

Souveraineté, droit et gouvernementalité

Thomas BERNIS *

Chargé de recherches au FNRS
Centre de Philosophie du Droit de l'Université Libre de Bruxelles

RÉSUMÉ. — En se basant sur la relation entre **souveraineté** et **gouvernementalité** chez **Foucault**, et en lui faisant subir une série de déplacements, l'auteur cherche à saisir, à partir du texte de **Bodin**, la positivité et la productivité propres à la théorisation de la souveraineté.

La souveraineté politique est, déjà par sa genèse pré-moderne, un concept aussi essentiel que négatif. Le fait que la puissance absolue ou ultime du prince se soit construite « à l'image » de la puissance absolue de Dieu est révélateur de cette valeur à la fois constitutive et négative. La seule consistance positive de l'une et de l'autre pourrait bien être de ne pas s'auto-réfuter quant à leur puissance, d'échapper à toute contradiction, c'est-à-dire à toute limitation. Les inversions produites par Duns Scot ne sont-elles pas exemplaires de cette inconsistance ? Nous nous inscrivons ici dans l'histoire longue de la distinction entre puissance absolue et puissance ordinaire qui fit l'objet d'un chassé-croisé constant durant le Moyen-Âge entre théologie et droit ¹, et dont la *Distinction* 44 de l'*Ordinatio* de Duns Scot représentait un des moments clés en ce qu'il généralise à tous les êtres doués d'intellect et de volonté la dualité mentionnée entre puissance absolue et puissance ordinaire, et en ce qu'il lui intègre l'opposition juridique entre fait et droit : « Dans tout ce qui agit par un intellect et une volonté, et qui peut agir de manière conforme à la loi droite, sans pour autant agir nécessairement de manière conforme à la loi droite, il faut distinguer la puissance ordonnée de la puissance absolue. [...] cet agent peut agir conformément à cette loi droite, et dans ce cas, il agit selon une puissance ordonnée [...], mais il peut agir hors de la loi ou contre elle, et en cela, c'est une puissance absolue, qui excède la puissance ordonnée. Et pour cette raison,

* Avenue Franklin Roosevelt, 50 - 1050 Bruxelles.
tberns@ulb.ac.be.

¹ Cf. à ce sujet mon article « Quel modèle théologique pour le politique chez Bodin ? », in *Les origines théologico-politiques de l'humanisme européen*, à paraître à Bruxelles en 2001.

non seulement en Dieu, mais en tout agent libre [...] il faut distinguer entre une puissance ordonnée et une puissance absolue. C'est pourquoi les juristes disent que quelqu'un peut agir de fait – c'est-à-dire d'après sa puissance absolue – ou bien de droit – c'est-à-dire d'après une puissance ordonnée selon le droit. »² D'une part, c'est donc l'opposition juridique entre fait et droit qui semble devenir le modèle pour penser l'opposition théologique entre puissance absolue et puissance ordonnée ; d'autre part, agir d'après sa puissance absolue signifie chez Scot, agir de fait, tandis qu'agir selon une puissance ordonnée signifie agir de droit, là où, traditionnellement (et encore ensuite, par exemple chez Occam), on pense plutôt le droit d'agir par puissance absolue, face au fait d'agir selon la puissance ordonnée. J'insiste sur cette inversion (le droit excède le fait ; puis, chez Scot : le fait excède le droit), dans la mesure où elle permet précisément de penser l'ambiguïté traditionnelle de la souveraineté, dans sa relation au droit, qui est à la fois le pouvoir qui promulgue la loi et la loi qui cerne le pouvoir. La principale conséquence de ce texte fondamental étant non seulement la juridicisation de tout ordre, mais surtout sa radicale contingence (dans la mesure où la puissance absolue excède toujours la puissance ordinaire).

Le problème de la souveraineté n'est pas tant d'être théologique, mais d'être aussi nécessairement originaire qu'un concept théologique, et de n'être dès lors perceptible que comme pouvoir d'exception, que comme « *legibus solutus* », que comme originaire du droit qui est lui-même extérieur au droit. Cette nécessité purement logique lui permettra de devenir trop facilement ce que Loyseau appellera dans son *Traité des Seigneuries* en 1608 « la forme qui donne l'être à l'État » ; « la souveraineté est le comble [...] de puissance où il faut que l'État s'arrête et établisse »³. On arrête, on quitte le registre de l'être pour passer à celui de la forme, et établir ainsi l'être.

Le statut in-disciplinaire de la souveraineté, à mi-chemin entre droit et politique, philosophie du droit et philosophie politique, droit d'être politique, politique se donnant le visage du droit, originaire politique du droit, etc. relève lui-même plus d'un tour de passe-passe, du moment où on est à court d'arguments, que d'un savoir positif transdisciplinaire et partagé. Grotius déjà avait beau jeu de reprocher à Bodin de « confondre » droit et politique dans ce qui est la première théorisation de la souveraineté⁴. Enfin, si historiquement nous pouvons juger que la nécessité de définir la souveraineté – entre droit et politique – revient très précisément à devoir penser la finitude (le droit de la nation contre l'horizon extensif de l'empire et de la papauté), le concept de souveraineté répond particulièrement mal à cette nécessité d'assumer la finitude. Là encore, elle ne propose rien de positif ; elle est l'affirmation même de la frontière, l'illimité par lequel se dit la limite. Le sujet ou l'individu permettent du moins qu'on en fasse l'apologie ou

² Cité sur base de la traduction d'O. Boulnois dans le recueil de textes *La puissance et son ombre, de Pierre Lombard à Luther*, Aubier, Paris, 1994, p. 280.

³ Charles Loyseau, *Traité des Seigneuries*, in *Œuvres*, Lyon, 1701, chap. II, § 5-6, p. 8.

⁴ Hugo Grotius, *Droit de la guerre et de la paix*, Discours préliminaire, § 59. Et je profite de cette allusion à Grotius pour mettre prudemment de côté la « discipline » qui permettrait sans doute le plus facilement de donner une consistance positive à la question de la souveraineté, à savoir le droit international, dans la mesure justement où elle se situe à l'extérieur géographique de cet originaire du droit qui est lui-même extérieur au droit, que de la sorte elle internalise. Mon propos se limite donc ici à la face interne de la souveraineté.

la critique ; la souveraineté même pas. On ne pourrait que la subir, ou éventuellement la prendre de « biais », comme Foucault, ce qui pourrait encore être une manière de la subir, comme je l'indiquerai plus loin.

Tout ce que j'ai dit trop généralement et trop rapidement pour révéler l'inconsistance du concept de souveraineté pourrait relever tout autant de son incontournabilité ; on ne peut s'en passer. Et ce n'est pas un hasard si le concept revient à la charge – qu'en est-il de la souveraineté populaire ? – quand on assiste impuissant au développement d'une nouvelle gouvernance, européenne ou mondiale. Je voudrais donc tenter de contourner cette négativité de la souveraineté, et ce en suivant deux pistes : d'abord je cernerai d'une manière très générale cette pensée négative, en cherchant les ressorts de cette négativité, à l'aide de Foucault, et en me basant principalement sur l'opposition qu'il met en avant entre souveraineté et gouvernementalité. Ceci me permettra de centrer le problème de la souveraineté dans sa relation au droit. Ensuite, j'analyserai la première théorisation complète de la souveraineté, à savoir celle que propose Bodin dans *Les six livres de la République* (1576), pour indiquer comment le droit s'attelle à la théorie de la souveraineté.

À bien des niveaux, le développement du présent texte sera donc asymétrique : Bodin est une excuse pour traiter de la productivité des concepts « lancés » par Foucault, tout autant que Foucault en est une pour revenir à l'acte définitoire originaire de la souveraineté par Bodin et à ses conséquences ; quoi qu'il en soit, il ne peut être question de simplement les comparer ou de contredire l'un à l'aide de l'autre. De même, j'entends revenir à la question de la souveraineté, qui n'en finit pas de se définir toujours plus négativement, sinon de dépérir, dans le creux laissé par la recherche foucauldienne sur la gouvernementalité, qui elle-même aurait explicitement été menée pour éviter le paradigme négatif, mais régissant et englobant, de la souveraineté. Ces différentes asymétries sont inhérentes aux sujets abordés, qui ne se recouvrent jamais : la relation en tant que telle de la souveraineté et de la gouvernementalité (ou encore leur charge relationnelle), mais aussi la relation entre discours fondateur et pratique concrète, et enfin, au sein de ces relations, la question du droit – le droit comme fondement, mais surtout le droit comme pratique englobante, le droit comme discours... Il s'agira ainsi de tenter de prendre en compte de manière positive la singularité du développement du discours juridique à l'aube de la Modernité.

I. — SOUVERAINETÉ *VERSUS* GOUVERNEMENTALITÉ

Dans sa leçon sur *La gouvernementalité*, Michel Foucault définit le gouvernement (son but, sa pratique, son discours) comme établissant une « rupture importante » par rapport à la souveraineté : « la fin de la souveraineté se trouve en elle-même », « elle tire ses instruments d'elle-même sous la forme de la loi »⁵. Si elle vise le bien commun, celui-ci consiste précisément dans le fait que « les sujets obéissent tous et sans défaillance aux lois » ; la fin de la souveraineté se caractérise par la « soumission abso-

⁵ Michel Foucault, « La gouvernementalité », in *Dits et écrits*, vol. III, Paris, Gallimard, 1993, p. 646.

lue » ; cette finalité est donc « circulaire : elle renvoie à l'exercice même de la souveraineté »⁶ ; la souveraineté vise la soumission à la loi et atteint cette fin par la loi elle-même.

La « gouvernementalité » rompt radicalement avec un tel point de vue dans la mesure où elle viserait pour sa part quelque chose d'extérieur à elle (population, richesse...) : le gouvernement dispose des choses pour les conduire à une fin convenable qui est relative à chacune des choses à gouverner. Elle a donc une « pluralité de buts spécifiques »⁷. Et à cette fin plurielle, une multiplicité de tactiques sera utile, en fonction des choses dont on dispose. Parmi ces tactiques, il y a évidemment les lois, mais celles-ci ne se conçoivent dès lors que comme des tactiques, et non pas, selon le registre de la souveraineté, comme ce qui en tant que tel doit être imposé parce qu'une telle imposition est en elle-même la fin de la souveraineté et son instrument.

Ce que l'analyse de la gouvernementalité révèle, comme pratique politique, n'est donc pas *a priori* et nécessairement autre chose que ce qu'on pourrait analyser sous le registre de la souveraineté : cette pratique gouvernementale peut parfaitement s'instrumentaliser dans et par la loi, de même que la souveraineté n'est pas incompatible avec le développement des appareils de gouvernement et des administrations et donc d'un certain type de pratiques et d'échelonnement du pouvoir, d'une part ; ni avec celui d'un nouveau genre d'analyses et de savoirs « statistiques » d'autre part. Foucault a montré la valeur positive et indépendante d'un tel développement et de telles pratiques ; mais cela non plus ne s'oppose pas frontalement à l'instrumentalisation massive de la loi qui pourrait, en suivant toujours Foucault, être pour sa part déduite de la souveraineté. C'est même sans doute dans cette possible mais mystérieuse coexistence que réside aussi le secret de l'énorme productivité générée par l'œuvre de Foucault : bien qu'opposées, il ne s'agirait pas de penser la gouvernementalité « contre » la souveraineté comme si la première pouvait remplacer la seconde, désormais reconnue fautive, dépassée ou mystificatrice... ; au contraire, je serais même tenté de dire que, en ouvrant le registre des disciplines, puis du gouvernement et du bio-pouvoir, Foucault n'a cessé de vouloir rendre intelligibles le sens et le rôle du discours sur la souveraineté, la légitimité et le droit naturel. C'est dans une telle perspective que j'entends me situer.

Mais ces mystères maintenus par Foucault sur ses propres visées ne suppriment pas la rupture au moins épistémologique que suppose le fait de passer d'une recherche organisée par l'idée de la souveraineté, à une recherche centrée sur l'idée du gouvernement⁸. Et l'essentiel de cette rupture, en assumant le risque de la simplifier (puisque dans le chef de Foucault, elle consiste à privilégier l'analyse positive de certaines pratiques de gouvernement et de pouvoir, par rapport à une analyse entièrement déduite du concept de souveraineté), réside dans un changement quant à ce qui est visé par le gouvernement, eu égard à ce qui était visé par l'idée de souveraineté : dans un cas, la pluralité des fins convenant à chaque chose ; dans l'autre cas, sa propre effectivité. La perfection théorique de la souveraineté est ce qui à la fois masque la réalité des pratiques de gouvernement, ce

⁶ *Ibid.*, p. 645.

⁷ *Ibid.*, p. 646.

⁸ Cf. aussi *Il faut défendre la société*, Paris, Gallimard, 1997, dans lequel Foucault traite de la relation entre souveraineté et gouvernementalité en termes d'*opposition*, d'*incompatibilité*, d'*hétérogénéité*, comme de deux pouvoirs *étrangers* l'un à l'autre... (p. 32-35).

qui aussi en bloqua, dans un premier temps, le développement, et enfin, plus généralement, ce qui vise à dissoudre le fait de la domination que révélera pour sa part l'analyse, beaucoup plus positive, des multiples formes de gouvernement par lesquelles les hommes se dirigent les uns les autres.

Pour le dire d'une manière plus générale, le concept de souveraineté dissout le fait de la domination parce qu'il sert à exprimer à la fois le pouvoir qui promulgue la loi et la loi qui limite le pouvoir, et ce, en ce qu'il est toujours déjà compris comme une notion légale. Pour Foucault, le « modèle juridique de la souveraineté » existe toujours déjà en tant que tel ; il « présuppose » toujours déjà « l'individu comme sujet de droits naturels ou de pouvoirs primitifs » ; il rend « compte de la genèse idéale de l'État »⁹. La théorisation du droit serait « obsédée par le personnage du souverain »¹⁰, le code juridique serait « centré sur la théorie de la souveraineté »¹¹, bref, « le problème de la souveraineté est le problème central du droit »¹²... et c'est avec cette centralité et cette linéarité qu'il s'agirait pour Foucault de « biaiser »¹³ : il faut s'en « dépendre si on veut analyser le pouvoir » sans « sombrer » dans son « grand piège »¹⁴. Corrélativement, toujours dans le chef de Foucault, il s'agit alors de rompre à juste titre avec le caractère seulement « négatif », « répressif », « pénal », se structurant « autour d'un certain nombre de grandes fonctions d'interdiction »¹⁵, de l'État en ce qu'il est considéré sous l'angle de la souveraineté : traditionnellement le pouvoir est « essentiellement négatif » ; les « procédures de pouvoir » sont réduites « à la loi d'interdiction »¹⁶; « le pouvoir est essentiellement celui qui dit "tu ne dois pas" »¹⁷. Et certes il fallait rompre avec cela, et l'approche foucauldienne du pouvoir par le biais de la gouvernementalité a amplement démontré sa capacité à appréhender celui-ci dans toute sa positivité polymorphe, locale, multiple, technique, opérante et concrète ; une positivité du pouvoir qui est constitutive des individus par lesquels elle transite, et qui laisse ainsi transparaître le fait brutal des rapports de domination et d'assujettissement, sans les masquer et les dissoudre par cet échange, vertical et homogénéisant, de droits et d'obligations qu'établit la souveraineté en supposant toujours déjà l'existence du sujet.

Mais ma question est alors : le paradigme de la souveraineté, tel qu'il se laisse deviner, négativement, au travers de la rupture que représenterait pour lui le paradigme de la gouvernementalité, peut-il rendre compte de ce que fut, dans sa mise en place, la théorie de la souveraineté ? Une telle question peut paraître tortueuse, et platement pointilleuse : elle prend son sens dans l'idée que le développement des pensées rivales de la souveraineté serait lui-même gangrené par une lecture trop univoque de cette dernière, et repose même sur elle. En d'autres mots : c'est peut-être justement parce qu'il est impos-

⁹ Résumé de *Il faut défendre la société*, in *Dits et Écrits*, III, p. 124. « La théorie de la souveraineté présuppose le sujet », *Il faut défendre la société*, *op. cit.*, p. 38.

¹⁰ *Entretien avec Michel Foucault*, in *Dits et Écrits*, III, p. 150.

¹¹ *Il faut défendre la société*, *op. cit.*, p. 33, ou *Dits et Écrits*, III, p. 187.

¹² *Il faut défendre la société*, *op. cit.*, p. 24, ou *Dits et Écrits*, III, p. 177.

¹³ *Il faut défendre la société*, *op. cit.*, p. 25, ou *Dits et Écrits*, III, p. 178.

¹⁴ *Il faut défendre la société*, *op. cit.*, p. 31, ou *Dits et Écrits*, III, p. 184-185.

¹⁵ *Entretien avec Michel Foucault*, in *Dits et Écrits*, III, p. 150-151.

¹⁶ *Pouvoirs et stratégies*, in *Dits et Écrits*, III, p. 423.

¹⁷ *Les mailles du pouvoir*, in *Dits et Écrits*, IV, p. 183.

sible de penser la souveraineté et le droit dans une relation de légitimité univoque, qu'il est aussi impossible de prétendre à leur dépassement, du moins conjoint.

En effet, la donnée première, incontournable et traditionnellement reçue de la souveraineté, et que la gouvernementalité selon Foucault veut justement contourner (tout en la réaffirmant donc), serait en quelque sorte son caractère solipsiste, selon lequel elle puise exclusivement en elle-même les moyens de son exercice, et que dès lors ce qu'elle vise renvoie précisément à son exercice : la souveraineté s'exerce par la loi et veut l'obéissance à la loi. Or ceci ne paraît simple que dans la mesure où pour nous et même pour Foucault, toujours déjà trop modernes, toujours déjà trop simplement lecteurs de Hobbes, l'équation souveraineté-loi est reçue et évidente... comme si la seconde n'avait rien ajouté à la première, comme si donc il était évident que le droit et la souveraineté « viennent ensemble » et se représentent mutuellement comme étant « l'intérieur » l'un de l'autre. Le corrélat d'une telle équation étant bien sûr l'idée que la souveraineté suppose toujours déjà le sujet, un sujet – contractant – sur lequel repose sa légitimité, et un sujet sur lequel elle s'applique, par la loi. Ce double rôle du sujet-individu, « noyau élémentaire, atome primitif »¹⁸ de la philosophie politique, alors qu'il se constitue plutôt comme l'effet des multiples gestes de pouvoir, est ce qui permet de masquer le fait de la domination.

Or l'équation loi-souveraineté-sujet n'est peut-être pas si évidente. Rappelons d'abord ce que tout le monde sait : la souveraineté fut toujours et avant tout analysée comme la fonction de décider de la guerre et de la paix (surtout, de l'intérieur, en interdisant les guerres privées). Et, lorsqu'il s'agit de la définir dès le XIII^e siècle, elle fut d'abord comprise comme résidant essentiellement dans la fonction de rendre la justice en dernier ressort ; un pouvoir judiciaire et un contrôle des tribunaux qui ne doivent pas nécessairement s'entendre dans un sens juridique. Et si, depuis le XIV^e siècle se dessinait l'image du roi législateur, il s'agissait surtout de concevoir le souverain comme le garant ultime des coutumes et d'un ordre établis¹⁹. Dans les trois cas, c'est la capacité de la souveraineté à être l'instance ultime et à gouverner les situations exceptionnelles qui est affirmée ; or c'est précisément avec cela qu'il s'agira de rompre pour rendre compte de sa rencontre « productive » avec le droit, comme nous pouvons l'éprouver à la lecture de Bodin. Sur la base de cette lecture, j'entends donc « détricoter » la relation du droit à la souveraineté, montrer comment leur rencontre fut possible conceptuellement, et non pas nécessaire, et ce, sans présupposer le sujet-individu par lequel une telle relation serait toujours déjà acquise.

¹⁸ *Ibid.*, p. 27.

¹⁹ On trouve un bon résumé de la genèse médiévale de la souveraineté dans Albert Rigaudière, « L'invention de la souveraineté », in *Pouvoirs*, 1993, n° 67, p. 5-20. Voir aussi Olivier Beaud, *La puissance de l'État*, Paris, PUF, 1994, p. 38 et s., qui, d'une manière générale, met en évidence la centralité de la donnée législative dans le texte de Bodin, et indique la rupture « moderne » qu'elle représente par rapport à la théorie médiévale de la souveraineté.

II. — LE DROIT COMME PREMIÈRE MARQUE DE LA SOUVERAINETÉ

Le chapitre 8 du Livre I des *Six livres de la République* débute par cette définition : « la souveraineté est la puissance absolue et perpétuelle d'une République ». L'objet de ce chapitre 8 est de « former » cette définition – de développer donc formellement et non pas substantiellement la question de la souveraineté –, en opposant la perpétuité de la souveraineté à l'idée que le prince puisse n'en être que « depositaire »²⁰, et surtout en opposant son caractère absolu à toute possibilité de partage. Cette nécessaire unicité de la souveraineté se justifie tout autant de manière essentielle – une souveraineté divisée ou momentanée serait auto-réfutante – que contextuelle, au nom d'un refus de toute constitution mixte, et en vue de permettre la décision, comme chez Montaigne ou Hobbes, dans un contexte de guerres civiles. La définition formelle mentionnée est le cœur de l'ouvrage de Bodin à partir duquel il peut donc déduire les caractères essentiels de la souveraineté : unilatéralité des actes souverains, obligation d'obéissance de la part des sujets, inaliénabilité du domaine public... Tout cela se suit par « raison nécessaire » (*Rép.* I, 8, p. 192).

Or, après avoir défini la souveraineté dans le chapitre 8, dans ce sens total et absolu (et apparemment suffisant), mais pas encore juridique *stricto sensu*, Bodin juge bon malgré tout de poursuivre son analyse dans le chapitre 10 par la définition des marques de cette souveraineté au travers desquelles le caractère absolu et perpétuel de la souveraineté se déploiera au point de devenir reconnaissable, et par lesquelles, surtout, la portée essentiellement législative de la souveraineté sera imposée.

Dans ce chapitre 10, nous passerons lentement d'une forme de connaissance absolument passive de la souveraineté, simple diagnostic, à une forme plus active, plus vécue, ou encore à une reconnaissance de la souveraineté : « afin qu'on puisse cognoistre celui qui est [...] Prince souverain, il faut sçavoir ses marques, qui ne soyent point communes aux autres sujets : car si elles estoient communes, il n'y auroit point de Prince souverain » (*Rép.* I, 10, p. 295). C'est donc bien une logique de l'exception, propre à la puissance absolue, qui guide Bodin. Mais ces « marques », dont je souhaite comprendre ici l'impact spécifiquement juridique sur la souveraineté, deviendront dans la traduction latine proposée par Bodin lui-même en 1586, les *iura propria* du souverain, ses droits propres ; par-delà le bon plaisir du souverain, un droit public est donc ainsi mis en jeu.

La question de la reconnaissance, ou d'une légitimité publique de la souveraineté, au même titre que celle du droit, ne peut pas être posée d'emblée comme telle, elle ne découle pas naturellement de la question de la souveraineté ; elle doit en quelque sorte se mettre en place « gratuitement », être puisée au sein même de la souveraineté, pour ensuite, dans un second temps, s'imposer à elle. Reste cependant d'ores et déjà que la souveraineté, même comme puissance absolue formellement cernée, a donc **besoin** de marques, besoin de se démarquer dans un sens qui devient plus positif que négatif : il faut qu'on puisse connaître la souveraineté. Et c'est par cette logique de la connaissance

²⁰ Je me réfère à la reproduction de l'édition de Lyon de 1593 : Jean Bodin, *Les six livres de la République*, (Fayard, Corpus des œuvres de philosophie de langue française, 6 vol., 1986), Livre I, Chapitre 8, p. 178-179 (désormais abrégé dans le texte sous la forme suivante : *Rép.* I, 8, p. 178-179).

par les marques ²¹ que s'impose la loi : la première marque de la souveraineté est en effet « la puissance de donner loy à tous en general, et à chacun en particulier [...] sans le consentement de plus grand, ni de pareil, ni de moindre que soy » (*Rép.* I, 10, p. 306). Or dans cette première marque, précise immédiatement Bodin, toutes les autres marques sont comprises (*Rép.* I, 10, p. 309).

Toute la stratégie bodinienne consiste ici à introduire la loi comme une simple marque de la souveraineté, parmi d'autres marques (droit du glaive, droit de déclarer la guerre et la paix...), alors même qu'elle s'imposera comme la seule marque, et donc comme essentielle à la souveraineté ²², une inflexion qui est sous-tendue et renforcée par le fait que se démarquer, disposer de quelque chose de propre, s'affirme dans le cas de la souveraineté comme une véritable exigence, et même comme un besoin, plutôt que comme une simple possibilité de définition ²³. Telle est donc l'inflexion : après avoir défini essentiellement la souveraineté dans le chapitre 8 (perpétuelle et absolue, et donc comme pouvoir de dérogation et d'exception, dans un sens schmittien), Bodin en donne les marques dans le chapitre 10, des marques qui, à la fois selon la pensée aristotélicienne et selon l'argumentation de la puissance absolue empruntée à la théologie ²⁴, doivent s'entendre comme multiples, « passives », comme ne permettant pas la saisie de la quiddité de la souveraineté, comme relevant de son bon plaisir. Or, immédiatement après, je l'ai déjà dit, Bodin précise : « sous ceste mesme puissance de donner et casser la loy, **sont compris** tous les autres droits et marques de la souveraineté : de sorte qu'à parler proprement on peut dire qu'il n'y a que ceste seule marque de souveraineté, attendu que tous les autres droits sont compris en cestui là » (*Rép.* I, 10, p. 309, je souligne). Dès lors et corrélativement : toutes les marques de la souveraineté sont du droit, ou encore c'est du droit qui démarque la souveraineté ; et ce qui ne devait être qu'une marque « passive » de la souveraineté, un simple diagnostic, au même titre que la couronne (*Rép.* II, 3, p. 50), devient ce dont elle a besoin, mais aussi ce qui réclame d'elle un type d'activité bien précis, et ce qui lui donnera une nouvelle forme.

Et ainsi, par l'activité de légiférer qui, comme première marque de la souveraineté **comprend** toutes les autres marques, la souveraineté est certes unifiée ; mais ce n'est pas du tout le fait d'un soi-disant caractère monolithique d'une souveraineté entendue comme main du prince couronné. Au contraire, ce dernier, de par son unicité souveraine, ne pouvait donner lieu qu'à une multiplicité de marques que dénombrent de façon toute taxinomique les médiévaux depuis le début du XIII^e siècle, depuis que s'effrite l'idée

²¹ Qui suit apparemment dans un premier temps la définition par les propres selon Aristote.

²² Donc comme permettant la saisie de la quiddité de la chose, pour le dire avec Aristote, pour lequel cependant, la définition par les propres ne permettrait justement pas la saisie de la quiddité.

²³ À ce sujet je me permets de renvoyer à mon article « Bodin : la souveraineté saisie par ses marques », in *Bibliothèque d'Humanisme et Renaissance*, tome LXII, 2000, n° 3, p. 611-623, dans lequel j'analyse précisément cette logique de la marque, dans son rapport à la théorie aristotélicienne de la définition. Sur la souveraineté chez Bodin, cf. aussi le chapitre charnière de mon livre *Violence de la loi à la Renaissance – L'originare du politique chez Machiavel et Montaigne*, Paris, Kimé, 2000.

²⁴ Cf. à ce sujet mon article « Quel modèle théologique pour le politique chez Bodin ? », in *Les origines théologico-politiques de l'humanisme européen*, à paraître à Bruxelles en 2001.

d'empire. L'unification par le droit vient contre cela, contre cette multiplicité d'une souveraineté conçue selon un modèle théologique. L'unification par le droit remplace donc l'unité d'origine, mais elle ne peut la remplacer que dans la mesure où elle se présente comme une simple marque parmi d'autres, substantielle et donc partielle.

En effet, nous pouvons aussi exprimer le glissement produit dans l'analyse bodinienne des marques de la souveraineté de la manière suivante. Bien qu'il ait donné une définition formelle et non substantielle de la souveraineté dans *Rép.* I, 8 (une définition suffisante pour tous les autres développements des *Six Livres*, c'est-à-dire suffisante pour établir les conditions d'une souveraineté absolue, indivisible, unilatéralement contraignante, etc.), Bodin ne pouvait établir le caractère premièrement législatif de la souveraineté qu'en se servant, dans *Rép.* I, 10, d'une définition de la souveraineté par ses marques. Ce type de définition est typique de la conception médiévale de la souveraineté : il s'agit d'énumérer une fois de plus les **droits régaliens**, codifiés pour la première fois en 1158 par Frédéric I Barberousse. Ce type d'énumération d'une multiplicité de qualités, de moyens et de buts nécessaires à la souveraineté s'oppose, par son caractère substantiel et téléologique, au développement formel promu dans le reste des *Six livres* qui en fait pour une bonne part un exposé déjà moderne. Par définition, une énumération des marques de la souveraineté, entièrement soumise à l'unicité de celui qui détient la souveraineté, ne peut pas être complète, ne peut pas éviter d'émettre de manière hétéroclite cela même qu'elle définit au travers de diverses fonctions et divers droits singuliers. Or, la synthétisation de la souveraineté par le droit s'impose, par le tour de passe-passe décrit, au sein même de cette énumération des marques de la souveraineté, une énumération dans laquelle Bodin s'affirme explicitement comme s'opposant à cette « infinité de particularitez » des « Droits de regales » (*Rép.* I, 10, p. 297). Et c'est effectivement vrai, dans la mesure où toutes les marques que cite Bodin sont désormais comprises comme acte de légiférer, comme ayant donc forme de loi : ainsi, le « droit de moneage » (émettre la monnaie) est désormais « de la mesme nature de la loy, et n'y a que celui qui a puissance de faire la loy, qui puisse donner loy aux monnoyes » (*Rép.* I, 10, p. 331). On ne peut se contenter d'expliquer cet emploi de la définition substantielle mais plurielle de la souveraineté par ses marques comme étant simplement le reflet de l'inscription de la pensée de Bodin dans un passé dont pour le reste il parviendrait à s'abstraire : au contraire, la stratégie qui permet à la positivité du droit de faire irruption dans la théorisation « négative » de la souveraineté, jusqu'à l'englober, devait suivre un tel chemin ; le passage immédiat et formel de l'unité souveraine à l'unité juridique était à la fois impossible et inutile s'il ne transitait pas par un tel moment, encore souverain, d'émission. Car il ne s'agissait pas d'ajouter une prérogative au souverain, ni même de lui donner un pouvoir d'exception encore plus grand, mais au contraire de changer la « nature » elle-même de ses actes. Et la loi, pour être considérée de ce point de vue actif pour la souveraineté, comme forme unifiante de tous les actes de cette dernière, devait d'abord, pour faire irruption dans son champ, avoir été, passivement, une de ses marques. En résumé, la relation de la loi à la souveraineté ne pourrait se comprendre que comme une relation de « différence », au sens derridien, qui se décline à la fois à l'actif et au passif pour ne taire ni ce qui relève du même, ni ce qui relève d'une altérité absolue.

Or nous avons assisté véritablement ici à la mise en place de la juridicisation de la souveraineté. Dans une première élaboration de cette définition des marques de la souveraineté telle que la présente la *Methodus*, Bodin, qui ne prétend encore que *summam Reipublicae in quinque partibus versari* (et n'envisage encore au-delà de cette division en cinq parties aucune définition de la souveraineté), fait de la nomination des magistrats la charge principale de la souveraineté, promulguer et abroger les lois ne venant qu'ensuite, avec les trois derniers attributs de la souveraineté que sont, comme dans la *Rép.*, déclarer la guerre ou conclure la paix, juger en dernier ressort et le droit de vie ou de mort là où la loi ne prête pas à la clémence²⁵. La valeur essentielle et distincte de la promulgation de la loi, et l'idée qu'elle porte en elle et synthétise toutes les autres marques, s'élabore donc véritablement dans le texte que nous étudions. Et comme je l'ai déjà dit, elle n'est véritablement accomplie que dans la version latine ultérieure des *Six livres*, lorsque les « marques » deviennent elles-mêmes les *iura propria*, c'est-à-dire s'affirment déjà comme droit. On ne peut que noter l'hésitation de Grotius vis-à-vis de cet étrange statut, en évolution, de la marque de la souveraineté : dans son précoce *Commentarius in theses XI*, il se base incontestablement sur la définition des marques de la souveraineté par Bodin dont il consulte, comme en attestent des notes en marge retrouvées, la version française²⁶. Les marques de la souveraineté, expression d'une souveraineté en construction dans l'histoire et voulant s'extraire de celle-ci, qui deviendront, dans la version latine dont apparemment Grotius ne dispose pas à ce moment-là, les *propria iura majestatis*, droits positifs d'une souveraineté acquise, sont traduites par Grotius comme *actus summae potestatis* : l'ambiguïté de *actus*, déjà plus actif que la marque, mais moins acquis que le droit, reflète toute l'ambiguïté de la démarche bodinienne.

III. — LA RENCONTRE CONTINGENTE DU DROIT ET DE LA SOUVERAINÉTÉ

Tel est le mouvement complexe qui nous permet d'assister à une triple conquête : la souveraineté, le droit et la reconnaissance, et ce, non pas pour la république, ou eu égard à une chose publique ou a fortiori divine, mais **dans** la république, dans ces simples limites territoriales et nationales qui signifient véritablement, à l'époque de Bodin, l'introduction de la finitude dans un politique désormais délié (et pouvant véritablement l'être grâce au droit produit) de toute référence universelle – Dieu, nature, empire... Mais cela n'était pas évident pour autant, comme le prouvent les différents infléchissements mentionnés ! Et comme je l'ai déjà dit, jamais le sujet ne fut présupposé. Par contre nous avons dû en quelque sorte transiter par une définition substantielle au sein même du développement formel de la souveraineté, pour que le droit lui soit « ajouté », pour que la consistance positive du discours juridique s'impose à elle.

²⁵ *Methodus ad facilem historiarum cognitionem*, édition bilingue in Jean Bodin, *Œuvres philosophiques*, texte établi, traduit et publié par Pierre Mesnard, Corpus général des philosophes français, PUF, Paris, 1951, texte latin : p. 174 ; traduction française : p. 359.

²⁶ Cf. à ce sujet le commentaire de Peter Borschberg accompagnant la traduction anglaise de Hugo Grotius, « *Commentarius in theses XI* », *An early Treatise on sovereignty, the just war, and the legitimacy of the Dutch revolt*, Peter Lang ed., 1994.

Aussi mince que puisse paraître le mouvement décrit ci-dessus, c'est à travers lui que fut rendue possible la rencontre théorique, qui n'avait donc rien de nécessaire, entre la souveraineté et le droit. Pour qu'une telle rencontre ait lieu, il fallait d'abord que la question se pose de chercher à rendre discernable la souveraineté – ce qui n'a rien d'évident pour une entité pensée selon le modèle théologique comme puissance absolue et perpétuelle. C'est à cette fin que se déploie la logique de la marque, encore présente chez Hobbes, qui tout à la fois résulte elle aussi d'une inspiration théologique de la théorie de la souveraineté, et permet déjà de rompre avec elle, puisque la nécessité de se démarquer, d'être discerné et discernable, ou encore de se légitimer, ne se pose que dans un cadre fini. Ensuite et surtout il fallait que, parmi toutes les marques possibles et partielles, soit décidé que faire le droit devienne non seulement la première marque, mais aussi celle qui comprend toutes les autres, c'est-à-dire celle qui en retour transforme les marques de la souveraineté en droit de la souveraineté, et cerne ainsi la souveraineté par le droit.

En revenant sur cette stratégie bodinienne qui permet la rencontre totale de la loi et de la théorisation de la souveraineté, je ne mets donc nullement en doute la réalité et l'efficacité d'une telle rencontre. Au contraire, c'est même ce que je confirme. Mais ce faisant, c'est aussi sa nature stratégique, et donc contingente, qui est dévoilée. En effet, l'analyse stratégique de cette rencontre maintient la duplicité des données en jeu : d'une part, la loi n'est qu'une des possibles stratégies, d'office partielle, de la souveraineté permettant sa **connaissance**. D'autre part, la loi est ce dont la souveraineté a besoin pour être **reconnue**, mais qui ne s'affirme qu'en effaçant le caractère souverain, théologique, du geste souverain qui donne la loi. La souveraineté est ainsi soumise à la rationalité juridique, entendue comme discours qui efface toute extériorité à lui-même, qui comprend d'office en lui-même toute autre marque de la souveraineté.

Il n'y aurait donc aucune déduction possible de la loi depuis la souveraineté²⁷ : cette relation reste déchirée entre, soit une production contingente et souveraine, soit une soumission de la souveraineté à la loi, dans le discours de la loi. Et c'est précisément cette duplicité qui pourra, ultérieurement, ne plus être rejouée grâce à la fiction du contrat naturel, dès Hobbes. Ce que dévoile le texte de Bodin, et que masquera le texte de Hobbes est le fait que le droit, pris dans son sens totalisant et moderne, n'est pas une émanation pure de la souveraineté, qu'il ne peut être simplement déduit d'elle, qu'au contraire, il ne s'impose comme discours que dans la mesure où il parvient à sortir de l'emprise, qui le rend lui-même contingent, de la souveraineté. Mais corrélativement, ce qui est aussi dévoilé par Bodin et masqué par Hobbes, est le moment essentiellement productif, innovant, stratégique, positif de la souveraineté : la souveraineté, alors même qu'elle cessait d'être empire, a cherché et trouvé hors d'elle-même un cadre qui la limite en la structurant (ou du moins, a mis hors et autour d'elle-même ce qui n'était qu'un de ses « actes » singuliers possibles). Au moment très précis qui a été décrit ci-dessus, le contrôle de la souveraineté sur le genre de discours – juridique – qu'il produit, et par lequel sa finalité sera exercée, n'est nécessairement plus total.

J'ai déjà dit qu'avant Bodin, la principale marque de la souveraineté était, bien souvent, la puissance de rendre la justice de dernier ressort, ou éventuellement celle de

²⁷ Or la souveraineté semble être souvent pour Foucault ce dont on pourrait tout « déduire » légitimement, sans aucune dépense, sans aucun détour.

décider de la guerre. Étrangement, avec Hobbes, le critère de souveraineté qui prend le pas sur les autres, même si de façon plus discrète et moins urgente que chez Bodin, est à nouveau « le droit de décider de la guerre et de la paix » : « le commandement de la force armée, sans autre institution, fait souverain celui qui le détient »²⁸. Mais avec Hobbes, le droit est toujours déjà là : une République est « instituée » dans la mesure où les hommes, entre eux, ont passé « une convention » ; par ce contrat, du « droit » a toujours déjà été « donné »²⁹. Et les « critères [markes] par lesquels on peut discerner l'homme ou l'assemblée en qui est placé et réside le pouvoir souverain »³⁰ sont d'office déjà des « droits et possibilités » qui « dérivent » de « cette institution de la République » (le droit de légiférer n'est d'ailleurs plus en tant que tel une marque de la souveraineté, mais seulement en ce qu'il établit la « propriété »). Ceci étant, dans les cas où la raison qui établit l'institution fait défaut, seule la crainte, et donc le droit de contraindre, sont efficaces. De la sorte, le caractère impensé de la relation de la souveraineté et du droit, ou du moins le fait que la première emporte toujours déjà avec elle la seconde, un fait que se contente d'entériner l'artefact du contrat, s'accompagne nécessairement d'un retour du droit de décider de l'exceptionnel, comme première puissance de la souveraineté (preuve négative de son caractère intrinsèquement pacifique). Et le sujet (qui contracte, qui subit la loi, mais qui peut toujours éventuellement lui résister) est bien sûr la mesure stable supposée de ce mouvement décisif.

Par ce retour à Bodin, au-delà de Hobbes, mon propos était de souligner qu'on doit peut-être rester soupçonneux quant à la possibilité d'évacuer, fût-ce de manière théorique, d'un seul mouvement la souveraineté et le droit, qu'on ne peut faire ensemble le procès du juridisme moderne et celui de la souveraineté, que nous devons donc, au maximum, tenter de restituer le caractère contingent de leur rencontre parce que, justement, ce caractère contingent est essentiel à la souveraineté, à son déploiement par un phénomène de repli ou de retrait et d'accumulation des stratégies et enjeux.

Voyons ce que cela signifie en revenant à la dichotomie foucauldienne souveraineté/gouvernementalité synthétisée ci-dessus³¹ : en effet, le bien visé par la souveraineté consiste exclusivement dans l'obéissance de tous les sujets à la loi ; la souveraineté s'exerce par la loi, et tire toute sa substance de la seule acceptation généralisée d'un tel exercice. Sa finalité est bel et bien circulaire. Mais un tel exercice ne signifie nullement que l'instrument qui lui est essentiel est lui-même interne à la souveraineté, et déjà compris en elle (ni que le sujet fut à cette fin supposé). Bien sûr, donner la loi, au même titre que les autres marques de la souveraineté (décider de la paix et de la guerre, nommer les premiers magistrats, donner justice en dernier ressort, avoir la puissance d'octroyer

²⁸ Thomas Hobbes, *Léviathan*, Paris, Éditions Sirey, 1971, II, 18, p. 186.

²⁹ *Ibid.*, p. 179.

³⁰ *Ibid.*, p. 186.

³¹ J'en profite pour souligner que, même si je me suis tenu à la lettre de certaines propositions de Foucault dans son texte sur la gouvernementalité, et même si de semblables propositions se retrouvent dans de multiples autres textes de Foucault, il est clair qu'une telle dichotomisation, qui donne ici lieu à une compréhension négative de la gouvernementalité, n'épuise pas le sens – tellement productif, et justement prodigieusement positif – de cette dernière.

grâce aux condamnés) se présente comme une simple marque de la souveraineté³² ; à ce titre, elle lui est interne : la nier (la partager, la déléguer...) serait auto-réfutant pour la souveraineté (ou de la part de la souveraineté). Mais comme je l'ai déjà dit, de simple marque, la loi est élevée au rang de marque qui comprend toutes les autres marques, une marque qui permet de penser les autres marques de la souveraineté comme étant non pas tant des droits dont dispose intrinsèquement la souveraineté, mais surtout comme étant ce dont la souveraineté dispose désormais seulement sous la forme du droit. Et tel est le moment essentiellement productif de la théorisation de la souveraineté par Bodin. Tel est le moment où la souveraineté ne se contente pas de s'affirmer et se finaliser de manière purement interne : même puisé en elle-même, l'instrument de la souveraineté finit par l'englober, la structurer, et donc aussi la limiter. Et à partir de ce moment-là, il n'est plus question de comprendre le droit comme une émanation souveraine de la souveraineté. Or je pense que ce mouvement positif et productif, mais qui ne se déploie que masqué par une simple analyse « passive » des marques, est typique de la souveraineté : mon propos n'est donc pas tant de démontrer l'existence d'une extériorité instrumentale essentielle à la souveraineté, que d'affirmer par là que le propre de la souveraineté est de se présenter comme une perfection parfaitement circulaire, tout en libérant ce type de développement en fait radicalement autonome et positif par lequel elle recule.

Cette productivité masquée d'une théorisation de la souveraineté, qui donne lieu à un discours qui finalement l'englobe et la limite, reste nécessairement ignorée par l'opposition foucauldienne entre souveraineté et gouvernementalité. Pour Foucault, comme je l'ai déjà dit, le « modèle juridique de la souveraineté » existe toujours déjà en tant que tel ; et il « présuppose » toujours déjà « l'individu comme sujet de droits naturels ou de pouvoirs primitifs » ; il rend dès lors « compte de la genèse idéale de l'État »³³. Or, nous l'avons vu, le caractère juridique de la souveraineté ne coule pas de source ; il relève plutôt d'un coup de force qui n'est donc en rien une genèse idéale ; et dans ce passage forcé de la souveraineté au droit, l'individu n'intervient pas. Ce que nous a révélé Bodin, par ce qui est la première grande théorisation de la souveraineté, quelques décennies avant celle de Hobbes (que vise Foucault) et donc contemporanément à l'incroyable productivité juridique qui marque la fin du XVI^e siècle, c'est précisément le décentrement que dut subir la souveraineté pour se glisser dans le discours fini du droit. Et ce, justement, parce qu'elle ne présupposait pas un individu sur lequel s'appliquer et par lequel se légitimer, que donc elle devait avant tout se profiler comme une instance créatrice : créer un discours, une visibilité, et par là, des processus multiples de subjectivations et de sujétions nouveaux par lesquels, ensuite, l'échange vertical et légitimant de type hobbesien sera possible. Le moment souverain où le droit fait irruption dans la théorie bodinienne de la souveraineté est tout à la fois stratégique et positif. Et ce qui en résulte, ce qui sera dorénavant prescrit – et avant tout au souverain lui-même – n'est pas du tout de l'ordre de l'interdit, mais bien plus positivement, de l'ordre d'une nouvelle pratique et d'un nouveau type de discours du pouvoir, à savoir juridiques, dont surgiront les sujets, les administrations, l'État et ses limitations.

³² Déjà ici, nous devons toutefois noter qu'une marque n'est jamais gratuite : elle suppose un besoin de se démarquer, d'être discerné...

³³ Résumé de *Il faut défendre la société*, in *Dits et Écrits*, III, p. 124. « La théorie de la souveraineté présuppose le sujet », *Il faut défendre la société*, op. cit., p. 38.

Le droit, stratégiquement produit par la souveraineté, s'est dès lors aussi émancipé d'elle, sur un plan « horizontal » et gouvernemental ; mais paradoxalement, l'essence « verticale » de la souveraineté est aussi ce qui se révèle précisément lorsque la souveraineté se tâte, dénombre de façon très substantielle ses marques dans les circonstances les plus exceptionnelles, et consent ainsi à être dépassée ou du moins à se replier, à se mettre en retrait.