s'inspirant des pratiques mises en place par Foucault à propos des prisons⁵⁰. Des groupes non hiérarchiques où chacun peut contribuer en fonction de ses possibilités ont ainsi existé. On peut y voir des éléments d'une approche autogestionnaire du droit. M.A da Fonseca note par ailleurs qu'il conviendrait de partir de la conception foucauldienne de l'éthique pour saisir ce droit nouveau. Or, cette éthique ne consiste pas seulement à se soucier de soi et à résister à l'Etat, elle implique aussi un jeu dans les relations de pouvoir. Pour Foucault, les relations de pouvoir sont partout – il parle de micropouvoir - et ne sont pas négatives dès lors qu'elles impliquent la liberté de chacun et peuvent donner lieu à des renversements. On peut se demander au fond si Foucault n'envisageait pas de

⁴⁶ J.-Cl. Monod, *La police des conduites*, Michalon, Le bien commun, 1997, p. 89.

⁴⁷ *Naissance de la biopolitique*, op. cit., p. 180.

⁴⁸ Leçon du 14 janvier 1976, in *Il faut défendre la société*, Cours au collège de France 1976, Paris, Gallimard et Seuil, 1997, p. 35

⁴⁹ Michel Foucault, *Dits et écrits*, II 1976-1988, [1982], Quarto, p.1129.

⁵⁰ op. cit.p. 226.

construire un droit à partir des relations de pouvoir et des libertés qu'elles impliquent. Cela expliquerait cette notion de droit relationnel. Si tel était sa visée, il faudrait pouvoir articuler relation de pouvoir et relation juridique.

Michel Foucault fait ainsi référence à un nouveau droit relationnel. Seul un tel droit pourrait prendre en compte toutes les relations sans les entraver : « Plutôt que de faire valoir que les individus ont des droits fondamentaux et naturels, nous devrions essayer d'imaginer et de créer un nouveau droit relationnel qui permettrait que tous les types possibles de relations puissent exister et ne soient pas empêchées, bloquées et annulées par des institutions relationnelles appauvrissantes »⁵¹. Il s'agit surtout, chez lui, d'un concept négatif, de résistance, employé dans un entretien accordé à un journaliste pour que soient reconnus tous les types de relations humaines. Il précise à la fin de l'interview « je voudrais cependant ajouter que les droits relationnels ne sont pas exactement des droits associatifs ... Le droit relationnel est la possibilité de faire reconnaître dans un champ institutionnel des relations d'individu à individu qui ne passe pas forcément par l'émergence d'un groupe reconnu ». Il fait aussi référence à de « nouvelles formes de vie, de rapports, d'amitiés, dans la société »⁵². Cette idée de forme nouvelle de relation a été utilisée par les auteurs pour défendre le mariage pour tous.

Je crois que l'on peut aller au-delà et citer aussi la question des droits des gouvernés qu'il met à jour⁵³ : le droit de se défendre et d'être défendu qui serait plus concret que les droits de l'homme. Il cherche un droit anti-disciplinaire. Si l'on met bout à bout ces différentes idées on parvient à une hypothèse : la relation de pouvoir implique une résistance, une différenciation, et pour cela il faut avoir un souci de soi. L'éthique de la finalité de sa vie n'est pas détachée du droit ; le souci de soi donne la capacité à accueillir la résistance. De même, dans la relation sadomasochiste, on peut déceler un rapport stratégique comportant un jeu⁵⁴. Or, la résistance est un élément de ce rapport stratégique⁵⁵. Le souci de soi est aussi lié à la confession, au juge et à la vérité : « l'ambition politique et l'amour philosophique trouvent leur point de jonction dans le souci de soi »⁵⁶. En effet, le souci de soi est le souci de ses possessions et de sa santé. Le souci de l'activité et de l'âme conduit à une vie communautaire ordonnée avec le pythagoricien. Dans sa retraite, on lit, on étudie, on se prépare aux revers de fortune ou à la mort⁵⁷. Prendre soin de soi veut dire écrire constamment. Ainsi, l'institution est précédée par les relations de pouvoir et non l'inverse ; de même, la norme que se donne deux personnes sous l'égide d'un tiers précède la loi. L'institution ne peut fonctionner que si chacun a le souci de soi et qu'il existe des relations de pouvoirs impliquant de la résistance et les droits des gouvernés. Une certaine créativité de relation conduit à une critique du libéralisme qui ne supporte pas certaines relations trop fortes émotionnellement comme l'amitié. Cette position rejoint aujourd'hui celle de Jennifer Nedelsky qui critique le libéralisme américain comme étant isolant et le communautarisme comme étouffant⁵⁸. Foucault critique aussi l'Etat comme seul lieu de pouvoir et appelle, implicitement, à prendre en compte les micros pouvoirs dans les relations juridiques. Il est vrai que Foucault ne l'exprime pas expressément. On peut supposer qu'en tant que non juriste, il n'a pas eu accès

⁵¹ Michel Foucault, *Dits et écrits*, II 1976-1988, [1982], Le triomphe social du plaisir sexuel : une conversation avec M. Foucault, Quarto, p.1129.

⁵² Michel Foucault, *Dits et écrits*, II 1976-1988, Quarto, sexe pouvoir et la politique de l'identité, p. 1555.

⁵³ Va-t-on extrader Klaus Croissant, *Dits et écrits*, I, p. 361

⁵⁴ *Dits et écrits*, II, p.1561.

⁵⁵ *Dits et écrits*, II, p.1560.

⁵⁶ *Dits et écrits*, II, p. 1609.

⁵⁷ *Dits et écrits*, II, p. 1612.

⁵⁸ *Droit et relation, Law and Relation*, coord. JF. Braunstein et E. Jeuland, IRJS, 2018, chapitre 1^{er}.

au concept de rapport juridique chez Savigny et n'a pas pu aller jusqu'à affirmer que le droit n'est pas que la forme du rapport de droit comme c'est le cas dans la conception souverainiste du droit. Le rapport de droit n'est pas non plus situé dans un ensemble purement collectif comme c'est le cas de la gouvernementalité. Il se peut, en somme, qu'il ait ouvert la voie, avec d'autres auteurs, à un droit relationnel impliquant la recherche de la maximisation de l'autonomie dans la résistance.

Sa pensée du droit allie les rapports de force, les discours et les symboles du pouvoir dans un dispositif de domination. Cependant, la notion de rapport de pouvoir reste mystérieuse. Il fonde sa pensée sur le pouvoir et le savoir sans véritablement tenir compte du caractère symbolique de la relation, comme si elle était naturelle. Il relègue la relation symbolique fondée sur le sang au Moyen Âge⁵⁹. Or, c'est la relation qui implique le pouvoir pas l'inverse. Pour bâtir un droit relationnel, il conviendrait de retrouver la nature symbolique de la relation qui sert de cadre au jeu de pouvoir dans ses avatars contemporains.

Le livre secret de Foucault, son Raymond Roussel peut contribuer à approfondir le droit relationnel. Les relations ont besoin de forme, pas seulement de langage, mais d'un langage surprenant qui mêle le hasard et les rencontres pour que des personnes différentes puissent vivre ensemble.

Roussel inventait des règles et des contraintes pour écrire ses livres. Il ne s'agissait pas de procédés poétiques classiques, comme la rime (qu'il utilise par ailleurs quand il écrivait de la poésie). Roussel prenait une phrase au hasard, banal comme, par exemple, « j'ai du bon tabac dans ma tabatière ». Puis, il cherchait des mots phonétiquement proche par homophonie, ce qui donne dans l'exemple : « jade, tube, onde, aubade, mat, basse, tierce ». Cela lui donne la base pour écrire une histoire totalement imaginaire (telle que *Impressions d'Afrique* ou *Locus Solus*).

Roussel est ainsi considéré comme l'inventeur par anticipation de l'Oulipo, l'ouvroir de littérature potentiel. Son procédé permet d'ouvrir à des aléas inévitables dans la langue, c'est un procédé d'ouverture. Nous avons nous aussi créer un atelier oudropo ouvroir de droit potentiel. La question que l'on peut ici se poser est à quel droit Foucault ouvre avec son idée de droit relationnel ? Comment l'oudropo,, est à certains égards une forme d'héritage de sa réflexion sur Roussel ?

Reprenons maintenant au point de départ les quatre conceptions du droit de Foucault et les incertitudes qu'elles soulèvent : il y a le droit d'avant hier légaliste, le droit d'hier disciplinaire, le droit d'aujourd'hui sécuritaire et le droit de demain, pour lui, le droit relationnel. Il ouvre à ce dernier droit, droit encore potentiel. La méthode pourrait bien être à rechercher chez Roussel et l'Oulipo par l'utilisation de contraintes (Perec s'est intéressé à Roussel également).

Dans le livre de Foucault sur Raymond Roussel, on trouve des indices sur sa conception du rapport entre les mots et les choses telles qu'il les envisage mais aussi sur comment, peut-être, le droit relationnel pourrait s'insérer en ce domaine. En effet, un même mot peut vouloir dire plusieurs choses. Il parle d'une merveilleuse pauvreté du langage. Ce dernier se double par des rapprochements entre sons et, par hasard, on crée de nouvelles histoires. On fait naître de nouvelles choses et même des machines à créer du récit. Il y a ainsi une fictive unité des mots.

⁵⁹ V. *Histoire de la sexualité I, La volonté de savoir*, Tel Gallimard, 1976, p. 195.

Le langage est un interstice par lequel l'être et son double sont unis et séparés. Ainsi, le droit comme langage recrée un monde de fiction, un monde à imaginer. On peut joindre des incompatibles tels que le hasard et la règle⁶⁰ et créer ainsi une non nature.

Foucault, dans son *Raymond Roussel*, donne ainsi des indices sur sa conception de la relation humaine fondée sur le langage : « Les êtres ont de l'un à l'autre un pouvoir merveilleux de faire alliance, de se nouer, d'échanger des murmures, de franchir des distances et des métamorphoses, de devenir les autres et de rester les mêmes »⁶¹. Or, un rapport de droit peut être conçu comme un dispositif symbolique, créant une différence entre deux personnes et permettant de se mettre à la place de l'autre⁶². Il rejoint ainsi la position des autres membres de la *French Theory* : une relation humaine est à la fois une union et une séparation, un accrochage et une distance (cette idée prend le nom de différend chez Lyotard, différenciation chez Derrida, de Ma, concept japonais traduisant la petite variation, chez Barthes, de la schize chez Deleuze, de l'abîme chez Legendre développant Lacan en droit)⁶³.

Cette phrase est aussi à comprendre dans le contexte d'un livre sur les formes du langage et de leurs effets. Ainsi, pour Foucault, la répétition dans les textes de Roussel implique une petite différence qui induit de l'identité⁶⁴. De même que « L'on peut avoir deux significations étrangères dans l'unité maintenue de la forme »⁶⁵. L'aléa qui vient de l'interstice du langage est l'ouverture infinie de l'anéantissement. L'ouverture dont il est question implique aussi du vide. Foucault parle encore d'une profondeur purement formelle allant des choses au mot. Il ne traite pas de plan symbolique, mais d'imaginaire. Cependant, on peut voir là apparaître une utilisation du langage qui n'est pas purement technique, sécuritaire et structuraliste (fondé sur l'opposition signifié/signifiant). Foucault conserve un certain formalisme. Pour lui, la relation de pouvoir précède l'institution. Or, on le voit ici la relation de pouvoir est juridique car elle est formelle. La relation est formelle et donc juridique avant l'institution. On peut donc avancer que pour Foucault, la relation juridico-formelle précède la norme. La norme est à l'intérieur de la relation, créée et interprétée par la relation. Si la norme provient de l'extérieur de la relation, elle est créée dans d'autres relations juridiques (les relations parlementaires pour les normes législatives, par exemple). Le terme de droit relationnel exprime donc toute une conception du droit libre et potentiel utilisant les hasards du langage.

Le droit fait parti en premier lieu de la formalisation des rapports de pouvoir non pas dans un sens plat d'habillage de la relation mais dans un sens profond de création de la relation de pouvoir. Il n'y a pas de relation humaine qui ne soit pas formelle et dès lors la relation humaine est juridique. Cette conclusion est un peu hasardeuse car Foucault ne fait pas même référence au droit dans son livre sur Raymond Roussel. Mais cette conclusion logique, je vais essayer de la renforcer en faisant des tests.

La langue française est plus pauvre que l'anglais en vocabulaire, mais plus précise juridiquement. Le français est une langue juridique (qui doit son développement à l'ordonnance de Villers-Cotterêts de 1539 sur le fait de justice). Le jeu avec les règles et les

⁶⁰ Op. cit., p 101.

⁶¹ Op. cit., p. 97.

⁶² A. Somek, *Legal relations*, Cambridge University Press, 2016

⁶³ V. notre ouvrage : *Théorie relationnelle du droit*, LGDJ, 2016 et l'ouvrage sur *Barthes et la norme*, coord. E. Nicolas et J. Guitare, Mare et Martin, 2019 notre contribution sur le vivre ensemble juridiquement.

⁶⁴ Op. cit., p 32.

⁶⁵ Op. cit., p 61.

contraintes est un jeu juridique. Ce jeu vient de loin, il remonte à la forme des lettres royales et aux adages⁶⁶.

Voici pour le montrer quelques applications du procédé de Roussel au droit.

Premier exemple allant du non droit au droit.

Si nous transformons « J'ai du bon tabac dans ma tabatière », avec les mots juridiques sonnante de manière approchée, cela peut donner : « L'aide juridictionnelle du comptable abonda les dommages et intérêts du tiers ». Cela ne produit pas une norme juridique de droit positif, mais un droit potentiel étrange qui pourrait un jour rencontrer une réalité. On se demande, par exemple, si le bénéficiaire de l'aide juridictionnelle qui gagne un procès en dommages et intérêts ne devraient pas rembourser l'aide juridictionnelle qu'il a perçue pour permettre à davantage de personnes de bénéficier de cette aide.

2° exemple allant du droit vers le non droit :

L'article 143 du Code civil issu de la loi du 17 mai 2013 prévoit que : « Le mariage est contracté par deux personnes de sexe différent ou de même sexe ». Cet article peut être transformé avec les mots non juridiques sonnante de manière approchée et donner : « L'amarrage-éco du tracteur pardonne la persienne au décès dudit fruit aux dames des axes ». On a une création littéraire à partir du droit. On passe du droit au récit. La *French Theory* a ainsi montré comment toute théorie était une forme de récit (Deleuze notamment)⁶⁷. Le droit se fait de plus en plus récit aujourd'hui. Les stress test sont des scénarios qui permettent de s'assurer de la conformité des banques aux règles et donc de leur solidité⁶⁸. La motivation des arrêts se fait de plus en plus littéraire, même si les recommandations de rédaction suggérées par le Conseil d'Etat aux conseillers des tribunaux administratifs invitent à ne pas faire de récit⁶⁹. Est-ce que le droit relationnel n'invite pas justement à mettre le droit en récit ? Placer le curseur du droit sur la relation, qui par définition se développe dans le temps, ne conduit-il pas à mettre en évidence aussi le récit en droit ? D'ailleurs les termes de relation et de rapport ont tous les deux le double sens de connexion entre deux éléments et de récit⁷⁰. Notre réflexion nous conduit donc directement au mouvement Droit et Littérature.

3° exemple à partir d'un texte banal (ce que faisait de plus en plus Roussel vers la fin de sa vie) vers le droit :

« On a besoin de pluie en ce moment » pourrait donner avec des termes juridiques approchant « Le brevet hors norme est poursuivi sous serment ».

⁶⁶ Idée que je dois à l'historien du droit, Frédéric Martin, membre de l'Oudropo,.

⁶⁷ V. notre ouvrage *Théorie relationnelle du droit*, précit., p.50.

⁶⁸ C. Bricteux et B. Frydman (dir.), *Les défis du droit global*, Bruylant, 2018.

⁶⁹ *Vade-mecum* sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative, il permet la généralisation du style direct à compter du 1^{er} janvier 2019, mais pour autant la forme du syllogisme judiciaire est privilégié et les faits doivent être synthétisés sans faire un récit.

<http://www.conseil-etat.fr/content/download/149628/1515101/version/1/file/Vade-mecum-Redaction-decisions-de-la-juridiction-administrative.pdf> consulté en février 19.

⁷⁰ Pour un récit juridique fondé sur des contraintes, v. Léo Manougier, *Cabazor, le préjudice d'oubli*, coll. Oudropo, 2019 (les premiers chapitres sur Oudropo.com).

Cela constitue de nouveau du droit potentiel disponible pour des brevets hors norme qui pourrait concerner le transhumanisme, par exemple, et qui impliquerait une parole complémentaire exprimée par le concept de « serment ».

Ces exercices peuvent paraître absurdes, mais il exprime une idée intéressante : la relation entre les mots et les choses est complexe ; la forme des mots peut s'emparer des choses et inversement. Les contraintes sur le langage peuvent avoir un effet sur le réel. Le droit ne doit pas ainsi être considéré comme une pure technique de pouvoir, mais comme le résultat d'une langue générant des relations produisant des distances et des petites différences d'identité entre les personnes. Foucault disait lui-même qu'il ne fallait pas normaliser Roussel, il est hors droit et hors norme. On pourrait en dire autant de Foucault. On peut cependant se risquer à une critique. Pour Foucault, Roussel crée une littérature purement formelle. Or, T. Samoyault critique Foucault sur ce point : ce n'est pas nécessairement une littérature purement formelle, autonome et sans sens, marquant la fin de la littérature, mais il peut s'agir de véritables formes littéraires générant du merveilleux et de l'imaginaire⁷¹, quand bien même le cadre spatio-temporel est aboli⁷². Roussel remet en cause le rapport de représentation entre le langage et les choses. Il crée de nouveaux mondes sous forme notamment de machine (comme Kafka). On peut ainsi se demander si Roussel relu par Foucault n'annonce pas de nouvelles formes juridiques, non pas dans le sens de nouvelles formes appliquées à des relations préexistantes, mais de nouvelles relations juridiques au sens de nouveaux dispositifs et récits symboliques créateurs de relations humaines par un jeu d'union/séparation et de résistance. Le principe du droit relationnel ou du relationisme juridique ne serait pas le mécanisme de la représentation (au fondement du droit du souverain fondé sur la loi et la représentation nationale), mais celui de la substitution permettant notamment par le « procédé » de Roussel (et d'autres contraintes oudropiennes, v. le site Oudropo.com) de passer d'une phrase juridique à une autre.

Reste une question, Foucault était une icône de la gauche non révolutionnaire proche du parti socialiste, or ce parti a quasiment disparu, quel positionnement politique est encore possible pour un juriste aujourd'hui, face à un néolibéralisme technicien et managérial en dehors d'un institutionnalisme et d'un étatismes un peu réactionnaire à la Pierre Legendre ? Le solidarisme était la réponse apportée au cours de la troisième république à l'impossible option entre le communisme et le libéralisme débridé. Face à un dilemme voisin entre un Etat managérial et un individualisme libéral et humaniste, la solution pourrait bien être aujourd'hui un droit relationnel prudent et inter humaniste fondé sur des dispositifs symboliques mettant à distance de résistance les personnes, voire d'autres entités telles que les êtres naturels.

Foucault continue donc de provoquer notre réflexion sur les normes et le droit. Il a établi une sorte d'histoire des formes juridiques et a peut-être imaginé le droit potentiel de demain, le droit relationnel. S'il est ainsi face à la norme, c'est peut-être parce que, comme Roussel, il est hors norme.

⁷¹ in R. Roussel, *Impressions d'Afrique*, GF Flammarion, 2005, p. 354.

⁷² La notion de cadre est importante en procédure, elle comprend le rituel judiciaire et les principes procéduraux v. notre article « Le juge et les émotions », 2019, sur HAL.