



HAL
open science

Foucault et la généalogie de l'État : pouvoir normatif et souveraineté de la justice

Pierre-Anne Forcadet

► **To cite this version:**

Pierre-Anne Forcadet. Foucault et la généalogie de l'État : pouvoir normatif et souveraineté de la justice. Guittard, Jacqueline; Nicolas, Émeric; Sintez, Cyril. Foucault face à la norme, 2020, Mare & Martin, pp.207-222, 2020, Libre droit. hal-03530222

HAL Id: hal-03530222

<https://univ-orleans.hal.science/hal-03530222v1>

Submitted on 30 Jan 2022

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.

Titre 3

Foucault resitué ? : De nouvelles perspectives



Chapitre 1

Foucault et la généalogie de l'État : pouvoir normatif et souveraineté de la justice

Pierre-Anne FORCADET

Résumé

Les historiens du droit se sont assez peu emparés de la fameuse « boîte à outils conceptuelle » forgée par Michel Foucault. Pourtant, dans sa volonté de comprendre le pouvoir non comme une chose qui se possède et qui permet la domination, mais comme un ensemble de relations qui ne sont pas nécessairement répressives et verticales et avec ses analyses sur le gouvernement pastoral, sur l'enquête et la procédure inquisitoire comme mode de véridiction, l'apport de Foucault paraît fructueux pour la compréhension de l'ordre juridique et la construction de l'État à la fin du Moyen Âge.

Foucault a en particulier bien compris la mécanique judiciaire qui organise des rapports réciproques entre juges et justiciables, mais il ne va pas au bout d'une logique qui pourrait mener à considérer la justice, en tant que vertu et en tant qu'institution, comme la norme suprême au Moyen Âge.

Mots clés

Michel Foucault – Justice médiévale – Parlement de Paris – Souveraineté
– Gouvernement pastoral.



*
* *

L'histoire est « la première et comme la mère de toutes les sciences de l'homme¹ ». Michel Foucault n'est pas le premier, ni le seul à affirmer ce primat, tout en niant toujours être personnellement historien². Il entretient d'ailleurs une grande méfiance envers l'ensemble des sciences

1. M. Foucault, *O I*, p. 1435.

2. Et alors même qu'à l'occasion il dépouille fort bien les archives, il n'affirme pas produire des travaux d'histoire. Il se dit « intéressé par le travail des historiens, mais veut en faire un autre [...] un usage rigoureusement instrumental », (R.-P. Droit, *Michel Foucault, entretiens*, Paris, Odile Jacob, 2004, p. 91). Il lui était d'ailleurs reproché par Jean-Paul Sartre de « ne pas avoir le sens de l'histoire » et cela le réjouissait beaucoup, constatant l'absence de travaux en la matière de ce dernier (*ibid.*, p. 131). Patrick Boucheron expliquait récemment sur *France culture* que l'on ne peut plus faire de l'histoire de la même façon depuis Michel Foucault, qu'avant lui il s'agissait surtout de savoir ce qui s'est passé, d'élaborer la vérité des faits et que désormais, il s'agit de problématiser, de déceler les discours, les vérités de chaque époque qui sont toutes relatives. Paul Veyne explique de même que ce que Foucault appelle « généalogie ou archéologie », c'est tout simplement ce que l'on devrait appeler « histoire », i. e. qu'il importe de ne pas chercher à déceler les origines de quelque chose, car cela revient à essayer vainement de retrouver ce qui était déjà là (cité par S. Veyne, « Le mythe de l'origine chez les historiens français du XIX^e siècle », dans *Les historiens croient-ils aux mythes ?*, dir. D. Kalifa, Paris, Publications de la Sorbonne, 2016, p. 13-23, ici p. 14. Voir aussi P. Veyne, « Foucault révolutionne l'histoire », dans *Comment on écrit l'histoire*, Paris, 1979). Voir également J. Rajchman qui lui prête un rôle révolutionnaire dans la façon de faire de l'histoire, au-delà de l'histoire « classique » et de l'école des Annales (*Michel Foucault : la liberté de savoir*, Paris, PUF, 1987, p. 69). Peut-être faut-il quand même tempérer l'ardeur de ces thuriféraires : en amont, par respect pour nos grands prédécesseurs, parmi les historiens du droit notamment – beaucoup avaient pensé et étaient capables, avant les œuvres de Foucault – de décrypter ce qui sous-tendait un discours, d'analyser l'histoire sans évolutionnisme linéaire, ni téléologie. Et en aval, beaucoup d'historiens actuels travaillent en ce même sens et sont empreints de cette méthodologie, d'ailleurs sans penser faire appel à Foucault ou le citer, considérant sans doute à juste titre, que cela n'apporterait rien à leurs travaux. Enfin, pour l'analyse de Deleuze sur le rapport au temps de Foucault, voir A. Bouaniche, « Agir "contre le temps en faveur, je l'espère, d'un temps à venir". Deleuze, lecteur de Foucault », dans *Michel Foucault à l'épreuve*



humaines³, en tout cas dans leur forme prise depuis le XIX^e siècle⁴, et *a fortiori* envers la science du droit. Cet anti-juridisme qu'on lui prête souvent est un positionnement certainement lourd de conséquences dans sa réception chez les juristes en général, et chez les historiens du droit en particulier, à tout le moins en France⁵. En réalité, à l'instar de l'histoire, il connaît et comprend la nature du fait juridique, mais entend en faire sa propre interprétation conceptuelle et donc un objet d'étude vu sous un angle bien différent de celui des académismes.

Il n'a pu s'agir de mener ici une enquête sociologique en bonne et due forme, mais il semble que Michel Foucault n'ait pas connu une réception massive dans la communauté des historiens du droit et des institutions⁶.

du pouvoir. Vie, sujet, résistance, dir. É. Jolly et P. Sabot, Presses Universitaires du Septentrion, 2013, p. 129-142.

3. Elles sont « une excroissance un peu monstrueuse » et en tout cas « essentiellement boiteuses » (F. Gros, *Michel Foucault*, Paris, PUF, 5^e éd., 2017, p. 46).

4. Mais en réalité son ressentiment se porte sur l'humanisme dans son ensemble. Voir notamment : « Par-delà le bien et le mal », dans *DE I*, p. 1094 : « J'entends par humanisme l'ensemble des discours par lesquels on a dit à l'homme occidental : "Quand bien même tu n'exerces pas le pouvoir, tu peux tout de même être souverain. Bien mieux : plus tu renonceras à exercer le pouvoir et mieux tu seras soumis à celui qui t'est imposé, plus tu seras souverain". L'humanisme, c'est ce qui a inventé tour à tour ces souverainetés assujetties que sont l'âme (souveraine sur le corps, soumise à Dieu), la conscience (souveraine dans l'ordre du jugement ; soumise à l'ordre de la vérité), l'individu (souverain titulaire de ses droits, soumis aux lois de la nature ou aux règles de la société), la liberté fondamentale (intérieurement souveraine, extérieurement consentante et accordée à son destin). Bref, l'humanisme est tout ce par quoi en Occident on a barré le désir du pouvoir – interdit de vouloir le pouvoir, exclu la possibilité de le prendre. Au cœur de l'humanisme, la théorie du sujet (avec le double sens du mot) ».

5. Voir en effet les travaux (dont certains ont été menés en France) de Robert Jacob, Eva Cantarella, Paolo Napoli, entre autres.

6. Les contributeurs à cet ouvrage tempèrent *a priori* ce constat puisque Dominique Messineo, Rafael Suguimoto Herculano et le professeur Frédéric Audren appartiennent à la section 03 du CNU. D'autres collègues orléanais sont d'ailleurs très sensibles à Foucault, voir à ce propos le cycle de colloques *Gouverner et administrer : territoires, savoirs, procédures*, placé sous son auspice <https://calenda.org/194183?lang=pt> et les travaux du Professeur Corinne Leveleux-Teixeira, depuis ceux portant notamment sur la sexualité (*Des prêtresses déchues : l'image*

Tant dans les bibliographies de l'agrégation ou dans les grands manuels de référence, que dans l'ouvrage récent sur les nouvelles tendances de la discipline⁷, Foucault apparaît peu ou n'apparaît pas. Ces synthèses générales se prêtent assez peu à des références hors champs classiques, mais les historiens du droit ne se retrouvent guère plus dans les bibliographies sur Foucault⁸ et les monographies lui étant expressément consacrées se comptent sans doute sur les doigts d'une main⁹. Il faut toutefois citer le grand romaniste Yan Thomas, qui se réclame beaucoup de l'apport conceptuel de Michel Foucault¹⁰.

des Vestales chez les pères de l'Église latine (fin II^e-début V^e siècle), Paris, 1995) à tous ceux, plus récents, sur le discours (entre autres *La parole interdite. Le blasphème dans la France médiévale (XIII^e-XV^e siècles) : du péché au crime*, Paris, 2001 ; « Quelques réflexions sur la construction normative de la lèse-majesté au Moyen Âge », *Cahiers poitevins d'Histoire du droit*, dir. É. Gojosso, 2007, p. 7-27).

7. *L'Histoire du droit en France. Nouvelles tendances, nouveaux territoires*, dir. B. d'Alteroche et J. Krynen, éd. Garnier, Paris, 2014. Les historiens plus sensibles à l'anthropologie juridique font exception à ce constat, par exemple Norbert Rouland. Voir aussi les travaux menés à l'université de Nanterre et notamment un colloque de 2017 organisé par Soazick Kerneis sur *La vérité judiciaire d'hier à aujourd'hui*, qui met en exergue le travail de Foucault.

8. Michel Foucault, *un héritage critique*, dir. J.-F. Bert et J. Lamy, Paris, 2014 ; http://aejcpp.free.fr/articles/biblio_foucault.htm ; <http://journals.openedition.org/leportique/643>.

9. Voir aussi P. Napoli, « Foucault et l'histoire des normativités », *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, 2013, 60-4, p. 29-47. Ainsi que Guillaume Bernard (« L'enfermement positiviste de Michel Foucault ? », dans *Essais de philosophie pénale et de criminologie*, vol. VI, 2007, Dalloz, p. 165-175), qui est plus critique envers l'héritage de Foucault, position apparemment fréquente. En témoignent plusieurs contributions à l'ouvrage *Le Droit à l'épreuve du genre*, dir. J. Hautebert, PULIM, Limoges, 2016.

10. Y. Thomas, « La désinstitutionnalisation du sujet », dans *Au risque de Foucault*, textes réunis par D. Franche et alii, 1997. Sur Yan Thomas et Michel Foucault, voir notamment J. Dubouloz, « Puissance de mort et puissance de vie du père romain sur son fils : lecture croisée de Michel Foucault et de Yan Thomas », dans *Une histoire au présent. Les historiens et Michel Foucault*, dir. D. Boquet, B. Dufal et P. Labey, CNRS éditions, Paris, 2013, p. 41-58 et P. Thévenin, « L'institution, la casuistique et l'historien. Hommage à Yan Thomas », *Tracés. Revue de Sciences humaines* [En ligne], 17 | 2009, mis en ligne le 30 novembre 2011, consulté le 10 mai 2019, <http://journals.openedition.org/traces/4260>.

Quant à l'histoire du droit médiéval, même pénal, la moisson est des plus succinctes, ce qui n'est pas forcément une anomalie, la période n'étant pas celle qui est majoritairement étudiée par Foucault, à l'inverse de la Grèce et de l'époque moderne. Pourtant, nous allons voir que les analyses qu'il présente ne sont pas sans intérêt et peuvent même fournir des clés de lecture fructueuses. La différence est flagrante toutefois quand l'on compare avec la réception de Foucault chez les historiens des facultés de lettres¹¹. Outre Paul Veyne qui lui consacre un livre¹² et Arlette Farge¹³ tous deux l'ayant connu, beaucoup de médiévistes le citent en référence incontournable, notamment dans le domaine de l'histoire de la justice ou du pouvoir : Jacques Le Goff, Michel Senellart, Claude Gauvard, Jacques Dalarun, Julien Théry, Bruno Lemesle, Isabelle Mathieu... Que l'on nous permette, en tout état de cause, une première conclusion malicieuse dans le thème de ce colloque : si la lecture et l'utilisation des concepts de Michel Foucault est apparemment la *norme* chez les historiens médiévistes, il n'en est guère de même chez les historiens du droit¹⁴.

11. Même si elle est loin d'être unanime. Voir A. Megill, « The Reception of Foucault by Historians », *Journal of the History of Ideas*, n° 48, 1987, p. 117-141 ; P. Artières, « Un historien foucauldien ? », *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, 2013, 60-4, p. 156-161 qui note que Foucault avait de bonnes relations avec les historiens du Collège de France (Georges Duby, Pierre Vidal-Nacquet...). Voir aussi *Foucault au Collège de France : un itinéraire*, dir. G. le Blanc et J. Terrel, Presses universitaires de Bordeaux, 2003 ; M. Potte-Bonneville, *Michel Foucault, L'inquiétude de l'histoire*, Paris, PUF, 2004 ; *Une histoire au présent. Les historiens et Michel Foucault*, op. cit. et T. Sakamoto, *Le Problème de l'histoire chez Michel Foucault*, Paris, ANRT, 2012. Sur les approches, les différences et les relations entre historiens et historiens du droit, voir notamment J. Le Goff, « Histoire médiévale et histoire du droit : un dialogue difficile », dans *Storia sociale e dimensione giuridica. Strumenti d'indagine e ipotesi di lavoro*, dir. P. Grossi, Milan, 1986, p. 23-63 et C. Gauvard, A. Boureau et R. Jacob, « Les normes. Normes, droit, rituels et pouvoirs », dans *Les Tendances actuelles de l'histoire du Moyen Âge en France et en Allemagne*, dir. J.-C. Schmitt et G. Oexle Paris, 2002, p. 461-482.

12. P. Veyne, *Foucault. Sa pensée, sa personne*, Paris, Albin Michel, 2008.

13. A. Farge et M. Foucault, *Le Désordre des familles, lettres de cachet des archives de la Bastille*, Paris, Gallimard, 1982.

14. Et loin de nous l'idée d'ailleurs de critiquer cet état de fait subjectif qui, à la décharge aussi des chercheurs, se justifie par l'éparpillement de ses travaux historiques, leur bouillonnement, les imprécisions et contradictions dans les possibilités

Pourtant, avec les notions de pastorat et de gouvernementalité ou ses analyses sur l'enquête et la véridiction, Foucault peut apporter beaucoup aux recherches sur le pouvoir et donc à l'histoire du droit public médiéval. Il ne s'agit pas de faire l'exégèse de la pensée de l'auteur, ni encore moins d'avancer contre lui, mais bien avec lui, en s'emparant de sa fameuse « boîte à outils » conceptuelle pour étudier ce que l'on peut désigner comme l'État de justice à la fin Moyen Âge.

Il s'agit en effet dans un premier temps de voir comment le pouvoir beaucoup repensé par Michel Foucault, à l'instar des théories de l'État, se présente comme une puissance à la fois normative et incluse dans une relation de sujet à sujet, mais aussi dans un second temps de mettre en lumière peut-être un angle mort et soulever les ambiguïtés de sa pensée sur la justice et la souveraineté, qu'il n'applique pas au règne de saint Louis.

L'État et le pouvoir comme normes

Michel Foucault développe dans toute son œuvre une pensée critique envers l'État en tant que tel, un positionnement à nouveau délicat pour les historiens du droit et des institutions, qui à peu près à la même époque s'enquerraient dans un vaste projet de la genèse de l'État moderne¹⁵. En réalité, sa vision est ambiguë, voire contradictoire sur la question. « Il faut couper la tête du roi¹⁶ » : en bon déconstructiviste, Foucault entend se débarrasser de la vision étatiste, juridique et répressive. Il dénonce les constantes statocentristes et téléostatistes¹⁷ et défend l'idée selon laquelle l'expérience

d'interprétation des notions souvent très évolutives. Qui plus est, outre les multiples références classiques dans l'œuvre de Foucault, il faut ajouter un ouvrage récemment publié et décisif pour notre propos : M. Foucault, *Théories et institutions pénales. Cours au Collège de France. 1971-1972*, Paris, EHESS-Gallimard-Seuil, 2015.

15. Recherches menées dans le cadre du CNRS, voir notamment : *Renaissance du pouvoir législatif et genèse de l'État*, dir. A. Gouron, Montpellier, 1988 et *État moderne : Genèse ; bilan et perspectives*, dir. J.-P. Genet, Paris, 1990.

16. « Entretien avec Michel Foucault », dans *DE II*, p. 150.

17. Il s'agit par ces néologismes (le second est de Jean-Marie Carbasse, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, Paris, 2^e éd., 2000, p. 26) de considérer respectivement que l'État est le centre absolu de la vie politique et sociale et que son

très occidentale, et donc non universelle, de construction de l'État n'était pas inéluctable et ne fut ni linéaire, ni uniforme¹⁸. Et dans cet ordre d'idées Foucault est très sceptique face au légicentrisme et sans doute d'ailleurs face à tout le positivisme juridique, en le renvoyant toutefois dos-à-dos au jusnaturalisme¹⁹. Tel est d'ailleurs ce qu'il oppose aux théories du contrat social, selon lui le pouvoir ne peut se confondre avec « l'instauration d'un ordre pacifiant de la loi, mais il est au contraire une guerre perpétuelle²⁰ ».

avènement était inéluctable d'un point de vue historique. Voir égal. Arnault Skornicki, « Sur les traces de la théorie foucauldienne de l'État », *Histoire@Politique*, n° 32, mai-août 2017 [en ligne, www.histoire-politique.fr], p. 7 : « En ce sens, si Foucault donne peu d'éléments pour éclairer les logiques de concentration et de monopolisation du pouvoir, sa démarche généalogique constitue une puissante veille épistémologique et méthodologique contre les explications mono-causales et les grands récits évolutionnistes sur l'État et la pacification de l'ordre politique ». 18. M. Foucault, *NB*, 2004, p. 78 : « L'État ce n'est pas un universel ; l'État ce n'est pas en lui-même une source autonome de pouvoir ; l'État ce n'est rien d'autres que des faits : le profil, la découpe mobile d'une perpétuelle étatisation ou de perpétuelles étatisations, de transactions incessantes qui modifient, qui déplacent, qui bouleversent, qui font glisser insidieusement, peu importe, les financements, les modalités d'investissements, les centres de décision, les formes et les types de contrôles, les rapports entre pouvoirs locaux et autorité centrale, etc. L'État ce n'est rien d'autre que l'effet mobile d'un régime de gouvernementalité multiple ». Voir J. Lascoumes, « La Gouvernementalité : de la critique de l'État aux technologies du pouvoir », *Le Portique* [En ligne], 13-14 | 2004, mis en ligne le 15 juin 2007, <http://leportique.revues.org/625> et C. Spector, « Foucault, les lumières et l'histoire : l'émergence de la société civile », *Foucault et les Lumières, Lumières*, n° 8, 2007, p. 169-191. Plus généralement sur la théorie de l'État, voir les débats passionnants rassemblés dans l'ouvrage *Formes et doctrines de l'État. Dialogue entre histoire du droit et théorie du droit*, dir. P. Bonin, P. Brunet et S. Kerneis, Paris, 2017.

19. Foucault rejette la philosophie contractualiste, estimant que, à l'instar des droits de l'Homme d'ailleurs, on réifie par là des « postulats contingents », mais il refuse tout autant la pensée marxiste dont il dénonce la « précellence des seules déterminations économiques ou des structures sociales » (*Michel Foucault, un héritage critique*, dir. J.-F. Bert et J. Lamy, Paris, 2014, p. 135), niant que le pouvoir puisse être « l'apanage exclusif d'une classe sociale » (F. Gros, *op. cit.*, p. 78) par mécanisme univoque de domination.

20. F. Gros, *op. cit.*, p. 79. Sur les insuffisances de la loi et les possibilités de la contourner, voir R. Pol-Droit, *Michel Foucault. Entretiens*, Paris, Odile Jacob, 2003, p. 75 et s.

Cependant, comme le montre Jean Terrel, il veut contrer l'État tel qu'il est devenu à partir de l'époque moderne, garant d'une société de discipline, sans pour autant basculer dans l'anarchisme²¹, mais en réalité, il adhère assez bien à la théorie classique de l'État d'un point de vue historique²². En dépit de ses critiques à l'encontre de Karl Marx, Foucault écrit en effet abondamment que l'État est une superstructure de domination appuyée sur la loi « mécanisme de pouvoir » et qu'en général les systèmes du droit et de justice sont un véhicule de « techniques polymorphes d'assujettissement²³ ». Or, c'est là retomber dans un statocentrisme positiviste, un biais légicentriste, qui, ironiquement, relève de l'anachronisme si l'on considère le Moyen Âge. C'est même oublier que, comme le note G. Bernard, « le fait que les modernes concevaient le pouvoir souverain comme législateur ne signifie pas qu'il était ainsi²⁴ ». En somme, Foucault ne va pas au bout de sa réflexion sur l'origine normative de la construction étatique²⁵, ce

21. M. Foucault, « Qu'est-ce que la critique ? », *Bulletin de la Société française de philosophie*, 84^e année, n° 2, avril-juin 1999, p. 35-60 où il est question de « l'art de l'inservitude volontaire » (p. 39) et voir surtout l'analyse de cet article par P. Sabot, « Ouverture : Critique, attitude critique, résistance », *Michel Foucault à l'épreuve du pouvoir*, *op. cit.*, p. 13-28.

22. J. Terrel, « Les figures de la souveraineté », dans *Foucault au Collège de France*, *op. cit.*, p. 101-129 et *Les Théories du pacte social*, Paris, 2001, p. 42 et s.

23. M. Foucault, *IDS*, cité par I. Dore, « La force normative du pouvoir étatique dans la philosophie de Michel Foucault », dans *La force normative. Naissance d'un concept*, dir. C. Thibierge, Paris, 2009, p. 57-68, spéc. p. 67.

24. G. Bernard, *op. cit.*, p. 175.

25. A. Skornicki, *op. cit.*, p. 7 : « S'il est un penseur qui a radicalement critiqué le "statocentrisme" de la pensée politique occidentale, qu'il s'agisse de la philosophie contractualiste, de la tradition marxiste ou de la théorie du droit, c'est bien Michel Foucault. Foucault, penseur du *pouvoir* (dispersé, réticulaire, réversible, mobile et productif), et non de *l'État* (souverain, unitaire, vertical et prohibitif) : la cause est entendue, et fait partie du sens commun foucauldien. Lui-même, par bien de ses déclarations marquées par l'anti-juridisme et l'hostilité aux théories du contrat social, semble abonder dans ce sens ». Sur la place du droit dans la normalisation de la société, minorée par Foucault, comme par Bourdieu et Marx, voir la pertinente analyse de Pierre Thévenin (« Los Infortunios de la infrajuricidad. El análisis de las normas de Foucault a Yan Thomas », *GLOSSAE. European Journal of Legal History*, 11, 2014, p. 52-64. Un grand merci à l'auteur de nous avoir fait parvenir une traduction de ce dernier article).

qu'on ne peut lui reprocher car il n'a jamais revendiqué de tenter de dresser une histoire de l'État, étant naturellement plus sensible au discours sur et produit par l'État.

Son analyse du pouvoir est plus précise et d'ailleurs très étudiée, les travaux innombrables sur la question étant donc plutôt le fait de philosophes ou de politistes que de juristes²⁶. Foucault avance, et c'est là une idée essentielle, que le pouvoir ne peut être réduit à l'État dans une dimension purement verticale, mais est constitué au contraire par une construction relationnelle et même un grand nombre de réseaux²⁷. En somme, le pouvoir ne se possède pas, il s'exerce, il n'est pas tant statutaire,

26. Outre les travaux cités plus haut, voir P. Chevallier, *Michel Foucault. Le pouvoir et la bataille*, Nantes, 2004 ; J.-J. Schuld, *Foucault and Augustine : Reconsidering Power and Love*, University of Notre Dame Press, 2003 ; C.-Y. Zarka, *Figures du pouvoir. Études de philosophie politique de Machiavel à Foucault*, Paris, PUF, 2001 ; G. Agamben, *Homo Sacer. Le pouvoir souverain et la vie nue*, Paris, Seuil, 1997 ; F. Ewald, « Pour un positivisme critique : Michel Foucault et la philosophie du droit », *Droits*, PUF, 1986, p. 137-142 ; B. Mazabraud, « Foucault, le droit et les dispositifs de pouvoir », *Cités*, 2010/2, n° 42, p. 127-189 ; M. Merlin, « Foucault, le pouvoir et le problème du corps social », *Idées économiques et sociales*, 2009/1, N° 155, p. 51-59 ; M. Abélès, « Michel Foucault, l'anthropologie et la question du pouvoir », *L'Homme*, 187-188, 2008, p. 105-122.

27. M. Foucault, *VS*, p. 122-123, « Par pouvoir, je ne veux pas dire "le Pouvoir", comme ensemble d'institutions et d'appareils qui garantissent la sujétion des citoyens dans un État donné. Par pouvoir, je n'entends pas non plus un mode d'assujettissement qui, par opposition à la violence, aurait la forme de la règle. Enfin je n'entends pas un système général de domination exercé par un élément ou un groupe sur un autre, et dont les effets, par dérivations successives, traverseraient le corps social tout entier. L'analyse, en terme de pouvoir, ne doit pas postuler, comme données initiales, la souveraineté de l'État, la forme de la loi ou l'unité globale de domination ; celles-ci n'en sont plutôt que les formes terminales. Par pouvoir, il me semble qu'il faut comprendre d'abord la multiplicité des rapports de force qui sont immanents au domaine où ils s'exercent, et sont constitutifs de leur organisation ; le jeu qui par voie de luttes et d'affrontements incessants les transforme, les renforce, les inverse ; les appuis que ces rapports de force trouvent les uns dans les autres, de manière à former chaîne ou système, ou, au contraire, les décalages, les contradictions qui les isolent les uns des autres ; les stratégies enfin dans lesquelles ils prennent effet, et dont le dessin général ou la cristallisation institutionnelle prennent corps dans les appareils étatiques, dans la formulation de la loi, dans les hégémonies sociales ».

légal, que dynamique et interactif. Cela rejoint la démonstration présentée par Isaak Dore, sur la force normative du pouvoir étatique chez Foucault²⁸ qui a décrit très justement le « pouvoir en tant qu'action sur l'action des autres » i. e. « la relation dans laquelle l'un veut diriger la conduite de l'autre²⁹ », ce qui est une démarche normative en soi.

Relation de sujet à sujet, cette analyse mène au pastorat analysé également par Michel Foucault, comme exercice théologico-politique d'un pouvoir englobant et non surplombant, qui se caractérise par une attention constante et soigneuse du berger à l'égard de toute et chacune de ses brebis (*omnes et singulatim*)³⁰. Il s'agit selon Foucault d'une « combinaison [...] complexe de techniques d'individuation et de procédures totalisatrices³¹ », la relation est en effet étroite et réciproque, la brebis compte sur le berger, lequel la protège en même temps qu'il la guide.

Il nous faut étudier maintenant par quel moyen ce pouvoir pastoral, ainsi conçu peut exercer cette force de normalisation au Moyen Âge, période bénie de cette conception politique du pouvoir, en particulier sous le règne de Louis IX, qui aimait, selon les témoignages de son procès en canonisation, à se dédier au soin de ses brebis, à laver par exemple les pieds des pauvres. Mais quoiqu'il la connaisse bien, Foucault ne prend pas toute la mesure de la place de la justice dans ce processus³².

28. I. Dore, « La force normative du pouvoir étatique dans la philosophie de Michel Foucault », dans *La Force normative. Naissance d'un concept*, dir. C. Thibierge, Paris, Bruylant-LGDJ, 2009, p. 57-68.

29. M. Foucault, « L'éthique du souci de soi comme pratique de la liberté », dans *Dits et écrits*, Gallimard, Paris, 1997, t. II, p. 719.

30. Voir entre autres, P. Chevallier, *Michel Foucault et le christianisme*, Lyon, ENS éditions, 2011, p. 64 et s. ; P. Büttgen, « Théologie politique et pouvoir pastoral », *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 2007/15 (62^e année), p. 1129-1154 ; A. Petit, « Le pastorat ou l'impossible raccourci théologico-politique », dans *Figures du théologico-politique*, dir. E. Cattin, L. Jaffro et A. Petit, Paris, 1999, p. 9-24 ; L. de Heusch, « L'inversion de la dette. Propos sur les royautés sacrées africaines », dans *Genèse de l'État moderne en Méditerranée*, Rome, 1993, p. 9-26.

31. M. Foucault, « Le sujet et le pouvoir », dans *DE II*, p. 1048.

32. Foucault pense surtout à l'Église, aux hôpitaux, à la police et à toutes les futures institutions de discipline quand il écrit « cette forme de pouvoir ne peut s'exercer sans connaître ce qui se passe dans la tête des gens, sans explorer leurs âmes, sans les forcer à révéler leurs secrets les plus intimes » (*ibid.*), pourtant le

La justice et la souveraineté comme normes

Il est étonnant que Foucault n'ait pas davantage perçu combien la justice est à la fois la valeur centrale et la principale prérogative de puissance publique pendant tout le Moyen Âge et même peut-être jusqu'à la Révolution³³, voire au-delà comme l'a magistralement démontré Jacques Krynen³⁴, en dépit des codifications napoléoniennes et des vœux exprimés par Montesquieu de cantonner les juges à n'être que la « bouche de la loi ». Pourtant, comme le note Antoine Garapon : « ses textes d'une rare puissance, qui ne figurent pas curieusement parmi les plus connus, ont mis au jour l'archéologie du procès, où la raison, la subjectivation et l'affirmation d'un pouvoir se combinent d'une manière propre à chaque culture³⁵ ».

Une explication possible est que Foucault est victime d'un second biais, tout à fait lié d'ailleurs au biais légicentriste dans la construction de l'État moderne évoqué plus haut : la survalorisation démesurée de la pénalité et de la justice criminelle qui occulte presque totalement le reste de l'activité juridictionnelle. C'est un phénomène classique, de nos jours³⁶ comme

recours à la justice est aussi une façon de se confier et de confier sa cause, parfois sa vie à un juge.

33. S. Soleil, « Administration, justice et justice administrative avant 1789. Retour sur trente ans de recherche », *Regards sur l'histoire de la justice administrative*, dir. G. Bigot et M. Bouvet, Paris, 2006, p. 3-30 ; et en un sens aussi R. Colson, *La Fonction de juger. Étude historique et positive*, Clermont-Ferrand, 2006, p. 9 et s.

34. J. Krynen, *L'État de justice en France, XIII^e-XX^e siècle*, Paris, Gallimard, t. I, *L'idéologie de la magistrature ancienne*, 2009 et t. II, *L'emprise contemporaine des juges*, 2012.

35. A. Garapon, B. Bernabé, S. Perdrille, *La Prudence et l'Autorité. Juges et procureurs du XXI^e siècle*, préf. Ch. Taubira, Odile Jacob, 2014, p. 67. Il note par ailleurs combien Foucault a bien compris la « forme de vérité » qui se dégage du cadre procédural. Et de fait l'adage affirme que ce qui est jugé est tenu pour vérité. Voir J.-L. Halpérin, « La preuve judiciaire et la liberté du juge », *Communications*, 84, 2009, *Figures de la preuve*, dir. R. Mandressi, p. 21-32.

36. Le mot « justice » dans l'inconscient collectif, les médias et les représentations notamment littéraires et audiovisuelles est majoritairement associé à la sanction, la peine, la prison, le jury d'assises etc. alors même que la probabilité la plus grande d'avoir affaire à un juge dans sa vie est dans le domaine civil (surtout si

chez certains historiens³⁷, qui donne une image en trompe l'œil. Certes, la répression de la violence par la puissance royale a une importance symbolique cruciale, d'ailleurs plus grande que sa réelle portée pratique³⁸, certes la justice est fortement corrélée à la paix dans les discours et la législation³⁹, installant même précocement une véritable politique pénale⁴⁰, toutefois l'arbre de la justice pénale ne doit pas cacher la forêt de la justice civile. Les kilomètres de linéaires de la jurisprudence du Parlement de Paris⁴¹, pour ne prendre que lui, traitent de bien d'autres sujets que les crimes et délits. Nous avons pu établir que sous le règne de saint Louis, sur la période entre 1254 et 1270 à tout le moins, selon le *corpus* dit des *Olim*,

l'on excepte la délinquance routière) : litiges en matières familiale, professionnelle, patrimoniale, voire conflits de voisinage. Les arrêts de la chambre criminelle, ne représente plus que 25 % de l'activité de la Cour de cassation en France, chiffre en constante diminution (30 % en 2008, voir <https://www.courdecassation.fr/IMG/pdf/rapport2017.pdf>, p. 321), et qui plus est, il s'agit souvent d'une jurisprudence technique portant sur des questions de procédure.

37. Mains ouvrages consacrés apparemment à la justice, traitent en réalité exclusivement de justice criminelle, sans que cela soit précisé, ni même peut-être conscient, (voir notamment B. Garnot, *La Justice en France de l'an mil à 1914*, Paris, Armand Collin, 1993). Bien évidemment, il ne s'agit pas pour autant de remettre en question l'intérêt et la qualité de ces recherches en droit pénal, qui sont souvent le fait des plus grands historiens, comme Claude Gauvard ou Jean-Marie Carbasse.

38. Voir C. Gauvard, *Condamner à mort au Moyen Âge. Pratiques de la peine capitale en France XIII^e-XV^e siècle*, PUF, Paris, 2018, qui montre la relative rareté du recours à la peine de mort ; R. Jacob, *La Grâce des juges. L'Institution judiciaire et le sacré en Occident*, Paris, PUF, 2014 qui étudie magistralement la place de l'ordalie ou encore F. Harang, *La Torture au Moyen Âge*, Paris, PUF, 2017 et É. Wenzel, *La Torture judiciaire dans la France de l'Ancien Régime : Lumières sur la Question*, Dijon, 2011 qui tempèrent le cliché de la justice criminelle arbitraire et cruelle.

39. V. Martin, *La Paix du roi (1180-1328). Paix publique, idéologie, législation et pratique judiciaire de la royauté capétienne de Philippe Auguste à Charles le Bel*, Paris, 2015.

40. L. Tuttle, *La Justice pénale devant la Cour du Parlement de saint Louis à Charles V (1230-1328)*, thèse Paris II, dir. G. Leyte et J.-M. Carbasse, 2014, à paraître.

41. Série X aux Archives Nationales, voir notamment F. Hildesheimer et M. Morgat-Bonnet, *Le Parlement de Paris : histoire d'un grand corps de l'État monarchique, XIII^e-XVIII^e siècle*, Honoré Champion, Paris, 2018.

premiers registres des arrêts de la Cour du roi⁴², seulement environ 15 % des affaires portent sur le droit pénal, le reste traitant d'affaires fiscales, possessoires, matrimoniales, de compétence, etc.⁴³.

Michel Foucault concentre donc une grande partie de ses recherches sur l'aspect pénal, ancêtre de ses outils disciplinaires, avec notamment la procédure inquisitoire et l'aveu, mais il insiste pourtant plus largement sur le rôle central « des pratiques juridiques ou plus précisément des pratiques judiciaires⁴⁴ » : il est particulièrement clairvoyant sur la nature de la dimension judiciaire du pouvoir royal, notamment lorsqu'il évoque l'origine germanique d'une conception mutuelle de la justice, sur une relation de pouvoir réciproque et normative ainsi qu'évoquée plus haut. Foucault écrit : « Juger ce n'est pas tellement exercer un pouvoir constitué, que prendre un risque. C'est jusqu'à un certain point entrer dans le litige⁴⁵ », ou encore « Rendre la justice n'est pas un droit : c'est une obligation, un risque. En rendant la justice, on s'expose, tout comme en face les plaideurs s'exposent à une décision. Les uns s'exposent à une décision ; en face les plaideurs s'exposent par une décision⁴⁶ ». Et en effet, le serment du sacre, la rhétorique carolingienne du *ministerium regis*, le droit romain réinterprété par Thomas d'Aquin selon qui le juge doit non seulement attribuer, mais rendre à chacun ce qui lui est dû⁴⁷, tout concourt à présenter la justice comme une dette qui pèse sur le seigneur-berger, le pasteur de son peuple.

De plus, le roi se doit d'être exemplaire devant Dieu et son peuple. Foucault écrit que « tout comme, d'un côté les faiblesses des brebis font

42. *Olim ou registre des arrêts*, éd. A. Beugnot, 3 vol., Paris, 1839.

43. Voir P.-A. Focadet, *Conquestus fuit domino regi. Le recours au roi d'après les arrêts du Parlement de Paris (1223-1285)*, Paris, De Boccard, 2018.

44. *DE*, t. I, p. 1408, cité par L. Guignard, « La pratique des discours de vérité : droit et psychiatrie au XIX^e siècle », *Une histoire au présent, op. cit.*, p. 197.

45. M. Foucault, *TIP*, p. 118. Voir aussi n. 1, un passage que Foucault avait raturé : « On peut dire que : – le pouvoir n'est pas tout entier du côté du justicier – et le devoir du côté du justiciable. Mais que : – le justiciable a le pouvoir de se constituer en juge dans la mesure où il n'a pas le pouvoir (ou renonce...) de l'emporter sur la partie adverse ; – le justicier a le devoir de rendre donc la justice ; ce devoir étant la conséquence de son pouvoir politique (militaire et religieux) ».

46. *Ibid.*, p. 124.

47. Thomas d'Aquin, *Somme théologique*, IIa IIæ, qu. 58, art. 1.

le mérite et assurent le salut du pasteur, inversement les fautes et les faiblesses du pasteur sont un élément dans l'édification des brebis et dans le mouvement, le processus par lequel il les guide lui-même vers le salut [...] mais à condition qu'il s'en repente explicitement, qu'il s'en humilie⁴⁸ ». Il ne pense alors pas aux vastes enquêtes menées à partir de 1247 et étudiées par Marie Dejoux⁴⁹, par lesquelles le roi envoie dans tout le royaume ses agents pour inciter le peuple à exposer leurs griefs à l'encontre de lui-même, de ses ancêtres et surtout des abus commis par son administration. C'est un exemple quasi-unique dans l'histoire d'un pouvoir qui « donne le bâton pour se faire battre », et ceci, pour « alléger sa conscience⁵⁰ ». Mais, la royauté trouve son intérêt car il se produit alors un vaste mouvement développant ce qu'un historien a appelé « consommation de la justice⁵¹ ». Dès lors en effet, les justiciables vont se presser aux tribunaux du roi qui ont acquis en légitimité, au détriment des justices concurrentes du monde féodal qui s'efface par là même. « Le justiciable court après le tribunal ; le tribunal court après le justiciable⁵² » remarque Foucault avec justesse. Avec cette justice qui ne s'impose pas mais se co-construit dans des relations de pouvoirs avec intérêts réciproques⁵³, il y a ce que Michel Senellart appelle une « demande d'État⁵⁴ »,

48. M. Foucault, *STP*, p. 176. Sur cet aspect voir aussi P. Aladjidi, *Le Roi père des pauvres, France XIII^e-XV^e siècles*, Rennes, PUR, 2009.

49. M. Dejoux, *Les Enquêtes de saint Louis. Gouverner et sauver son âme*, Paris, PUF, 2014.

50. J. R. Strayer, « La conscience du roi. Les enquêtes de 1258-1262 dans la sénéchaussée de Carcassonne-Béziers », dans *Mélanges Roger Aubenas*, Montpellier, 1978, p. 725-736.

51. D. L. Smail, *The Consumption of Justice. Emotions, Publicity and Legal Culture in Marseille, 1264-1423*, Londres, 2003.

52. M. Foucault, *TIP*, p. 136.

53. P.-A. Forcadet, « L'intérêt à agir et l'intérêt royal : aux origines de la justice publique au Moyen Âge », *La Notion d'intérêt*, dir. V. Barbé, S. Mauclair, à paraître.

54. M. Senellart, *Les Arts de gouverner, Du régime médiéval au concept de gouvernement*, Paris, 1995, p. 146, « Nous allons voir que, contrairement à l'idée reçue selon laquelle l'éthique royale exposée par les clercs traduirait une négation du politique, elle répond, dans le contexte, exceptionnel sans doute, du règne de Saint Louis, à une *demande d'État* : de quel discours l'État a-t-il besoin pour affirmer sa transcendance par rapport au corps social ? À cette demande de transcendance, que les siècles suivants transposeront, sur le plan juridique, en

d'un État peut-être pas tant reposant sur la coercition que sur une forme de proto-démocratie⁵⁵, du moins pas tant sur l'assujettissement qu'une forme plus subtile de subjectivation⁵⁶.

La justice, évidemment avec sa dimension religieuse, est à la fois une valeur, une vertu, et la possible mise en œuvre d'une institution pour la réaliser, c'est une fin tout autant qu'un moyen, alors que la loi quant à elle n'est jamais qu'un moyen. Et la justice ainsi conçue permet donc bien davantage d'intérioriser la norme. L'anthropologie a en effet distingué schématiquement deux types de rapports à la norme⁵⁷ : d'un côté, la culture de la culpabilité qui correspond au modèle du positivisme juridique et étatique avec des interdits préalables d'un côté, et de l'autre, la culture de la honte qui correspond plutôt au modèle jusnaturaliste, reposant sur l'honneur et le respect de comportements modèles vertueux et donc davantage sur la justice telle que conçue par la monarchie médiévale. En ce sens, le principe général, peut-être de par sa grande généralité : « accorder à chacun ce qui lui est dû » est à la fois une norme suprême et un code de conduite, à la fois à respecter par le justicier et le justiciable. Tel est l'un des aspects majeurs du gouvernement pastoral que Foucault a bien perçu sans le rendre de manière explicite.

Enfin, lorsque le mot « souveraineté » apparaît en langue française dans les années 1250, notamment dans les styles de jurisprudences ou le coutumier de Philippe Beaumanoir, il désigne exclusivement la supériorité

terme de souveraineté, les idéologues royaux apportent une réponse mystique. On se méprendrait gravement en estimant qu'elle reste aux antipodes d'une authentique théorie de l'État. Le rationalisme étatique qui se dégage progressivement des catégories ecclésiales de la communauté de salut n'est pas le contraire de la mystique royale. Il en découle plutôt, comme l'a brillamment démontré Kantorowicz ».

55. *Le Vrai Visage du Moyen Âge. Au-delà des idées reçues*, Paris, Vendémiaire, 2017 ; J. Dalarun, *Gouverner c'est servir : Essai de démocratie médiévale*, Paris, 2012.

56. Notion qui fera l'objet d'une prochaine étude à paraître dans la *Revue d'histoire du droit français et étranger*.

57. R. Benedict, *Le Chrysanthème et le sabre*, 1946, éd. fr., Paris, 1995 et E. Cantarella, *Ithaque, de la vengeance d'Ulysse à la naissance du droit*, Paris, 2003, p. 40 et s.

judiciaire, le plus souvent d'une cour de justice sur d'autres, par excellence celle du roi, le Parlement de Paris⁵⁸. Le pouvoir de relation de sujet à sujet trouve là une nouvelle expression vouée à un grand succès dans la construction d'un État de droit, mais dont le sens originel sera totalement détourné et réinterprété par la suite, notamment par Jean Bodin et les théories postérieures de l'État. Au Moyen Âge, en quasi-absence de lois générales au sens moderne du terme pour longtemps encore, au-dessus d'un droit coutumier insaisissable et fragmentaire, à côté d'un droit romano-canonique, fort justement qualifié de savant, la jurisprudence royale s'affirme comme le producteur majeur non seulement de milliers de jugements entre particuliers ou entre la royauté et ses sujets, mais d'un ensemble de normes et procédures durables au nom d'une norme suprême : la justice.

58. Qui plus est, le pasteur-souverain, juge suprême, dispose aussi du pouvoir de l'exception, de s'émanciper de la norme, par la grâce royale dont il dispose de façon tout à fait arbitraire. Sur tout cela voir notre thèse préc., *passim* et « Origines de l'appel judiciaire et naissance de la souveraineté royale au XIII^e siècle », dans *Les Cours d'appel Origines, histoire et enjeux contemporains*, dir. L. Soula, Rennes, PUR, 2016, p. 33-51.