

L'émergence du réseau et des nouveaux modes de règlement des conflits à l'épreuve de Michel Foucault

Natacha ISRAËL

La multiplication des foyers de création du droit, l'affaiblissement de la souveraineté étatique, l'érosion de la représentation unitaire de la volonté nationale, et quelques-uns de leurs corollaires, tels l'enchevêtrement des systèmes normatifs et l'hybridation des savoirs juridiques, tous annoncent des « *temps difficiles à vivre pour le droit* »⁶³, et par conséquent pour le règlement des conflits, l'organisation et la mise en ordre des rapports de coopération, à cause de ce qu'on dit être un glissement de la Loi générale et impersonnelle vers le contrat, le droit négocié, procéduralisé, de nos sociétés post-modernes. Nous proposons de poser quelques bases à la réflexion qui pourrait permettre, ultérieurement, d'apercevoir la nature du droit au-delà de ses mutations historiques, d'interroger l'efficacité du paradigme de la souveraineté pyramidale pour penser les changements institutionnels dont nos sociétés font l'épreuve, les nouveaux modes de négociation des normes sociales, les rapports de pouvoir et de coopération et, enfin, de reconsidérer l'utilité des travaux de Michel Foucault pour leur généalogie et la prospective.

1. La rencontre restée confidentielle de Michel Foucault et du droit

On prête à Michel Foucault l'hypothèse de la fin littérale du droit, dilué dans les disciplines, la normalisation et la gestion régulatrice du social, et celle d'un droit qui n'ait existé, dès lors, que sous la forme de la loi qui interdit et sanctionne ; il est encore dit de Foucault qu'il désapprouve aussi bien la souveraineté juridico-étatique que la régulation et / ou la gestion normalisatrice passée hors du cadre juridico-étatique, et de loin en loin, que la « gouvernance » est un modèle qui eût probablement reçu ses faveurs⁶⁴. « *La volonté de savoir* », premier tome de l'*Histoire de la sexualité*, fait croire en effet au pronostic d'une substitution de la norme à la loi, de la régulation au droit, des techniques de gouvernement propres à la rationalité libérale à la souveraineté démodée des États.

⁶³ RICOEUR P., « La pluralité des instances de justice », in *Le Juste*, Paris, Esprit, 1995, pp. 140-142.

⁶⁴ BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, philosophe du droit, en page 3 de l'étude « Droit : une carte de la lecture déformée. Pour une conception post-moderne du droit », (in *Droit et société*, 10-1988), mentionne de Foucault son hypothèse de la « *fin littérale du droit* » sous la forme du « *remplacement du pouvoir juridique par le pouvoir disciplinaire* » ; Yves Michaud lui prête le rêve « *d'une politique qui ne serait assujettie ni au souverain ni au droit, ni à l'État* », (en page 36 du numéro de *Cités* consacré à « Michel Foucault : de la guerre des races au bio-pouvoir »), et Yves-Charles Zarka (dans le même ouvrage) décrit sa conception non juridique du pouvoir comme obstacle à penser le pouvoir autrement qu'à travers les rapports de guerre ; en extrapolant, cela revient à dire de Foucault qu'il rabat le droit et les institutions sur le social, lequel serait tout entier pétri par les rapports de force, et qu'il méconnaît la force instituante du droit.

S'il est malaisé de dire le dernier mot de Foucault sur le droit, cela paraît moins imputable à son hypothétique changement de trajectoire qu'à la difficulté d'appréhender des relations de pouvoir aussi diffuses et hétérogènes, fuyantes et infinitésimales, que celles dont la réalité semble faite, alors même que les concepts, jusqu'à l'opposition entre loi et norme, entre souveraineté étatico-juridique et gestion normalisatrice, tâchent de les enfermer dans des catégories lisibles.

La scène du droit et des institutions comporte de multiples points d'entrée, et le beau rideau lumineux du discours de la souveraineté juridique fait écran à des éclairages plus subtils, en clair-obscur. Foucault est fondé à faire une théorie non pas du droit mais au sin même de ce qu'il désigne comme droit et, selon les termes de Mathieu Potte-Bonneville, il « *situe son enquête dans cette zone grise où la règle de droit apparaît solidaire de faits, faits traversés et investis par d'autres types de règles, de sorte que l'opposition de l'idéal et du réel vient en quelque sorte couper, transversalement, celle du juridique et de l'extra-juridique* »⁶⁵ ; Mathieu Potte-Bonneville cite, à l'appui, Michel Foucault lors de la « Table ronde du 20 mai 1978 » :

*Programmes, technologies, dispositifs : rien de tout cela n'est l'« idéal-type ». J'essaie de voir le jeu et le développement des réalités diverses qui s'articulent les unes aux autres : un programme, le lien qui l'explique, la loi qui lui donne valeur contraignante, etc., sont tout autant des réalités (quoique sur un autre mode) que les institutions qui lui donnent corps ou les comportements qui s'y ajustent plus ou moins fidèlement.*⁶⁶

Le droit contemporain se conçoit comme un système apprenant, voit son fonctionnement sur le mode de l'indétermination, d'un désordre qui n'est pas chaos mais épanouissement ou évanouissement en réseau. Ce dernier est doté de rationalité, contrairement à l'anarchie, mais il est dit, notamment par Luc Boltanski, ne pas pouvoir *faire* une cité, tant que font défaut les procédures d'ajustement entre les valeurs et les croyances, adaptées à la mobilité du « juste » et du « bien », et favorables à une éthique permettant au sujet de se ressaisir, au-delà des normes réticulaires, dans une pratique réfléchie de sa liberté ; autant de points essentiels que Foucault aura devancés et auxquels il aura consacré une belle partie de ses travaux.

2. Le droit retrouvé tel qu'il fonctionne en effet

La critique adressée par Foucault à la théorie de la souveraineté ne vise pas à faire voir le droit comme une fiction seulement destinée à détourner les yeux des lieux et modalités selon lesquels se déploient véritablement les rapports de pouvoir, mais à convaincre qu'il faut décentrer son regard pour apercevoir l'endroit où les mailles sont plus lâches, où il y a la place pour une réflexivité, une interaction entre les forces instituant, plurielles, immanentes, du social. Afin de récupérer ce qu'est *en effet* le droit, Foucault entreprend la généalogie de la « *théorie de la souveraineté* » :

*Cette théorie, et l'organisation d'un code juridique centré sur elle ont permis de superposer aux mécanismes de la discipline un système de droit qui en masquait les procédés, qui effaçait ce qu'il pouvait y avoir de contamination et de techniques de domination dans la discipline qui garantissait à chacun qu'il exerçait à travers la souveraineté de l'État, ses propres droits souverains.*⁶⁷

Contre une théorie du pouvoir qui pense son fonctionnement à partir du juridique, en termes juridiques, dont le modèle est celui d'un pacte scellé entre les sujets et le souverain instituant le droit, lequel prendrait toujours la forme de lois restrictives et transcendantes, Foucault s'équipe d'une microphysique des pouvoirs dont les règles sont immanentes et transforment l'exercice même du pouvoir au lieu d'être unilatéralement fixées au sommet de la pyramide.

⁶⁵ MATHIEU POTTE-BONNEVILLE, in « Foucault et le droit », intervention du 8 janvier 2003 auprès du groupe d'études « La philosophie au sens large », document disponible sur <http://www.univ-lille3.fr/Recherche/set/sem/PotteBonneville.html>

⁶⁶ FOUCAULT M., in *Dits et Écrits II*, n° 278, 1980, « Table ronde du 20 mai 1978 », p. 847.

⁶⁷ FOUCAULT M., in *Il faut défendre la société*, Paris, Hautes Études, Gallimard-Le Seuil, 1997, p. 33.

*Le souverain, la loi, l'interdiction, tout cela a constitué un système de représentation du pouvoir qui a été ensuite transmis par les théories du droit : la théorie politique est restée obsédée par le personnage du souverain. Ce dont nous avons besoin, c'est d'une philosophie politique qui ne soit pas construite autour du problème de la souveraineté, donc de la loi, donc de l'interdiction.*⁶⁸

En reconsidérant le discours tenu sur le droit et les différents usages du droit, Foucault propose de nouvelles distinctions conceptuelles capables de faire apparaître sa pluralité essentielle, la polyphonie de ses sources et modes d'application, entre « coutume », « création » ou production depuis un foyer unique, auto-engendrement et interlégalité. Précisons, en passant, que le but poursuivi par Foucault n'est pas seulement de « libérer » le droit de la tutelle du discours sur la souveraineté mais, au-delà, de « libérer » la rationalité politique des discours ordinairement servis sur l'« individu », l'« État » et leurs rapports.

C'est jusqu'au problème de la définition du droit que la pensée de Foucault permet d'interroger ; l'émergence d'un nouveau modèle du droit, en réseau, dans des sociétés dites post-modernes⁶⁹, où s'observent désormais des frontières floues entre les règles juridiques et les formes non juridiques de régulation sociale, soulève la « *difficulté quasi-insurmontable* »⁷⁰ du « *vertige sémantique du concept de droit* »⁷¹.

3. Le paradigme de la pyramide et l'émergence du réseau à l'épreuve de Foucault

Les formes et les modalités de la régularité juridique sont affectées aujourd'hui de telle sorte qu'elles obligent à « *repenser le droit* », selon la formule de Jacques Chevallier⁷², et avant même de pouvoir déterminer s'il y a ou non changement de paradigme, il faut constater l'opérabilité plus délicate des concepts traditionnels du droit « moderne » : la souveraineté, la hiérarchie des normes, le caractère unilatéral de la régulation étatique, le sujet de droit tels qu'ils nous étaient familiers sont désormais contestés. Une conception néolibérale du droit est en voie d'être consolidée par les « *juristes du marché* »⁷³.

Un nouvel ordre juridique s'élève, semble-t-il, face à l'édifice étatique et celui-ci prendrait la mesure de la crise de la régulation contemporaine, dans le contexte où l'État-nation perd de sa superbe à l'échelle internationale, où il perd « *le contrôle de la règle de droit* », et à l'échelle nationale où « *le dominium du droit formel étatique est remis en cause* »⁷⁴. La crise serait celle de l'idée de modèle plus encore que celle du modèle de l'État-providence et de son droit matériel ou du modèle de l'État-libéral et de son droit formel. Cette crise désigne, en profondeur, celle de la rationalité formelle, sinon

⁶⁸ *Ibid.* pp. 150-151.

⁶⁹ Cf. notamment CHOURAQUI A., « Normes sociales et règles juridiques : quelques observations sur des régulations désarticulées », in *Droit et société*, n° 13, 1989, p. 425.

⁷⁰ RIGAUX F., in *Introduction à la science du droit*, Bruxelles, Vie Ouvrière, 1974, p. 5.

⁷¹ GOYARD-FABRE S., « Le droit, tâche infinie », in *Définir le droit*, t. 2, Droits, vol. 11, 1990, p. 25.

⁷² In « Mondialisation du droit ou droit de la mondialisation ? », in C.-A. MORAND, *Le Droit saisi par la mondialisation*, Bruylant, 2001, p. 38. Laurent PECH, citant CHEVALLIER dans l'article qu'il a consacré à la « privatisation » du droit (« Droit et Gouvernance : vers une *privatisation* du droit », document de travail de la Chaire MCD, février 2004, Chaire de Recherche du Canada en Mondialisation, Citoyenneté et Démocratie), ajoute et souligne, avec André-Jean ARNAUD, auteur pour sa part de « Critique de la raison juridique », vol. 2, *Gouvernants sans frontières - Entre mondialisation et post-mondialisation*, LGDJ, 2003, p. 43, que pour les juristes « *l'enjeu se situe au niveau de la découverte de la raison à l'œuvre dans ce nouveau type d'organisation et de régulation sociale. L'importance de la question réside dans le fait que, avec la globalisation, c'est d'un changement de paradigme qu'il s'agit* ». Il signale également la synthèse opérée par J.-B. Auby pour qui la globalisation « *s'est emparée et s'empare du droit, provoque en lui des phénomènes nouveaux de brassage, d'interconnection, de transversalité... qui transforment sa morphologie* », in *La Globalisation, le droit et l'État*, Montchrestien, 2003, p. 9.

⁷³ CHEVALLIER J., in *L'Évolution du droit administratif*, revue du droit public, 1998, p. 1794.

⁷⁴ PECH L., in *Droit et Gouvernance : vers une « privatisation » du droit*, document de travail de la Chaire MCD, février 2004, document disponible sur <http://www.chaire-mcd.ca/>, p. 14.

substantielle, et de leurs présupposés, qui sont, comme le soulignent de Schutter, Lebessis et Peterson : « *les phénomènes du monde répondent à des lois ; nous avons la capacité de mettre à jour ces lois ; l'exercice de nos connaissances doit permettre, à travers l'accumulation d'informations et leur traitement, d'agir avec efficacité dans le monde* »⁷⁵. La mise en cause de ces postulats reconduit à Foucault et à son analyse des régimes discursifs, parmi lesquels celui de la souveraineté juridique. La force et le sérieux, le crédit, avec lesquels certains discours se sont imposés dans l'histoire, sont tels qu'ils ont fait parfois oublier la « base » et les demandes qui en émanent ; demandes de souveraineté, de loi, de punition ou de normalisation, demandes dont la circulation, à l'image d'un *Gulf Stream*, agit sur l'ordre juridique, modifiant son cours. Ainsi, la fin du monopole du droit pour les organisations étatiques ; une régulation centrale par la loi rendue difficile sinon impossible ; la légalité officielle dépassée parfois et de plus en plus par d'autres formes de contrôle social et de justice.

Une forme sociale s'explique, selon Foucault, à partir du système de pouvoir-savoir qui agit sur les existences individuelles en fonction des normes produites. La notion de « jeu » éclaire les stratégies et tactiques à l'œuvre au sein des différents régimes de pouvoir-savoir :

*Le langage ne trompe jamais non plus. Le langage, cela se joue. [...] d'une façon un peu analogue [...], pour analyser ou pour critiquer les relations de pouvoir, il ne s'agit pas de les affecter d'une qualification péjorative ou laudative massive, globale, définitive, absolue, unilatérale ; il ne s'agit pas de dire que les relations de pouvoir ne peuvent faire qu'une chose qui est de contraindre et de forcer. Il ne faut pas s'imaginer non plus qu'on peut échapper aux relations de pouvoir d'un coup, globalement, massivement, par une sorte de rupture radicale ou par fuite sans retour. Les relations de pouvoir, également, cela se joue ; ce sont des jeux de pouvoir qu'il faudrait étudier en terme de tactique et de stratégie, en terme de règle et de hasard, en terme d'enjeu et d'objectif.*⁷⁶

Cette notion de « jeu » est extensible aux modes de production du droit ; la nature dynamique de la production du pouvoir et des normes de droit n'est pas récente, même si elle tend seulement à apparaître aux gouvernants et aux gouvernés. Le caractère *sui generis* de certaines normes de droit, comme celles de la Constitution européenne, « *emmêle les fils de la souveraineté plus qu'il ne les maille* »⁷⁷. Sans doute faut-il, dès lors, renoncer à penser au moyen des anciens concepts de souveraineté, hiérarchie et territoire, face à une logique désormais plus matérielle que formelle, plus fonctionnelle qu'organique, dite encore « rhapsodique »⁷⁸ ou en « réseau »⁷⁹.

Michel Foucault précise dans *La Volonté de savoir* que « *les relations de pouvoir-savoir ne sont pas des formes données de répartition, ce sont des "matrices de transformations"* »⁸⁰. Le type de pouvoir et d'institutions visé par l'analyse, en vue de le comprendre ou de le critiquer, ne désigne aucunement une ère substituée, purement et simplement, au pouvoir souverain, mais des modalités de ce pouvoir, lequel coexiste toujours avec d'autres, en situation de domination ou, à l'inverse, dominé. Les savoirs, également, s'assujettissent les uns aux autres, selon des processus de *dédoublement*. La discontinuité, le jeu de distribution des pouvoirs, n'ont pas lieu entre des époques distinctes, qui se succéderaient, mais entre des « *savoirs qui se divisent le réel* »⁸¹.

⁷⁵ O. de SCHUTTER, N. LEBESSIS & J. PETERSON, in *La Gouvernance dans l'Union Européenne*, op. cit. p. 20.

⁷⁶ FOUCAULT M., in *Dits et écrits II*, « La philosophie analytique de la politique », 1978, pp. 541-542.

⁷⁷ La formule est empruntée à C. Franck, in « La souveraineté dans l'intégration européenne », *Cahiers du CRHIDI*, n° 7, Bruxelles, 1997, p. 138.

⁷⁸ VOGLIOTTI M., in *La « rhapsodie » : fécondité d'une métaphore littéraire pour repenser l'écriture juridique contemporaine*, RIEJ, n° 46, 2001, p. 156.

⁷⁹ Voir l'important ouvrage de F. OST et M. VAN de KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publication des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002, dont sont issues toutes les citations de juristes qui précèdent et qui a largement inspiré l'ensemble de nos propositions.

⁸⁰ FOUCAULT M., in *Histoire de la sexualité I, La volonté de savoir*, tel, Gallimard, Paris, 1976, p. 131.

⁸¹ KECK F. et LEGRAND S., in « Foucault au Collège de France : un itinéraire », *Les Épreuves de la psychiatrie*, sous la direction de Guillaume Le Blanc et Jean Terrel, Presses Universitaires de Bordeaux, Histoire des Pensées, p. 69.

3.1 Un droit construit et capillaire plutôt que donné et hiérarchisé

Le droit a une histoire. En quelque sorte, Foucault dit de lui ce que Nietzsche affirma de la religion, la disant privée d'origine, sans *Ursprung* ; « elle a été inventée, il y a une *Erfindung* de la religion. À un moment donné, quelque chose est arrivé, qui a fait apparaître la religion. La religion a été fabriquée »⁸². Ainsi, sommes-nous tentés de filer la métaphore non guerrière d'un droit jamais armé du casque de Jupiter mais apparu modestement, dans un frémissement un peu sourd, puis inventé au jour le jour, comme « technique », par une suite de mécanismes inavoués et de luttes ; ni inscrit dans la nature humaine, ni lumière tombée d'un ciel de transcendance, ni origine, ni absolument produit du combat quotidien des mesquineries, le droit est contre-instinctif et contre-naturel.

*Le monde ne cherche absolument pas à imiter l'homme, il ignore toute loi. Gardons-nous de dire qu'il y a des lois dans la nature. C'est contre un monde sans ordre, sans enchaînement, sans forme, sans sagesse, sans harmonie, sans loi, que la connaissance doit lutter.*⁸³

L'ethnologue Bruno Latour se fait l'écho de cette conception des savoirs humains et des régimes discursifs, lorsqu'il écrit :

*La nature a cessé de fournir l'indiscutable fondement permettant aux cultures de devenir, par contraste, comparables. Ni l'objectivité, ni l'efficacité, ni la rentabilité n'ont résisté aux enquêtes de l'anthropologie des sciences, des techniques et des marchés.*⁸⁴

La nouvelle diplomatie entre savoirs, appelée de leurs vœux aussi bien par Michel Foucault que par Bruno Latour, nous met sur la voie qui pourrait avoir conduit le premier d'un sujet ayant évolué de l'homme massif et religieux, à l'homme clivé, séparé de sa vérité par les motifs secrets de l'inconscient, aux agissements dispersés, dont les institutions et les formes juridiques ont évolué à leur tour de la pyramide au réseau, ou au « rhizome » deleuzien.⁸⁵

3.2 L'érosion de la Loi : la polyphonie et la procéduralisation du droit

Dans un texte prémonitoire⁸⁶, prononcé en 1977 devant le Syndicat de la Magistrature, Foucault détaille sa conception de l'évolution du travail de la justice, des juges, et de ce qu'il désigne comme des organismes nouveaux appelés à se développer dans la perspective de règlements d'un nouveau type :

Ce qui est caractéristique, c'est que ces organismes prendront des décisions – et auront le pouvoir de les faire appliquer – qui ne seront pas de l'ordre de la sanction, de la punition au sens où le système pénal l'entend. Ce seront des sanctions d'un type relativement nouveau, puisque dans la plupart des cas les instruments qui lui seront donnés seront des instruments qui auront à jouer au niveau de l'information [...] Rapport [...], publiés dans la presse ou

⁸² FOUCAULT M., in *Dits et écrits* I, « La vérité et les formes juridiques », n° 139, 1974, p. 1411.

⁸³ FOUCAULT M., in *Dits et écrits* I, « La vérité et les formes juridiques », n° 139, 1974, p. 1414.

⁸⁴ LATOUR B., in *La Fabrique du droit, une ethnographie du Conseil d'État*, La Découverte, armillaire, 2002, p. 263.

⁸⁵ À propos de l'apparition d'un nouveau processus de réglementation juridique à caractère organique, Mireille DELMAS-MARTY, Professeur à l'université de Paris I Panthéon-Sorbonne, Membre de l'Institut Universitaire de France, écrit : « la norme n'a plus alors la rigidité marque de la réglementation traditionnelle déterminant un espace juridique clos, homogène et hiérarchisé (homogène parce que hiérarchisé). Différente, la régulation se développe dans un nouvel espace, « non-euclidien », conçu comme un champ ouvert et hétérogène, organisé selon des connexions multiples, comme des lignes de fuite ou des rhizomes [...]. Espace rhizomatique de la régulation qui ne s'oppose pas à l'espace pyramidal de la réglementation comme deux modèles antagoniques, car il n'y a aucune symétrie entre eux. » Citant Deleuze et Guattari, elle ajoute : « l'un agit comme modèle, l'autre agit comme processus immanent qui renverse le modèle et ébauche une carte, même s'il constitue ses propres hiérarchies, même s'il suscite un canal despotique. Il ne s'agit pas de tel ou tel endroit sur la terre, ni de tel moment dans l'histoire, encore moins de telle ou telle catégorie dans l'esprit. Il s'agit du modèle qui ne cesse pas de s'ériger et de s'enfoncer, et du processus, qui ne cesse pas de s'allonger, de se rompre et de reprendre. », in *Les Nouveaux lieux et les nouvelles formes de régulation des conflits*, disponible sur <http://www.reds.msh-paris.fr/communication/textes/cplx01.htm>.

⁸⁶ « Michel Foucault à Goutelas : la redéfinition du "judiciaire" » : le texte est une transcription des propos tenus par Michel Foucault en 1977, lors d'un séminaire de réflexion organisé par le Syndicat de la Magistrature. Il a été publié, après la mort de Foucault, dans la revue du S.M., *Justice*, n° 115, pp. 36-39.

dans les organismes du monopole de l'État, [...] livre de remontrances, [...] système de blâme, [...] bref, un appel continu à l'opinion, c'est-à-dire que c'est à l'intérieur du système de l'information que les fonctions prises par ces organismes trouveront leur place.

La pensée de Foucault, au-delà de sa perspicacité, est une invite constante à mettre en relation les formes labiles, multiples, convertibles, du pouvoir. Ces relations excèdent la question des institutions, de l'autorisation ou de la délégation du pouvoir sous la forme d'un contrat qui, sans être ni fausses ni secondaires, sont des représentations à réintégrer au tableau plus général du « réseau social », à la relation entre gouvernants et gouvernés qui, Foucault le dit à maintes reprises, se provoquent mutuellement, s'émulent, rivalisent. Ainsi pourra-t-on comprendre, sans doute, que l'ajustement perpétuel entre forces congédie la question traditionnelle des rapports entre autorité et liberté, et que soient envisageables des espaces de liberté là où il y avait, plutôt que des vides juridiques, absence de menace, de danger, là où n'existaient ni besoin de prévention ni celui de répression. On ne doit plus s'étonner, non plus, que les besoins de prévention et de répression, s'ils furent longtemps les « privilèges » de la souveraineté juridique et étatique et objets de son discours, soient peu à peu intériorisés par la société (dite « civile »), par les sujets s'emparant de ces objectifs et autoréglant leurs activités pour se prémunir eux-mêmes contre les dangers identifiés, et réprimer, par un système de blâme, de *boycott*, d'information (dont le *Web* est une belle illustration), les écarts de conduite et les atteintes aux libertés.

Le fait que les acteurs privés autoréglent aujourd'hui leurs activités, et ce dans une proportion croissante, n'est pas foncièrement neuf. La nouveauté consiste bien davantage en ce que les normes privées s'appliquent désormais à grande échelle et sur des points qui relevaient auparavant de l'autorité de l'État. L'irruption de l'éthique dans le champ de l'économie est assortie de la prétention des normes privées à dire l'intérêt général, à l'échelle internationale. Le risque de monopoles et alliances entre les firmes transnationales et les Organisations Non-Gouvernementales annonce les difficultés à venir en termes de représentation et de légitimité, et celles de la concurrence entre les normes, de l'articulation entre droit positif et normes privées, du rôle de l'État. Les interactions sont multipliées entre acteurs privés, acteurs publics et citoyens dans les procédures d'élaboration du droit, et celle-ci ne viennent pas contredire ni annuler mais compliquer le rôle des juges, notamment à cause des arbitrages⁸⁷ qu'ils doivent rendre, plus nombreux, autour de comportements et populations vulnérables et d'intérêts finalisés par des objectifs socio-économiques, du développement des formes procéduralisées de l'action administrative, du droit « négocié », et à cause des médias qui « *s'instituent enquêteurs, juges d'instruction ou procureurs* » et « *doublent ainsi le fonctionnement normal des institutions et des procédures* ». ⁸⁸

L'analyse de Foucault prévoit encore un autre phénomène d'enchevêtrement dans les relations qui se nouent entre les instances de résolution des conflits et les citoyens : les juges, certes, s'affranchissent de plus en plus des pouvoirs étatiques, et la jurisprudence comme source du droit est « *contemporaine du déclin de la loi en droit interne* »⁸⁹, mais ils subissent en retour le contrôle de l'opinion, de la société civile, relayée par le système d'information au sein duquel ils ont pris place. Cet appel continu à l'opinion, mentionné par Foucault, montre l'importance du rôle des citoyens dans l'établissement de la norme et dans le choix de la sanction ou du règlement. S'il est probable qu'aucun système juridique n'ait jamais consacré le modèle d'une justice imposée unilatéralement et sur le mode

⁸⁷ Il est aussi parfois évoqué le « gouvernement des juges », à cause de ce qu'ils sont aujourd'hui en charge de régler des litiges collectifs et non plus seulement individuels. Comme l'annonçait Foucault, de véritables questions de société sont confiées à leur juridiction, outre les différends entre particuliers, et leur action devient, pour certaines questions, « politique » au sens propre : celui du règlement des affaires de la cité.

⁸⁸ LENTZEN E. et PANIER C., in *La Justice dans la tourmente. Des pouvoirs et des faits*, Courrier hebdomadaire du CRISP, n° 1533, 1996, p. 16.

⁸⁹ OST et VAN de KERCHOVE, in *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, op. cit. p. 102.

autoritaire, à l'état pur, « *la situation actuelle nous met en présence d'un modèle de plus en plus hybride où, selon les cas, les justiciables jouent un rôle actif [...]* »⁹⁰.

C'est, d'après André-Jean Arnaud, l'indice d'un droit

*en rupture avec l'idéologie normalisatrice inhérente à la modernité, à la philosophie du droit et de l'État patiemment et sagement construite du XVI^e au XIX^e siècles ; en rupture également avec l'épistémologie positiviste et ses conséquences en logique et en science de l'argumentation. Désormais, le droit ne peut plus être conçu comme un système clos, le produit d'un progrès inhérent au type de connaissance positiviste qui le sous-tend et entériné par la volonté nationale au travers de sa représentation démocratique, inéluctable, irréversible.*⁹¹

3.3 Deux des clés du droit post-moderne : la pluralité et l'interlégalité

Les aspects et questions autrefois pris en charge par la loi « générale, impersonnelle et égale » destinée à tous les sujets de droit semblent renvoyés à la transaction et au contrat. Le « *Léviathan* » implorerait partiellement au profit d'une organisation en réseaux tissant des liens horizontaux, renforçant l'autonomie des sujets de droit et leur capacité à élaborer eux-mêmes les normes qui leur seront applicables.

Les paradigmes sont en concurrence, en lutte les uns contre les autres ou alliés localement, et la pensée de Foucault nous aide particulièrement à saisir leur co-détermination et enchevêtrement. C'est tout le corps du social que la logique du « *bottom up* »⁹² semble parcourir sans qu'on puisse pour autant rabattre le droit sur un phénomène seulement discursif. Plus subtilement, la première fait apparaître la nature transversale du second, logée entre matérialité et idéalité ; et la convergence entre les besoins et aspirations des gouvernés et ceux des gouvernants signale un mode de contrôle et de régulation où la loi tend à fonctionner comme un principe d'économie du pouvoir.

Ainsi que le souligne Foucault, le libéralisme ne peut pas arbitrer les intérêts « *sans être en même temps gestionnaire des dangers et des mécanismes de sécurité / liberté, du jeu sécurité / liberté qui doit assurer que les individus ou la collectivité seront le moins possible exposés aux dangers* »⁹³. Plus loin, Foucault peut donc affirmer : « *Liberté économique, libéralisme au sens que je viens de dire et techniques disciplinaires, [...] les deux choses sont parfaitement liées* ». Plus encore, le contrôle n'est plus, à terme, le contrepoids nécessaire à la liberté, mais son « *principe moteur* ».

Libertés et contrôles vont encore aujourd'hui de pair mais sur fond de désinstitutionnalisation ou de déréglementation *en surface*⁹⁴. L'insécurité juridique issue de la procéduralisation et de la contractualisation du droit, de la fin du monopole de l'État sur la contrainte légitime, des hiérarchies

⁹⁰ OST et VAN de KERCHOVE, in *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, op. cit. p. 107.

⁹¹ ARNAUD A.-J., in *Critique de la raison juridique*, op. cit., p. 41.

⁹² Celle-ci désigne une manière de légiférer inspirée par les besoins formulés par la base, plutôt que selon des planifications définies au sommet d'une hiérarchie, et désigne donc, aussi bien, un modèle « *hétéroarchique* », de « *domination sans maître* », ainsi que l'écrit G. TEUBNER, in « Les multiples corps du roi : l'auto-destruction de la hiérarchie du droit », *Philosophie du droit et droit économique, quel dialogue*, Paris, Frison-Roche, 1999, p. 313.

⁹³ « Le libéralisme comme nouvel art de gouverner », in *Naissance de la biopolitique*, texte établi par M. SENELLART, extrait de la 3^e séance (24 janvier 1979), Paris, Gallimard-Le Seuil, Hautes Études, 2003.

⁹⁴ Les institutions viseraient désormais un *optimum* d'efficacité même au prix de l'effectivité de leurs normes. Si la tendance à la régulation doit l'emporter complètement sur la réglementation juridique, il conviendra de s'interroger sur l'opportunité et sur l'efficacité à venir des techniques de droit classiques, c'est-à-dire la loi, pour la lutte contre certaines infractions à l'ordre et aux libertés individuelles. Internet offre un exemple pointu de complexité et de mutations rapides dont la régulation est vouée, par suite, à n'être que formelle. La technique du « droit mou » a pour spécificité de laisser au débiteur de l'obligation un haut niveau de discrétion dans le respect des seuils ou des résultats visés. Les acteurs conservent une marge d'appréciation importante quant aux moyens et stratégies à mettre en œuvre pour les atteindre. L'État se borne à superviser de façon distante et se réserve la possibilité d'intervenir en cas de situation très problématique.

enchevêtrées, parfois illisibles, entre normes nationales et normes supranationales, nourrit certaines des préoccupations sécuritaires du droit et conduit à la redéfinition quasi-infinie du judiciaire et du rôle de l'État.

Il y aurait, dès lors, une continuité de la structure pyramidale à celle du réseau ou à l'espace rhizomatique conceptualisé par Mireille Delmas-Marty. Le pouvoir semble circuler de la souveraineté juridique aux individus et au marché. Ces rapports de pouvoir façonnent la production du droit et son application, mais l'impérialisme les guette car seuls les États très développés peuvent « entendre » les demandes de leurs citoyens autant que reprendre la main, pour la contenir, sur l'inflation de la privatisation du droit. Les États aux faibles ressources ne sauraient résister qu'avec difficulté à l'importation de « codes » clé-en-main occidentaux.

La pluralité juridique déjà visée par Foucault dans ses travaux sans être toutefois conceptualisée comme telle, n'est plus celle des anthropologues qui conçoivent comme entités autonomes les ordres juridiques d'un même espace politique, mais celle d'une superposition d'espaces juridiques, comme l'écrit Boaventura de Sousa Santos :

*Nous vivons dans un temps de légalité poreuse ou de porosité juridique, où de multiples réseaux d'ordres juridiques nous forcent constamment à des transitions ou à des empiètements. Notre vie juridique se caractérise par le croisement de différents ordres juridiques, c'est-à-dire l'interlégalité. L'interlégalité est la contrepartie phénoménologique de la pluralité juridique, ce qui fait qu'elle et le deuxième concept-clé d'une conception post-moderne du droit.*⁹⁵

La fragmentation de la légalité n'est pas nécessairement chaotique. Il s'agit d'une construction sociale obéissant à des règles ; le marché lui sert notamment de modèle, sous l'effet de la raison instrumentale propre au libéralisme et de son penchant pour le contrat. Celui-ci ne désigne pas le « contrat social » de l'Âge Classique ; il est l'instrument privilégié du droit autorégulé en même temps qu'il est le motif au durcissement du droit mou. Certes, la loi n'est plus la seule initiatrice de la fabrication des normes mais elle doit encore, pour quelque temps au moins, encadrer l'autorégulation, la grande mobilité des valeurs néolibérales, la demande de sécurité des divers partenaires sociaux. Fait particulier, il n'est plus même besoin du panoptisme pour déployer des contraintes et surveillances, intérioriser peu à peu les sujets à travers le « réseau ». Du haut de la pyramide, un regard vigilant s'emploie encore à observer tandis que, dans le réseau, tout est contrôlé à distance *via* des médiations variées (organismes auxquels on a délégué la production et l'application de normes) puis, peut-être, de façon immédiate ; le sujet se prenant lui-même comme objet, face à l'universel, de la norme, qu'elle reçoive le nom de « l'éthique » ou de la violence infligée à soi, ce qui doit pouvoir motiver d'autres investigations.

⁹⁵ DE SOUSA SANTOS B., « Droit et société », 10-1988, « Droit, une carte de la lecture déformée. Pour une conception post-moderne du droit », in *Journal of law and society*, vol. 14, n° 3, p. 403.

Bibliographie

DELMAS-MARTY M., *Les nouveaux lieux et les nouvelles formes de régulation des conflits*, disponible sur <http://www.reds.msh-paris.fr/communication/textes/cplx31.htm>

DE SOUSA SANTOS B., « Droit : une carte de la lecture déformée. Pour une conception post-moderne du droit », in *Droit et société*, 10-1988.

FOUCAULT M.,

Histoire de la sexualité I, La volonté de savoir, Tel, Gallimard, 1976.

Il faut défendre la société, Paris, Gallimard-Le Seuil, Hautes Études, 1997.

« La redéfinition du judiciaire », revue du syndicat de la magistrature, *Justice*, n° 115.

Dits et écrits I, 1954-1975, Quarto, Gallimard, 2001 :

La Naissance d'un monde, n° 68, 1969.

La Vérité et les formes juridiques, n° 139, 1974.

Dits et écrits II, 1976-1988, Quarto, Gallimard, 2001 :

La Philosophie analytique de la politique, n° 232, 1978.

Table ronde du 20 mai 1978, n° 278, 1980.

« Le Libéralisme comme nouvel art de gouverner », in *Naissance de la biopolitique*, texte établi par M. SENELLART, extrait de la 3^e séance (24 janvier 1979), Paris, Gallimard-Le Seuil, Hautes Études, 2003.

FRANCK C., « La souveraineté dans l'intégration européenne », *Cahiers du CRHIDI*, n° 7, Bruxelles, 1997.

GROS F., *Michel Foucault*, PUF, Coll. Que sais-je ?, 2^e éd. 1998.

KECK F. et LEGRAND S., « Les épreuves de la psychiatrie », in *Foucault au Collège de France : un itinéraire*, sous la direction de Le Blanc G. et Terrel J., Presses Universitaires de Bordeaux, Histoire des Pensées, 2003.

LATOURET B., *La Fabrique du droit, une ethnographie du Conseil d'État*, La Découverte, Armand Colin, 2002.

LE BLANC G., « Les indisciplinés ou une archéologie de la défense sociale », in *Foucault au Collège de France : un itinéraire*, sous la direction de Le Blanc G. et Terrel J., Presses Universitaires de Bordeaux, Histoire des Pensées, 2003.

MICHAUD Y.A., « Des modes de subjectivation aux techniques de soi : Foucault et les identités de notre temps », in *Michel Foucault : de la guerre des races au bio-pouvoir*, Cités, 2 - 2000, PUF, 3^e édition, janvier 2001.

MICHAUD Y.A., « La gouvernance », *Le Nouvel Observateur*, Hors-série, n° 55, juillet-août 2004.

MONOD J.-C., *La Police des conduites*, Coll. Le Bien commun, Michalon, 1997.

OST F. et VAN DE KERCHOVE M., *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publication des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, Droit, 2002.

PECH L., *Droit et Gouvernance : vers une « privatisation » du droit*, document de travail de la Chaire MCD, document disponible sur <http://www.chaire-mcd.ca/>, février 2004.

POTTE-BONNEVILLE M., *Foucault et le droit*, intervention du 8 janvier 2003 auprès du groupe d'études « La philosophie au sens large », document disponible sur <http://www.univ-lille3.fr/Recherche/set/sem/PotteBonneville.html>

TERREL J., « Les Figures de la souveraineté », in *Foucault au Collège de France : un itinéraire*, sous la direction de Le Blanc G. et Terrel J., Presses Universitaires de Bordeaux, Histoire des Pensées, 2003.

ZARCA Y.-C., « Foucault et le concept non juridique du pouvoir », in *Michel Foucault : de la guerre des races au bio-pouvoir*, Cités, 2 - 2000, PUF, 3^e édition, janvier 2001.

**FIN DE LA JOURNÉE DU 3 DÉCEMBRE 2004.
PROCHAIN SÉMINAIRE LE 8 AVRIL 2005,
SALLE DES COLLOQUES, BÂT. B
« LES FIGURES DU SUJET »**