

II. La force des lois

Nous entrons maintenant dans le mécanisme de la loi : on en étudie la logique, la structure et la mécanique interne, dans un esprit purement analytique, en dehors de toute préoccupation morale. Le but est de comprendre comment la mécanique politico-juridique fonctionne. L'analyse sera donc à la fois juridique, politique, économique, sociologique, etc.

A. La structure paradoxale de la loi

1. Pas de loi sans force

Remarquons d'abord que toute loi (positive) n'existe que s'il existe une force pour la faire respecter. Ainsi, dire qu'un individu A à un droit est équivalent à dire que si B tente d'empêcher A d'agir, un tiers, C, s'interpose et annule l'action de B. Concrètement, cela signifie qu'il n'y a pas de loi sans une force policière ou militaire pour la faire respecter. En ce sens le droit (positif) est donc toujours celui du plus fort.⁵ Pascal avait une conscience aiguë de cette nécessité :

Il est juste que ce qui est juste soit suivi, il est nécessaire que ce qui est le plus fort soit suivi. La justice sans la force est impuissante ; la force sans la justice est tyrannique. La justice sans force est contredite, parce qu'il y a toujours des méchants. La force sans la justice est accusée. Il faut donc mettre ensemble la justice et la force, et pour cela faire que ce qui est juste soit fort ou que ce qui est fort soit juste.

La justice est sujette à dispute. La force est très reconnaissable et sans dispute. Ainsi on n'a pas pu donner la force à la justice, parce que la force a contredit la justice et a dit qu'elle était injuste, et a dit que c'était elle qui était juste. Et ainsi ne pouvant faire que ce qui était juste fût fort, on a fait que ce qui est fort fût juste.

Blaise Pascal, *Pensées*, § 298

2. La loi est le réglage d'un rapport de force

Pourtant, la loi est aussi ce qui met fin à la force, ou plus exactement à la violence. D'où la structure paradoxale de la loi : elle repose sur la violence (l'Etat se définit, selon Max Weber, par le monopole de la violence légitime, exercée par la police) mais vise à exclure cette violence. Cette « essence » de la loi apparaît en toute clarté dans n'importe quel accord entre deux individus : la structure est la même quand deux enfants décident de faire une partie de Monopoly ou quand deux prisonniers s'associent dans une prison. C'est en raison de certains intérêts que l'on décide de respecter une règle. Cette règle peut être remise en cause dès qu'elle ne sert plus nos intérêts. De même, dans le cadre habituel de la loi édictée par l'Etat, l'individu ne respecte la loi que parce qu'elle sert ses intérêts, un rapport de force étant donné. Si la loi devient trop insupportable, la désobéissance, l'exil, le suicide, la révolte ou la révolution sont toujours possibles.

La loi est donc le réglage d'un rapport de force. Elle naît d'un conflit et met fin à ce conflit, mais ce conflit reste la toile de fond qui constitue sa réalité essentielle. Foucault propose de comprendre tout pacte, tout Etat, toute loi à partir de la guerre, non pas l'hypothèse abstraite de la guerre telle qu'on la trouve chez Hobbes (pour qui l'état de nature guerrier n'est qu'une hypothèse qui nous montre le bien-fondé de l'Etat, même dictatorial), mais une guerre bien réelle, qui se prolonge sous les institutions. C'est ainsi qu'il renverse la formule de Clausewitz, et affirme que « la politique est la continuation de la guerre par d'autres moyens »⁶.

⁵ C'est parce qu'il ignore volontairement ce sens du mot que Rousseau peut dire que l'idée d'un « droit du plus fort » n'a aucun sens.

⁶ Michel Foucault, *Dits et écrits*, III, § 187.

Le pouvoir politique ne commence pas quand cesse la guerre. L'organisation, la structure juridique du pouvoir, des Etats, des monarchies, des sociétés n'a pas son principe là où cesse le bruit des armes. La guerre n'est pas conjurée. D'abord, bien sûr, la guerre a présidé à la naissance des Etats : le droit, la paix, les lois sont nés dans le sang et la boue des batailles. Mais par là il ne faut pas entendre des batailles idéales, des rivalités telles que les imaginent les philosophes ou les juristes : il ne s'agit pas d'une sorte de sauvagerie théorique. La loi ne naît pas de la nature, auprès des sources que fréquentent les premiers bergers ; la loi naît de batailles réelles, des victoires, des massacres, des conquêtes qui ont leur date et leur héros d'horreur ; la loi naît des villes incendiées, des terres ravagées ; elle naît avec les fameux innocents qui agonisent dans le jour qui se lève.

Mais cela ne veut pas dire que la société, la loi et l'Etat soient comme l'armistice dans ces guerres, ou la sanction⁷ définitive des victoires. La loi n'est pas pacification, car sous la loi, la guerre continue à faire rage à l'intérieur de tous les mécanismes de pouvoir, même les plus réguliers. C'est la guerre qui est le moteur des institutions et de l'ordre : la paix, dans le moindre de ses rouages, fait sourdement la guerre. Autrement dit, il faut déchiffrer la guerre sous la paix : la guerre, c'est le chiffre. Nous sommes donc en guerre les uns contre les autres ; un front de bataille traverse la société tout entière, continûment et en permanence, et c'est ce front de bataille qui place chacun de nous dans un camp ou un autre. Il n'y a pas de sujet neutre. On est forcément l'adversaire de quelqu'un.

Michel Foucault, *Cours au Collège de France*, « Il faut défendre la société », 21 jan. 1976

Voyez aussi *Cent ans de solitude*, de Gabriel García Márquez : « Un jour que le père Nicanor s'en vint le voir sous son châtaigner avec un damier et une boîte de jetons pour le convier à jouer aux dames avec lui, José Arcadio Buendia ne voulut point accepter car, lui dit-il, jamais il n'avait pu comprendre quel sens pouvait revêtir un combat entre deux adversaires d'accord sur les mêmes principes. » Cette réflexion montre avec humour qu'un conflit réglé n'est jamais qu'un simulacre de conflit.

3. L'exception confirme la règle : état d'exception et raison d'Etat

Cette structure paradoxale de la loi se manifeste explicitement dans la loi elle-même. Celle-ci prévoit en effet la possibilité d'être suspendue momentanément afin de mieux se maintenir à plus long terme. C'est le sens du concept d'état d'urgence, d'état de siège ou d'état d'exception. A chaque fois, il s'agit de se donner la possibilité de ne plus respecter le droit afin de mieux maintenir la domination étatique qui en est l'essence et l'origine. Dans la Constitution française actuelle, cette disposition se trouve à l'article 16 :

Article 16

Lorsque les institutions de la République, l'indépendance de la nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux sont menacés d'une manière grave et immédiate et que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu, le Président de la République prend les mesures exigées par ces circonstances, après consultation officielle du Premier ministre, des présidents des assemblées ainsi que du Conseil constitutionnel.

Il en informe la Nation par un message.

Ces mesures doivent être inspirées par la volonté d'assurer aux pouvoirs publics constitutionnels, dans les moindres délais, les moyens d'accomplir leur mission. Le Conseil constitutionnel est consulté à leur sujet.

Le Parlement se réunit de plein droit.

L'Assemblée nationale ne peut être dissoute pendant l'exercice des pouvoirs exceptionnels.

Constitution française de 1958

⁷ Sanction : résultat.

Le philosophe italien contemporain Giorgio Agamben (né en 1942) voit dans l'état d'exception le paradigme du gouvernement contemporain. L'exception consiste à capturer quelque chose d'extérieur, à exclure pour inclure. Cette structure de l'état d'exception se retrouve aussi bien dans le camp de concentration nazi, dans la prison de Guantanamo et dans la suspension du droit au nom de la sécurité (*Patriot Act*, plan vigipirate). Les Etats-Unis tendent à établir un état d'exception global face au terrorisme, et plus généralement l'état d'exception tend à devenir la règle, le mode normal de gouvernement. Selon Agamben cet état d'exception remet en cause l'idée de démocratie : on ne peut pas concilier une démocratie véritable avec une politique qui n'a plus d'autre concept, d'autre paradigme que la sécurité.