

*Pouvoir sur la vie et droits humains**

Marcelo Raffin

À partir de la fin des années 1970, Michel Foucault a proposé une distinction entre les notions de « droits de l'homme » et de « droits des gouvernés ». Il soutient à cet égard que la première notion est dépendante de la gouvernementalité alors que la seconde est l'affirmation ou la revendication de l'indépendance des gouvernés à l'égard de la gouvernementalité. Voilà pourquoi il affirme que les « droits de l'homme » et les « droits des gouvernés » marquent deux conceptions absolument hétérogènes de la liberté. C'est cette distinction qui nous a en quelque sorte inspiré pour repenser la production de droits, et notamment la figure des « droits humains », comme une stratégie politique de résistance aux pouvoirs et comme « pratique de liberté ».

Dans cette contribution, nous souhaitons reprendre cette distinction proposée par Foucault entre « droits de l'homme » et « droits des gouvernés », et la critique qu'elle implique, pour poser une question à l'égard de la potentialité et de la portée des droits humains dans l'arène politique actuelle. Nous allons nous efforcer de répondre à cette question à partir de la position foucauldienne à l'égard de la politique et de la pro-

* Cet article constitue une diffusion de résultats partiels de mes recherches au Conseil national de la recherche scientifique et technique (CONICET) d'Argentine et à l'Université de Buenos Aires (UBA) sur la notion de politique dans la pensée de Michel Foucault. L'article reprend également certaines idées présentées dans les textes suivants : *Droits humains et émancipation : un outil pour la démocratie ? Une analyse de la potentialité des droits à partir de la pensée foucauldienne*, « Revista Praxis Filosófica Nueva Serie », (2018), n. 47, Universidad del Valle, Cali, Colombie ; *'Derechos del hombre/derechos humanos' versus 'derechos de los gobernados' : un análisis de la producción de derechos en el pensamiento de Michel Foucault*, « Dorsal. Revista de Estudios Foucaultianos », (2019), n. 7, Cenaltes/Red Iberoamericana Foucault – ainsi que dans des réunions scientifiques au cours de l'année 2019, notamment : « 'Droits de l'homme' versus 'droits des gouvernés' dans la pensée foucauldienne : une analyse de la potentialité des droits dans l'arène politique actuelle », Séminaire « Dialogues philosophiques », organisé par le Laboratoire LLCP de l'Université Paris 8, le 2 avril 2019, et « Pouvoir sur la vie et droits humains », Colloque international « Vie, Violence, Pouvoir » (ViiP), organisé par Philippe Sabot à l'Université de Lille, les 2 et 3 octobre 2019.

duction de droits, notamment de ce que Foucault appelle les « droits des gouvernés », en tant que ceux-ci sont liés, à leur tour, dans leur propre production, à la notion de « nouveau droit ».

Nous allons développer cette analyse en partant d'un constat qui touche à la réalité des politiques locales, nationales, régionales et internationales : cette réalité se caractérise par un processus parfois consécutif mais parfois également corrélatif d'apogée et de chute des droits humains ou de ce que l'on pourrait entendre, en d'autres mots, comme un processus de légitimation *et* de délégitimation des droits humains. Ce qui revient à dire que les droits humains constituent aujourd'hui une réalité paradoxale, avec des connotations positives et négatives.

C'est donc face à cette configuration paradoxale des droits humains dans l'arène politique actuelle que nous souhaitons poser la question qui vient d'être énoncée afin d'explorer la possibilité de proposer une réhabilitation ou une nouvelle légitimation des droits humains. Pour ce faire, il importe de tenir compte des critiques qui, dans certains cas, ont été raisonnablement adressées aux droits humains mais il importe au moins autant de chercher à penser également ceux-ci à partir de leur potentialité comme stratégie, comme outil d'émancipation et comme arme d'une lutte et d'une création politiques dans l'arène contemporaine tant au niveau local ou interne de chaque État qu'au niveau régional et international.

L'argumentation que nous allons développer comportera deux moments principaux, précédés par un bref excursus sur la distinction entre les notions de « droits de l'homme » et de « droits humains ». Le premier temps de l'analyse sera consacré à la question de la production de droits chez Foucault et à la distinction que ce dernier propose entre « droits de l'homme » et « droits des gouvernés » ; dans un second temps, nous envisagerons la potentialité et la portée des « droits humains » comme stratégie politique de résistance aux pouvoirs et comme « pratique de liberté ».

Excursus sur les notions de « droits de l'homme » et de « droits humains »

Partons d'une remarque concernant l'emploi de la notion de « droits humains », notamment en France. Dans nos démocraties actuelles, il faut plutôt parler de « droits humains » au lieu de parler de « droits de

l'homme ». Sur ce point, il faut donc expliciter une distinction qui ne va pas de soi, du moins en langue française. Qu'entend-on par « droits de l'homme » et par « droits humains » ? S'agit-il d'expressions synonymes ? Ou s'agit-il tout simplement d'un problème de traduction en français de l'expression « human rights », « derechos humanos », « direitos humanos », etc. ou d'un usage du langage ? À vrai dire, non. Il s'agit de deux notions différentes, qui impliquent des relations différentes entre l'État comme sujet des obligations et les personnes comme sujets des droits, et ces notions sont apparues à des moments historiques différents et comme conséquence de situations différentes.

Les « droits de l'homme » sont la figure politico-juridique qui consacre les droits naturels modernes provenant du paradigme de la philosophie du droit naturel moderne rationaliste et qui rend compte du lien fondamental entre l'État et ses nationaux, ou plus spécifiquement ses citoyens, malgré la vocation universaliste ouverte consacrée dans la lettre de la loi. La figure des droits de l'homme est celle qui apparaît dans les déclarations de droits des XVII^e et XVIII^e siècles et qui passera ensuite dans l'univers des constitutions modernes du constitutionnalisme classique, à l'intérieur du domaine des États-nations. Elle s'appuie sur la fiction d'un sujet universel mais, en réalité, ce sujet n'est autre qu'un homme blanc, européen, adulte, hétérosexuel, propriétaire et chrétien qui exclut toute autre forme de « l'humain », c'est-à-dire les femmes, les enfants, les extra-européens, les esclaves et les diversités sexuelles et religieuses.

Au contraire, les « droits humains » établissent un lien clair entre les États comme sujets des obligations et toutes les personnes, indépendamment de leur statut politico-juridique (soit des nationaux, soit des étrangers, soit des apatrides) comme sujet de droits, c'est-à-dire « l'humanité », du moins comme type idéal à la Weber (c'est-à-dire comme un type « idéal » qui n'apparaît jamais « pur » dans la réalité) et qui, dans ce cas, devra être évalué à partir des obligations que chaque État assume en la matière.

Les « droits humains » apparaissent dans la sphère internationale (dans la politique et le droit internationaux) après la Seconde Guerre mondiale sur la base des antécédents des droits de l'homme qu'ils vont redéfinir avec ce nouveau terme. Voilà pourquoi on les appelle « droits humains » (« human rights », « derechos humanos », « direitos humanos ») pour marquer la différence avec les « droits de l'homme » (« rights of Man »),

« derechos del hombre », « direitos do homem »). La distinction n'a pas été retenue en français, ce qui rend cette distinction confuse.

Comme on peut le voir, la distinction conceptuelle entre les deux notions n'est pas négligeable quand bien même, à maintes reprises, elle n'est pas retenue ou elle est même ignorée. Qui plus est, de nombreux États utilisent l'expression « droits humains » pour nommer des politiques ou des programmes d'action qui se réfèrent, en réalité, à la notion traditionnelle de « droits de l'homme » dans la mesure où ils ne reconnaissent ces droits qu'à leurs nationaux¹.

La production de droits chez Foucault et la distinction entre « droits de l'homme » et « droits des gouvernés »

La question de la production de droits chez Foucault doit être mise en perspective à partir de la question plus large de la politique. Il est possible de distinguer deux notions ou deux « images » différentes de la politique chez Foucault : l'une de ces notions est liée à l'analyse qu'il propose du paradigme de la biopolitique et de la gouvernementalité, où la politique apparaît complètement liée aux dispositifs du gouvernement sur la vie qui lui font adopter une forme particulière et qui l'empêchent de se déployer autrement ; l'autre notion, au contraire, va plutôt lier la politique à l'exercice de la résistance et des pratiques de liberté à travers les pratiques d'un gouvernement de soi et des autres qui mène à la création et à la production de formes de vie à partir de nos propres désirs et de nos propres idées.

La question de la production de droits chez Foucault comme stratégie et comme outil politiques apparaît donc dans l'inflexion qui se joue entre ces deux notions de la politique. En même temps, la production de droits

¹ Voici quelques exemples récents de la référence à la notion conceptuelle de « droits de l'homme » sous l'expression « droits humains » : cf. les affaires Verdugo Urquidez (1990) et Álvarez Machaín (1992) (Cour Suprême des États-Unis d'Amérique) ou Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique vs. États-Unis d'Amérique) (Cour internationale de Justice, 2004) ou, en termes généraux, les conditionnements imposés par l'Union européenne à la réalisation effective de ces droits à l'égard de personnes qui n'appartiennent pas à l'Union.

chez lui permet de lier clairement ses idées à ses prises de position de militant, dès lors que les « droits des gouvernés » apparaissent dans sa pensée comme la consécration de ses idées sur la résistance aux pouvoirs et, plus précisément, à la gouvernementalité.

C'est pourquoi on trouve chez Foucault, tout d'abord, une opposition entre les « droits de l'homme » et les « droits des gouvernés » : les « droits de l'homme » font l'objet d'une critique acerbe dans la mesure où ils sont dépendants du paradigme biopolitique tandis que les « droits des gouvernés » apparaissent comme une revendication et une conquête valable contre ce même paradigme. Mais il y a également chez lui une notion particulière, celle de « nouveau droit », qui est liée à la production de droits comme résistance à la biopolitique et à la gouvernementalité.

Foucault parle expressément et à plusieurs reprises, à partir de la fin des années 1970, de l'opposition des « droits de l'homme » et des « droits des gouvernés ». Il critique la figure des « droits de l'homme » et soutient au contraire le besoin de produire des « droits des gouvernés » dans lesquels il voit la consécration politique-juridique des luttes socio-politiques. Nous allons reprendre et analyser les moments les plus importants de ce parcours.

Comme Michel Senellart le signale dans la « Situation » des cours au Collège de France de 1978 (*Sécurité, territoire, population*) et 1979 (*Naissance de la biopolitique*), c'est en référence au mouvement de la dissidence soviétique que Foucault théorise pour la première fois, en novembre 1977, le « droit des gouvernés »² qu'il juge « plus précis » et « plus historiquement déterminé » que les droits de l'homme, au nom de « la légitime défense à l'égard des gouvernements »³.

Concrètement, Foucault affirme ces idées par rapport à l'affaire Klaus Croissant, l'avocat de la Fraction Armée Rouge (Rote Armee Fraktion – RAF), accusé de complicité avec ses clients et interdit d'exercice en République Fédérale d'Allemagne. Klaus Croissant se réfugie alors en France en juillet 1977 et demande l'asile politique. Quelques mois plus tard,

² Cf. M. Senellart, « Situation du cours », dans M. Foucault, *Sécurité, territoire, population. Cours au Collège de France. 1977-1978*, Paris, Gallimard-Seuil-EHESS, coll. « Hautes études », 2004, p. 384.

³ M. Foucault, « Va-t-on extraditer Klaus Croissant ? » (1977), dans *Dits et écrits*, Paris, Gallimard, coll. « Bibliothèque des sciences humaines », 1994, III, n° 210, p. 362 et p. 364.

Croissant est incarcéré à la Santé et extradé vers la RFA. Le jour de l'extradition, Foucault participe à une manifestation organisée devant la prison et prend fermement position en faveur de la reconnaissance du droit d'asile pour Croissant. Il lui consacre des articles et des entretiens, dont celui qu'il publie dans *Le Nouvel Observateur* (n° 679, 14-20 novembre 1977), sous le titre « Va-t-on extradier Klaus Croissant ? », où il présente, pour la première fois, sa notion d'un « droit des gouvernés » qu'il oppose aux « droits de l'homme ».

Mais pour mieux comprendre la critique de Foucault à l'égard des « droits de l'homme » et sa proposition d'un « droit des gouvernés », il faut remonter un peu plus loin dans le temps et rappeler l'une des conséquences fondamentales liée à l'émergence du paradigme de la biopolitique. Dans le chapitre conclusif de *La Volonté de savoir*, intitulé « Droit de mort et pouvoir sur la vie », Foucault affirme que l'une des conséquences fondamentales de la biopolitique est le tournant décisif opéré par le privilège accordé à la norme aux dépens du système juridique de la loi.

C'est ce tournant qui a conduit à placer la vie de l'homme en tant qu'espèce vivante au centre des expressions juridiques. De cette manière, il note que « le « droit » à la vie, au corps, à la santé, au bonheur, à la satisfaction des besoins, le « droit », par-delà toutes les oppressions ou « aliénations », à retrouver ce qu'on est et tout ce qu'on peut être, ce « droit » si incompréhensible pour le système juridique classique, a été la réplique politique à toutes ces procédures nouvelles de pouvoir qui, elles non plus, ne relèvent pas du droit traditionnel de la souveraineté »⁴.

Par conséquent, les droits de l'homme de la fin du XVIII^e siècle et du XIX^e (et ensuite, on pourrait ajouter les droits humains, bien que la distinction soit problématique chez Foucault) peuvent apparaître comme la manifestation de la biopolitique et donc de l'imbrication fondamentale de la vie et du pouvoir qui caractérise la modernité⁵. Si cette position est bien celle que Foucault soutient dans le passage qui vient d'être cité, alors

⁴ M. Foucault, *La Volonté de savoir, Histoire de la sexualité I*, Paris, Gallimard, coll. « Bibliothèque des histoires », 1976 ; rééd. coll. « Tel », 1995, p. 191.

⁵ Cette distinction, d'un côté, renvoie notamment, mais pas exclusivement, à une notion qui coïncide temporellement plutôt avec celle de droits de l'homme et, de l'autre, comme je l'ai déjà souligné, on ne distingue pas, du moins en France, entre les deux expressions.

les droits de l'homme et les droits humains ne sont plus qu'une fiction ou un dispositif de capture de la vie par le pouvoir. Néanmoins, il importe de signaler une certaine ambiguïté dans les termes employés par Foucault lui-même. L'interprétation de ce passage dépend notamment du sens que l'on peut assigner à l'idée d'une « réplique politique » concernant toutes les nouvelles procédures de pouvoir.

Si l'on comprend cette expression comme la conséquence nécessaire de l'apparition du paradigme de la biopolitique, alors il faut conclure que le droit, dans toutes les déclinaisons signalées (droit à la vie, au corps, à la santé, au bonheur, à la satisfaction des besoins, etc.), qui coïncident avec certaines expressions des droits de l'homme/droits humains, et, par conséquent, les droits de l'homme/droits humains mêmes, ne sont pas autre chose qu'un ensemble de dispositifs qui déploient, reproduisent et renforcent ce paradigme.

Mais si l'on comprend la « réplique politique » comme une réaction à l'apparition du paradigme biopolitique comprise en termes d'affrontement ou de résistance, alors le droit (dans toutes les déclinaisons signalées), et les droits de l'homme et les droits humains, peuvent apparaître plutôt comme une instance de résistance et d'exercice d'un contre-pouvoir face au paradigme biopolitique.

Cette ambiguïté par rapport au sens qu'il est possible d'attribuer à l'expression « réplique politique » est encore renforcée par le parallélisme que Foucault établit entre la vie et le droit dans le passage cité. De même que la vie s'exécute elle-même, de même le droit peut s'exécuter lui-même. Et de même que, dans les luttes politiques de la modernité avancée, la vie a été retournée contre le système qui prétendait la contrôler (la biopolitique), de même le droit peut, éventuellement, dans certains cas, être retourné contre la biopolitique, en contrevenant à son rôle de légitimation de ce paradigme, dans la mesure où il peut traduire des revendications ou des demandes comme la vie, le corps, la santé (en un mot, comme Foucault le résume, la rencontre avec « ce qu'on est et tout ce qu'on peut être »), par des formulations juridiques (« droit à la vie », « droit au corps », « droit à la santé », etc.).

Ce qui apparaît dans cette formulation foucauldienne c'est, pour le dire plus spécifiquement, la potentialité de la vie comme résistance au pouvoir. Suivant cette même formulation, on peut donc comprendre l'idée d'un

droit qui serait une « réplique politique » comme celle d'un exercice de résistance à la biopolitique et comme la possibilité de production de formes juridiques différentes de celles qui légitiment le paradigme biopolitique. De cette manière, Foucault ouvre la voie à la production de droits à partir de l'immanence d'une situation concrète de lutte, même s'il ne parle pas ici directement de « droits de l'homme/droits humains » ni de « droits des gouvernés ».

À plusieurs reprises dans ses cours au Collège de France de 1978 et 1979, Foucault développe sa critique des droits de l'homme/droits humains en soulignant qu'ils sont l'expression de la gouvernementalité. Néanmoins, s'il critique ces droits, il n'en demeure pas moins vrai qu'il ne rejette pas la possibilité de produire des droits à partir de l'exercice de résistances et de « contre-pouvoirs » se déployant face à la rationalité gouvernementale. Dans ce cas, il préfère parler de « droits des gouvernés » en tant qu'expression de l'exercice de la résistance face au bio-pouvoir. Précisément, dans les cours de 1978 et 1979, Foucault avance cette idée de « droits des gouvernés » ; elle apparaît liée à l'idée de l'autonomie de l'action politique par rapport au paradigme de la gouvernementalité.

Ainsi, Foucault présente les « droits des gouvernés » comme l'affirmation ou la revendication de l'indépendance des gouvernés à l'égard de la gouvernementalité libérale par opposition aux « droits de l'homme » qui en sont dépendants. Cette distinction est posée afin de signaler qu'au moment de l'émergence de la rationalité d'une gouvernementalité libérale à la fin du XVIII^e siècle deux conceptions différentes, « hétérogènes » mais non contradictoires, émergent et permettent de rendre compte de la limitation interne de cette rationalité.

En effet, Foucault explique que cette limitation de la nouvelle raison gouvernementale s'est produite selon deux voies : la voie révolutionnaire française et la voie du radicalisme anglais. Elles se sont appuyées sur deux éléments différents, le droit et la pratique gouvernementale elle-même, et ont impliqué deux conceptions hétérogènes de la loi et de la liberté.

La voie révolutionnaire soutient que tout individu possède originairement, pour lui-même, une certaine liberté dont il cède ou non une partie déterminée sous la forme de droits fondamentaux, alors que la voie radicale entend la liberté à partir de l'indépendance des gouvernés par rapport aux gouvernants. Voilà pourquoi Foucault signale qu'on est ici

devant deux conceptions absolument hétérogènes de la liberté conçues, respectivement, à partir des « droits de l'homme » et des « droits des gouvernés ».

Les deux systèmes ont donc une origine historique différente et comportent une hétérogénéité essentielle. Ces affirmations foucaaldiennes supposent une thèse forte par rapport à la fonction du droit et de la liberté dans la formation des sociétés modernes occidentales et de la rationalité gouvernementale libérale.

Cette thèse implique que les « droits humains » actuels plongent leurs racines dans la rationalité libérale. Et, plus encore, qu'aujourd'hui, à chaque fois que nous invoquons ces droits, nous réactivons l'ambiguïté qui marque leur origine : le fait qu'ils proviennent aussi bien d'un paradigme que de l'autre, le fait qu'ils mettent en œuvre aussi bien le système des « droits de l'homme », dépendants de la doctrine des droits naturels modernes, que le système de « l'indépendance des gouvernés » à l'égard des gouvernements et des gouvernants.

Lorsque Foucault signale cette hétérogénéité, il ne veut pas dire qu'il s'agit de systèmes séparés, incompatibles ou exclusifs, mais qu'il existe une connexion incessante entre les deux. C'est pourquoi il reprend ce point crucial de l'ambiguïté qui caractérise la figure des « droits de l'homme » depuis leur naissance, dans l'analyse de la virtualité et de la potentialité de ces droits dans le monde actuel comme « droits humains », à partir d'une logique stratégique de connexion de l'hétérogène (par opposition à une logique dialectique d'homogénéisation du contradictoire).

Ceci l'amène donc à soutenir, dans *Naissance de la biopolitique*, que le problème actuel de ce qu'on appelle les droits de l'homme se formule de la manière suivante : il suffirait de vérifier où, dans quel pays, comment, sous quelle forme, ils sont revendiqués pour voir que, dans certains cas, il est question de la sphère juridique des droits de l'homme, et que dans d'autres cas il est question d'autre chose, à savoir, par rapport à la gouvernementalité, l'affirmation ou la revendication de l'indépendance des gouvernés⁶.

⁶ M. Foucault, *Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France. 1978-1979*, Paris, Gallimard-Seuil-EHESS, coll. « Hautes études », 2004, p. 43.

Les « droits des gouvernés » se présentent ainsi, sous la logique de la connexion de l'hétérogène, comme une « stratégie », c'est-à-dire comme un outil et, notamment, comme une arme politique et juridique pour lutter contre la gouvernementalité contemporaine en renversant l'ordre établi ou visant à créer un autre ordre des choses.

Foucault évoque à nouveau cette conception du « droit des gouvernés » dans l'entretien donné en août 1979 à Farès Sassine pour le magazine *An Nabar al'arabî wa addûmalî* et publié à Paris, à propos des prises de position du philosophe français par rapport à la révolution iranienne. Le texte de l'entretien paraît en arabe et pour la première fois dans sa langue originelle dans la revue *Rodéo* en 2013⁷. Foucault parle ici de « droits de l'homme » à partir d'une question posée par Sassine.

Cette question porte sur les positions développées par Foucault en réaction aux premières actions du gouvernement révolutionnaire iranien, que ce soit dans sa lettre ouverte au Premier Ministre iranien Mehdi Bazargan (avril 1979) ou dans l'article « Inutile de se soulever ? » (mai 1979), où il répondait à certaines critiques qu'on lui avait adressées par rapport au soulèvement iranien de 1978.

À partir des premières exécutions des opposants et des mesures répressives du nouveau régime, Foucault affirme dans sa lettre ouverte, qu'il y a des limites (des lois et des droits) que les gouvernements ne peuvent pas méconnaître. Parmi ces limites, il pense aux « droits de l'homme ». Sassine reprend cette position pour questionner la portée de l'universel qu'elle implique. Dans sa réponse, Foucault souligne que les « droits de l'homme » n'existent pas en tant que droits universels mais que, bien au contraire, ils ont une histoire, une partialité historique ; ce qui est universel, affirme Foucault, c'est « qu'il faut qu'il y ait du droit » car si on n'oppose pas un droit au gouvernement, si on n'oppose pas un droit aux mécanismes et aux dispositifs de pouvoir, alors « ils ne peuvent pas ne pas s'emballer, ils ne s'auto-restreindront jamais »⁸.

Par conséquent, Foucault définit ici les « droits de l'homme » (et il faut souligner qu'il se réfère plutôt à ce qu'il est en train de définir par ailleurs comme les « droits des gouvernés ») comme la « forme d'universel jamais

⁷ M. Foucault, « Entretien inédit » (1979), dans *Assassines. Le Blog de Farès Sassine* : <https://fares-sassine.blogspot.com/2014/08/entretien-inedit-avec-michel-foucault.html>.

⁸ *Ibidem*.

définie dans une forme spécifique » qui est ce à travers quoi on peut fixer une limite à un gouvernement (« ce avec quoi on peut marquer un gouvernement »)⁹.

Dans la même ligne, l'idée des « droits des gouvernés » apparaît également à l'occasion d'un texte en faveur des prisonniers politiques, rédigé par Foucault lui-même à Genève en 1981, et diffusé sous le titre de « Face aux gouvernements, les droits de l'homme »¹⁰. Foucault a lu ce texte quelques minutes après l'avoir écrit, à l'occasion de la conférence de presse annonçant à Genève la création du Comité international contre la piraterie, en juin 1981. Il est vrai que le titre du texte mentionne les « droits de l'homme » et non les « droits des gouvernés ». Qu'est-ce que cela veut dire ? Pourquoi cette mention des « droits de l'homme » alors que Foucault récuse cette notion et propose à la place celle de « droits des gouvernés » ? Il est probable que le titre a été décidé par la rédaction du journal *Libération*, où le texte a été publié dans l'édition du 30 juin-1^{er} juillet 1984, à l'occasion de la mort de Foucault. C'est ce que prétend Daniel Defert.

Mais il est également possible que Foucault ait accepté ce titre comme une stratégie politique, dès lors que le texte en question a bien été écrit afin d'obtenir le plus grand nombre d'adhésions possible et qu'il prétendait devenir une nouvelle « Déclaration des droits de l'homme », en reprenant une dénomination intelligible pour le plus grand nombre.

Or, dans le texte même, Foucault ne parle jamais de « droits de l'homme » mais de « droits des gouvernés » ce qui lui permet de soutenir sa position de production de droits à partir de l'immanence même de la lutte politique, de la résistance aux pouvoirs et du soulèvement, sans tomber dans les pièges de la notion transcendantale de « droits de l'homme » avec tous les faux-semblants qu'elle comporte¹¹.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ M. Foucault, « Face aux gouvernements, les droits de l'homme » (1984), dans *Dits et écrits*, *op. cit.*, IV, n° 355.

¹¹ Dans le texte, l'acte de résistance est caractérisé à partir de trois principes : la citoyenneté internationale, le droit absolu de soulèvement contre les pouvoirs et le droit des gouvernés à intervenir effectivement dans les politiques et les stratégies internationales. Cela contrevient au partage des tâches traditionnelles propre à la gouvernamentalité moderne, entre gouvernants et gouvernés, réservant aux gouvernés le rôle d'une indignation qui reste toujours lyrique.

Foucault parle également des « droits de l'homme » de manière explicite, dans un passage d'un autre entretien publié dans *Les Nouvelles littéraires*, en octobre 1982 (« Michel Foucault : « L'expérience morale et sociale des Polonais ne peut plus être effacée » »). À la question qu'on lui pose sur la manière d'élaborer une authentique politique des droits de l'homme, il répond : « Si des gouvernements font des droits de l'homme l'ossature et le cadre même de leur action politique, c'est très bien. Mais les droits de l'homme, c'est surtout ce que j'oppose aux gouvernements. Ce sont des limites que l'on pose à tous les gouvernements possibles »¹². Dans ce passage Foucault reprend la signification qu'il avait donnée aux « droits de l'homme » dans l'entretien avec Sassine en 1979.

Il ne faut pas oublier que, lorsque Foucault parle ici de la question des « droits de l'homme », il répond à une question concrète qu'on vient de lui poser et qu'il le fait dans un sens stratégique pour signifier la résistance aux « gouvernements » (comme c'était le cas également dans l'entretien avec Sassine), ce qui correspond donc complètement à sa notion de « droits des gouvernés » (une notion qui, là encore, n'est pas connue du grand public visé par l'entretien).

Qui plus est, face à l'insistance du journaliste sur la possibilité de considérer les « droits de l'homme » comme un critère permettant d'évaluer toute situation politique qui évite de transiger avec ces droits, Foucault revient sur sa critique des « droits de l'homme » en tant que ceux-ci seraient liés à une rationalité universelle capable de fournir des critères d'action face à toutes les situations possibles. Il déclare explicitement : « Vous avez là une perspective merveilleusement XVIII^e siècle où la reconnaissance d'une certaine forme de rationalité juridique permettrait devant toutes les situations possibles de définir le bien et le mal »¹³.

En ce sens, on ne saurait souscrire à l'affirmation de Ben Golder qui, dans son ouvrage *Foucault and the Politics of Rights*, parle d'un usage ou d'une invocation du discours des « droits de l'homme » chez Foucault dans sa production des dernières années (entre la fin des années 1970 et le début des années 1980). Il est vraiment étonnant de constater que les citations

¹² M. Foucault, « Michel Foucault : « L'expérience morale et sociale des Polonais ne peut plus être effacée » » (1982), dans *Dits et écrits, op. cit.*, IV, n° 321, p. 349.

¹³ *Ibidem*.

proposées par Golder pour soutenir sa position (« Lettre ouverte à Mehdi Bazargan », « Michel Foucault : « L'expérience morale et sociale des Polonais ne peut plus être effacée », « Contre les gouvernements, droits de l'homme » et même le passage cité plus haut extrait du cours *Naissance de la biopolitique*) s'orientent en réalité dans la direction contraire.

Même dans le cas des entretiens de 1979 et 1982, où Foucault reprend explicitement l'expression « droits de l'homme », mais afin de répondre à la question qu'on lui a posée et, comme nous venons de le souligner, dans un sens stratégique et non pas conceptuel du terme, sa position reste toujours celle d'un questionnement et d'un refus de la conception classique des « droits de l'homme ». Il ne faut pas non plus oublier que ce que Foucault propose toujours à sa place, c'est la notion du « droit des gouvernés ».

Dans cette ligne, le livre de Golder présente, cependant, des remarques intéressantes concernant la nature des droits chez Foucault (à l'égard de ce qu'il considère, à notre sens, de manière erronée, comme les « droits de l'homme » et qu'il place sur le même plan que les « droits des gouvernés »), ce qui peut s'appliquer en outre de manière générale à la production de droits chez le philosophe français. Ainsi, Golder soutient qu'il s'agit de « demandes de droits qui renient ouvertement tout type de statut fondationnel et que rien ne garantit. La seule "garantie" accordée à ces droits apparaît dans leur propre exercice »¹⁴.

Toutefois, la notion même de « droits des gouvernés » n'est pas elle-même exempte de problèmes théorico-philosophiques lorsqu'il s'agit de formuler les revendications politiques ou les actes de résistance aux pouvoirs en termes de droits, c'est-à-dire en termes d'expressions juridiques prenant la forme de « droits ». Si, chez Foucault, l'immanence de la lutte politique permet de produire des droits, lorsqu'on prétend formuler un objet en termes juridiques comme une expression de droit, comme un « droit », on ne saurait éviter un plan de transcendance propre à ce domaine.

Cela revient à dire qu'à chaque fois qu'on prétendra constituer des revendications politiques (ou même sociales, culturelles ou économiques)

¹⁴ B. Golder, *Foucault and the Politics of Rights*, Stanford, Stanford University Press, 2015, p. 79 (nous traduisons).

en termes de « droits », on sera obligé de faire appel à une dimension transcendante qui définit le droit comme tel, du moins tel qu'on le connaît jusqu'à aujourd'hui sous ce nom (*ius*) à partir d'un critère définissant tous les éléments possibles et éventuels d'un ensemble (loi ou ordre juridique). À moins qu'on veuille y voir l'expression d'autre chose qu'un « droit » au sens juridique traditionnel, mais alors il serait préférable d'employer un autre terme que celui de « droit » car celui-ci est chargé de trop d'histoire et de trop de connotations spécifiques. Ces observations ne concernent cependant qu'un problème théorico-philosophique qui ne nuit aucunement à la puissance pratique de la notion de « droits des gouvernés » proposée par Foucault.

Finalement, il faudrait peut-être dire que la notion de « droits des gouvernés » est liée à celle de « nouveau droit » que Foucault présente en 1976 dans le cours « *Il faut défendre la société* ». Le « nouveau droit » est une notion qui renvoie à la possibilité de la création ou de la production de droits à partir de la résistance aux pouvoirs. Par conséquent, cette notion s'oppose aussi bien au rôle du droit dans le paradigme du pouvoir souverain (le droit associé à la « légalité ») qu'à la fonction que le droit exerce sous le paradigme de la normalisation (le « droit normalisé-normalisateur »).

Malheureusement, cette notion n'a pas eu de suite dans la production foucauldienne. Cependant, en reprenant des cas ultérieurs où Foucault fait référence au droit (entre autres choses, à l'égard des prisons, des prisonniers, de la justice pénale, de l'abolition de la peine de mort, de la citoyenneté internationale), on comprend qu'il s'agit bien d'un usage « nouveau », en tant qu'usage inversé ou « contre-usage » du droit « formel et bourgeois » valant donc comme une stratégie de contre-pouvoir.

L'expression « nouveau droit » apparaît dans la leçon du 14 janvier 1976, comme une notion qui renvoie, comme le dit Márcio Alves da Fonseca, à un domaine de pratiques, mais aussi à un domaine théorique, qui serait libéré en même temps des mécanismes de la normalisation et de ce que Foucault appelle le « principe de la souveraineté »¹⁵ :

¹⁵ Cf. M. Alves da Fonseca, *Foucault e o direito*, São Paulo, Saraiva, 2011, p. 182 ; également publié en français sous le titre de *Michel Foucault et le droit*, trad. fr. T. Thomas, Paris, L'Harmattan, 2013. Sur cette notion de « nouveau droit », et sur le droit en général chez Foucault, voir également, à partir d'une perspective différente, B. Pickett, *On the Use*

À dire vrai, pour lutter contre les disciplines, ou plutôt contre le pouvoir disciplinaire, dans la recherche d'un pouvoir non disciplinaire, ce vers quoi il faudrait aller ce n'est pas l'ancien droit de souveraineté ; ce serait dans la direction d'un nouveau droit, qui serait anti-disciplinaire, mais qui serait en même temps affranchi du principe de la souveraineté¹⁶.

Il ne faut pas négliger le contexte dans lequel cette idée est formulée : il s'agit du cours où Foucault est à mi-chemin entre, d'une part, la distinction du paradigme souverain et du modèle de la société de normalisation et, d'autre part, la mise en place du paradigme de la biopolitique. Quoiqu'il en soit, cette notion de « nouveau droit » comme résistance aux pouvoirs peut également être pensée dans le contexte plus large de la problématique de la gouvernementalité, formulée deux ans plus tard.

Stratégie politique de résistance aux pouvoirs et « pratique de liberté »

Arrivés à ce point, nous pouvons reprendre la question qui a guidé notre réflexion jusqu'ici et tenter d'y répondre. Tout d'abord, nous pensons qu'il faut prendre en compte certaines critiques posées par les philosophes dits postmodernes¹⁷ sans pour autant renoncer complètement aux

and Abuse of Foucault for Politics, Oxford, Lexington Books, 2005 ; B. Golder, B. et P. Fitzpatrick, *Foucault's Law*, New York, Routledge, 2009 ; B. Golder, *Foucault and the Politics of Rights*, Stanford, Stanford University Press, 2015 ; M. Benente (dir.), *Michel Foucault. Derecho y poder*, CABA, Ed. Didot, 2015 ; M. Díaz Marsá, *Ley y ser. Derecho y ontología crítica en Foucault (1978-1984)*, Madrid, Escolar y mayo, 2016 ; J. L. Pardo et M. Díaz Marsá (dir.), *Foucault y la cuestión del derecho*, Madrid, Escolar y mayo, 2017 ; et M. Benente, *El concepto de derecho y las prácticas de poder, Un diálogo crítico con Foucault, Agamben y Esposito*, CABA, Editores del Sur, 2018.

¹⁶ M. Foucault, « *Il faut défendre la société* ». *Cours au Collège de France. 1975-1976*, Paris, Gallimard-Seuil-EHESS, coll. « Hautes études », 1997, p. 35.

¹⁷ Voir notamment, G. Agamben, *Homo Sacer I. Le pouvoir souverain et la vie nue* (1995), trad. fr. M. Raiola, Paris, Seuil, 1997 ; G. Deleuze, « Gauche », dans *L'Abécédaire*, réalisé avec Claire Parnet par le metteur en scène Pierre-André Boutang, 1988 ; R. Esposito, *Immunitas. Protection et négation de la vie* (2002), trad. fr. L. Texier, Paris, Seuil, coll. « L'ordre philosophique », 2021 ; A. Negri et M. Hardt, *Empire* (2000), trad. fr. D.-A. Canal, Paris, Exils, 2000 ; J. Rancière, *Who Is the Subject of the Rights of Man ?*, « South Atlantic Quarterly », 103.2/3 (2004), p. 297-310 ; S. Žižek, *Against Human Rights*, « New Left Review », (2005), n. 34, p. 115-131.

droits humains. Il est vraiment surprenant que, dans certains cas (c'est particulièrement celui d'Agamben), on ne comprenne la virtualité stratégique de ces droits lorsqu'il faut récupérer la *bios* ou la vie qualifiée tout en évitant la libre disposition de la *zōē* dans des contextes comme, par exemple, ceux des génocides, des exterminations, des migrations, du terro-risme ou des situations dites d'exclusion sociale. En même temps, nous estimons qu'il faut reconnaître une base d'égalité (qui ne signifie nullement homogénéité) aux formes de « l'humain » et cette égalité exige une réélaboration permanente des configurations que ces formes peuvent définir.

À cette fin, faire un usage spécifique et stratégique des droits humains peut contribuer à surmonter les critiques qu'on oppose aux droits de l'homme et, en particulier, à offrir une résistance à la biopolitique et à la gouvernementalité néolibérale ou à rendre valable une vie qui est censée être sans valeur dans une situation déterminée. En ce sens, on pourrait penser à un usage éventuel de la notion de « nouveau droit », comme le propose Foucault, en termes de résistance et de pratique de liberté des « gouvernés » comme « réplique politique » à la biopolitique et à la gouvernementalité, qui se présente comme une incitation à l'action et à l'imagination en fonction des situations et des défis concrets que nous avons à traverser.

Reste, cependant, un doute par rapport à la formulation de ces « nouveaux droits » dans les termes d'une sorte d'universalité sans loi comme produit de l'immanence de la situation même. Cela constitue vraiment un problème ou est-ce seulement une question de congruence théorique ? Quoi qu'il en soit, le développement de ces questions qui s'opposeraient à la formulation de droits sur la base du modèle historique de la transcendance de la loi selon lequel le droit a été créé en Occident ouvre la voie à de nouvelles lignes de recherche et à de nouveaux défis.

Sur ce point, il faut également ajouter que la voie d'analyse frayée par la notion arendtienne des droits de l'homme/droits humains, et par la définition de la « citoyenneté » en tant que « droit à avoir des droits » et comme le lien fondamental d'appartenance à une communauté politique¹⁸ peut encore nous être utile pour repenser les droits humains à la lumière

¹⁸ Cf. H. Arendt, *The Origins of Totalitarianism*, San Diego/New York/London, A Harvest Book-Harcourt, 1994, chapitre 9.

de la configuration politique actuelle. D'un autre côté, il est possible de soutenir la valeur de la production de droits chez Foucault en tant qu'elle est liée à l'exercice de la résistance et des pratiques de liberté. En ce sens, la production de droits peut être comprise comme l'exercice même de la politique en tant que « création » ou « production » de modes de vie ou formes de subjectivation et de formes du monde, dans un geste qui est non seulement subjectif mais intersubjectif. Comme Foucault le dit lui-même dans « Inutile de se soulever ? » : « [...] au pouvoir, il faut toujours opposer des lois infranchissables et des droits sans restrictions »¹⁹.

Sur ce point, il conviendrait de rappeler, en outre, ce que Foucault entend par la notion de liberté. La liberté est, pour Foucault, un présupposé de la vie et non pas une conséquence des pouvoirs ou une permission accordée. Justement, l'idée foucauldienne de liberté consiste à soutenir que c'est parce qu'il y a liberté, qu'il y a des relations de pouvoir, et non l'inverse. Dans l'entretien « L'éthique du souci de soi comme pratique de la liberté », il le dit très clairement : « s'il y a des relations de pouvoir à travers tout champ social, c'est parce qu'il y a de la liberté partout »²⁰. Foucault propose donc la notion de « pratiques de liberté » comme exercice de la liberté en tant que résistance aux pouvoirs dans le rapport que le vivant maintient avec lui-même, ce qui lui permet de devenir le sujet de sa propre existence.

Pour Foucault, il faut purement et simplement exercer la liberté comme il faut exercer le pouvoir et affirmer la vie. Bien évidemment, il est tout à fait conscient de la situation d'assujettissement et d'oppression des sociétés modernes et contemporaines et une bonne partie de sa production a été consacrée à la critique de ce pouvoir qui domine et qui assujettit les sujets. Mais il ne faut pas pour autant penser les pratiques de liberté comme une pure et simple opposition ou comme un affrontement aux pouvoirs mais il faut les penser plutôt comme une affirmation de la vie, de ses désirs et de ses besoins, même si dans beaucoup de cas, cette affirmation implique un affrontement de pouvoirs, l'opposition d'un pouvoir à un autre pouvoir, ou la résistance à un pouvoir, ou l'exercice d'une liberté, qui implique elle-même un pouvoir contre un pouvoir.

¹⁹ M. Foucault, « Inutile de se soulever ? » (1979), dans *Dits et écrits, op. cit.*, n° 269, p. 794.

²⁰ M. Foucault, « L'éthique du souci de soi comme pratique de la liberté » (1984), dans *Dits et écrits, op. cit.*, n° 356, p. 720.

En somme, les droits humains peuvent constituer une stratégie politique de résistance aux pouvoirs et mettre en œuvre une « pratique de liberté » au sein de nos démocraties actuelles. En ce sens, ces droits participent à la construction de ces démocraties, mais à condition de rester conscients des pièges auxquels peuvent nous amener leurs formes traditionnelles et leur usage abusif dans les situations concrètes où ils sont mobilisés.

Marcelo Raffin

CONICET – Universidad de Buenos Aires

Instituto de Investigaciones Gino Germani

raffinmarcelo@yahoo.com