



BANQUE DES MEMOIRES

Master 2 de Philosophie du droit et droit politique
Dirigé par le professeur Olivier Jouanjan
2023

*De la loi à la norme. Le « Passe vaccinal » entre
incitation, obligation et punition, à l'aune des notions
foucaaldiennes de biopolitique et de gouvernementalité*

Auteur : Thomas Kuhn

Sous la direction de Madame Elodie DJORDJEVIC

Remerciements

Ce mémoire n'aurait pas été possible sans la présence et le soutien de certaines personnes, que je tiens à remercier.

Je voudrais d'abord exprimer ma gratitude envers le corps professoral du Master 2 de Philosophie du droit et de droit politique, dont les enseignements m'ont tant apporté aux niveaux intellectuel et personnel.

En particulier, ma reconnaissance se tourne vers ma directrice de recherche, Madame Djordjevic, pour son accompagnement et ses précieux conseils tout au long de l'élaboration de ce mémoire. Vous m'avez aidé à penser avec et contre Foucault, mais aussi — et surtout — avec et contre moi-même. J'admire votre capacité à mettre votre intelligence au service de vos idées et à concilier engagement citoyen et probité académique.

Merci à mes relecteurs avisés, Julien et Erwann, et à Nadège, qui m'a écouté parler de Michel Foucault et du Passe vaccinal pendant tout l'été avec une patience indéfectible — et parfois même, me semble-t-il, une pointe d'intérêt.

Je souhaite enfin remercier mes grands-parents, pour tout. Ce mémoire leur est dédié.

Table des Matières

Introduction	1
Méthodologie	16
I. Le Passe vaccinal dans la typologie foucauldienne des rapports de pouvoir : le dépassement du juridisme du souverain au profit d'une hybridation entre discipline et sécurité	18
A. Le pouvoir souverain : sa caractérisation foucauldienne et son nécessaire dépassement.....	18
1) La caractérisation foucauldienne du pouvoir souverain : la théorie du droit public et le rôle central de la loi	18
2) L'incapacité de la théorie de la souveraineté à rendre compte des mutations des relations de pouvoirs, justifiant son dépassement par l'anti-juridisme	20
B. L'émergence de nouveaux dispositifs de prise en charge du vivant dans les calculs du pouvoir : la discipline et la sécurité.....	22
1) La discipline : une anatomo-politique du corps humain, vecteur de normation	22
2) La sécurité : une gestion de la population, vecteur de normalisation	27
a. Le développement de la « gouvernementalité » : la conduite des conduites, du pastorat à l'économie politique comme principe de régulation interne de la puissance publique.....	28
b. Les dispositifs de sécurité, et leur articulation avec la discipline dans l'hygiène publique	31
II. Penser économiquement la gestion des comportements dans le néolibéralisme : inciter <i>et</i> punir ?	35
A. Les inflexions néolibérales : une généralisation de la rationalité économique à la gestion des conduites	35
B. Le Passe vaccinal : repenser la délimitation entre incitation économique et punition	38
1) Du point de vue étatique	38
a. Un branchement de la punition à des calculs globaux insusceptibles d'être entièrement formalisables juridiquement, relativisant la spécificité du domaine pénal	39
b. L'horizontalisation de l' <i>enforcement</i> par le recours à la société civile.....	43
2) Du point de vue du sujet : le Passe vaccinal comme reconstitution d'une normation disciplinaire dans le cadre d'un jeu environnemental de sécurité.....	46
III. Repenser l'articulation entre les figures de la loi et de la communauté dans le cadre du Passe vaccinal	49
A. Le maintien instrumental et stratégique du dispositif juridique	50
1) La reconstitution par le droit d'une normation disciplinaire.....	50
2) Le rôle instrumental et légitimateur d'un droit bio-politisé	54
B. Quelle communauté de sujets de droits ?.....	58
1) De la guerre biologique à l'incitation économique : la relation partenaire-paria.....	58
2) Une gouvernementalité protéiforme entre déclin et renouveau de la souveraineté	64
Conclusions	67
Bibliographie.....	71

Introduction

« Quelques-uns se trouvèrent frappés d'amnésie complète... Ils ne savaient plus qui ils étaient et ne reconnaissaient pas leurs amis. »

Thucydide, *La guerre du Péloponnèse*, Livre II (La peste d'Athènes).

Le 4 janvier 2022, lors d'une entrevue auprès de la presse régionale, le président de la République française, Emmanuel Macron, déclarait :

Nous mettons une pression sur les non-vaccinés en limitant pour eux, autant que possible, l'accès aux activités de la vie sociale. D'ailleurs, la quasi-totalité des gens, plus de 90%, y ont adhéré. C'est une toute petite minorité qui est réfractaire. Celle-là, comment on la réduit ? On la réduit, pardon de le dire, comme ça, en l'emmerdant encore davantage. Moi, je ne suis pas pour emmerder les Français. Je peste toute la journée contre l'administration quand elle les bloque. Eh bien, là, les non-vaccinés, j'ai très envie de les emmerder. Et donc, on va continuer de le faire, jusqu'au bout. C'est ça, la stratégie. Je ne vais pas les mettre en prison, je ne vais pas les vacciner de force. Et donc, il faut leur dire : à partir du 15 janvier, vous ne pourrez plus aller au restau, vous ne pourrez plus prendre un canon, vous ne pourrez plus aller boire un café, vous ne pourrez plus aller au théâtre, vous ne pourrez plus aller au cinéma (...). L'immense faute morale des antivax : ils viennent saper ce qu'est la solidité d'une nation. Quand ma liberté vient menacer celle des autres, je deviens un irresponsable. Un irresponsable n'est plus un citoyen¹.

Le contexte de cette intervention est bien connu : il s'agit de l'introduction du « Passe vaccinal » dans le cadre de la stratégie de santé publique française en réponse à l'épidémie de covid-19. Le Passe vaccinal est un outil mis en place par l'Etat, qui conditionne l'accès à certains lieux de vie sociale selon le statut vaccinal des individus, via la vérification d'un QR-code. Après des mois de confinements, couvre-feux et autres mesures autant restrictives des droits et libertés que dommageables pour l'économie nationale, le Passe vise à minimiser les contaminations ainsi qu'à inciter à la vaccination contre la covid-19.

¹ « “ Emmerder les non-vaccinés ” : voici in extenso ce qu'a dit Emmanuel Macron dans le Parisien », *France inter*, 5 janvier 2022 (consulté le 10 juin 2023) [<https://www.radiofrance.fr/franceinter/emmerder-les-non-vaccines-voici-in-extenso-ce-qu-a-dit-emmanuel-macron-dans-le-parisien-8908365>].

On est tenté de se demander ce qu'aurait pensé le philosophe français Michel Foucault (1926-1984) d'un tel dispositif. En effet, la période de gestion épidémique a réactualisé un nombre important de thèmes foucauldien : la politique, afin de mener la « guerre » contre le virus, cet « ennemi invisible », a placé le vivant au centre de ses calculs. Il s'agissait de distinguer les bonnes des mauvaises circulations, de définir les « activités essentielles », celles permises et interdites ; de réguler le jeu des corps dans l'espace ; aussi, de se donner une véritable « politique du chiffre », les courbes et graphiques statistiques fournissant des outils d'analyse au niveau de la population entière. La crise sanitaire est une période de médicalisation de la politique et, dès lors, de transformation de celle-ci et de ses dynamiques de pouvoir.

Le référentiel foucauldien mêle des réflexions sur les relations de pouvoir et de domination, la rationalité sous-jacente aux dispositifs et les effets de savoirs-pouvoirs qui leur sont associés, l'histoire de la médecine moderne, la prise en charge du corps des individus par la « discipline » et la gestion des risques auxquels fait face la population dans le cadre de la « biopolitique ». Ces thèmes convergent éventuellement dans une volonté de saisir la rationalité propre à la biopolitique ; ceci embarque Foucault dans une généalogie qui lui fait reconstituer, conformément à son approche « discontinue » (qui s'oppose en ce sens à une analyse génétique), « tout un réseau d'alliances, de communications, de points d'appui »², rendant intelligible l'évolution des pratiques de pouvoir en Occident. Cette étude non-linéaire sillonne l'histoire, du pastorat hébreu puis chrétien, en passant par la formation des grandes monarchies administratives et des notions de raison d'état et de police, jusqu'au libéralisme et néolibéralisme contemporain. C'est au cours de cette enquête que Foucault forge la notion de « gouvernementalité ».

Par « biopouvoir », Foucault entend « l'ensemble des mécanismes par lesquels ce qui, dans l'espèce humaine, constitue ses traits biologiques fondamentaux va pouvoir entrer à l'intérieur d'une politique, d'une stratégie politique, d'une stratégie générale de pouvoir, autrement dit comment la société, les sociétés occidentales modernes, à partir du XVIII^e siècle

² M. Foucault, *Sécurité, Territoire, Population*, Cours au Collège de France. 1977-1978, Paris, EHESS, Gallimard, Seuil, 2004, Cours du 1^{er} février 1978, p. 121. Dans les notes de bas de page suivantes, le titre de l'ouvrage sera abrégé comme suit : *STP*, et suivi de la seule date du cours.

Foucault a par ailleurs défini la généalogie comme « la forme d'une d'histoire qui rend compte de la constitution des savoirs, des discours, des domaines d'objets, etc. » M. Foucault, « Entretien avec Michel Foucault », *Dits et écrit II*, p. 147. Celle-ci fonctionne en tandem avec l'archéologie, qui fait office de « méthode propre à l'analyse des discours locaux » à partir desquelles une analyse généalogique peut ensuite jouer. M. Foucault, « *Il faut défendre la société* », Cours au Collège de France. 1976, Paris, EHESS, Gallimard, Seuil, 2004, 7 janvier 1976, p. 17. (Ouvrage cité par la suite dans la forme : *DS*).

ont repris en compte le fait biologique que l'être humain constitue une espèce humaine »³. Cette insertion du vivant dans la stratégie politique marque le seuil politique de la modernité : « l'homme pendant des millénaires est resté ce qu'il était pour Aristote : un animal vivant et, de plus, capable d'une existence politique ; l'homme moderne est un animal dans la politique duquel sa vie d'être vivant est en question »⁴. Convergence de la vie et de la politique, donc.

La notion de « gouvernementalité » a, quant à elle, évolué dans la pensée de Foucault. Celle-ci est d'abord définie, de façon précise et historiquement localisée, comme « cette forme bien spécifique, quoique très complexe, de pouvoir qui a pour cible principale la population, pour forme majeur de savoir l'économie politique, pour instrument technique essentiel les dispositifs de sécurité »⁵. Dans *Naissance de la biopolitique*⁶, Foucault tend vers une acception plus générale et abstraite : la gouvernementalité devient « la manière dont on conduit la conduite des hommes » ; celle-ci semble finalement se superposer à la conception foucauldienne de l'exercice du pouvoir compris comme « conduite des conduites »⁷. Si la seconde définition est subsumable sous la première, l'inverse n'est pas vrai : l'une renvoie au « pouvoir » en général, l'autre au « biopouvoir » spécifiquement. Ce mémoire privilégie la seconde définition de la gouvernementalité, axée sur l'émergence de la biopolitique, pour des raisons tenant autant à son objet d'étude qu'à sa manière de l'aborder.

Le Passe vaccinal se présente avant tout comme un dispositif d'incitation : dès lors qu'il subordonne la possibilité de se mouvoir dans l'espace social à la présentation d'un justificatif vaccinal, sa non-détention occasionne une gêne qui doit mener l'individu à entreprendre un schéma vaccinal. Ce caractère primordialement incitatif découlerait de l'absence d'obligation vaccinale dans la loi, qui laisserait donc intacts l'autonomie et la liberté de choix individuels. Mais la notion d'incitation est ambiguë : elle recouvre un champ sémantique allant du conseil, de l'encouragement, jusqu'au fait de « récompenser » un comportement, voire de « pousser »

³ *STP*, 11 janvier 1978, p.3.

⁴ M. Foucault, *La volonté de savoir, Droit de mort et pouvoir sur la vie*, Paris, Gallimard, 1976, p. 188. (Cité par la suite comme : *VS*).

⁵ *STP*, 1^{er} février 1978, p. 111. Dans le même passage, Foucault réinsiste sur la prédominance des dispositifs de sécurité comme un élément caractéristique du virage vers la gouvernementalité, qu'il définit également comme « la tendance, la ligne de force qui, dans tout l'Occident, n'a pas cessé de conduire, et depuis fort longtemps, vers la prééminence de ce type de pouvoir qu'on peut appeler le « gouvernement » sur tous les autres : souveraineté, discipline, et qui a mené, d'une part, le développement de toute une série d'appareils spécifiques de gouvernement [et, d'autre part], le développement de toute une série de savoirs ».

⁶ M. Foucault, *Naissance de la biopolitique*, Cours au Collège de France. 1978-1979, Paris, EHESS, Gallimard, Seuil, 2004. (Abrégé comme suit : *NBP*).

⁷ « L'exercice du pouvoir consiste à "conduire les conduites" et à aménager la probabilité » ; « Le sujet et le pouvoir », *DE II*, p. 1056.

quelqu'un à l'entreprendre. Cette ambiguïté s'est manifestée politiquement : le ministre de la Santé décrivait le Passe vaccinal comme une « obligation déguisée »⁸.

Ce qui nous mène à privilégier la conception spécifique et localisée de la gouvernementalité, c'est aussi que celle-ci est conçue de manière antithétique par rapport à ce que Foucault nomme le « pouvoir souverain », qui a selon lui prédominé du Moyen-Âge au XVIII^e siècle. Ce dispositif repose essentiellement sur la loi, qui délimite le permis et l'interdit, punit sa violation par une sanction codifiée et, dans sa version contractualiste, trace avec la constitution de l'Etat des limites juridico-politiques permettant de juger de la légitimité fondamentale de son action. C'est par opposition à cette caractérisation du dispositif souverain que se dessine le glissement vers la discipline, puis vers la biopolitique : il s'agit de « gérer » les conduites, de « produire » des comportements — ce qui dépasse les relations de commandement pour englober celles dans lesquelles l'individu est animé par un sentiment d'autonomie, d'autorégulation⁹. Cette dimension positive peut être féconde pour penser la délinéation quelque peu floue entre incitation et obligation dans le cas du Passe vaccinal.

Avant d'explorer davantage cette question et la pertinence de la grille d'analyse foucauldienne pour la traiter, il convient de rappeler sommairement les données épidémiologiques et juridiques essentielles à notre enquête¹⁰.

L'introduction du Passe vaccinal s'inscrit dans une stratégie d'immunisation massive de la population française contre la covid-19, une maladie infectieuse émergente de type zoonose virale causée par la souche coronavirus SARS-CoV-2, qui se répand de personne à personne par aérosols. Détectée dans la ville de Wuhan, en Chine, au début de l'année 2020, elle prend rapidement une tournure pandémique¹¹. Les symptômes les plus communs sont la fièvre, la toux, la fatigue et la gêne respiratoire. Dans les formes les plus graves, un syndrome de détresse respiratoire aiguë peut entraîner la mort. Le taux de létalité¹² varie selon deux

⁸ « Covid-19 : “Le passe vaccinal est une forme déguisée d'obligation vaccinale”, assume Olivier Véran », *franceinfo*, 18 décembre 2021 (consulté le 10 octobre 2022) [<https://www.radiofrance.fr/franceinter/emmerder-les-non-vaccines-voici-in-extenso-ce-qu-a-dit-emmanuel-macron-dans-le-parisien-8908365>]

⁹ R. Huff, « Gouvernamentalité », *Encyclopaedia Universalis*, p. 1 (consulté le 2 juillet 2023) [<https://www.universalis.fr/encyclopedie/gouvernamentalite/>].

¹⁰ Il s'agit ici d'un résumé, qui ne prétend ni à l'exhaustivité ni à la parfaite exactitude.

¹¹ L'Organisation Mondiale de la Santé a déclaré la covid-19 comme pandémie le 11 mars 2020.

¹² Le taux de létalité indique le pourcentage de décès dus à une maladie parmi les personnes affectées. Il diffère du taux de mortalité, qui mesure le pourcentage de morts d'une maladie dans une population de référence ; il se distingue aussi du taux de morbidité, qui mesure l'incidence ou la prévalence de la maladie dans une population.

facteurs principaux : âge et facteurs de comorbidité¹³. Au début 2020, ce taux est d'environ 0,001% pour les moins de 20 ans ; il s'élève toutefois à environ 8,3% chez les plus de 80 ans. De même pour les taux d'hospitalisations en cas de contamination : si le taux moyen est de 3,2%, celui-ci varie d'environ 0,46% pour les adultes de 20-30 ans à 30% pour les 80-90 ans¹⁴.

Suite à l'élaboration d'un vaccin protégeant des formes graves de la maladie et diminuant, pour les personnes inoculées, les risques de transmission, une campagne vaccinale est entamée le 27 décembre 2020, et la vaccination est ouverte à l'ensemble de la population adulte le 31 mai 2021¹⁵. La vaccination est gratuite et non-obligatoire ; elle nécessite, selon le droit interne et international applicable, le consentement libre et éclairé du patient¹⁶. Selon le Rapport explicatif de la Convention d'Oviedo, signée et ratifiée par la France, le critère du consentement libre et éclairé vise à « restreindre les approches paternalistes qui ignoreraient la volonté du patient »¹⁷. N'est pas libre et éclairé le consentement donné en présence de « pression[s] de la part d'autrui »¹⁸. Le gouvernement a conclu, en population générale adulte, à la nécessité de deux doses suivies d'un rappel. Une infection passée, conférant un certain degré d'immunisation, peut remplacer l'administration d'une dose dans le schéma vaccinal.

¹³ Il s'agit principalement des pathologies cardio-vasculaires, des pathologies respiratoires chroniques, neurologiques, de l'obésité, du diabète de type 1 et 2, des cancers, de l'insuffisance rénale, des troubles psychiatriques et de la démence. Ministère de la Santé et de la Prévention, *La liste des comorbidités et des maladies associées à un risque de forme grave de Covid-19*, 16 février 2023 (consulté le 10 juillet 2023) [<https://sante.gouv.fr/grands-dossiers/vaccin-covid-19/covid-19-la-strategie-vaccinale/article/la-liste-des-comorbidites-et-des-maladies-associees-a-un-risque-de-forme-grave#:~:text=Les%20personnes%20atteintes%20de%20comorbidit%C3%A9,transplant%C3%A9es%20d'organes%20solides>].

¹⁴ « Covid-19 : quel risque de mourir pour les jeunes adultes », *E3N-Génération*, novembre 2020 [<https://www.e3n-generations.fr/covid-19-risque-de-mourir-jeunes>]. Évidemment, ces chiffres varient en fonction des périodes et des « variants » : leur usage ici vise davantage à présenter des ordres de grandeur qu'à refléter des données absolument exactes.

¹⁵ Concernant les mineurs, la vaccination des plus de 12 ans est ouverte, sur accord d'un des deux parents, à partir du 15 juin 2021. Celle-ci est élargie aux enfants de 5 à 11 ans dès le 22 décembre 2021.

¹⁶ L'article L. 1111-4 du Code de la santé publique dans sa rédaction issue de la loi n°2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, dispose en son troisième alinéa : « Aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne et ce consentement peut être retiré à tout moment ». Une disposition similaire est trouvée à l'article 5 de la *Convention pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine*, dite convention Oviedo : « Une intervention dans le domaine de la santé ne peut être effectuée qu'après que la personne concernée y a donné son consentement libre et éclairé » (Conseil de l'Europe, STE 164, 4 avril 1997, entrée en vigueur le 1^{er} décembre 1999). Cette convention a été ratifiée par la France par l'article 1^{er} de la loi n°2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique ; elle est opposable en droit interne depuis le 1^{er} avril 2012 conformément à son article 33 para. 4.

¹⁷ Conseil de l'Europe, *Rapport explicatif de la Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine : Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine*, STE 164, 4 avril 1997, article 5, paragraphe 34.

¹⁸ *Ibid.*, paragraphe 35.

En France, la loi n°2020-290 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19, du 23 mars 2020, a créé un régime dérogatoire au droit commun : l'état d'urgence sanitaire¹⁹. Il peut être déclaré par décret primo-ministériel en cas de « catastrophe sanitaire mettant en péril, par sa nature et sa gravité, la santé de la population » ; sa prolongation après un mois requiert l'intervention du Parlement. Les données scientifiques disponibles ayant motivé la décision sont rendues publiques. Les pouvoirs exceptionnels de police sanitaire contiennent la possibilité de restreindre la liberté de circulation et des déplacements, à des degrés variés : interdiction aux personnes de sortir de leur domicile, sous réserve des déplacements strictement indispensables aux besoins familiaux ou de santé (confinement général forcé)²⁰ ; couvre-feux ; mesures de quarantaine ; fermeture provisoire d'établissements recevant du public et des lieux de réunion ; limitation ou interdiction des rassemblement sur la voie publique, etc. Les mesures ordonnées doivent être nécessaires, proportionnées et cesser dès que la situation épidémique ne les justifie plus. La contrevenance est punie de sanctions pénales. Ces mesures visaient à contenir la propagation du virus en population générale, ainsi qu'à diminuer la tension placée sur les unités de soins intensifs, débordées du fait de l'afflux de patients atteints de formes graves.

Un comité d'experts nommés par l'exécutif, le Conseil scientifique, fut créé afin d'éclairer les décisions gouvernementales. La prise de décision durant la crise sanitaire a été caractérisée par le centralisme traditionnel français, et reflète l'inclinaison présidentialiste du régime de la Ve République : les décisions clefs en matière de politique sanitaire étaient prises en Conseil de défense et de sécurité nationale, un organe relevant du Code de la sécurité intérieure présidé par le président de la République²¹. La mise en œuvre de la politique sanitaire était principalement confiée aux préfets au niveau des collectivités territoriales.

¹⁹ Le dispositif de l'état d'urgence sanitaire fut inséré dans le Code de la santé publique aux articles L. 3131-12 et suivants. Modifié à de nombreuses reprises, il fut abrogé par la loi n°2022-1089 du 30 juillet 2022 mettant fin aux régimes d'exceptions créés pour lutter contre l'épidémie liée à la covid-19.

²⁰ A l'échelon national, la France aura connu trois périodes de « confinement » correspondant aux trois « vagues » pandémiques les plus intenses, soit du 17 mars au 11 mai 2020, du 30 au 15 décembre 2020, et du 3 avril au 3 mai 2021.

²¹ Le Conseil de défense et de sécurité nationale est prévu aux articles R*1122-10 - R*1122-10 du Code de la défense. Les principaux ministres y siègent de droit. Pour le reste, sa composition entière, l'ordre du jour et les délibérations sont couverts par le secret défense. Pour une mise en perspective juridique, historique et critique, voir : Thibault Desmoulins, « L'«hyperactivité» du Conseil de défense (1/2) : une conséquence du présidentialisme française », *JP Blog*, 12 octobre 2021 (consulté le 30 juin 2023) [<https://blog.juspoliticum.com/2021/10/12/1-hyperactivite-du-conseil-de-defense-1-2-une-consequence-du-presidentialisme-francais-par-thibault-desmoulins/>].

Prédécesseur du Passe vaccinal, le « Passe sanitaire » fait suite à la levée du couvre-feu national le 20 juin 2021. Créé par la loi n° 2021-689 du 31 mai 2021²², ce dispositif s'inscrit dans une stratégie de « retour à la normale » visant la levée progressive des mesures de restriction sociale. Le Passe conditionne l'accès à certains lieux considérés comme propices à la circulation du virus à la présentation d'un QR-code — sous forme numérique, via l'application gouvernementale *TousAntiCovid*, ou en version papier — justifiant d'un schéma vaccinal complet contre la covid-19 ; d'un résultat négatif de test RT-PCR ou antigénique récent²³ ; ou d'un tel résultat négatif datant de plus de 11 jours et de moins de 6 mois.

D'abord réservé aux « larges rassemblements », l'application du Passe sanitaire est étendue à une vaste liste d'établissements, lieux et événements accueillant des activités culturelles, sportives, ludiques ou festives ainsi que foires ou salons professionnels, lorsqu'ils rassemblent plus de 50 personnes²⁴. Le recours au Passe sanitaire est à nouveau étendu, par la loi n° 2021-1040 du 5 août 2021²⁵, aux lieux, établissements, services ou événements où sont exercées les activités suivantes : loisirs ; restauration commerciale ou de débit de boissons, à l'exception de la restauration collective, de la vente à emporter de plats préparés et de la restauration professionnelle routière et ferroviaire ; foires, séminaires et salons professionnels ; sauf en cas d'urgence, services et établissements de santé, sociaux et médico-sociaux, pour les personnes accueillies pour des soins programmés ou pour les visiteurs et accompagnants ; déplacements de longue distance par transports publics interrégionaux, sauf en cas d'urgence faisant obstacle à l'obtention du justificatif requis ; possibilité de l'appliquer aux grands magasins et centres commerciaux²⁶. Les activités politiques, syndicales et culturelles sont « immunisées » du Passe sanitaire par une réserve d'interprétation du Conseil constitutionnel²⁷.

L'application du Passe sanitaire couvre une large partie de l'espace social. A partir du 30 août 2021, le Passe est décrété obligatoire au travail pour environ 1.8 millions de salariés et apprentis en contact avec le public. A défaut, le salarié, après entretien avec sa hiérarchie, est

²² Loi n° 2021-689 du 31 mai 2021 relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire.

²³ Initialement de 72 heures, cette durée sera réduite, à compter du 29 novembre 2021, à 24 heures.

²⁴ Décret n° 2021-955 du 19 juillet 2021 modifiant le décret n° 2021-699 du 1er juin 2021 prescrivant les mesures générales nécessaires à la gestion de la sortie de crise sanitaire, article 1.

²⁵ Loi n° 2021-1040 du 5 août 2021 relative à la gestion de la crise sanitaire.

²⁶ D'après la loi du 5 août 2021, en son article 1, une telle application du Passe aux centres commerciaux se fait sur décision motivée du représentant de l'Etat dans le département, lorsque leurs caractéristiques et la gravité des risques de contamination le justifient au-delà d'un seuil défini par décret, et dans des conditions garantissant l'accès des personnes aux biens et services de première nécessité, ainsi qu'aux moyens de transport.

²⁷ Cons. const., n° 2021-819 DC, 31 mai 2021, *Loi relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire*, cons. 18, rappelée dans une autre décision Cons. const., n° 2021-824 DC, 5 août 2021, *Loi relative à la gestion de la crise sanitaire*, cons. 42.

suspendu sans rémunération, jusqu'à présentation d'un certificat valide. De surcroît, à partir du 15 octobre 2021, la prise en charge intégrale des tests de dépistage antigénique et tests RT-PCR — jusqu'alors pris en charge par l'assurance maladie — est conditionnée à la présentation d'un schéma vaccinal complet²⁸. La mesure vise à « encourager à la vaccination »²⁹ en mettant à la charge des personnes non-vaccinées l'accès aux tests « de complaisance » ou « de confort », c'est-à-dire réalisés sans nécessité médicale apparente, mais visant à bénéficier d'un Passe sanitaire valide afin d'accéder aux lieux et activités concernés.

Conformément à la loi n° 2022-46 du 22 janvier 2022³⁰, à compter du 24 janvier³¹, le Passe sanitaire devient vaccinal, sauf dans les établissements médico-sociaux où le Passe sanitaire demeure en vigueur. Un Passe vaccinal n'est valide qu'en cas de présentation d'un schéma vaccinal complet, d'un certificat de rétablissement valable ou d'un certificat de contre-indication. Par ailleurs, les particuliers en charge du contrôle du Passe sont autorisés à effectuer des contrôles d'identités³². Des sanctions pénales sont prévues en cas de non-contrôle des Passes par les responsables des établissements. Il est interrompu, sauf pour certains établissements de santé, à partir du 14 mars 2022³³. La loi du 30 juillet 2022³⁴ abroge l'article 1 de la loi du 31 mai 2021 sur la base duquel le Passe sanitaire et le Passe vaccinal ont été successivement prévus.

Le contexte factuel présenté, il est désormais possible de s'appuyer sur la citation présidentielle qui ouvre ce mémoire pour expliciter l'objet de la présente recherche, ainsi que la pertinence de la pensée de Foucault pour l'aborder.

²⁸ Ministre des Solidarités et de la Santé, *Arrêté modifiant l'arrêté du 1er juin 2021 prescrivant les mesures générales nécessaires à la gestion de la sortie de crise sanitaire*, 14 octobre 2021. A moins de bénéficier d'une prescription médicale à cet effet, d'avoir été identifié comme « cas contact » par l'assurance maladie ou d'être concerné par une campagne de prise en charge collective.

²⁹ Ministère des Solidarités et de la Santé, *Dossier de presse. Évolution de la prise en charge des tests de dépistage du covid à partir du 15 octobre 2021*, 8 octobre 2021 [<https://sante.gouv.fr/archives/archives-presse/archives-dossiers-de-presse/article/evolution-de-la-prise-en-charge-des-tests-de-depistage-du-covid-a-partir-du-15>]. Cette évolution reprend une recommandation de l'Académie nationale de médecine : Communiqué de l'Académie nationale de médecine, « Pour vaincre la Covid-19, une bonne vaccination vaut mieux que des tests à répétition », *Académie nationale de médecine*, 23 juin 2021.

³⁰ Loi n° 2022-46 du 22 janvier 2022 renforçant les outils de gestion de la crise sanitaire et modifiant le code de la santé publique

³¹ Décret n° 2022-51 du 22 janvier 2022 modifiant le décret n° 2021-699 du 1^{er} juin 2021 prescrivant les mesures générales nécessaires à la gestion de la sortie de crise sanitaire, article 1.

³² *Ibid.* Article 1. Cet article de la loi du 22 janvier 2022 modifie la loi n° 2021-689 du 31 mai 2021 relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire pour y insérer cette disposition en son article 1, II, B, alinéa trois et quatre.

³³ Décret n° 2022-352 du 12 mars 2022 modifiant le décret n° 2021-699 du 1^{er} juin 2021 prescrivant les mesures générales nécessaires à la gestion de la sortie de crise sanitaire, article 1.

³⁴ Loi n° 2022-1089, 30 juillet 2022, mettant fin aux régimes d'exception créés pour lutter contre l'épidémie liée à la covid-19, article 1.

Tout d'abord, la déclaration mobilise le rapport entre majorité et minorité en démocratie libérale. Le président le rappelle justement : au moment de l'introduction du Passe, environ 90% des Français majeurs sont vaccinés ; 10% ne le sont pas. Numériquement, les non-vaccinés sont une *minorité*. Cette minorité quantitative prend une tournure qualitative dès lors qu'elle justifie un traitement délibérément différentiel. Dans le refus de la vaccination, une « faute morale » est identifiée, laquelle justifierait une « limitation de l'accès aux activités de la vie sociale ». Mais revient-il à l'Etat de sanctionner une faute qui resterait purement morale ? En effet, dans un Etat de droit libéral, la sanction des conduites morales est habituellement réservée aux relations entre personnes et groupes privés. La loi de l'Etat, quant à elle, ne punit jamais les conduites morales en tant que telles ; pour que son intervention soit justifiée et légitime, la faute morale doit prendre la forme d'une faute juridique. Or, en l'absence d'obligation vaccinale, le non-vacciné ne commet aucune telle faute. Pourtant, le propos fait état d'une « stratégie » ouvertement punitive : l'exclusion des activités sociales concernées sanctionne la faute morale de non-vaccination. Cette stratégie qui entend obliger et punir sans passer par le relai de la loi peut sembler épineuse par rapport à certains principes centraux du pacte républicain. L'article 5 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 dispose : « Tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas ». Pas de contrainte sans fondement légal ; d'où le caractère conceptuellement curieux de ce qui est désigné par le gouvernement comme une « forme déguisée d'obligation vaccinale »³⁵. Apparaît un décalage entre la *forme et le texte* de la loi — qui n'obligent ni ne discriminent — et son *but* proclamé : obliger et, à cette fin, discriminer par ce qui s'apparente intuitivement à une forme de punition. Comme nous le verrons, si l'acception foucauldienne de la punition dévie de sa conception en droit positif, ce décalage peut s'avérer utile, dans le cas du Passe vaccinal, pour explorer l'écart entre récit juridique et pratique effective du pouvoir.

Le Passe vaccinal mobilise un thème cher à la pensée de Foucault : le traitement du normal et de l'anormal, leur définition, intégration et traitement dans des dispositifs de pouvoir, qui trouve une expression particulière dans la biopolitique. Pour dépasser le paradigme souverain, Foucault théorise d'abord les « disciplines », qui créent, par la surveillance, le « dressage » et l'art de la répartition spatiale, des « corps dociles » et utiles à mesure qu'ils sont productifs et assujettis. Or, le Passe vaccinal quadrille l'espace, il crée des frontières à l'entrée des lieux où il s'applique, lesquelles régissent les mouvements du corps. Son instance

³⁵ « Covid-19 : “Le passe vaccinal est une forme déguisée d'obligation vaccinale”, assume Olivier Véran », *franceinfo*, 18 décembre 2021, art. cité.

d'application matérielle première est le corps ; sa cible indirecte aussi, dès lors qu'il vise à inciter l'individu à se faire inoculer. A la fin des années 1970, le virage opéré par Foucault vers la gouvernementalité le mène à théoriser les systèmes de sécurité (ou de régularisation). Ceux-ci interviennent au niveau de la population : l'usage de la statistique rend intelligibles et atteignables des phénomènes globaux qui demeurent insignifiants au niveau des corps individuels. Il s'agit alors d'établir des moyennes, de repérer des écarts, des risques et des anomalies, et d'optimiser les réponses à apporter pour obtenir des effets d'équilibre au niveau de la population. Ceci passe par des interventions sur le milieu de vie, qui influent la représentation que l'individu se fait de son intérêt à agir. En fait, il s'agit de transposer une rationalité économique et utilitariste aux conduites humaines, de penser une « conduite de ces conduites » économique. L'économie politique constitue, selon Foucault, la matrice des dispositifs de sécurité, dans le sillage de laquelle s'inscrivent le libéralisme puis le néolibéralisme, compris davantage comme des technologies, ou styles de gouvernement, que des idéologies. On voit la pertinence d'une telle grille analytique pour étudier le phénomène « Passe vaccinal » : la coercition ne vient plus de la loi, mais d'une « évidence » de nature économique qui s'impose à l'individu et le mène à agir, de son gré, dans un certain sens.

Il s'agit, par la présente étude, de « diagonaliser » certains problèmes juridiques soulevés par le Passe vaccinal afin de les reformuler — et, éventuellement, de les réinvestir — à l'aide de la grammaire foucauldienne du pouvoir. De telles questions juridiques incluent : quelles conséquences tirer du Passe vaccinal quant à la nature libre et éclairée du consentement médical donné ? S'il n'y a pas clairement obligation vaccinale, demeure-t-on pour autant dans le cadre d'une simple incitation ? Comment délimiter l'incitation de la pression, voire de la contrainte ? On pourrait voir dans la volonté présidentielle d'« emmerder » le non-vacciné « autant que possible » une maximisation de l'effet pénalisant recherché ; ceci tranche avec le principe juridique de limitation des atteintes aux droits et libertés fondamentaux au strict minimum, nécessaire et proportionné par rapport à un objectif légitime énoncé par la loi. Au demeurant, plusieurs principes juridiques que l'on serait tenté de mobiliser pour analyser le Passe — égalité devant la loi, non-discrimination, etc. — font l'objet d'une indétermination conceptuelle et d'une instabilité ontologique³⁶ qui, lorsqu'associés aux thèmes de la justice d'exception et d'un réalisme judiciaire prônant la déférence envers le pouvoir politique en période de crise, présentent le risque de contaminer l'analyse de type normativiste avec le

³⁶ Voir, généralement, D. Baranger, « L'évanescence de la norme. Essai sur l'instabilité ontologique du phénomène normatif », *La pensée et les normes. Hommage à Jean-François Kervégan*, éd. Isabelle Aubert, Élodie Djordjevic, Gilles Marmasse, Paris, Editions de la Sorbonne, 2021.

poison de l'indécidable. Bref, il semble que toute analyse juridique de fond de l'objet « Passe vaccinal » rencontre des points de blocages épistémologiques ne pouvant être surmontés qu'en faisant un pas de côté par rapport aux grilles d'analyses du droit public. Il faut dépasser le juridisme pour mieux y revenir.

C'est face à de tels écueils que l'« anti-juridisme » foucauldien peut s'avérer utile. Pour Foucault, le discours juridique, trop empreint des présupposés du dispositif souverain, est débordé par l'avènement des disciplines et de la sécurité, qu'il peine à canaliser. Le dispositif juridique ne peut dès lors que produire des analyses légitimatrices, homogénéisantes, totalisantes, et finalement neutralisantes à l'égard de la politique étatique dont il est à la fois l'émanation et l'outil de contrôle. Le discours du droit est frappé d'une asymétrie fondamentale, un conflit d'intérêt insurmontable qui le rend suspicieux. D'où, aussi, le nominalisme foucauldien : il s'agit à chaque fois d'écarter les « universaux » — l'Etat, la liberté, le sujet, le pouvoir —, non pas de les penser à partir d'une essence³⁷, mais en termes relationnels ; non pas d'aller vers une théorie générale mais de comprendre « par où ça passe, comment ça se passe, entre qui et qui, entre quel point et quel point, selon quels procédés et avec quels effets »³⁸.

Pour Foucault, cristalliser les termes de l'équation du pouvoir dans des définitions rigides (comme le fait la « science » du droit public) implique un verrouillage épistémologique qui biaise l'analyse dans une tendance autoréalisatrice. Ainsi, tout se passe chez Foucault comme si accorder du sérieux à l'étude des relations de pouvoir imposait d'en accorder un peu moins au discours juridique. L'analyse est alors renversée : plutôt que d'étudier la genèse du souverain à partir des volontés individuelles qui le créent, et les limites posées à son pouvoir (c'est l'objet des théories contractualistes), Foucault pense en termes de capillarité : « il faut saisir l'exercice du pouvoir en ses “extrémités” de moins en moins juridique »³⁹ ; « ne pas analyser le pouvoir au niveau de l'intention ou la décision mais partir des pratiques réelles et effectives — où l'intention est éventuellement investie »⁴⁰. Paradoxalement, une telle « diagonalisation » des théories juridiques pourrait contribuer à débloquer la réflexion métajuridique à propos du Passe vaccinal.

³⁷ Par exemple : « L'Etat n'a pas d'essence. L'Etat ce n'est pas un universel » ; « L'Etat ce n'est rien d'autre que l'effet mobile d'un régime de gouvernementalités multiples ». *NBP*, 31 janvier 1979, p. 79. Ou encore : « Au lieu de partir des universaux pour en déduire des phénomènes concrets, ou plutôt que de partir des universaux comme grille d'intelligibilité obligatoire pour un certain nombre de pratiques concrètes, je voudrais partir de ces pratiques concrètes et passer en quelque sorte ces universaux à la grille de ces pratiques ». *NBP*, 10 janvier 1979, p. 4.

³⁸ *STP*, 11 janvier 1978, p. 3.

³⁹ *DS*, 14 janvier 1976, p. 25.

⁴⁰ *DS*, 14 janvier 1976, p. 26.

Il convient de souligner la centralité de la notion de « dispositif » dans la pensée foucauldienne. La notion n'est jamais ouvertement définie par Foucault, mais les explications égrenées dans son œuvre permettent à Bertrand Mazabraud de l'ébaucher comme suit :

1) tout dispositif est une formation historique spécifique ; 2) il met en réseau des éléments hétérogènes ; 3) il a une fonction stratégique dans des relations de pouvoir ; 4) il ouvre corrélativement des champs de savoirs qui codent ou décodent les rapports de pouvoir ; 5) le dispositif est remobilisé pour gérer les effets qu'il a lui-même produit, que ce soient des résistances, des détournements, ou d'autres phénomènes de marges⁴¹.

Le Passe vaccinal est un dispositif : il sert d'interface entre différents niveaux de réalité, qu'il coordonne. En amont, il articule des données médicales personnelles et la possibilité de se mouvoir dans l'espace ; en aval, les données peuvent faire l'objet d'un traitement statistique utile à l'adaptation de la stratégie sanitaire. Ce faisant, le Passe fait interagir le corps individuel avec le niveau de la population globale ; par ailleurs, il code les relations sociales selon des dynamiques qui lui sont propres (contrôleur-contrôlé). Foucault insiste en permanence sur la solidarité entre dispositifs et savoirs-pouvoirs. En effet, toute pratique de pouvoir implique la constitution d'un domaine de savoir, lequel est réinvesti dans des stratégies de pouvoir, dans une logique circulaire de renforcements mutuels⁴². La notion de dispositif est volontairement large et susceptible d'applications variées ; c'est en fait un outil de décodage des rapports de pouvoir, qui en reflète la dimension relationnelle. Il s'agit donc d'interroger non seulement le Passe vaccinal en tant que dispositif, mais aussi de le réinscrire dans les autres dispositifs (discursifs, économiques, technologiques) dans lesquels il s'intègre. Le Passe se trouve en effet au carrefour de différentes logiques qui se réclament toutes d'une forme de scientificité : expertise médicale, économique, technocratie, etc. Il convient, à chaque fois, d'interroger « l'ambition de pouvoir qu'emporte avec soi la prétention à être une science »⁴³.

Dans la démarche foucauldienne, penser l'instrument peut permettre de saisir « l'instance matérielle de l'assujettissement en tant que constitution des sujets »⁴⁴. Plutôt que les sujets constituant le souverain, les relations de pouvoir façonnant les sujets. Cette insistance sur les effets de subjectivation des pratiques de pouvoir trouve une résonance particulière dans le cas

⁴¹ B. Mazabraud, « Foucault et les dispositifs de pouvoir », *Cités*, vol. 2, n° 42, 2010, p. 6.

⁴² « il n'y a pas de relations de pouvoir sans constitution corrélatrice d'un champ de savoir, ni de savoir qui ne suppose et ne constitue en même temps des relations de pouvoir ». M. Foucault, *Surveiller et punir*, Paris, Gallimard, 2004 [1975], p. 32. (Par la suite, l'ouvrage est cité sous la forme abrégée : *DS*).

⁴³ *DS*, 7 janvier 1976, p. 11.

⁴⁴ *DS*, 14 janvier 1976, p. 25.

du Passe vaccinal. « Un irresponsable n'est plus un citoyen ». Cette affirmation présidentielle, qui évoque la déchéance de nationalité, est juxtaposée à ce qui s'apparente à une rhétorique de l'ennemi intérieur : selon le Président, les non-vaccinés « viennent saper ce qu'est la solidité d'une nation ». Les références à la nation et à la citoyenneté trouvent un dénominateur commun dans la désignation même du dispositif : « Passe » est le diminutif de « passeport » ; ici, le sanitaire prend une tournure résolument politique, un passeport étant le symbole paradigmatique d'appartenance (et, négativement, de non-appartenance) à une communauté politique. Corrélativement, il s'agit d'un marqueur de droits définis, afférents à une communauté de référence. Le passe soulève donc la question du « droit de cité ». Mais de quelle communauté parle-t-on ? En effet, l'utilisation d'une terminologie renvoyant au référentiel du contractualisme (la nation, le citoyen, le passeport) contraste avec les décalages opérés par la discipline et la biopolitique par rapport à la théorie de la souveraineté et son contractualisme.

Enfin, le Passe vaccinal soulève la question de la conditionnalité des droits. Si le non-vacciné est désigné comme l'auteur d'une faute morale qu'il convient de punir par voie d'exclusion sociale, cette déchéance n'est pas définitive. D'une part, le Passe est temporaire⁴⁵— bien que sa durée de vie soit modulable en fonction des données sanitaires. Ainsi, l'« irresponsable » redevient citoyen une fois l'urgence passée. Conditionnalité au contexte donc. D'autre part, on peut voir dans le Passe vaccinal une forme de conditionnalité des droits. De fait, ce dispositif implique la restriction d'un bloc entier de ce que le constitutionnalisme libérale authentifie comme des droits de l'Homme : liberté d'aller et venir ; liberté d'association ; liberté de culte ; droit au respect de la vie privée ; droit d'accès à la culture, au soin ; non-discrimination au travail, égal accès aux emplois publics, etc. Cette « coupe transversale » dans les droits et libertés n'est, pour une raison différente de celle propre à la temporalité du dispositif, pas présentée comme définitive : le non-vacciné peut se faire inoculer ; le non-citoyen peut redevenir citoyen en mettant fin à sa faute morale. La possibilité de se conformer au comportement *suggéré* demeure, et justifie la présentation du dispositif comme un moindre mal, un équilibre entre des logiques qui sont, sinon opposées, susceptibles de frictions et appelant à ce titre une conciliation : autonomie de l'individu et libre disposition de son corps face à l'impérieuse nécessité et l'intérêt collectif à la vaccination du plus grand nombre. L'individu choisit : se faire vacciner et bénéficier d'un Passe vaccinal, ou s'en abstenir et assumer les conséquences d'un choix non-imposé.

⁴⁵ Ainsi, la base légale qui donnait compétence au Premier ministre pour subordonner certaines activités à un « justificatif de statut vaccinal », établie par la loi du 22 janvier 2022 (précit.) modifiant la loi du 31 mai 2021 (précit.), était temporellement délimitée « à compter du 2 juin 2021 et jusqu'au 31 juillet 2022 » (loi du 31 mai 2021, précit., article 1, II, A).

Ce qui justifie de ne pas réduire l'analyse du mécanisme de conditionnalisation à la question de l'urgence, c'est que celui-ci semble faire l'objet d'une théorisation aux allures programmatiques : « dans l'après-covid (...), on veut poursuivre la redéfinition de notre contrat social, avec des *devoirs qui passent avant les droits*, du respect de l'autorité aux prestations sociales »⁴⁶. Que les droits fondamentaux soient relatifs et limités du fait de la vie en société est une donnée à la fois essentielle et banale de la philosophie politique ; en revanche, les rendre conditionnels serait une innovation conceptuelle de taille. Par exemple, la Déclaration de 1789 rappelle leur caractère « inaliénable » ; or, un droit conditionné à des devoirs devient *ipso facto* aliénable. Par ailleurs, l'usage de la notion de « devoir » est ambigu. En effet, dans le référentiel du droit naturel moderne, les « devoirs » ont une connotation avant tout morale ; ils informent le droit en vigueur mais ne s'y trouvent pas *en tant que tel* : en droit positif, un « devoir » sera retranscrit sous la forme d'une obligation. D'un point de vue juridique, conditionner un droit à un devoir équivaut à le conditionner à une obligation. Pourtant, dans le cas du Passe, il n'existe pas d'obligation juridique, seulement une « obligation déguisée ». Un exemple permet, à titre de comparaison, d'illustrer ce problème théorico-juridique. A l'issue de la journée d'appel à la défense et à la citoyenneté (JAPD), le jeune citoyen français se voit remettre un certificat. Celui-ci est exigé lors de l'inscription à toute épreuve, concours, examen soumis au contrôle de l'autorité publique. Tout « droit d'accès » à ces derniers est donc bien conditionné ; toutefois, le « devoir » citoyen auquel est adossée cette conditionnalité existe sous la forme d'une obligation juridique. Ainsi, le dispositif d'ensemble est objectivement énoncé, lisible, et susceptible d'éventuelles contestations en droit. Par contraste, dans le système du Passe vaccinal, l'absence de codification de l'élément « obligation vaccinale » dans la loi empêche d'apprécier juridiquement l'architecture d'ensemble du mécanisme de conditionnalisation.

Enfin, c'est vraisemblablement à titre *polémique* que la communication gouvernementale s'est focalisée sur la figure du « non-vacciné ». En effet, un individu ayant reçu une dose de vaccin sans en effectuer de seconde, ou en ayant reçu deux mais n'ayant pas effectué de rappel, verra son Passe désactivé après l'écoulement d'un délai. De même, une personne non-vaccinée mais remise de la covid bénéficiera d'un Passe valide. Il s'agit donc avant tout de soulever la question des *statuts* — détenteur ou non-détenteur d'un Passe — ainsi que la mécanique régissant leurs *conditions* d'obtention. Ceci permettra, éventuellement, de lier la problématique

⁴⁶ A. Feertchak, « Peut-on dire, avec Gabriel Attal, que “les devoirs passent avant les droits” ? », *Le Figaro*, 01 février 2022 (consulté le 30 octobre 2023) [<https://www.lefigaro.fr/actualite-france/peut-on-dire-avec-gabriel-attal-que-les-devoirs-passent-avant-les-droits-20220131>]. Nous mettons l'emphase.

de la conditionnalisation à la cristallisation rhétorique sur la figure du « non-vacciné », et le rôle que celle-ci joue dans la gouvernementalité sous-tendue par le Passe vaccinal.

Triade incitation-obligation-punition, lien entre communauté et sujet des droits, et, reliant ces deux aspects, conditionnalité : tel est le centre de gravité de l'analyse ici proposée. Dans cette optique, le présent mémoire éprouve les notions foucaaldiennes de biopolitique et de gouvernementalité — ainsi que l'anti-juridisme qui leur est associé — pour saisir la nature de la normativité à l'œuvre avec le Passe vaccinal. Ces notions permettent-elles de cerner l'économie du pouvoir propre à ce dispositif, notamment concernant l'articulation entre, d'une part, une logique normative reposant sur le dispositif juridique caractéristique du pouvoir souverain (binôme permis/interdit, adossé à des sanctions codées dans la loi) et, d'autre part, une logique d'incitation ou de conditionnalité ? Le cas échéant, quelle est la pertinence de la grille d'analyse foucauldienne des rapports de pouvoir pour confronter le type de normativité sous-tendue par le Passe vaccinal avec les figures de la loi et de la communauté politique ?

Il conviendra d'abord de situer le Passe vaccinal dans la grille de décryptage foucauldienne des rapports de pouvoir. Le Passe repose sur un dépassement formel du binôme permis/interdit propre au paradigme souverain, au profit d'une hybridation entre quadrillage disciplinaire et sécurité (I). Ensuite, les travaux de Foucault sur les mutations des dispositifs de sécurité sous l'empire de la gouvernementalité néolibérale permettent de caractériser la rationalité propre au Passe vaccinal comme un utilitarisme économique centré sur les notions d'intérêts et d'efficacité. Il faut alors s'attacher à repenser l'idée de punition dans le cadre de cette gestion des conduites, avant tout axée sur des jeux environnementaux et des incitations (II). Enfin, nous verrons que la rationalité juridique est maintenue mais doublement instrumentalisée : elle relaie la logique économique des dispositifs de sécurité dans une optique de gestion et de protection du vivant, qui, dans le cas du Passe vaccinal, tend à camoufler un rapport de normation disciplinaire. En découle une conception singulière du rapport entre sujets des droits et communauté, illustratif de mutations profondes de la souveraineté et de la gouvernementalité dans nos sociétés contemporaines (III).

Méthodologie

Le présent mémoire use de concepts foucauldien pour mener une enquête concrète portant sur un objet précis : le Passe vaccinal. Il ne s'agit pas d'en faire la généalogie, mais plutôt de mobiliser les outils conceptuels forgés par Foucault au gré de sa généalogie des rapports de pouvoir, dans le cadre d'une étude critique et localisée. Ce mémoire ne prétend pas retracer exhaustivement les chemins qui mènent Foucault à forger ses concepts — chemins sinueux, marqués par des bifurcations, des hésitations et des volte-face —, mais plutôt à apprécier comment ceux-ci peuvent être mobilisés pour notre enquête et, à partir de là, à en appréhender la pertinence et les éventuelles limites. Il s'agit, conformément à la volonté de Foucault, d'utiliser ses concepts comme une « boîte à outils », ou des « pistes de recherche ». La méthode utilisée recoupe les différents types de discursivités scientifiques, politiques et juridiques entourant le Passe, afin d'apprécier ce qui les rassemble ou les oppose. Cette démarche, à son modeste niveau, s'inscrit dans le sillage multidisciplinaire des travaux de Foucault. Enfin, ce mémoire ne vise pas à établir une théorie générale du pouvoir ou du droit sur la base de ce qui a vocation à être une analyse localisée — ce qui n'empêche pas, par ailleurs, d'identifier en quoi le fonctionnement du Passe vaccinal s'inscrit dans des trajectoires générales de gouvernementalité, ou en dévie de façon originale.

Le corpus primaire étudié rassemble les cours au Collège de France : « *Il faut défendre la société* » (1976), *Sécurité, Territoire, Population* (1977-1978), *Naissance de la Biopolitique* (1978-1979), ainsi que l'ouvrage *Surveiller et Punir* (1975). On y trouve en effet ce qui s'apparente le plus à une philosophie politique foucauldienne⁴⁷, recelant des instruments conceptuels riches et mobilisables pour traiter notre sujet. Si la durée d'application du Passe vaccinal s'étale du 24 janvier 2022 au 14 mars 2022, la comparaison avec d'autres types de restrictions sanitaires nécessitera, par moment, d'élargir le spectre temporel de l'analyse.

⁴⁷ J.-F. Kervégan, se basant sur l'introduction de *L'usage des plaisirs* (Michel Foucault, *Histoire de la sexualité II : L'usage des plaisirs*, Paris, Gallimard, 1984), résume la possible tripartition suivante de l'œuvre de Foucault : « Trois séquences, donc, se succéderaient : tout d'abord, de *l'Histoire de la folie* à *L'archéologie du savoir*, une archéologie du « vrai » ; puis, dans *Surveiller et punir* et les cours des années 1970, ainsi que dans quelques textes « mineurs », une généalogie ou une « microphysique du pouvoir » ; enfin, avec *l'Histoire de la sexualité*, dont le projet se trouve redéfini en cours d'exécution, une « histoire générale des techniques de soi » (« Aporie de la Microphysique. Questions sur la "gouvernementalité" », in G. Duso et J-F Kervégan (dir.), *Crise de la démocratie et de la gouvernementalité*, Milan, Polimetrica, 2007, p. 19-20).

La présente étude ne traite pas de l'obligation vaccinale *stricto sensu*, telle que celle qui a pu concerner les professionnels du médico-social⁴⁸.

Ce mémoire ne se réclame d'aucune expertise médicale. Il s'efforce, dans la mesure du possible, compte tenu du caractère intrinsèquement *politique* de son objet d'étude et de ce que son traitement peut laisser transparaître des convictions personnelles de son auteur, de respecter le seul impératif méthodologique que Foucault se donnait comme catégorique et inconditionnel : « ne faire jamais de politique »⁴⁹. Mais peut-on parler *du* politique sans faire *de* politique ? C'est, à tout le moins, l'idéal régulateur que nous avons tenté de nous imposer.

⁴⁸ Cette obligation est prévue à l'article 12 de la loi du 5 août 2021 (précit.). Son application est suspendue par décret depuis mai 2023 (Décret n° 2023-368 du 13 mai 2023 relatif à la suspension de l'obligation de vaccination contre la covid-19 des professionnels et étudiants).

⁴⁹ *STP*, 11 janvier 1978, p. 6.

I. Le Passe vaccinal dans la typologie foucauldienne des rapports de pouvoir : le dépassement du juridisme du souverain au profit d'une hybridation entre discipline et sécurité

Il convient de présenter brièvement la caractérisation foucauldienne du paradigme souverain (A), dépassé par l'émergence de nouveaux dispositifs (B).

A. Le pouvoir souverain : sa caractérisation foucauldienne et son nécessaire dépassement

Le pouvoir souverain repose sur la théorie de la souveraineté et la centralité du droit. Ces deux éléments peinent à rendre compte des mutations des pratiques de pouvoir, et justifient l'adoption par Foucault d'une démarche anti-juridique.

1) La caractérisation foucauldienne du pouvoir souverain : la théorie du droit public et le rôle central de la loi

Le pouvoir souverain est essentiellement vertical ; il est lié au développement historique de la monarchie et à son absolutisation progressive. Selon Foucault, le pouvoir souverain trouve son principe dans l'*imperium* des empereurs romains. La souveraineté prend appui sur l'histoire et sur le droit public. Ce dernier délivre à la fois un récit légitimateur, et sert d'instrument dans l'exercice du pouvoir souverain⁵⁰. Droit est ici entendu au sens large : lois, appareil, institutions, règlements, etc.⁵¹ Le pouvoir souverain s'envisage sur la base d'un, ou de titres, qui circulent. Ainsi dans la monarchie peut-on penser l'Etat patrimonial et les changements de souverain au gré des conquêtes. Dans le cas des philosophies contractualistes du XVIII^e siècle, il s'agit de penser le « pouvoir comme droit originaire que l'on cède, constitutif de la souveraineté, et avec le contrat comme matrice du pouvoir politique »⁵².

La loi est l'expression de la volonté du souverain : elle code les comportements selon la logique binaire permis/interdit et punit les infractions de sanctions. En principe, tout ce qui

⁵⁰ « Le droit (...) a été pour les systèmes monarchiques son mode de manifestation et la forme de son acceptabilité. Depuis le Moyen-Âge, dans les sociétés occidentales, l'exercice du pouvoir se formule toujours dans le droit » . VS, p.115

⁵¹ DS, 14 janvier 1976, p. 24.

⁵² DS, 7 janvier 1976, p. 17.

n'est pas interdit est permis, ce qui caractérise, d'après Foucault, la négativité de la fonction de la loi, essentiellement répressive. Si, dans son principe, cette logique semble correcte, il conviendrait de la nuancer. D'une part, parce que le droit contemporain comporte bien des obligations dont le manquement est sanctionné (par exemple, l'obligation de porter assistance à personne en danger). D'autre part, parce que le critère peut devenir superficiel, dès lors que l'on peut l'inverser par la double négativité. Par exemple, une obligation de prêter assistance à personne en danger deviendrait une interdiction de ne pas lui prêter assistance. Comme nous le verrons, il semble que l'insistance de Foucault sur la négativité de la loi tienne à sa stratégie discursive d'ensemble, qui vise à conceptualiser le pouvoir souverain pour mieux lui opposer disciplines, puis sécurités.

De cette conception volontariste de la loi découle l'interprétation de l'infraction comme une offense à la personne (collective ou individuelle) du souverain, qui se venge directement sur le corps du sujet. Cette économie du châtement se conçoit essentiellement selon la forme du prélèvement : elle trouve son expression paroxystique dans le supplice public⁵³, mais demeure toujours, même sous des formes atténuées, une caractéristique du paradigme souverain. C'est le cas, par exemple, de l'avènement de la prison qui, dans le cadre de la grille de lecture souveraine, peut encore s'interpréter comme un « moins » de vie (interprétation que, comme nous le verrons, Foucault s'attachera à soigneusement démonter). Ainsi, le souverain est celui qui peut « laisser vivre ou faire mourir »⁵⁴. Dans cette « économie du déséquilibre » qui traduit la surpuissance souveraine, le glaive a vocation à s'exercer aussi bien contre les ennemis internes qu'externes.

A première vue, le rassemblement sous une même bannière conceptuelle des théories du pouvoir monarchiques et contractualistes peut déconcerter (sans compter les nuances internes à ces familles de pensée). Il faut d'abord rappeler que Foucault épouse une méthode généalogique, discontinue, qui diffère de l'histoire du droit. Ici, il pense en termes de points communs : monarchisme et contractualisme s'articulent tous deux selon des cessions de droits, de titres, qui fondent la légitimité et l'unité du pouvoir à respecter, ce qui justifie l'exercice d'un pouvoir de commandement vertical sur des sujets. En effet, Foucault insiste sur la réactivation du droit romain au milieu du Moyen-Âge comme un « instrument technique constitutif du pouvoir monarchique, autoritaire, administratif et, finalement, absolu »⁵⁵. Dans toutes ses versions, la théorie du droit public repose sur une « triple primitivité » : « sujet à

⁵³ *NBP*, 17 janvier 1979, p. 47.

⁵⁴ *DS*, 17 mars 1976, p. 213. En effet, ce pouvoir n'est exercé sur la vie « qu'en faisant jouer son droit de tuer, ou en le retenant ; il ne marque son pouvoir sur la vie que par la mort qu'il est en mesure d'exiger ». *VS*, p. 178.

⁵⁵ *DS*, 14 janvier 1976, p. 22.

assujettir, unité du pouvoir à fonder, légitimité à respecter »⁵⁶. Ainsi, si « le droit en Occident est un droit de commande royale »⁵⁷, il n'en demeure pas moins que « dans la pensée et l'analyse politique, on n'a toujours pas coupé la tête du roi »⁵⁸. A la Révolution française, cet édifice passe entre les mains des théories du contrat, mais finalement change peu en lui-même.

La théorie du droit public dans sa version contractualiste s'exemplifie dans le « radicalisme juridique français », qui s'attache à :

Définir quels sont les droits naturels ou originaires qui appartiennent à tout individu, définir ensuite dans quelles conditions, à cause de quoi, selon quelle formalités, idéales ou historiques, on a accepté une limitation ou un échange de droit⁵⁹.

Dans une telle conception, la fonction du droit évolue par rapport au dispositif monarchique, car elle permet désormais de formuler des revendications face à un pouvoir qui, dépassant les bornes de son légitime exercice, aurait basculé dans l'oppression. Cela dépasse la fonction purement légitimatrice et instrumentale du droit dans le dispositif monarchique. C'est bien évidemment la version contractualiste du dispositif souverain que nous aurons à l'esprit en abordant la question du Passe vaccinal.

En fait, la conceptualisation de la théorie de la souveraineté chez Foucault tient d'abord à sa stratégie argumentative : identifier les plus larges dénominateurs communs entre les différentes théories souveraines — l'insistance sur le droit légitime de souveraineté et l'obligation légale d'obéissance — afin, sur cette même base, d'esquisser par contrastes ses conceptualisations des dispositifs disciplinaires et de sécurité.

2) L'incapacité de la théorie de la souveraineté à rendre compte des mutations des relations de pouvoirs, justifiant son dépassement par l'anti-juridisme

Deux éléments expliquent la volonté de Foucault de dépasser la théorie de la souveraineté, et le dispositif juridique qui lui est associé. Premièrement, sa vocation légitimatrice et instrumentale à l'égard du pouvoir de l'Etat frappe ce dernier d'une incapacité à réguler effectivement l'exercice du pouvoir étatique. Par exemple, dans le cadre des théories de la raison d'Etat qui émergent aux XVIème et XVIIème siècles, l'Etat se donne une visée

⁵⁶ *DS*, 21 janvier 1976, p. 38.

⁵⁷ *DS*, 7 janvier 1976, p. 23.

⁵⁸ *VS*, p. 117-118.

⁵⁹ *NBP*, 10 janvier 1979, p. 41.

autoréférentielle : il s'agit d'assurer son propre fondement et de se maintenir lui-même⁶⁰. Dès lors, le droit de l'Etat s'autonomise vis-à-vis de toute transcendance : le discours juridique devient autoréférentiel et ne peut donc jouer aucun rôle de canalisation de la puissance publique, puisqu'il n'est rien d'autre que le discours de l'Etat sur lui-même.

Deuxièmement, Foucault argumente que le maintien aux XVIIIème et XIXème siècles d'une grille de lecture axée sur la théorie de la souveraineté et ses codes de droits formels a dissimulé, et, ce faisant, facilité, la prolifération de mécanismes de pouvoir — ou de dominations, qui œuvrent aussi de façon horizontale⁶¹ — répondant à des logiques de prise en charge du vivant qui s'écartent en profondeur des présupposés de la théorie de la souveraineté⁶². En effet, cette théorie aura été mobilisée : 1) dans la pratique de la monarchie féodale ; 2) pour justifier la constitution des grandes monarchies administratives ; 3) par les différents camps des guerres de Religion aux XVIème et XVIIème siècles ; 4) comme modèle alternatif aux monarchies, avec le discours révolutionnaire⁶³. Mais, à chaque fois, la pratique effective du pouvoir correspondait plus ou moins aux présupposés centraux que cette théorie se donnait. Le XVIIIème siècle constitue une rupture fondamentale, dans la mesure où le dispositif juridique adossé à la conception souveraine du pouvoir est « absolument hétérogène aux nouveaux procédés de pouvoir qui fonctionnent non pas au droit mais à la technique, non pas à la loi mais à la normalisation, non pas au châtement mais au contrôle, et qui s'exercent à des niveaux et dans des formes qui débordent l'État et ses appareils »⁶⁴. Ce débordement s'effectue à la fois par le bas, avec le contrôle du corps individuel par la discipline, et par le haut, avec la « gestion » de la population par la sécurité⁶⁵, qui marque l'avènement de la biopolitique. Cette irréductibilité de la discipline et de la sécurité par rapport au paradigme souverain s'exprime, dans le cas qui nous intéresse, par l'affirmation politique d'une obligation vaccinale dénuée d'existence juridique tout en découlant, dans la pratique, de la mise en œuvre du texte de loi instaurant le Passe vaccinal. Il faut donc penser au-delà des termes du dispositif juridique propre à la souveraineté. On retrouve ici l'anti-juridisme de Foucault : « la question, pour moi, c'est de court-circuiter ou d'éviter ce problème, central pour le droit, de la souveraineté et de l'obéissance des individus soumis à cette souveraineté »⁶⁶. Il faudra dès lors renverser l'analyse

⁶⁰ *STP*, 15 mars 1978, p. 262.

⁶¹ *DS*, 14 janvier 1976, p. 24.

⁶² « Car si beaucoup de ses formes ont subsisté et subsistent encore, des mécanismes de pouvoir très nouveaux l'ont peu à peu pénétrée, qui sont probablement irréductibles à la représentation du droit ». *VS*, p. 117.

⁶³ *DS*, 14 janvier 1976, p. 31.

⁶⁴ *VS*, p. 118.

⁶⁵ *DS*, 17 mars 1976, p. 222.

⁶⁶ *DS*, 14 janvier 1976.

du pouvoir pour analyser en priorité ses modalités concrètes selon une logique de capillarité, pour ensuite considérer le rôle effectivement joué par le droit dans ces rapports de pouvoir d'un nouveau type. En effet, dans l'optique de la gouvernementalité telle que nous l'avons définie en introduction, l'Etat est compris comme une pratique, une manière de faire⁶⁷ ; il n'a pas d'essence, mais est plutôt « l'effet mobile d'un régime de gouvernementalités multiples »⁶⁸. Ce sont celles-ci qu'il convient à présent de présenter, ce qui nous permettra d'y situer le Passe vaccinal dans le cadre de cette nouvelle gestion du vivant.

B. L'émergence de nouveaux dispositifs de prise en charge du vivant dans les calculs du pouvoir : la discipline et la sécurité

Le terme de « biopouvoir » est prononcé par Foucault dès 1974⁶⁹, mais ne fait l'objet d'une théorisation approfondie qu'à partir des cours « *Il faut défendre la société* » ; *Sécurité, Territoire, Population et Naissance de la Biopolitique*. Le biopouvoir se conçoit comme un pouvoir s'exerçant d'abord sur le corps. La biopolitique naît de l'intégration de la gestion des populations à l'art de gouverner, qui se rationalise sous l'influence de l'économie politique. Reposant sur les dispositifs de sécurité, la biopolitique réintègre les dispositifs disciplinaires et souverains dans un rapport de subordination instrumentale. L'hygiène publique exemplifie ces interactions.

1) La discipline : une anatomo-politique du corps humain, vecteur de normation

Par discipline, Foucault entend : « ces méthodes qui permettent le contrôle minutieux des opérations du corps, qui assurent l'assujettissement constant de ses forces et leur imposent un rapport de docilité-utilité »⁷⁰. On peut les retracer à l'organisation de la vie monacale (la vie du moine est intégralement régie par une règle, il vit dans un univers cloisonné et dort dans une cellule, etc.) ; c'est toutefois à partir du XVIII^e siècle, dans des institutions localisées, que les

⁶⁷ *STP*, 15 mars 1978, p. 282.

⁶⁸ *NBP*, 31 janvier 1979, p. 79.

⁶⁹ Dans une conférence au Brésil relative à la médecine sociale. Voir Michel Foucault, « La naissance de la médecine sociale », Conférence prononcée dans le cadre du cours de médecine sociale à l'Université de Rio de Janeiro, octobre 1974, *Revista centroamericana de Ciencias de la Salud*, n°6, janvier-avril 1977, p. 89-108. Toutefois, en 1978, Foucault reprendra la notion et dira l'avoir prise « un peu en l'air », ce qui laisse penser que son élaboration théorique sérieuse n'intervient qu'à la fin de *DS*, puis tout au long de *STP* et *NBP*. Voir *STP*, 11 janvier 1978, p. 3.

⁷⁰ *SP*, p. 139.

disciplines prolifèrent : caserne militaire, hôpital psychiatrique, école, prison, etc. La discipline est centrée sur le contrôle du corps individuel : elle organise la distribution spatiale des corps à travers un « art des répartition ». Elle organise un champ de visibilité autour d'eux, qui rend possible une surveillance extensive, des punitions-récompenses permettant un « dressage ».

Dans *Surveiller et Punir*, Foucault présente la prison comme l'espace paradigmatique de la logique disciplinaire. Prenant le contrepied de la lecture souveraine, où elle est perceptible comme un « moins » de vie libre qu'elle prélève par un enfermement temporaire, Foucault soutient qu'au contraire, la carcéralité est un univers éminemment « positif » dès lors qu'il s'attache à rendre les détenus productifs et utiles. Si cette « économisation » de l'usage des corps à travers des calculs stratégiques est liée au productivisme du capitalisme industriel, le développement des disciplines ne s'y réduit pas. En témoigne l'exemple de la prison : contrairement aux autres institutions à vocation disciplinaire où la discipline est orientée vers un « but » (apprendre pour l'écolier, manier les armes au service du drapeau pour le militaire, se soigner pour l'aliéné, produire une marchandise pour l'ouvrier etc.), la prison n'apprend au détenu qu'à être un bon détenu : la discipline au service de la discipline ; l'apprentissage de l'obéissance productive par l'utile inutilité des tâches imposées.

Les espaces disciplinaires constituent les individus à la fois comme sujets d'une relation de pouvoir et objets de connaissance : le développement des sciences humaines au XIX^e siècle permet l'élaboration de connaissances dites « objectives » sur l'homme. Par exemple, de nouveaux « experts » non-judiciaires forment un savoir portant sur le condamné : le psychiatre, le criminologue, le sociologue, etc. Les lieux disciplinaires fonctionnent comme des « espaces analytiques » et s'inscrivent dans des mécanismes de savoir-pouvoir irréductibles à la logique juridique : « le discours des disciplines n'est pas celui de la souveraineté et du droit, mais de la norme »⁷¹. Plutôt que par le droit, elles se théorisent comme des sciences humaines, des savoirs cliniques ; leur « code » n'est pas celui de la loi, mais de la normalisation⁷².

Les disciplines contrôlent, canalisent, optimisent : elles portent sur des forces plutôt que sur les signes du corps ; elles règlent leur usage dans le détail par des coercition ininterrompues, constantes. Dès lors que les disciplines portent sur le corps des individus, Foucault parle d'« anatomo-politique » du corps humain⁷³. Il introduit dans ce contexte le concept de

⁷¹ *DS*, 14 janvier 1976, p. 34.

⁷² *Ibid.*

⁷³ *DS*, 17 mars 1976, p. 216.

normation disciplinaire, caractérisé comme suit⁷⁴. Premièrement, la normation repose sur un « quadrillage » : l'espace disciplinaire se décompose en parcelles pour répartir les corps de façon optimale, dans une logique d'anti-agglomération⁷⁵. Contrairement à la clôture, le quadrillage n'est pas nécessairement physique. Deuxièmement, la normation disciplinaire sérialise, classifie des éléments repérés selon des objectifs prédéterminés. Troisièmement, elle établit des séquences et des coordination optimales : comment enchaîner les gestes (par exemple, le maniement du fusil dans la parade militaire), répartir les corps dans l'espace, etc. Quatrièmement, la normation disciplinaire « fixe les procédés de dressage progressif et de contrôle permanent pour, à partir de là, établir un partage entre ceux qui seront considérés comme inaptes, incapables, et les autres ». La norme disciplinaire se caractérise par sa « primitivité » : celle-ci est posée, et c'est à partir d'elle que normal et anormal seront distingués⁷⁶. Cette primitivité de la norme rend son contenu, ainsi que les classifications qui en découlent, à la fois arbitraires et infiniment modulables : « est pénalisable le domaine *indéfini* du non-conforme »⁷⁷. Par ailleurs, la normation assure une correction par l'exercice ; la punition disciplinaire est, « pour une bonne part au moins, isomorphe à l'obligation elle-même »⁷⁸. Enfin, la normation et son « dressage » reposent sur des systèmes de gratification-sanction qualifiant les conduites selon « deux valeurs opposées du bien et du mal », ce qui l'oppose au « partage simple de l'interdit, tel que le connaît la justice pénale »⁷⁹. On s'écarte ici du modèle judiciaire pour aller vers un « champ des bonnes et des mauvaises notes » — qui peut aussi s'articuler à travers des systèmes de rangs ou places.

On est alors en mesure d'identifier certains aspects disciplinaires du Passe vaccinal. D'abord, son principe de fonctionnement présuppose une norme qui permet d'authentifier sa validité et d'accéder aux espaces concernés. Cette norme est posée de façon aprioritique pour définir le champ du normal et de l'anormal ; celle-ci est *indéfinie* car modulable. Par exemple, la durée de validité d'un certificat de vaccination peut évoluer selon la stratégie gouvernementale : dans le schéma du Passe sanitaire, la durée de validité des tests admis

⁷⁴ STP, 25 janvier 1978, p. 65. Si, dans ce passage, ainsi que dans *Surveiller et Punir*, Foucault parle de « normalisation » pour désigner le mode de fonctionnement de la norme dans le schéma disciplinaire, il utilisera par la suite celui de « normation », afin de le distinguer de la « normalisation » des dispositifs de sécurité. Ce choix reflète la primitivité de la norme disciplinaire, qui contraste avec son caractère dérivé par rapport au « normal » dans le schéma disciplinaire. Pour des raisons de limpidité de l'expression, nous ne parlerons que de « normation » en référence à la discipline.

⁷⁵ SP, p. 144-146.

⁷⁶ STP, 25 janvier 1978, p. 65.

⁷⁷ SP, p. 181 (nous insistons).

⁷⁸ SP, p. 182.

⁷⁹ SP, p. 182.

pouvait varier⁸⁰, ainsi que le nombre de doses exigées selon l'âge des individus, etc.⁸¹ Sur la base de ce découpage normal-anormal, le Passe vaccinal instaure un quadrillage reposant sur des frontières immatérielles à l'entrée de ses lieux d'application, afin d'organiser la distribution des corps pour minimiser les contaminations. Il y a, par ailleurs, isomorphie entre le comportement « normal » (une immunisation prouvée et intégrée à l'application gouvernementale) et sa conséquence directe : l'incapacité d'entrer dans des lieux de socialité. Compte tenu de la nature de l'« obligation » en jeu, la punition disciplinaire ne peut que s'étaler sur un champ d'application spatial extrêmement vaste : la norme en question porte sur une immunité virale ; or, un virus est par définition susceptible de se répandre au gré des circulations de l'individu infecté. Dès lors, l'impossibilité de circuler dans des lieux de rassemblement social semble relever d'une évidence et d'un mécanisme à même de contribuer au « dressage » de l'individu, et à lui faire franchir le pas de la vaccination. De plus, le Passe vaccinal articule une binarité classificatoire autour de la norme : un Passe valide confère un *statut* ; il authentifie le fait de s'être conformé à la norme disciplinaire. En découle une logique de bonus/malus : du côté positif de la norme, l'individu « retrouve » les libertés mises de côté durant la crise sanitaire (c'est sa « récompense ») ; s'il se tient du côté négatif, « anormal » de celle-ci, une gêne pénible mais nécessaire à son apprentissage le poussera à se conformer.

Il convient toutefois de souligner une différence entre le portrait foucauldien des disciplines et le fonctionnement du Passe vaccinal. Si les dispositifs disciplinaires sont hautement analytiques et individualisants — ce qui leur confère une dimension biographique : ils enregistrent, centralisent, classifient et « produisent » un savoir individuel qui permet d'optimiser l'exercice du contrôle —, cette dimension est minorée dans le cas du Passe. Cela tient à une recherche de minimisation de l'intrusivité du dispositif en termes de traitement des données personnelles.

Le Passe vaccinal apparaît comme symptomatique d'un « décloisonnement » des disciplines par rapport aux institutions localisées dans lesquelles elles sont nées — une dynamique dont Foucault rend compte en convoquant l'image du panoptique benthamien. Le principe est bien connu : un centre de contrôle aux vitres teintées est situé au milieu d'un bâtiment carcéral en anneau. La tour donne sur toutes les cellule ; ainsi, chaque prisonnier est

⁸⁰ Par exemple, le passage de la validité des tests de dépistage de 72 heures à 24 heures à partir du 29 novembre 2021 : *Ministre des Solidarités et de la Santé, Arrêté modifiant l'arrêté du 1er juin 2021 prescrivant les mesures générales nécessaires à la gestion de la sortie de crise sanitaire*, 29 novembre 2021, art. 1.

⁸¹ A compter du 15 décembre 2021, dans le cadre du Passe sanitaire, le schéma vaccinal des personnes âgées de plus de 65 ans était reconnu comme complet à condition d'avoir reçu une troisième dose complémentaire : *Décret n° 2021-1521*, 25 novembre 2021, modifiant le décret n° 2021-699 du 1er juin 2021 prescrivant les mesures générales nécessaires à la gestion de la sortie de crise sanitaire, art. 1.

susceptible d'être vu sans jamais pouvoir s'en assurer. Pour Foucault, le panoptisme incarne l'apogée de l'économisme et de l'efficacité disciplinaire : il minimise les coûts du côté des surveillants (la tour pourrait être vide) et maximise la conformation disciplinaire des détenus. Le panoptique est un modèle généralisable : « chaque fois qu'on aura affaire à une multiplicité d'individus auxquels il faudra imposer une tâche ou une conduite, le schéma panoptique pourra être utilisé »⁸². A ce titre, il incarne le « diagramme d'un mécanisme de pouvoir ramené à sa forme idéale »⁸³.

Il est utile de comparer l'avant et l'après Passe vaccinal en usant de la grille de lecture disciplinaire fournie par Foucault. En effet, il n'y a pas une, mais des disciplines. Durant les premières vagues de la covid-19, la société entière a été fermée : c'est le « confinement » et ses attestations de sortie signées de la main du citoyen, qui ne peut s'éloigner de son domicile que dans un certain rayon kilométrique ; les couvre-feux et leurs emplois du temps stricts, les règlements de police administrative uniformes et les contrôles aléatoires, etc. On retrouve ici une stratégie proche de celle des épidémies de peste et de leur « quadrillage tactique méticuleux », appelant des « séparations multiples, des distributions individualisantes, une organisation en profondeur des surveillances et des contrôles, une intensification et une ramification du pouvoir »⁸⁴. Foucault oppose le modèle d'une société disciplinée incarné par la peste à celui d'une communauté purifiée sur le mode d'une « médicalisation autoritaire »⁸⁵, exemplifié par le « partage massif et binaire » qui représentait l'exclusion des lépreux⁸⁶. Toutefois, cette opposition est surmontée au XIX^e siècle, avec la création d'institutions — la prison moderne, l'asile psychiatrique — qui réconcilient le marquage des « anormaux » (lèpre) avec « l'universalité des contrôles disciplinaires » (peste) par le quadrillage disciplinaire⁸⁷. Ultimement, cette conciliation de l'identification-marquage binaire et de la répartition spatiale différentielle trouve son expression — sortie de la bride des institutions disciplinaires locales auxquelles elle était jusqu'alors confinée — par le principe du panoptique, destiné selon Foucault à un avenir prometteur en devenant « une fonction généralisée » du corps social⁸⁸.

⁸² *SP*, p. 207.

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ *SP*, p. 200. En effet, la gestion des épidémies de peste repose sur une « réglementation indiquant aux gens quand ils peuvent sortir comment, à quelles heures, ce qu'ils doivent faire chez eux, quel type d'alimentation ils doivent avoir, leur interdisant tel et tel type de contact ».

⁸⁵ M. Foucault, « La politique de santé au XVIII^e siècle », In *Dits et écrits II*, 1976-1988, Paris, Gallimard, 2001, p. 727.

⁸⁶ *SP*, p. 200.

⁸⁷ *SP*, p. 201 : « Toutes les instances de contrôle individuel fonctionnent sur un double mode : celui du partage binaire et du marquage (fou - non fou ; dangereux - inoffensif ; normal - anormal) ; et celui de l'assignation coercitive, de la répartition différentielle (qui *il* est ; où il doit être ; par quoi le caractériser, comment le reconnaître ; comment exercer sur lui, de manière individuelle, une surveillance constante, etc.) ».

⁸⁸ *SP*, p. 209.

Entre la lèpre et la peste, il y a deux « rêves politiques »⁸⁹, deux modes de gestion disciplinaire *a priori* opposés, mais conciliables. Faut-il voir un exemple d'une telle conciliation dans le dispositif du Passe vaccinal, qui associe la classification binaire des individus en vue de l'exclusion des « récalcitrants » avec la réouverture physique de l'espace social par un quadrillage stratégique et localisé, après une période de verrouillage total de la société analogue à la gestion des grandes pestes ?

L'étude des disciplines est instructive pour notre enquête. Celle-ci nous permet notamment de reformuler notre question de recherche en la précisant. En effet, dans le système de la loi du souverain, l'interdit est déterminé, de telle façon que tout ce qui est laissé indéterminé est permis. A contrario, dans la normation disciplinaire, c'est ce qu'il faut faire qui est déterminé, et le reste est interdit⁹⁰. Dans tous les cas, le silence de la loi sur la question de la vaccination contre la covid-19 laisse entendre qu'elle tolère l'abstention en la matière. Pourtant, au même moment, le Passe semble induire un mécanisme de normation disciplinaire susceptible d'amoinrir l'espace de liberté apparemment laissé ouvert par le droit.

Malgré la fécondité d'une étude des seules disciplines, celles-ci ne nous permettent pas de saisir pleinement le mécanisme d'incitation comportementale à l'œuvre avec le Passe vaccinal, ni la rationalité globale qui la sous-tend. Dès 1976, la question de la discipline n'est pas supprimée mais dépassée : l'hypothèse d'une société disciplinaire généralisée est substituée par celle d'une société où se croisent la norme de la discipline et celle de la régulation⁹¹. En effet, l'administration de la société sur le mode du tout-punitif est en décalage avec le libéralisme ambiant des XVIII^e et XIX^e siècles, et l'importance croissante de la gestion et de l'économie dans le gouvernement. L'omniprésence du contrôle et de la punition/répression du modèle disciplinaire ne peut remplir les exigences d'efficacité que se donne ce nouveau modèle, qui s'attache à penser l'action gouvernementale au niveau de la population et de sa réalité propre. C'est l'avènement des sécurités.

2) La sécurité : une gestion de la population, vecteur de normalisation

Une présentation des évolutions historiques et théoriques qui jalonnent le développement de la « gouvernementalité » permet de caractériser les dispositifs de sécurité ainsi que leur pertinence en matière de gestion de crise sanitaire.

⁸⁹ *SP*, p. 196.

⁹⁰ *STP*, 18 janvier 1978.

⁹¹ *DS*, 17 mars 1976, p. 225.

a. Le développement de la « gouvernamentalité » : la conduite des conduites, du pastorat à l'économie politique comme principe de régulation interne de la puissance publique

La présentation foucauldienne des dispositifs de sécurité passe par un long détour traitant de l'émergence de la « gouvernamentalité ». Il s'agit de penser le passage du « gouvernement des âmes » dans le pastorat au « gouvernement des hommes » dans ses formes modernes, puis contemporaines. Le pastorat, qui trouve son origine en Orient préchrétien et chrétien, repose sur la métaphore du bon berger — Dieu, le roi, le chef —, guidant son troupeau — les hommes. Retraçant l'évolution du terme « gouvernement » du XIII^e au XV^e siècle, dans ses acceptions matérielles et morales, Foucault constate qu'il recouvre un « très large domaine sémantique qui se réfère au déplacement dans l'espace, au mouvement, (...) à la subsistance matérielle, à l'alimentation, (...) au soin que l'on peut donner à un individu et au salut que l'on peut lui assurer, (...) à l'exercice d'un commandement, d'une activité prescriptive, à la fois incessante, zélée, active et toujours bienveillante »⁹². Le pastorat est la matrice première du « gouvernement » (pris, au sens large, comme « conduite des conduites »). En somme, le gouvernement des âmes, dans son acception pastorale, ne s'applique ni sur un territoire, ni sur un Etat, mais sur les hommes, une multiplicité en mouvement à laquelle le berger accorde un soin altruiste, à la fois au groupe et à chacun spécifiquement⁹³. En Occident, le pastorat s'institutionnalise dans l'Église. Foucault montre que sa spécificité ne réside pas tant au niveau des thèmes généraux du salut, de la loi et de la vérité, mais plutôt du rapport entre ceux-ci et la question du sujet. Il s'agit de produire une « économie des mérites et des démérites » de chacun et de tous ; une individualisation par un assujettissement entre la brebis et le berger dans un « rapport de dépendance intégrale et non finalisé »⁹⁴ la production d'une vérité cachée passant par la surveillance et l'examen, où le moi s'efface avec humilité⁹⁵. Notons que l'on retrouve ici plusieurs traits centraux à la discipline qui se manifestent, par exemple, dans la vie monacale. Au total, le pastorat prend en charge la « conduite », qui recouvre autant une activité (se conduire ou se faire conduire) que la manière dont celle-ci s'exerce⁹⁶.

Progressivement, cette « économie des âmes » va s'intégrer à la gestion politique pour devenir une « économie politique des hommes ». Du X^e et XI^e siècles jusqu'à la fin du XVII^e siècle, des contre-conduites — comprises par Foucault comme des « lutte[s] contre les procédés

⁹² *STP*, 8 février 1978, p. 126.

⁹³ Comme le dit Foucault : « sauver le tout et sauver chacun ». *STP*, 22 février 1978, p. 172.

⁹⁴ *STP*, 22 février 1978, p. 174 et s.

⁹⁵ *Ibid.*

⁹⁶ *STP*, 1^{er} mars 1978, p. 196-197.

mis en œuvre pour conduire les autres »⁹⁷ — vont se manifester sur le terrain religieux. N'est pas en cause le dépassement du pastorat en lui-même, mais la demande d'être conduit autrement. Ainsi, on ne sort jamais du pastorat. Aux XV^e et XVI^e siècles, la culmination des querelles religieuses accentuent la question pastorale, et la Réforme puis la Contre-Réforme montrent comment les contre-conduites sont réintégrables dans les modèles de conduite. Au XVII^e siècle, la fin des grands Empires et de la vocation impériale de l'Église, ainsi que l'avènement des grands Etats souverains et administratifs, parachèveront la transformation du gouvernement des âmes en gouvernement des hommes sous une forme étatique et temporelle.

Ceci mène Foucault à examiner l'« art de gouverner » que se donneront les Etats, sous la forme de la raison d'Etat. La « dé-gouvernementalisation » du cosmos (qui correspond, en gros, au déclin du modèle aristotélico-thomiste) marque la fin de l'idée d'une régulation externe de l'Etat de nature théologico-juridique⁹⁸ au profit d'une régulation interne par la raison d'Etat. La raison d'Etat doit « tendre uniquement à la conservation, à l'augmentation, à la félicité de l'Etat » (Chemnitz)⁹⁹. L'outil principal — la « technologie de gouvernement » — qui permettra à l'Etat d'augmenter sa puissance sera la police, qui assure la liaison entre sa stabilité, son territoire et sa population. Foucault cite la définition de von Justi : la police est l'ensemble des « lois et règlements qui concernent l'intérieur d'un Etat et qui s'attachent à affermir et à augmenter la puissance de cet Etat, qui s'attache à faire un emploi des forces »¹⁰⁰. La raison d'Etat et sa police sont autoréférentielles : son but est l'augmentation de la puissance de l'Etat, dont les moyens sont fixés par l'Etat. Cette conception fait écho à la théorie du coup d'Etat, par laquelle, au nom d'une impérieuse nécessité, l'Etat s'affranchit du droit ordinaire pour affirmer sa violence légale, qui sort du secret pour s'affirmer avec théâtralité¹⁰¹. Ces caractéristiques ne sont pas sans rappeler la période du Passe sanitaire puis vaccinal : d'abord, le pouvoir

⁹⁷ *STP*, 1^{er} mars 1978, p. 198.

⁹⁸ En effet, le modèle du bon gouvernement n'est plus susceptible d'être « lu » dans la nature telle que créée par Dieu : ce dernier ne gouverne le monde que par des principes généraux, comme en témoignent les *forces* dont la compréhension à cette époque entrainera la mathématisation de la physique et le tournant moderne de la philosophie.

⁹⁹ *STP*, 8 mars 1978, p. 263.

¹⁰⁰ *STP*, 29 mars 1978, p. 321. Cette définition, tirée des *Éléments généraux de police* de von Justi, semble chère à Foucault : il l'utilise aussi dans « Politique de santé au XVIII^e siècle ». art. cité.

¹⁰¹ Foucault cite les travaux de Naudé, qui définit le coup d'Etat comme : Les « (...) actions hardies et extraordinaires que les Princes sont contraints d'exécuter aux affaires difficiles et comme désespérées, contre le droit commun, sans garder même aucun ordre ni forme de justice, hasardant l'intérêt du particulier, pour le bien du public. » (Gabriel Naudé, *Considérations politiques sur les coups d'Etats*, [1639], éd. F. Charles-Daubert, Hildesheim, Olms, 1993, p. 65). Le choix de Naudé est particulièrement intéressant car, si le champ de gravité de sa définition est bien la prudence, il s'agit d'une prudence « mêlée » : plus que le vice et la fraude au service de la vertu, le coup d'Etat entremêle les deux et les rend quasiment indistinguables. Pour plus de considérations, voir : Pierre Cavaillé, « Naudé, la prudence extraordinaire du coup d'Etat », *Les Dossiers du Grihl*, Hors-série n°5, 2022 (consulté le 3 mai 2023) [<https://journals.openedition.org/dossiersgrihl/4807#bodyftn3>].

s'engageait avec emphase : « le Passe sanitaire ne sera jamais un droit d'accès qui différencie les Français. Il ne saurait être obligatoire pour accéder aux lieux de la vie de tous les jours comme les restaurants, théâtres et cinémas »¹⁰². Le Passe vaccinal entérinera l'inverse de cette déclaration (ce dernier étant par ailleurs introduit à un moment où le virus était davantage connu scientifiquement, et la couverture immunitaire du pays accrue par la vaccination et les contaminations passées).

L'objet de la police est avant tout la population (les révoltes viennent du peuple). Dans son traité de police, Nicolas de La Mare propose une conception totalisante de la police : celle-ci s'occupe des mœurs, de la religion, de l'éducation, du travail, du logement, des arts, etc. En fait, son objet est la « vie » des hommes — sujets passifs de la police — en tant qu'elle a un rapport avec l'Etat. Mais comme les hommes sont ici compris comme des instruments de puissance étatique, l'ensemble de leur activité tombe dans le champ de la police. En effet, dans le mercantilisme, l'accumulation de métaux précieux permet aux Etats de maintenir leur puissance dans leur capacité à faire la guerre ; cette orientation politique s'inscrit dans l'émergence de la ville-marché au XVII^e siècle. La police se donne une armature juridique réglementaire qui échappe au pouvoir judiciaire pour agir directement sur la vie des hommes qu'elle règle dans le détail — contrairement à la loi qui s'occupe des « grandes choses ». Ainsi, « la police, c'est le coup d'Etat permanent »¹⁰³. Elle se donne, enfin, un outil toujours très en vogue aujourd'hui : la statistique, qui permet de rationaliser l'intervention de l'Etat et la maximisation de sa puissance.

Le mercantilisme sera critiqué par les physiocrates au XVIII^e siècle. Cette controverse se cristallise autour de la thématique de prédilection des physiocrates, l'agriculture, avec le problème du grain. Aux mercantilistes qui cherchent à diminuer les risques de disettes et de famine (et donc de révoltes) par des réglementations sur le marché et des surveillances constantes pour s'assurer de leur respect — des mécanismes disciplinaires —, les physiocrates opposent le laisser-faire, le respect de la naturalité des phénomènes qu'il ne faut pas réglementer, mais plutôt gérer. A la réglementation, artificielle et inefficace, s'oppose la compréhension des phénomènes globaux. Contemporaine du passage de l'histoire naturelle à la biologie, la physiocratie se présente donc comme un « naturalisme », qui régit une vision

¹⁰² Paul Gratian, « Allocution d'Emmanuel Macron. Pass sanitaire élargi, appel à la vaccination... Ce qu'il faut retenir », Ouestfrance, 12 juillet 2021 (consulté le 10 août 2023) [https://www.ouest-france.fr/politique/emmanuel-macron/allocution-d-emmanuel-macron-pass-sanitaire-elargi-appel-a-la-vaccination-ce-qu-il-faut-retenir-2675369a-e30e-11eb-ad8d-9ec569d29f48?fbclid=IwAR1HhkP9rvnyl_IaoXdEys3EhgHSOZ3PoaignxIK0WBLkGhJ-o4ASd4quMs].

¹⁰³ *STP*, 5 avril 1978, p. 347.

d'ensemble du gouvernement : la « population », la « société civile » comprise comme sphère de négoce au sens large, s'inscrivent dans une naturalité qu'il faut laisser jouer. Il y a, notamment chez Ferguson et Smith, naturalité du social, de la division du travail et de la tendance humaine à trafiquer. La satisfaction de tous émerge spontanément de la recherche non entravée, par chacun, de son intérêt : c'est la main invisible¹⁰⁴. Ces théories sont étroitement liées à l'économie politique, qui se conçoit comme science du corps social, une connaissance des processus naturels liant les variations des richesses et de la population autour de l'axe production-circulation-consommation¹⁰⁵. Notons ici le glissement vers une conception « moderne » de l'économie : elle n'est plus comprise comme la bonne gestion du foyer sous la domination du *pater* (l'*oikonomia* grecque), ni comme l'économie des âmes (*oikonomia psuchôn*), mais désigne l'ensemble des savoirs et des mécanismes qui assureront la prospérité d'une nation. D'après Foucault, l'économie politique prolonge la logique de la raison d'Etat tout en la modifiant : prolongation, car demeure l'idée d'une régulation interne de l'Etat, qui fixe les fins et les moyens ; modification, car le type de régulation externe prônée est cette fois-ci un despotisme économique¹⁰⁶, qui doit répondre à des exigences bien spécifiques. L'acteur central de cette nouvelle conception économique du gouvernement est la population et sa naturalité : c'est autour d'elle que gravitent les caractéristiques principales des dispositifs de sécurité.

b. Les dispositifs de sécurité, et leur articulation avec la discipline dans l'hygiène publique

Selon Foucault, l'espace de sécurité « aménage un milieu en fonction [de séries] d'évènements possibles à régulariser dans un cadre multivalent et transformable »¹⁰⁷. Le développement de la sécurité vise à répondre aux problématiques posées par l'émergence de la ville urbaine, zone d'activité et de cohabitations, de commerce, de circulations étroites — donc aussi de circulation des maladies. Les espaces de sécurité se caractérisent par certains traits qu'il convient d'exposer à travers l'exemple des premières campagnes de variolisation

¹⁰⁴ *STP*, 5 avril 1978, p. 354.

¹⁰⁵ *STP*, 5 avril 1978, p. 358. Ou encore : « Ce que l'économie politique découvre, ce n'est pas des droits naturels antérieurs à l'exercice de la gouvernementalité, ce qu'elle découvre c'est une certaine naturalité propre à la pratique même du gouvernement. » *NBP*, 10 janvier 1979, p. 19.

¹⁰⁶ « (...) l'économie politique ne se propose pas du tout comme une objection externe à la raison d'Etat et à son autonomie politique [...] ». En effet, la physiocratie « conclut à la nécessité d'un despotisme total » : « Le despotisme c'est un gouvernement économique, mais qui n'est enserré, qui n'est dessiné dans ses frontières par rien d'autre qu'une économie qu'il a lui-même définie et qu'il contrôle lui-même totalement ». *NBP*, 10 janvier 1979, p. 16-17.

¹⁰⁷ *STP*, 11 janvier 1978, p. 22.

dès 1720, puis de vaccination à partir de 1800¹⁰⁸. En un mot, la vaccination consiste en une méthode préventive, sûre et généralisable ; en injectant une infime dose de virus pour en prémunir le système immunitaire, elle permet un « ancrage dans le phénomène pour en annuler les effets non souhaités », et permet de penser le phénomène en termes de probabilités¹⁰⁹.

Tout d'abord, la sécurité contextualise la population dans un milieu — compris comme « l'espace dans lequel se déroulent des séries d'éléments aléatoires »¹¹⁰ — dans lequel sont identifiables des dangers, c'est-à-dire des éventualités négatives. Le repérage du dangereux passe par l'estimation de risques différentiels dans la population. Ceci permet, pour chaque catégorie de la population, des calculs mettant en lumière l'action à entreprendre. Enfin, la notion de « cas » fait le lien entre l'individuel et le niveau des séries globales¹¹¹. Sur cette base, Foucault définit la normalisation propre aux dispositifs de sécurité : la norme « part du normal et se sert des différences considérées (...) comme plus normales que les autres, plus favorables en tout cas que les autres. Ce sont ces distributions-là qui vont servir de norme. La norme est un jeu à l'intérieur des normalités différentielles »¹¹². En somme, la normalisation de la sécurité, ou régularisation, opère un chemin inverse par rapport à la normation disciplinaire : « c'est le normal qui est premier et la norme qui s'en déduit, ou c'est à partir de cette étude des normalités que la norme se fixe et joue son rôle opératoire »¹¹³.

Foucault insiste sur certaines particularités du modèle de la sécurité, qui caractérisent le glissement dans la biopolitique. Par rapport à la souveraineté, d'abord. Le référentiel biopolitique ne repose pas sur l'hypothèse d'une société politique formée par contrat : l'ensemble des phénomènes s'inscrivant dans un naturalisme complet, le contrat n'est ni nécessaire, ni utile. De plus, sa logique même de limitation du pouvoir politique et de légitimité à respecter parasiterait le « despotisme éclairé » nécessaire à une gouvernance économique. Par ailleurs, la population n'est ni l'individu-corps de la discipline ou le corps social des juristes¹¹⁴. Cette population, dans la biopolitique, prend le pas sur le territoire en termes de champ d'application et d'enjeux prioritaires du pouvoir : on passe d'un triptyque « sécurité-territoire-population » à « sécurité-population-gouvernement »¹¹⁵. Foucault illustre ce passage par l'exemple de Machiavel, dont les calculs visent à permettre au prince de

¹⁰⁸ *STP*, 25 janvier 1978, p. 60 et s.

¹⁰⁹ *STP*, 25 janvier 1978, p. 60.

¹¹⁰ *STP*, 11 janvier 1978, p. 22.

¹¹¹ Foucault définit le cas comme la « manière d'individualiser le phénomène collectif de la maladie, ou de collectiviser, mais sur le mode de la quantification et du rationnel et du repérable ». *STP*, 25 janvier 1978, p. 62.

¹¹² *STP*, 25 janvier 1978, p. 65.

¹¹³ *Ibid.*

¹¹⁴ *DS*, 17 mars 1976, p. 218.

¹¹⁵ *STP*, 1^{er} février 1978, p. 111.

conserver son pouvoir sur un territoire face à ses ennemis, conception dans laquelle le peuple est conçu comme un élément passif¹¹⁶. Au contraire, dans la biopolitique, le territoire est supplanté par le milieu, et la fin du gouvernement se situe désormais dans son objet : la population, dont il faut assurer le bien-être. Comme le berger trouvant sa fin dans ses brebis, dans la biopolitique, le gouvernement trouve sa fin dans la population.

En un sens, un dispositif comme le Passe vaccinal illustre ces glissement peuple-population, territoire-milieu, souveraineté-gouvernement. Après tout, contrairement aux frontières territoriales dont l'intangibilité est devenue un principe cardinal du droit international, les frontières internes établies par le Passe mutent sans cesse en fonction de la population, de ses risques et déplacements dans un milieu. Ainsi, le rapport à la territorialité propre à la souveraineté ne s'efface pas, mais passe au plan instrumental en se branchant sur l'élément « population ». Cet élément était par ailleurs placé au cœur des calculs globaux qui définissent la gestion sanitaire : taux de contamination, de reproduction, de létalité ou de vaccination. Il s'agit de faire « baisser la courbe », un impératif qui implique des interventions disciplinaires portant sur les corps individuels.

Les différences entre normation disciplinaire et régularisation sont aussi palpables. Alors que la normation cherche une conformité totale à la norme posée, la normalisation fonctionne selon une logique massifiante, homéostatique, où les écarts particuliers se fondent dans l'analyse globale et demeurent, sous un certain seuil posé par l'art de gouverner, acceptables. Tout n'a pas vocation à être régi par la volonté souveraine ; ou plutôt, celle-ci va considérer qu'il est à la fois dans son intérêt et dans celui de la population de ne pas intervenir. On reconnaît ici l'influence des physiocrates, qui cherchaient, plutôt que de supprimer les disettes, à les contenir sous un certain seuil permettant d'empêcher les famines et les révoltes associées. La crise n'est pas supprimée, mais intégrée à un système de gouvernement, « gérée », afin de produire des effets globaux acceptables.

Dans la biopolitique, la discipline ne disparaît pas pour autant. Si Foucault insiste sur l'importance croissante de la médecine et l'hygiène publique, c'est parce que ce savoir-pouvoir est l'interface par excellence entre discipline et sécurité¹¹⁷. En effet, si normation et normalisation fonctionnent selon des schéma de normativité et d'imputation comportementale inversés, elles sont en réalité complémentaires : la norme, leur dénominateur commun, articule

¹¹⁶ *STP*, 25 janvier 1978, p. 67.

¹¹⁷ C'est « un savoir-pouvoir qui porte à la fois sur le corps et sur la population, sur l'organisme et sur les processus biologiques, et qui va donc avoir des effets disciplinaires et des effets régularisateurs ». *DS*, 17 mars 1976, p. 225.

population et corps individuel¹¹⁸. Un exemple : la statistique permet d'identifier un risque accru au sein d'une catégorie de la population (normalisation) ; dès lors, une stratégie de santé publique visera cette population, son milieu et ses comportements, et, ultimement, ses corps individuels, pour qu'ils se conforment au traitement nécessaire (normation disciplinaire). La gestion biopolitique fonctionne circulairement : si la population est une modélisation générale et massifiée de réalités matérielles et hétérogènes, ce n'est qu'au prix d'interventions concrètes sur ces corps que les tendances d'ensemble peuvent évoluer. En effet, certains détails insignifiants au niveau micro-individuel ne révèlent leur réalité et leur importance qu'au niveau de la population. Des débats gravitant autour de cette thématique ont pu s'observer durant la pandémie, par exemple concernant le port généralisé du masque, ou encore le niveau auquel évaluer prioritairement la nécessité de la vaccination : individuel ou sociétal.

Le tournant vers l'hygiène publique et son « économisation » du champ social à travers la médecine moderne correspond à un double tournant : d'abord, celui du curatif au préventif ; par ailleurs, la santé n'est plus comprise que dans un sens purement *normatif* (ou négatif) — celui qui l'oppose à la maladie —, mais aussi dans un sens *descriptif* (ou positif). Elle devient le « résultat observable d'un ensemble de données (fréquence des maladies, gravité et longueur, résistance aux facteurs qui la produisent) »¹¹⁹. Cette évolution semble se poursuivre de nos jours, comme en témoigne la définition de la santé par l'Organisation mondiale de la santé (OMS) : « un état de complet bien-être physique, mental et social, [qui] ne consiste pas seulement en une absence de maladie ou d'infirmité ». Puisque cette conception ne se limite pas à des variables biomécaniques ou biologiques *stricto sensu*, mais suppose une *atmosphère* de santé à entretenir perpétuellement, l'« emprise politico-médicale »¹²⁰ exercée sur une population dans la biopolitique a, par construction même, une vocation totalisante.

Il y a donc un lien entre rationalisation de la société et « économisation » de la médecine. Dans la politique de gestion de la crise sanitaire, il n'était finalement que question de résoudre, de la façon la plus optimale et rationnelle possible, une équation à cinq termes : population d'ensemble, corps individuels, milieu, risque, et, enfin, circulation — celle du homme et celle du virus. D'où la question : comment maximiser la première tout en minimisant la seconde ? Le Passe sanitaire puis vaccinal constitue un exemple de réponse politique à un tel problème. Nous avons vu jusqu'alors comment les dispositifs disciplinaires puis régularisateurs se distinguaient de la souveraineté, et en quoi ils trouvaient leur point de jonction dans la norme.

¹¹⁸ « La norme, c'est ce qui peut aussi bien s'appliquer à un corps que l'on veut discipliner, qu'à une population que l'on veut régulariser ». Ibid.

¹¹⁹ M. Foucault, « La politique de santé au XVIII^e siècle », art. cité, p. 727.

¹²⁰ Ibid.

Néanmoins, ces deux logiques obéissent à des types de normativité comportementales hétérogènes : l'une contraint, punit, « dresse » et recherche une conformation totale ; l'autre suggère, incite, oriente et préfère les économies globales. Or, notre question de recherche met en exergue une tension entre incitation et obligation. La prochaine section vise donc à répondre à la question suivante, appliquée au Passe vaccinal : peut-on à la fois inciter et obliger — voire inciter et punir ?

II. Penser économiquement la gestion des comportements dans le néolibéralisme : inciter *et* punir ?

Afin de délinéer normation et normalisation et penser leur articulation, il est nécessaire d'examiner certaines évolutions des dispositifs de sécurité introduites par l'essor de la pensée néolibérale (A). Ceci permettra de voir comment, dans le cas du Passe vaccinal, une normation disciplinaire visant à contraindre, et, éventuellement, à punir par des voies détournées, a pu être recréée dans le cadre d'une rationalité régularisatrice reposant sur des jeux d'environnement et de représentation d'intérêt économique (B).

A. Les inflexions néolibérales : une généralisation de la rationalité économique à la gestion des conduites

Dans *Naissance de la biopolitique*, Foucault poursuit son analyse de la « nouvelle raison gouvernementale », cette fois-ci du point de vue du néolibéralisme, sous ses deux figures dominantes au début du XX^e siècle : l'ordolibéralisme allemand de l'école de Fribourg (Walter Eucken, Wilhelm Röpke) et l'école néolibérale américaine de Chicago (Milton Friedman, George Stigler). Cette dernière influencera le courant de pensée *Law and Economics*, qui évalue l'opportunité des règles juridiques dans une optique de rationalité économique. Les deux écoles trouvent leur jonction dans l'école autrichienne gravitant autour des disciples de Carl Menger (Friedrich Hayek, Ludwig von Mises)¹²¹. La raison principale du traitement solidaire de ces écoles par Foucault est leur entreprise commune de « projeter sur un art général de gouverner les principes formels d'une économie de

¹²¹ J.-F. Kervégan, « Aporie de la Microphysique. Questions sur la “gouvernementalité” », art. cité., p. 36.

marché »¹²², qui permet de les inscrire, malgré leurs spécificités, dans une même tendance gouvernementale.

L'ordolibéralisme émerge dans les années 1930 et influence grandement la politique de la République fédérale d'Allemagne (RFA) après la Seconde Guerre mondiale — puis la construction de l'actuelle Union européenne. Dans cette conception, le rôle de l'Etat consiste à maintenir un cadre permettant la « concurrence libre et non faussée ». Un glissement s'opère par rapport au libéralisme classique, car la focale d'une telle politique ne se place plus sur la liberté de l'échange en tant que telle, mais sur la concurrence et l'existence d'un cadre normatif dans lequel elle pourra s'exercer. Pour les ordolibéraux, tirer de l'impératif de liberté du marché et de l'échange un laissez-faire total — et donc un retrait de l'Etat — est une « naïveté naturaliste »¹²³. La concurrence a une structure propre tenant à un « bénéfice formel », qui doit être soigneusement et artificiellement aménagée, là où les libéraux et physiocrates considéraient qu'un tel cadre était donné par nature. La distinction libérale entre sphères d'intervention et de non-intervention étatique apparaît comme désuète : il faut un interventionnisme, non pas pour planifier l'économie, mais pour poser le cadre dans lequel la liberté économique s'épanouira. L'ordolibéralisme suppose un mécanisme naturel qui joue dans un cadre artificiel. Foucault présente un intérêt singulier pour la question, chez Eucken, des « actions conforme », plus particulièrement la sous-catégorie des « actions ordonnatrices », c'est-à-dire les interventions dans des domaines non-économiques qui contribueront à poser le cadre dans lequel la liberté économique formelle pourra jouer sans entraves¹²⁴. On aboutit à la « politique de société », *Gesellschaftspolitik*, qui doit « prendre en charge et en compte des processus sociaux pour faire place, à l'intérieur de ces processus sociaux, à un mécanisme de marché »¹²⁵. Il s'agit, en effet, de configurer les rapports sociaux sur le modèle économique, d'en faire une « puissance informante de la société »¹²⁶.

Cette tendance trouve une expression radicalisée chez les néolibéraux américains avec la théorie du capital humain, systématisée notamment par l'économiste américain Gary Becker¹²⁷. L'individu-entrepreneur est le sujet d'investissements dans sa personne — ceux-ci

¹²² *NBP*, 14 février 1979, p. 137.

¹²³ *NBP*, 7 février 1979, p. 123.

¹²⁴ *NBP*, 10 janvier 1979, p. 145-147.

¹²⁵ *NBP*, 21 mars 1979, p. 246.

¹²⁶ *NBP*, 14 février 1979, p. 154.

¹²⁷ G. Becker, *Human Capital: A Theoretical and Empirical Analysis, with Special Reference to Education*, New-York, Columbia University Press, 1964.

pouvant être innés ou acquis (éducation, santé, connaissance, capital financier, etc.)¹²⁸. En effet, l'école néo-classique reproche aux économistes classiques une formalisation, de facture ricardienne, excessivement quantitativiste du facteur travail (temps, capital de production), négligeant le facteur « humain ». Il y a bien généralisation de la forme entreprise : il s'agit toujours d'investir dans une entreprise en espérant un rendement, mais celle-ci ne sera autre que l'homme lui-même (on trouve ici une des prémisses de ce que l'on appelle aujourd'hui l'« ingénierie sociale »). En consommant, l'individu est producteur de sa bonne satisfaction.

Encore faut-il savoir comment stimuler cette activité, et l'orienter : c'est là qu'intervient le concept de *nudge* (ou « coup de pouce »). L'influence des choix subjectifs passera essentiellement par des jeux environnementaux, compris comme la « science de la systématique des réponses aux variables du milieu »¹²⁹. Ces modifications des variables externes influenceront, en effet, sur la représentation de son intérêt propre par *l'homo oeconomicus*, qui effectuera des raisonnements coûts-avantages de manière utilitariste et ajustera sa prise de décision en fonction. Ainsi, le *policymaker* néolibéral devient ce que Thaler et Sustein, dans leur ouvrage consacré au *nudge*, appellent un « architecte du choix », c'est-à-dire qu'il « lui appartient d'organiser le contexte dans lequel les gens prennent leurs décisions »¹³⁰. Contrairement au volontarisme du souverain s'exprimant dans la loi, il ne s'agit plus de commander et de punir, mais d'inciter. L'incitation économique peut être comprise comme la « provocation d'un comportement économique jugé souhaitable, grâce à une politique adaptée à l'égard des agents économiques »¹³¹. Mais, dans une telle configuration, qui détermine le comportement souhaitable ? Dans le cas qui nous occupe, il s'agit de l'Etat ; mais cette théorie du *nudge* est tout autant utilisée par les organismes privés (songeons seulement à la publicité, aux campagnes d'influences). Foucault vise donc juste en plaçant sa conceptualisation de la gouvernementalité sur un axe qui transcende les distinctions public-privé. À Thaler et Sustein de préciser que l'architecture du choix ne peut être neutre¹³² : elle suppose une prédétermination du « bon »

¹²⁸ Foucault définit le capital humain comme : l'« ensemble des investissements que l'on a faits au niveau de l'homme lui-même ». *NBP*, 14 mars 1979, p. 238.

¹²⁹ *NBP*, 28 mars 1979, p. 273.

¹³⁰ R. Thaler, C. Sustein, *Nudge : La méthode douce pour inspirer la bonne décision*, Paris, Vuibert, 2010, p. 3.

¹³¹ « Incitation », Dictionnaire Larousse en ligne (consulté le 13 juillet 2023) [<https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/incitation/42259>].

¹³² R. Thaler, C. Sustein, *Nudge : La méthode douce pour inspirer la bonne décision*, *op. cit.*, p. 3 : « Il existe de nombreux parallèles entre l'architecture du choix et l'architecture tout court. Et un point commun crucial : aucun plan n'est jamais 'neutre' ».

comportement à adopter, ce qui les mène ultimement à qualifier la philosophie sous-tendant le *nudge* comme un « paternalisme libertaire »¹³³.

Dans ces termes, Foucault montre que l'action gouvernementale n'est plus évaluée selon des critères de légitimité s'inscrivant dans une logique transcendantale de respect de droits et libertés juridiques (comme dans le paradigme souverain dans sa version contractualiste), mais selon un impératif d'efficacité du type « la fin justifie les moyens ». Ceci semble avoir orienté le choix du gouvernement français dans l'élaboration de sa stratégie vaccinale. Selon les mots du ministre de la Santé de l'époque :

Empêcher les gens d'aller dans des bars, des restaurants, des lieux qui reçoivent du public s'ils ne sont pas vaccinés, c'est plus *efficace* que leur mettre une amende de 100 euros quand on les attrape dans la rue¹³⁴.

Comment ce jeu environnemental s'exprime-t-il dans le cas du Passe vaccinal, et comment s'articule-t-il avec l'idée de punition disciplinaire exposée plus haut ?

B. Le Passe vaccinal : repenser la délimitation entre incitation économique et punition

Cette articulation entre incitation économique et punition dans une recherche d'économisation de la gestion comportementale peut se décliner en une double analyse : du point de vue étatique (1) et du point de vue du sujet incité (2).

1) Du point de vue étatique

¹³³ Pour Thaler et Sustein, l'aspect paternaliste d'une telle approche découle du fait que « les architectes du choix, privés et publics, ne se contentent pas d'anticiper les décisions des individus ou de s'y conformer. Bien au contraire, ils tentent délibérément d'accroître leur bien-être » (Ibid. p. 5-6). L'aspect libertaire, quant à lui, tient à l'absence de contraire, de telle sorte que le dernier mot est laissé au choix individuel : « les paternalistes libertaires ne les contraindront pas à changer leur comportement — ils ne mettront pas d'obstacle à celui qu'ils ont choisi » (Ibid. p. 5-6).

¹³⁴ J. Desmonceaux, « Covid-19 :Veran reconnaît que le pass vaccinal est “une forme déguisée d'obligation vaccinale” », BFMTV, 18 décembre 2021 (consulté le 20 septembre 2022) [https://www.bfmtv.com/sante/covid-19-veran-reconnait-que-le-pass-vaccinal-est-une-forme-deguisee-d-obligation-vaccinale_AN-202112180210.html] (nous insistons).

L'adoption d'une logique d'incitation reposant sur des jeux environnementaux et des calculs d'économie globale non-formalisables dans une règle pénale relativise la spécificité de ce domaine (a) et permet une horizontalisation de la mise en œuvre de la règle, ce qui rationalise encore davantage l'action étatique (b).

a. Un branchement de la punition à des calculs globaux insusceptibles d'être entièrement formalisables juridiquement, relativisant la spécificité du domaine pénal

Dans son étude du néolibéralisme, Foucault analyse les travaux de Gary Becker en matière d'« économisation » de la politique pénale. Il s'agit d'appliquer le modèle de régulation environnementale présenté plus haut au champ pénal. Tout d'abord, Becker définit le criminel comme « toute personne (...) qui investit dans une action, qui en attend du profit et qui accepte le risque d'une perte »¹³⁵. Ainsi, le criminel-entrepreneur ne se caractérise pas par l'horreur de son comportement, de son intention et son caractère éventuellement pathologique. La spécificité du pénal vis-à-vis du non-pénal est relativisée, dès lors que tous deux sont guidés par une même rationalité économique. Chez Becker, le crime devient « toute action qui fait courir à un individu le risque d'être condamné à une peine » et la punition « le moyen utilisé pour limiter les externalités négatives de certains actes »¹³⁶. Notons que ces définitions se renvoient l'une à l'autre la caractérisation de l'élément spécifiquement « pénal » : par leur circularité, elles s'identifient à un mécanisme économique d'ensemble, mais ne séparent pas conceptuellement le criminel et son crime de n'importe quel autre *homo oeconomicus* envisageant un comportement à adopter selon son intérêt représenté. L'usage des termes « crime » ou « criminel » est donc essentiellement nominal, ce qui mène Foucault à conclure à un « gommage anthropologique du criminel »¹³⁷.

Dans le cas du Passe vaccinal, le modèle obligation/sanction écrites dans la loi — et relevant donc du droit pénal — a été écarté, si l'on en croit les déclarations gouvernementales, non pas au nom d'une rationalité juridique, mais d'un manque d'efficacité. Plutôt, il s'agira d'ajouter à un calcul individuel que la pratique médicale modélise déjà par un raisonnement utilitariste (le calcul bénéfices-risques), des externalités négatives associées au choix « non-vaccination », qui débordent désormais le champ médical. Ainsi, la non-vaccination

¹³⁵ *NBP*, 21 mars 1979, p. 258.

¹³⁶ *NBP*, 21 mars 1979, p. 258.

¹³⁷ *NBP*, 21 mars 1979, p. 264.

n'emportera plus seulement, dans l'esprit de l'agent hésitant, un risque résiduel d'effets secondaires, ou une entorse à une éthique ou morale personnelle (convictions religieuses, philosophiques, refus de l'« allopathie », etc.), mais une kyrielle d'effets pénibles ne découlant pas de l'absence de vaccination en elle-même mais, par dérivation, de l'absence de détention d'un Passe vaccinal : impossibilité de circuler, d'entrer dans certains lieux de vie sociale, éventuellement de travailler, mais aussi peur du rejet, du jugement des pairs ou de l'isolement (la non-détention d'un Passe rend transparent, dans les interactions quotidiennes, le choix en matière de vaccination, relativisant l'effectivité du principe de secret médical). On retrouve ici le fonctionnement bonus/malus décrit par Foucault dans son traitement des disciplines : le « bonus » correspond à la possibilité de profiter de la « vie normale » après des mois de privation ; le « malus » en sera l'impossibilité.

Bref, le Passe vaccinal opère comme un démultiplicateur d'externalités négatives à même de faire pencher la balance utilitariste de l'*homo oeconomicus* du côté « vaccination ». Une telle méthode présente certainement l'avantage, sur le terrain de l'efficacité où elle se place, de respecter, d'un point de vue formel, l'autonomie de l'individu. En effet, si une obligation vaccinale peut, sous certaines conditions, être envisagée juridiquement, la vaccination « de force » (c'est-à-dire par la contrainte physique) est écartée, pour des raisons bioéthiques qui semblent évidentes et qui n'ont pas été sujettes à débats dans nos sociétés. Une obligation vaccinale implique des limitations à l'efficacité de la stratégie vaccinale : d'une part, le caractère proportionné de l'amende imposée (proportionnalité qui fait généralement l'objet d'une appréciation plus stricte au pénal) et, d'autre part, — dans une logique d'efficacité —, l'imposition d'une sanction légale sous la forme d'une amende, pour autant que l'individu soit disposé à l'assumer, ne permettra pas d'atteindre l'objectif de vaccination. Entre ces deux issues — obligation légale et contrainte physique —, le système du Passe vaccinal peut faire office de voie médiane : il n'oblige pas juridiquement, n'exerce pas de contrainte vaccinale directe, mais va mettre l'individu en marche par lui-même, c'est-à-dire l'inciter.

Cette « inefficacité » de la forme pénale s'illustre tout particulièrement, selon Foucault, par la comparaison des théories néolibérales en matière de politique pénale à celles des réformateurs du XVIII^e siècle. Il y a, entre eux, rupture et continuité. Continuité car l'une des justifications principales de la punition a toujours été de servir d'exemple pour dissuader le passage à l'acte. C'est l'« économie de la dissuasion » qui évolue. A la différence de la disproportion du châtement, vengeance du souverain à l'égard du crime commis, les réformateurs du XVIII^e siècle envisageaient un savant calcul de la peine, qui lui permettrait de déployer ses effets dissuasifs en amont de tout passage à l'acte. La focale est mise sur un calcul

conséquentialiste : il faut « ne pas viser l’offense passée mais le désordre futur »¹³⁸. En effet : « si le motif d’un crime, c’est l’avantage qu’on se représente, l’efficacité de la peine est dans le désavantage qu’on en attend »¹³⁹. En d’autres termes, la punition la plus efficace est celle que l’on n’a pas besoin d’exécuter. Il est vrai que l’on retrouve dans le Passe vaccinal une telle « idéalité de la peine »¹⁴⁰ : on peut songer, par exemple, aux milliers de réservations de vaccination en direct, au gré des annonces présidentielles annonçant un resserrement des conditions d’obtention du Passe sanitaire ou vaccinal¹⁴¹ : pour beaucoup, la simple représentation anticipée des externalités négatives annoncées suffisait à faire pencher la balance du choix. Le déploiement d’une telle « théorie du signe » place le Passe vaccinal dans la continuité d’une certaine tradition de la punition datant du XVIII^e siècle, dont Foucault soutient qu’elle avait déjà un pied fermement ancré dans l’économie politique.

Il y a toutefois une rupture, qui découle des observations faites plus haut. En effet, la tradition pénale héritée des XVIII^e et XIX^e siècles consacre (et cela est toujours le récit juridique dans lequel nous vivons) la centralité de la loi qui fixe les interdits pénaux et leurs sanctions : *nulla poena sine lege*. A contrario, des analyses néolibérales découlent un affranchissement de la formalisation juridique dans la loi. Une telle formalisation implique une proportionnalité qui se mesure à l’aune de l’atteinte à l’ordre social qu’un comportement représente, mais, aussi, à l’intention ou la personnalité de l’infracteur (individualisation des peines). Or, dans les analyses néolibérales explorées par Foucault, il s’agit d’inscrire le phénomène dans son milieu et sa population d’ensemble, pour en apprécier l’économie globale. Il s’agira de lui assigner un coût social, que l’on peut définir comme « l’ensemble des coûts supportés par la collectivité du fait de la consommation d’un produit ou du fait d’une conduite. Pour l’essentiel, c’est le coût des vies humaines perdues prématurément, le coût des pertes de productivité liées à l’absentéisme et le coût des soins »¹⁴². On retrouve ici trois facteurs généralement mobilisés pour justifier la rationalité économique de la politique du Passe vaccinal.

Si, dans l’art néolibéral de punir, demeure l’idée d’un certain rapport de proportionnalité, son référentiel d’appréciation s’étend à une multiplicité de facteurs qui

¹³⁸ *SP*, p. 90.

¹³⁹ *SP*, p. 97.

¹⁴⁰ *Ibid.*

¹⁴¹ S. Lys, « Vaccination : 1,7 million de Français ont pris rendez-vous sur Doctolib depuis l’allocution d’Emmanuel Macron », France Bleu, 13 juillet 2021 (consulté le 20 mai 2023) [<https://www.francebleu.fr/infos/sante-sciences/vaccination-926-000-francais-ont-pris-rendez-vous-sur-doctolib-apres-l-allocution-d-emmanuel-macron-1626157678>].

¹⁴² F. Orobon, « Le “paternalisme libéral”, oxymore ou avenir de l’Etat-providence ? », *Esprit*, juillet 2013 (consulté le 5 juin 2023) [<https://esprit.presse.fr/article/frederic-orobon/le-paternalisme-liberal-oxymore-ou-avenir-de-l-etat-providence-37495>].

dépassent de très loin le sujet agissant, ainsi que ses caractéristiques, intentions et représentations personnelles. Pour autant, ces variables ne sont pas évacuées : simplement, au lieu de les prendre en compte en aval dans une personnalisation infinie de la réponse judiciaire, il est plus efficace de les incorporer en amont dans les jeux environnementaux de l'architecte pénal, qui pourra en outre les connecter à des données macro-sociétales, que la pénalité classique et ses lourdeurs juridiques sont trop peu capables d'intégrer. Là où l'individu-entrepreneur effectue un calcul d'utilité à sa propre échelle, l'architecte du choix doit lui répondre — ou, plutôt, l'anticiper — en mobilisant un calcul du même type, mais qui, tout en capturant ses ressorts d'action subjectifs, intègre des variables plus larges. On retrouve ici le thème de la sécurité comme élément de liaison entre les niveaux individuels et populationnels. La rupture est donc actée : « la faute, le principe du glissement dans le droit pénal du XVIII^e a été cette idée de Beccaria et de Bentham que le calcul utilitaire pouvait prendre adéquatement forme à l'intérieur d'une structure juridique »¹⁴³.

Par ailleurs, ce glissement de l'analyse vers la prise en compte d'une économie globale va placer la focale sur l'« enforcement » de la loi, c'est-à-dire « l'ensemble des instruments mis en œuvre pour donner, à cet acte d'interdiction en quoi consiste la formulation de la loi, réalité sociale, réalité politique, etc. »¹⁴⁴. Cette notion fait écho à ce que Foucault conceptualise dans d'autres écrits comme la distinction entre règle et appareil¹⁴⁵ : si la règle énonce l'intention normative, cette dernière n'a de réalité effective que par l'appareil qui la met en œuvre. Or, Foucault souligne que l'« enforcement » n'est « ni neutre ni indéfiniment extensible »¹⁴⁶. En effet, dans le cadre de l'Etat sécuritaire, l'élaboration d'une politique pénale doit tenir compte de l'élasticité des comportements par rapport au coût de l'« enforcement »¹⁴⁷. Peu importe les mesures environnementales envisagées, il demeurera une part irréductible de criminels — tout comme, dans le cas qui nous occupe, de non-vaccinés. De même, dans le système du Passe vaccinal, une minorité d'individus circuleront avec des Passes contrefaits ou appartenant à des tiers ; certains teneurs d'établissements seront peu regardants au moment des contrôles, etc. Il s'agit certes de contournements de la règle posée, mais est-il pour autant économiquement rationnel de les supprimer à tout prix ? Il s'agira donc d'introduire une conduite des conduites susceptible d'intégrer les données générales telles qu'analysables par la sécurité (l'économie,

¹⁴³ *NBP*, 21 mars 1979, p. 256.

¹⁴⁴ *NBP*, 21 mars 1979, p. 259.

¹⁴⁵ « Les institutions agissent essentiellement par la mise en jeu de deux éléments : des règles (explicites ou silencieuses), et un appareil (...) ». « Le sujet et le pouvoir », *DE II*, p. 1059

¹⁴⁶ *NBP*, 21 mars 1979, p. 260.

¹⁴⁷ Voir, généralement, *NBP*, 21 mars 1979.

les données épidémiologiques d'ensemble) sans s'épuiser dans des excès de zèle dont le coût global sera plus élevé que le bénéfice attendu. Il faut fixer des seuils d'intervention, chercher un *optimum*. Enfin, cette caractérisation de l'« enforcement » permet de rendre compte de ce qu'il convient d'analyser, dans le cas du Passe vaccinal, comme une « horizontalisation » de la mise en œuvre de la règle, par le recours à la société civile.

b. L'horizontalisation de l'enforcement par le recours à la société civile

Centrale à la gouvernamentalité néolibérale est la question du coût de l'« enforcement », et de sa réduction. Le Passe vaccinal constitue une réponse originale en la matière, en déléguant l'essentiel des contrôles de la mise en œuvre de la règle à la société civile. Ce dernier terme fait l'objet de définitions variables selon les auteurs et époques ; il est ici entendu comme une sphère de la vie en commun des hommes qui se pense de façon distincte d'un pouvoir formellement institué ; elle est la sphère d'interaction — économiques, mais pas seulement — des personnes privées qui se rencontrent : celle du *negocium* au sens large.

Le système du Passe vaccinal repose à la fois sur une présence accrue et un effacement net de l'Etat, si bien que l'on pourrait dire : Etat partout, Etat nulle part ? La contradiction ne serait qu'apparente, car les propositions opèrent à des niveaux différents. En effet, une règle étatique est posée, laquelle dénote une forte dimension de puissance publique, de « verticalité » : le Passe vaccinal suppose une interférence étatique non-négligeable dans le déroulé des rapports interindividuels, ainsi que dans la « gestion » de la liberté, entendue comme capacité de se mouvoir dans l'espace¹⁴⁸. Pourtant, il y a tout aussi bien effacement de l'Etat, dès lors que la mise en œuvre de la mesure est, pour l'essentiel, confiée aux personnes privées, qui sont légalement obligées d'effectuer des contrôles selon des règles précises¹⁴⁹.

Cette stratégie d'horizontalisation de l'« enforcement » se rapproche de l'externalisation (ou « outsourcing »), une pratique s'étant démocratisée dans le cadre du *new public management*, par laquelle des organismes étatiques recourent à des acteurs privés pour mettre en œuvre une mission de service public. Dans le cas du Passe vaccinal, le recours à la société civile confère un degré acceptable de certitude du résultat, suggère un investissement matériel faible (principalement la création d'une application ; sauf dans les structures

¹⁴⁸ C'est la définition de la liberté sur laquelle insistent les libéraux : « au sens moderne que ce mot prend au XVIII^e siècle : non plus les franchises et les privilèges qui sont attachés à une personne, mais la possibilité de mouvement, déplacement, processus de circulation et des gens et des choses ». *STP*, 18 janvier 1978, p. 50. Notons que cette acception correspond à la définition hobbesienne de la liberté : T. Hobbes, *Léviathan*, 1651, chapitre 14.

¹⁴⁹ Par exemple, tenir un registre des personnes autorisées, pour chaque établissement, à contrôler les Passes ; l'interdiction de contrôler des Passes en dehors des lieux spécifiés par la loi, etc.

publiques, la rémunération du personnel chargé des contrôles est à la charge de leur employeur). Par ailleurs, cette approche permet un contournement stratégique des institutions (police, hôpital, justice). La police, prise en son acception contemporaine, c'est-à-dire tournée vers une fonction négative de répression des illégalismes¹⁵⁰, interviendra à titre résiduel et principalement dissuasif pour effectuer des contrôles ou des « contrôles des contrôles ». L'usage des effectifs étatiques est optimisé dans une logique de productivité et de flexibilité. Notons enfin que le coût réactionnel occasionné par les résistances engendrées (contre-conduites) demeure bas, compte tenu de la faible proportion de non-vaccinés au moment de la mise en œuvre du dispositif¹⁵¹.

La société civile est non seulement le vecteur d'« enforcement » du système du Passe vaccinal, mais aussi son inspiration principale. En effet, le QR-code est né de la société industrielle¹⁵². Dans les années 2010 à 2020, son usage s'est démocratisé à travers la numérisation des services : scanner des menus de restaurant, des tickets de concert ou de boîte de nuit, des places de cinéma, etc. Il est aujourd'hui fermement ancré dans les gestes du quotidien, tels que se connecter à un réseau wifi, effectuer un paiement, ou commander au restaurant. La présentation et le contrôle du code se font par le biais du smartphone, un dispositif déjà largement répandu : en 2022, environ 87% des Français possédaient cet outil¹⁵³. Ainsi, le système du Passe permet de tirer profit de pratiques déjà implantée dans la société civile, ce qui suppose un « dressage » minimal quant à son maniement au quotidien, et favorise son acceptabilité sociale.

Par l'horizontalisation de la mise en œuvre du dispositif, l'aspect « punitif » de la mesure est mis en retrait : pour l'homme de la rue, la police, c'est ce qui réprime ; dans son esprit, si cette police n'intervient pas, il n'y a pas répression. Le raisonnement judiciaire a aussi été perméable à ce flou conceptuel autour de la « police ». Ainsi, le Conseil constitutionnel,

¹⁵⁰ Foucault définit cette police au sens contemporain comme les « instruments par lesquels le désordre, les irrégularités, les illégalismes et délinquances vont être réprimées, empêchées » ; elle s'oppose à la police au sens large, telle que définie dans la section I. *STP*, 5 avril 1978, p. 362.

¹⁵¹ Nous reprenons ici les critères mis en avant par Foucault : « La mise en jeu des relations de pouvoir comme action sur un champ de possibilité peut être plus ou moins élaborée en fonction de l'efficacité des instruments et de la certitude du résultat (raffinements technologiques plus ou moins grands dans l'exercice du pouvoir) ou encore en fonction du coût éventuel (qu'il s'agisse du « coût » économique des moyens mis en œuvre, ou du coût réactionnel, constitué par les résistances rencontrées). » « Le sujet et le pouvoir », *Dits et écrits II, 1976-1988*, Paris, Gallimard, 2001, p. 1063.

¹⁵² Ce type de code barre bidimensionnel fut créé en 1994 par la marque automobile japonaise Denso Wave pour tracer les pièces au cours de l'assemblage en usine.

¹⁵³ ARCEP, *Communiqué de presse. Equipements et usages du numérique Baromètre du numérique 2022*, 30 janvier 2023 (consulté le 20 juin 2023) [<https://www.arcep.fr/actualites/actualites-et-communiqués/detail/n/equipements-et-usages-du-numerique-300123.html>].

tout en retenant que la non-présentation d'un Passe impliquait l'impossibilité de pénétrer dans les lieux concernés, et que sa vérification pouvait être associée à des contrôles d'identité par la production de pièces officielles, a tranché que son contrôle ne consistait pas à déléguer des fonctions de police administrative générale à des personnes privées (il ne s'agit pas ici d'expliquer ou d'invalider cette interprétation, mais de souligner qu'elle illustre la difficulté d'appréhender juridiquement cette « horizontalisation » du contrôle étatique)¹⁵⁴.

En somme, l'horizontalisation de l'« enforcement » permet d'optimiser la discipline à l'œuvre, selon les critères économiques de rationalisation énoncés par Foucault :

1/ rendre l'exercice du pouvoir le moins coûteux possible (économiquement, par la faible dépense qu'il entraîne; politiquement, par sa discrétion, sa faible extériorisation, sa relative invisibilité, le peu de résistance qu'il suscite) ; 2/ faire que les effets de ce pouvoir social soient portés à leur maximum d'intensité et étendus aussi loin que possible, sans échec, ni lacune ; 3/ lier enfin cette croissance « économique » du pouvoir et le rendement des appareils à l'intérieur desquels il s'exerce (que ce soient les appareils pédagogiques, militaires, industriels, médicaux), bref faire croître à la fois la docilité et l'utilité de tous les éléments du système¹⁵⁵.

Notons que si le principe d'une croissance corrélée de la docilité et de l'utilité demeure, cette dynamique se décloisonne des institutions localisées dans lesquelles les disciplines sont nées, décloisonnement envisageable précisément par l'intervention de l'Etat¹⁵⁶. C'est dans la mesure où le Passe vaccinal permet une expansion, une invisibilisation et une rationalisation économique de la surveillance et du contrôle des conduites que le parallèle avec le panoptique benthamien paraît fécond. Si ce panoptisme est relativisé car mis sous tutelle des sécurités — il ne surveille et punit qu'au-delà d'un seuil d'optimalité —, ce seuil demeure bas, compte tenu des économies globales induites par l'horizontalisation de l'« enforcement ».

Sur la base de cette présentation du cadre environnemental posé par le Passe, il nous est à présent possible de nous placer du point de vue du sujet *incité*, et d'examiner en quoi le Passe vaccinal reconstitue une normation disciplinaire dans le cadre d'une logique incitative de sécurité.

¹⁵⁴ Cons. const., n° 2022-835 DC, 21 janvier 2022, *Loi renforçant les outils de gestion de la crise sanitaire et modifiant le code de la santé publique*, cons. 42.

¹⁵⁵ *SP*, p. 220.

¹⁵⁶ « Car après tout, ces technologies générales de pouvoir qu'on a essayé de reconstituer en passant hors institution, est-ce que finalement elles ne relèvent pas d'une institution globale, d'une institution totalisante qui est, précisément, l'Etat ? ». *STP*, 8 février 1978.

2) Du point de vue du sujet : le Passe vaccinal comme reconstitution d'une normation disciplinaire dans le cadre d'un jeu environnemental de sécurité

Du point de vue du sujet, le Passe vaccinal est un cas-limite entre incitation et obligation. Comme nous l'avons noté plus haut, une obligation vaccinale formelle, juridique, a été mise de côté pour cause d'inefficacité. Dès lors, comment stopper la crise, ce « phénomène d'emballement circulaire »¹⁵⁷ qui, dans le cas de la covid-19, est intrinsèquement lié à la circulation libre des corps dans l'espace ? A cette question, les physiocrates répondaient par l'alternative suivante : soit un mécanisme « naturel et supérieur » (on pourrait songer à l'« immunité collective », qui se fera attendre pour finalement être abandonnée), soit un artifice, introduisant des « régulations qui permettront les régulations naturelles »¹⁵⁸. On retrouve ici une invariable des physiocrates (et, sans nul doute, de leur successeurs néolibéraux) : le désir comme moteur d'action de la population¹⁵⁹. La question n'est plus de s'opposer au désir, mais de savoir comment lui dire « oui » pour obtenir l'effet recherché. Il s'agira donc d'utiliser la sociabilité naturelle de l'homme, son besoin et son envie de vivre en société, comme ressort d'un jeu environnemental. Travailler, circuler, se rencontrer, se distraire seront les « bonus » obtenus au prix d'un investissement réalisé par l'individu-entrepreneur : la vaccination. Le Passe vaccinal sera le justificatif authentifiant l'investissement réalisé et le droit d'accès ouvert. Ainsi, le ressort du désir est mis au service de l'impératif disciplinaire de « mise en ordre d'une multiplicité donnée »¹⁶⁰.

Mais, par un tel système, demeure-t-on dans le champ strict de l'incitation ? Foucault, se penchant sur l'interaction entre discipline et sécurité dans l'art néolibéral de gouverner, en déduit « la mise hors-jeu du modèle disciplinaire » (la citation est longue mais nécessaire) :

L'horizon d'une analyse comme celle-là, ce qui apparaît, ce n'est pas du tout l'idéal ou le projet d'une société exhaustivement disciplinaire dans laquelle le réseau légal, enserrant les individus, serait relayé et prolongé de l'intérieur par des mécanismes, disons, normatifs. *Ce n'est pas non plus une société dans laquelle le mécanisme de la normalisation générale et de l'exclusion du non-normalisable serait requis.* On a au contraire, à l'horizon de cela, l'image ou l'idée ou le thème-programme d'une société dans laquelle il y aurait optimisation des systèmes de différence, dans laquelle le champ serait laissé libre aux processus oscillatoires, dans laquelle il y aurait une tolérance accordée aux individus et aux pratiques minoritaires,

¹⁵⁷ *STP*, 25 janvier 1978, p. 63.

¹⁵⁸ *STP*, 5 avril 1978, p. 361.

¹⁵⁹ « Bien orienté, bien encadré, le désir comme poursuite de leur intérêt par les individus, produit au total l'intérêt général de la population ». En effet, le jeu spontané du désir « marque à la fois la naturalité de la population et l'artificialité des moyens pour la gérer ». *STP*, 25 janvier 1978, p. 74-75.

¹⁶⁰ *SP*, p. 151.

dans laquelle il y aurait une *action non pas sur les joueurs du jeu, mais sur les règles de jeu*, et enfin dans laquelle il y aurait une *intervention qui ne serait pas du type de l'assujettissement interne des individus, mais une intervention de type environnemental*¹⁶¹.

Ce passage contient une série d'oppositions qu'il convient, dans le cas du Passe vaccinal, de relativiser. D'abord, Foucault déduit de l'économisme généralisé du nouvel art de gouverner une certaine tolérance à l'égard des pratiques minoritaires, dont les déviations anormales se diluent dans la logique homéostatique de la sécurité ; elles sont économiquement négligeables, ce qui rend leur exclusion/normation irrationnelle. Tel n'est pas le cas avec le Passe vaccinal. Si la pratique de non-vaccination se définit comme un écart différentiel (les 10% qui dévient des 90% dessinant le champ du « normal »), toutefois, de cette minorité n'est pas déduit un caractère négligeable et sa possibilité de coexister avec la majorité, mais plutôt une exclusion afin de les pousser à s'aligner sur le comportement majoritaire (qui fait office de « norme », au sens cette-fois ci de la normation disciplinaire).

Dès lors, l'action environnementale de l'Etat ne revient-elle pas, concrètement, à une exclusion du non-normalisable de type disciplinaire ? Pour le dire dans les termes de Foucault, est-il possible de recréer un « assujettissement interne des individus » à travers ce qui demeure une « intervention de type environnemental » ; d'agir « sur les joueurs du jeu » en ne faisant rien d'autre que de « modifier les règles du jeu » ? Il est nécessaire, pour approcher ce problème, de penser le Passe dans ses implications concrètes, du point de vue du sujet *incité*. Le principe des Passes place les individus dans des situations de calculs variables. Par exemple, pour un salarié devant présenter un Passe sanitaire toutes les 72 heures à raison d'un test antigénique coûtant 24 euros, le coût mensuel de la non-vaccination s'élève à environ 240 euros, l'abaissement subséquent de ce délai à 24 heures élevant ce montant à environ 720 euros. Ceci place indirectement le salarié dans la situation de devoir payer un « forfait » pour maintenir son emploi, à défaut de quoi il peut être suspendu sans salaire. En termes d'effets ressentis, cette situation, bien que ne relevant pas du domaine pénal, se rapproche d'une « pénalité » (ce terme serait plus approprié que celui de « peine », car le « malus » économique s'échelonne sur la durée de non-conformation).

Ce « jeu économique » est encore accentué avec le Passe vaccinal : l'individu n'a plus d'alternative viable à la non-vaccination : son calcul paramétrique est à deux variables :

¹⁶¹ *NBP*, 24 mars 1979, p. 265 (nous insistons). Sur la visée non-homogénéisante de la sécurité, voir aussi *STP*, 25 janvier, p. 67-68.

l'inoculation ou l'exclusion de l'ensemble des espaces concernés¹⁶². Par l'énormité des externalités négatives qu'implique la non-détention d'un Passe vaccinal, la seule option économiquement viable demeure la vaccination. C'est ici qu'intervient la continuité entre les « actions conformes » des ordolibéraux et la généralisation néolibérale des raisonnements économiques au domaine comportemental : en agissant sur le « cadre » qui détermine le contenu des différentes options laissées à l'individu, l'Etat peut placer ce dernier dans une situation dilemmatique où, si sa liberté de choix est maintenue sur le plan formel, l'évidente impraticabilité de l'option artificiellement gorgée d'externalités négatives le mènera à conclure, par lui-même, dans le sens prédéterminé. Il est vrai que cette tension entre création de la liberté à « gérer » mais aussi à limiter, restreindre quitte à la vider de sa substance, est caractéristique de la gouvernementalité libérale¹⁶³. Seulement, elle s'exprime ici de façon paroxystique.

Ainsi, la singularité du Passe vaccinal ne tient pas seulement au décalage qu'il suppose par rapport au paradigme souverain et à son *homo juridicus* (en ce sens, il prolonge et accentue la tradition gouvernementale libérale puis néolibérale). Sa particularité première réside dans la maximalisation de la contrainte environnementale exercée sur le sujet, qui permet de recréer en pratique un mécanisme de type « faire X, sinon Y » (c'est-à-dire une structure propositionnelle et normative qui mime le fonctionnement de la loi ou de la normation disciplinaire) dans le carcan d'un choix libre de l'agent, selon son intérêt représenté. Ainsi, le Passe vaccinal ne correspond pas à la définition du *nudge* de Thaler et Sustein : certes, ce dispositif n'interdit aucune option, mais il modifie bien — et en profondeur — les incitations financières des individus¹⁶⁴. Le Passe vaccinal a l'air d'un *nudge*, il fonctionne selon la structure d'un *nudge*, mais ne laisse pas d'alternative viable et supprime la dimension substantielle du choix : l'aspect « paternaliste » (la fixation d'un but et la désignation d'un « bon » comportement permettant d'y parvenir) finit par écraser l'aspect « libertaire » (le respect substantiel de l'autonomie individuelle dans le choix à effectuer).

En outre, le Passe vaccinal semble introduire une évolution significative dans le rapport entre discipline et sécurité (ici pris en matière d'hygiène publique, mais ce glissement pourrait s'appliquer à d'autres domaines). En effet, nous avons en section I. présenté l'opposition

¹⁶² Nous partons ici du principe qu'aucun individu présentant l'attribut de « rationalité » propre à l'*homo economicus*, même réticent à la vaccination, ne s'exposerait délibérément au virus afin d'obtenir un Passe vaccinal.

¹⁶³ « Il faut d'une main produire la liberté, mais ce geste même implique que, de l'autre, on établisse des limitations, des contrôles, des coercitions, des obligations appuyées sur des menaces, etc. » *NBP*, 24 janvier 1979, p. 65.

¹⁶⁴ Ce à quoi on pourrait ajouter, si l'on se déplaçait du champ de la philosophie politique vers celui de la philosophie morale, qu'un tel mécanisme suppose la quantification économique d'éléments insusceptibles de s'y prêter : en effet, combien « coûte » le fait de prendre le train pour visiter sa famille, de partager un moment de convivialité avec des amis, de fréquenter un lieu de culture, etc. ?

foucauldienne entre les anciens systèmes disciplinaires de règlement d'épidémies et de maladies endémiques, telles que la lèpre, qui reposaient sur une ségrégation entre personnes malades et saines, et l'émergence des campagnes de variolisation puis de vaccination, qui, en conférant une immunité individuelle, permettaient aux personnes inoculées de côtoyer celles ne l'étant pas¹⁶⁵ (ainsi que, en cas de vaccination massive, de permettre l'éradication de maladies). Le Passe vaccinal, quant à lui, réintroduit l'idée d'une classification binaire et d'une séparation physique des individus, cette fois-ci non pas entre bien portants et malades, mais entre vaccinés et non-vaccinés. Il ne nous appartient pas de juger de l'opportunité scientifique d'une telle démarche. En revanche, de deux choses l'une. Premièrement, le recours aux discours et dispositifs sécuritaires pour recréer un mécanisme de normation disciplinaire peut s'inscrire dans une réflexion plus large au sujet de l'évolution de la normativité juridique dans nos sociétés contemporaines. Deuxièmement, l'érection du passeport vaccinal en marqueur d'appartenance politique ou pseudo-politique ouvre la porte à des réflexions fécondes quant au lien entre sujet des droits et communauté dans un monde globalisé, marqué par la relativisation des frontières entre les niveaux national, international, public et privé. C'est vers ces questions que la prochaine section se tourne.

III. Repenser l'articulation entre les figures de la loi et de la communauté dans le cadre du Passe vaccinal

Au fond, si ses expressions et les enjeux concrets à travers lesquels elle s'exprime évoluent, la question qui émerge au XVIII^e siècle demeure intacte : « s'il y a une économie politique, alors qu'en est-il du droit public ? »¹⁶⁶. En effet, le discours du droit public repose sur la fiction d'un contrat fondatif dans le cadre d'une communauté politique, qui se donne une puissance publique exerçant un pouvoir délimité en termes de légitimité. Dans le cas du Passe vaccinal, le droit de la théorie de la souveraineté est maintenu stratégiquement et joue un rôle essentiellement instrumental (A). En émerge une conception singulière de la communauté de sujets, où les dynamiques d'inclusion et d'exclusion mutent au gré de la logique économique libérale. Le Passe vaccinal paraît symptomatique de nouvelles formes de gouvernementalité qui

¹⁶⁵ Comme le dit Foucault : « Le dispositif, au contraire, qui apparaît avec variolisation-vaccination va consister à quoi ? Non pas du tout à faire ce partage entre malades et non malades. Ça va consister à prendre en considération l'ensemble sans discontinuité, sans rupture, des malades et des non-malades, c'est-à-dire en somme la population (...) ». *STP*, 25 janvier 1978, p. 64.

¹⁶⁶ *NBP*, 17 janvier 1979, p. 39.

demeurent à penser pleinement, dans lesquelles la place de l'Etat souverain n'est pas supprimée, mais déplacée (B).

A. Le maintien instrumental et stratégique du dispositif juridique

L'analyse du Passe vaccinal met en exergue un double déplacement du rôle du droit. Ce dernier est d'une part instrumentalisé au service d'une logique disciplinaire, qui est spécifique au Passe vaccinal (1). D'autre part, cette instrumentalisation s'insère dans une tendance générale de sécurisation, ou de bio-politisation du droit, qui rend plus difficile à discerner la discipline à l'œuvre (2).

1) La reconstitution par le droit d'une normation disciplinaire

À travers sa généalogie des gouvernementalités libérales et néolibérales, Foucault montre une tension croissante entre le référentiel du contrat et de l'économie, entre l'*homo juridicus* (le sujet de droit de la théorie de la souveraineté) et l'*homo oeconomicus* (le sujet économique rationnel opérant des choix utilitaristes). Ceux-ci diffèrent par leurs conceptions de la liberté, de la loi, des critères d'évaluation de l'action étatique — différences que Foucault schématise en opposant la voie de l'utilitarisme anglais et celle du radicalisme juridique français¹⁶⁷. Dans la voie utilitariste et libérale, la liberté est tantôt comprise comme possibilité de circulation, tantôt comme liberté d'effectuer des choix économiques, c'est-à-dire comme liberté de transaction. Ces deux conceptions ne s'opposent pas mais se superposent, comme en témoigne le Passe vaccinal : le choix effectué par l'*homo oeconomicus* détermine ses possibilités de circulation dans l'espace. Par contraste, la liberté du radicalisme juridique français renvoie à des droits imprescriptibles, inaliénables. De même pour la loi : d'un côté, celle-ci sera l'expression d'une volonté sous forme juridique ; de l'autre, elle sera l'« effet d'une transaction qui va partager d'une part la sphère d'intervention de la puissance publique et d'autre part la sphère d'indépendance des individus »¹⁶⁸. Dans la voie utilitariste, la loi n'est pas le mode d'arbitrage et de dépassement des intérêts particuliers par la volonté générale, mais le mode de transactions entre les particuliers et la puissance publique. Dès lors, l'action publique n'est plus évaluée selon son respect d'une légitimité politico-juridique (celle du

¹⁶⁷ Voir, généralement, *NBP*, 17 janvier 1979.

¹⁶⁸ *NBP*, 17 janvier 1979, p. 43.

référentiel contractualiste), mais selon l'efficacité de son action, et du partage qu'elle opère entre sphère d'intervention et d'indépendance.

L'une des ambiguïtés, selon Foucault, de l'évolution du droit public et administratif, est que « le problème de l'utilité recouvre de plus en plus tous les problèmes traditionnels du droit »¹⁶⁹. Ainsi, l'hétérogénéité conceptuelle de ces deux modèles ne les empêche pas de se rencontrer, de s'entremêler en pratique. La généralisation d'une logique économique de gestion des phénomènes mobilise le droit à titre instrumental. Mais ce n'est pas tout : dans le cas du Passe vaccinal, la radicalisation de cette logique économique de sécurité permet d'aboutir à un effet de normation disciplinaire. Nous avons exposé plus haut les motivations d'efficacité économique qui justifient, d'un point de vue utilitariste, de ne pas inscrire dans le droit d'obligation vaccinale contre la covid-19. Il convient à présent d'explorer cette même question du point de vue de la rationalité juridique.

Une hypothèse de départ serait la nécessité de contourner ce qui peut s'assimiler à un conflit de norme. En effet, en posant le principe juridique de consentement libre et éclairé en matière médicale, l'Etat fixe une limite à son action politique — ce qui correspond à l'acception générale de l'« état de droit », compris comme autolimitation de l'Etat par le droit. Un tel principe ne bride pas définitivement l'action étatique (l'Etat peut changer son droit) ; il lui impose plutôt une cohérence interne entre droit et pratique politique. Le consentement libre et éclairé, quant à lui, suppose l'absence de contrainte définitive en matière d'intervention médicale et la capacité pour l'individu d'opposer un « non » efficace, dès lors qu'il se présente comme l'exercice d'un droit fondamental reconnu et garanti par l'Etat lui-même. On comprend alors le recours à une logique formelle d'incitation. Avec le Passe vaccinal, le rôle instrumental du droit s'exprime par l'atomisation d'un mécanisme disciplinaire d'ensemble (l'« obligation déguisée ») sous la forme d'une constellation de micro-dispositions répondant au juridisme de la théorie de la souveraineté (schéma permis/interdit adossé à des sanctions). Remises bout-à-bout, ces dispositions juridiques aboutissent à un résultat qui s'apparente à une obligation vaccinale — existante en pratique, mais non en droit. Ainsi, le conflit de norme est, sinon surmonté, à tout le moins refoulé. La nécessité d'un tel refoulement tient à l'incompatibilité, dans le cas ici étudié, de la logique disciplinaire avec celle du droit : il y aurait un caractère aporétique à punir, par les moyens du droit, l'exercice d'une liberté juridique ; ceci impliquerait la violation du droit par le droit.

¹⁶⁹ *NBP*, 17 janvier 1979, p. 45.

Il y a une certaine gémellité entre la normation disciplinaire et le fonctionnement du droit du souverain : tous deux fixent une norme et en sanctionnent la non-conformité¹⁷⁰. Foucault, conscient de cette proximité ambiguë entre normations disciplinaire et juridique, en déduisait la viciation de la notion de « répression »¹⁷¹ pour toute critique des intrications entre droit et discipline : cette notion nourrit la solidarité entre ces deux types de pouvoir, les rendant plus difficiles à distinguer. Or, la discipline n'est jamais totalement retranscriptible dans le droit, notamment car elle suppose des rapports de contrainte susceptibles de se heurter aux autres éléments du système normatif dans lequel une norme juridique s'inscrit. Si la normation disciplinaire de l'Etat dépend du droit (comme dans le champ pénal), il y a souvent un « surplus » disciplinaire qui dépasse le juridique. Le cas du Passe vaccinal illustre ainsi ce que Foucault appelle le « contre-droit » propre aux disciplines : là où celles-ci pourraient se voir comme un « infra-droit » (c'est-à-dire le prolongement du droit, sa mise en œuvre, à une échelle infime), les disciplines « effectuent une mise en suspens, jamais totale, mais jamais annulée non plus, du droit. Aussi régulière et institutionnelle qu'elle soit, la discipline, dans son mécanisme, est un "contre-droit" »¹⁷². A Foucault d'ajouter que la discipline pénitentiaire — qui, comme le Passe vaccinal, est institutionnalisée étatique et effectue des normations disciplinaires découlant d'actes juridiques tout en les débordant — constitue « le point où le droit s'inverse et passe à l'extérieur de lui-même, et où le contre-droit devient le contenu effectif et institutionnalisé des formes juridiques »¹⁷³. Ainsi, la discipline contamine le droit et, en partie, en désactive le contenu normatif.

Il est intéressant de relever la similarité entre la description foucauldienne du « contre-droit » disciplinaire et ce que le philosophe italien Giorgio Agamben nomme « l'état d'exception » — qu'on se bornera ici à esquisser à grands traits. Pour Agamben, la pratique politico-juridique contemporaine banalise, au gré des « crises » et de leur nécessaire gestion, l'aménagement, par le droit, d'espaces de non-droit. En effet, le recours extensif au mécanisme de l'exception entraîne la création de « zones grises » qui relativisent l'effectivité de toute

¹⁷⁰ « Ce qui relève de la pénalité disciplinaire, c'est l'inobservation, tout ce qui est inadéquat à la règle, tout ce qui s'en éloigne, les écarts ». *SP*, p. 181.

¹⁷¹ *DS*, 14 janvier 1976, p. 36. L'usage du terme « répression » fait écho à la focalisation de Foucault, dans *Surveiller et punir*, sur le modèle de la prison. Peut-être serait-il plus pertinent, pour caractériser le dénominateur commun entre normation juridique et disciplinaire, de parler non pas de « répression » mais de « sanction ». En effet, ce dernier terme permet de rendre compte du décloisonnement des effets de normation disciplinaire produits par le droit par rapport au domaine pénal (en principe, toute règle juridique est « sanctionnée », et non juste la norme pénale). Ceci rendrait sans doute mieux compte de certaines tendances de fond du droit contemporain, telles que la « pénalisation » du droit administratif au gré de la confusion croissante entre prévention et répression — un problème qui se trouve au cœur de la présente étude.

¹⁷² *SP*, p. 224-225.

¹⁷³ *Ibid.*, p. 225.

hiérarchie des normes¹⁷⁴. Agamben insiste sur la distinction dans la doctrine juridique moderne entre « efficacité de la loi », qui consiste en la production d'effets juridiques, et « force de loi », concept relatif qui exprime « la position de la loi ou des actes assimilés à elle par rapport aux autres actes du système juridique dotés d'une force supérieure à la loi (comme c'est le cas de la constitution) ou inférieure à elle (les décrets et règlements promulgués par l'exécutif) »¹⁷⁵. Sur cette base, Agamben expose comme suit le fonctionnement (a)normatif de l'état d'exception :

Il définit un « état de la loi » dans lequel, d'une part, la norme est en vigueur, mais ne s'applique pas (n'a pas de « force »), et où, de l'autre, des actes qui n'ont pas valeur de loi en acquièrent la force¹⁷⁶.

Malgré leurs différences profondes concernant la norme et le biopouvoir¹⁷⁷, on trouve une insistance commune à Foucault et Agamben sur le lien ambigu entre production d'effets normatifs (la normation disciplinaire foucauldienne) et droit. Dans le Passé vaccinal, cette normation découle bel et bien du droit, qui l'aménage par un réseau complexe de dispositions juridiques, mais n'y trouve pas de place codifiée, énoncée clairement (l'obligation est déplacée hors du texte juridique). Dans le vocabulaire d'Agamben, cette normation correspondrait à la production d'une « force de loi » n'ayant pas « valeur de loi » ; les droits imprescriptibles et inaliénables de l'*homo juridicus* existent dans « l'état de la loi », sans en avoir la force. Évidemment, il s'agit là d'une hypothèse que nous ne sommes, dans le cas qui nous occupe, pas en mesure de valider ou d'infirmer. Cela présupposerait en effet, pour supporter notre

¹⁷⁴ L'Etat d'exception ne prend pas toujours la forme d'un régime juridique d'urgence à proprement parler, mais renvoie plus fondamentalement à l'affirmation d'une impérieuse nécessité similaire à celle de la théorie du coup d'Etat, comparable à un droit de légitime défense de l'Etat face à un péril existentiel. Comme Carl Schmitt, Agamben pense que la « règle ne vit que par l'exception », proposition qu'il radicalise en faisant de l'exception le fondement même de tout droit, ce qui les rend indistingables en pratique : « la règle, qui coïncide maintenant avec ce dont elle vit, se dévore elle-même ». G. Agamben, *Etat d'exception*, Paris, Seuil, 2003, p. 226.

¹⁷⁵ Ibid., p. 208.

¹⁷⁶ Ibid., p. 209.

¹⁷⁷ Résumons les différences principales qui séparent Foucault et Agamben. Premièrement, si pour Foucault la biopolitique émerge au XVIII^e siècle, pour Agamben, toute politique est biopolitique. Cette dernière consiste chez lui à distinguer *zoe* (le simple fait biologique de la vie, qu'il appelle la « vie nue ») et *bios* (la vie au sens de mode ou forme de vie, ou « vie qualifiée »). Il s'agit de catégories aristotéliennes qu'Agamben se réapproprie librement. Pour Agamben, la modernité accentuerait simplement les dynamiques inhérentes à la biopolitique, sans en changer la nature. Deuxièmement, Foucault distingue la biopolitique de la théorie du droit et de la souveraineté, dont il pense les interactions sans chercher à les réconcilier conceptuellement. Au contraire, Agamben opère entre biopolitique et théorie de la souveraineté, pour utiliser une expression foucauldienne, un « couronnement théorique unificateur ». C'est notamment une des fonctions de sa théorie de l'état d'exception. Troisièmement, si les deux penseurs inscrivent leur travail dans une démarche généalogique, Agamben se situe dans un registre résolument théologico-politique, ce qui n'est pas le cas de Foucault. Sur le biopouvoir chez Agamben, voir G. Agamben, *Homo Sacer. Le pouvoir souverain et la vie nue*, Paris, Seuil, 1997.

appréciation, de connaître le contenu de normes dont nous avons souligné par ailleurs l'indétermination ontologique.

En somme, la discipline est suspecte : elle a la couleur de l'arbitraire, de la contrainte. Si sa normation produit des effets proches de la normation juridique, elle s'en distingue par son impossible régulation totale par le droit, et, par suite, une certaine illégitimité du point de vue de la théorie de la souveraineté. Foucault, bien au fait de l'incompatibilité croissante entre normation disciplinaire et juridisme de la souveraineté¹⁷⁸, insistait sur la place stratégique de la médecine comme point à la fois d'affrontement et d'échange entre ces deux logiques. Il indiquait, face à la tension croissante entre droit et souveraineté, la nécessité nouvelle d'un « discours arbitre, une sorte de pouvoir et de savoir que sa sacralisation scientifique rendrait neutre »¹⁷⁹. En effet, le Passe vaccinal recode un rapport de normation disciplinaire sous une forme juridiquement acceptable. Ce recodage s'inscrit dans une tendance de fond de « bio-politisation » du droit, qui, devenant un instrument de protection de la vie, mute selon la logique sécuritaire.

2) Le rôle instrumental et légitimateur d'un droit bio-politisé

Foucault voit bien que l'on contracte pour protéger sa vie¹⁸⁰, l'exemple archétypal étant de ce point de vue le contrat social hobbesien¹⁸¹. Cela met la suppression de la vie hors du champ des possibles ouvert par le contrat, ce qui, précisément pour cette raison, ouvre la porte à la gestion de cette même vie. Dans la gouvernamentalité contemporaine, la vie et sa sacralité nouvelle infusent dans le droit et lui confèrent une couleur sécuritaire qui peut, dans certains cas-limites où leur incompatibilité serait trop manifeste, jouer le rôle de « discours arbitre » entre droit et discipline.

Une des illustrations les plus manifestes de cette affinité nouvelle entre droit et sécurité peut être trouvée dans la notion d'« objectif constitutionnel de protection de la santé »¹⁸², qui

¹⁷⁸ « Le discours de la discipline est étranger à celui de la loi ; il est étranger à celui de la règle comme effet de la volonté souveraine ». *DS*, 14 janvier 1976, p. 34.

¹⁷⁹ *DS*, 14 janvier 1976, p. 35.

¹⁸⁰ « C'est pour vivre qu'ils constituent un souverain (...). Est-ce que ce n'est pas la vie qui est fondatrice du droit du souverain (...) ». *DS*, 17 mars 1976, p. 215.

¹⁸¹ Si le schéma hobbesien répond bien à la caractérisation foucauldienne du contractualisme, celui-ci, du fait de son absolutisme, diffère du « radicalisme juridique français » présenté plus haut.

¹⁸² Cet objectif découle, dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, de l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution française du 27 octobre 1946, qui fait partie du bloc de constitutionnalité. Il dispose : « La Nation garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs ». Sur cette base, le Conseil constitutionnel a d'abord reconnu un principe

constitue une clef de voûte interprétative des décisions de justice rendues durant la crise sanitaire. Sa particularité réside dans le fait qu'il ne s'agit ni d'un droit ni d'un principe juridique à proprement parler ; cet « objectif » n'est ni exigible ni opposable à la puissance publique. Plutôt, il ouvre des possibilités de gouvernement : il sera mis en balance, concilié avec les droits et libertés de l'*homo juridicus*¹⁸³. L'influence du paradigme sécuritaire transparaît dans cette notion qui, renvoyant à une finalité indéfinie, constitue une case juridique préétablie pouvant être remplie selon une nécessité à invoquer. Cette nécessité servira de point d'appui à des raisonnements utilitaires : l'« objectif » fonctionne comme une fin justifiant des moyens, une borne de branchement juridique de l'instrumentalité nouvelle du droit par rapport à la logique de protection/gestion de la vie.

Un exemple intéressant dans la pratique juridictionnelle relative à la crise de la covid-19 est la validation par le Conseil d'Etat de l'extension du Passe sanitaire aux rassemblements de plus de 50 personnes¹⁸⁴. Le raisonnement du juge ne s'est que peu focalisé sur une interprétation du terme « grands rassemblements » (qui encadrerait, dans la loi, le recours au Passe sanitaire). Plutôt, le critère déterminant jouant en faveur de l'absence d'illégalité du décret attaqué résidait dans les taux actuels et prospectifs de reproduction du virus et de saturation hospitalière, mis en avant par le gouvernement. Ici, la figure de la population et la minimisation d'un risque sont réceptionnées par le droit et fondent une nécessité qui justifie une solution juridique par un argument extra-juridique. En fait, les outils du droit moderne, en raison de la structuration de leurs énoncés prenant souvent la forme d'une mise en balance entre principes ou impératifs opposés, sont des réceptacles idoines pour les raisonnements de type sécuritaire. On peut notamment penser à l'outil juridictionnel du principe de proportionnalité, ou à l'indexation dans la loi de la possibilité du recours au Passe sanitaire ou vaccinal par rapport aux données épidémiologiques générales.

Dans ce contexte juridique, la sécurité offre un voile de pudeur opportun à la prolifération des disciplines, dont les justifications du Passe vaccinal et leur traitement

constitutionnel de protection de la santé publique (Cons. const., n° 90-283 DC, 8 janvier 1991, Loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme, cons.11, qui s'est mué à partir de 2012 en un objectif à valeur constitutionnel (Cons. const., n° 2012-248 QPC, 16 mai 2012, M. Mathieu E., cons. 6).

¹⁸³ B. Mathieu, « La protection du droit à la santé par le juge constitutionnel – A propos et à partir de la décision de la Cour constitutionnelle italienne n°185 du 20 mai 1998 », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°6, 1999 : « La différence entre un principe constitutionnel et un objectif constitutionnel se manifeste essentiellement sous deux aspects. D'une part, contrairement à un droit classique, un objectif constitutionnel ne peut se matérialiser par un droit subjectif susceptible d'être invoqué tant à l'égard des pouvoirs publics que dans le cadre de relations de droit privé. D'autre part un objectif constitutionnel peut être utilisé pour limiter la portée d'un droit ou d'une liberté constitutionnelle. »

¹⁸⁴ CE ord., 26 juillet 2021, req. n°454754, *M. B... et autres* ; CE ord., 26 juillet 2021, req. n°454792-454818, *SACD et autres*.

juridictionnel fournissent un exemple parlant. En effet, le Passe vaccinal répond à deux objectifs principaux : *minimiser* les contaminations dans les lieux à risque, et *inciter* à la vaccination. Schématiquement, le premier répond à une logique sécuritaire (diminuer le risque assigné à une population dans un milieu) ; le second a une finalité majoritairement disciplinaire : vacciner le nombre le plus élevé possible d'individus éligibles par une intervention directe sur leurs corps. Il est remarquable que le premier impératif ait été systématiquement repris par les textes juridiques instaurant le Passe sanitaire puis vaccinal, ainsi que par les raisonnements des juges lors de leurs appréciations du dispositif. En revanche, l'objectif d'incitation n'est pas retranscrit législativement, et a fait l'objet d'un traitement timide par les juridictions compétentes. Ainsi, dans son premier avis consultatif sur le Passe sanitaire, le Conseil d'Etat avalisait le premier objectif et se prononçait explicitement en défaveur du second¹⁸⁵. Une telle position peut en partie s'expliquer, comme exposé plus haut, par le caractère juridiquement épineux d'instaurer des restrictions de liberté dans le but de pousser les individus à consentir à un acte médical.

Par la suite, dans un avis sur la loi instaurant le Passe vaccinal — dans le contexte duquel l'« obligation déguisée » était à présent ouvertement assumée par le gouvernement —, le Conseil d'Etat reconnaît finalement l'incitation comme un « objectif indirect » du dispositif, justifié car contribuant à une baisse de la diffusion du virus, et donc à une minimisation des risques dans l'ensemble de l'espace social plutôt que dans les seuls lieux d'application du Passe¹⁸⁶. La qualification de l'incitation comme objectif « indirect » est éclairante : elle relègue cet aspect disciplinaire au second champ, pour l'indexer à un impératif sécuritaire. Notons, dans ce raisonnement, le rôle central joué par l'identification d'un écart différentiel (normalisation sécuritaire) de dangerosité virale entre individus vaccinés et non-vaccinés. Ainsi, la structure même de l'argument relègue au plan indirect — secondaire, incident — l'élément de normation disciplinaire, pour insister sur les aspects sécuritaires de la mesure.

¹⁸⁵ CE, Avis, 19 juillet 2021, n°403.629, *Avis sur un projet de loi relatif à la gestion de la crise sanitaire*, para. 13 : « Le Conseil d'Etat souligne ainsi que l'application du "passe sanitaire" à chacune des activités pour lesquelles il est envisagé de l'appliquer doit être justifiée par l'intérêt spécifique de la mesure pour limiter la propagation de l'épidémie, au vu des critères mentionnés précédemment et non par un objectif qui consisterait à inciter les personnes concernées à se faire vacciner ».

¹⁸⁶ CE, Avis, 26 décembre 2021, n°404.676, *Avis sur un projet de loi renforçant les outils de gestion de la crise sanitaire et modifiant le code de la santé publique*, para 8, alinéa 2 : « Le Conseil d'État relève que le « passe vaccinal » est présenté par les pouvoirs publics comme visant, en outre, à inciter les personnes ne s'étant pas encore engagées dans un schéma vaccinal à entamer cette démarche. Il estime qu'au vu de l'évolution de la situation épidémique et de la progression de la couverture vaccinale dans le pays, cet objectif indirect de la mesure, qui tend à limiter plus largement les risques de diffusion du virus dans les activités autres que celles entrant dans le champ de la mesure en raison des risques particuliers que celles-ci présentent, et les risques de développement des formes graves de la maladie, contribuant ainsi à réduire la pression exercée sur le système de soins, s'inscrit dans l'objectif à valeur constitutionnelle de protection de la santé ».

La sécurité accommode la discipline : c'est en partant de ce constat que l'on pourra penser les formes émergentes de « pénalité ». En effet, l'évolution contemporaine du droit pénal dénote une volonté d'imposer des garde-fous juridiques à la discipline, de la canaliser dans le chemin du droit (le droit chemin). Il n'est, dès lors, pas surprenant que les formes nouvelles de « pénalité » — dont nous soutenons que le Passe vaccinal fournit un exemple choisi — se lovent dans le carcan de la logique sécuritaire. Prenons les différentes garanties constitutionnelles ou conventionnelles contre la détention ou l'enfermement arbitraire : celles-ci cherchent à protéger l'individu contre des enfermements positifs, des contraintes physiques qui s'exercent directement sur le corps et l'immobilisent. Mais, dans le contexte contemporain d'évolution des technologies de contrôle, est-il toujours nécessaire d'enfermer un corps pour le soumettre, l'immobiliser ? La question mérite d'être posée. En effet, le principe même du Passe vaccinal est de limiter au maximum les possibilités de déplacement d'un corps dans l'espace sans l'enfermer positivement, afin de le soumettre *en tant que corps*. S'il s'agit de fermer les portes de l'espace social à un corps sans exercer de contrainte directe sur lui, à partir de combien de portes fermées ce corps est-il « enfermé dehors » ? (l'antinomie de la formule souligne l'étendue du problème).

Comme pour attester de l'instrumentalité du droit et de la sécurité par rapport à la discipline dans le Passe vaccinal, la version initiale du projet de loi qui l'instaure créait un « droit de repentir ». Le principe est le suivant : une personne poursuivie pour usage d'un Passe appartenant à un tiers ou falsifié peut échapper aux sanctions pénales s'il envoie à la juridiction compétente, dans un délai de 30 jours, un justificatif établissant qu'elle ait reçu « une dose de l'un des vaccins contre le covid-19 prise en compte pour la délivrance du justificatif de statut vaccinal »¹⁸⁷. Par cet amendement — finalement abandonné — l'infraction au droit du souverain (et, donc, le parasitage de sa fonction de sécurité) est utilisé comme moyen de transaction entre la puissance publique et l'individu, pour inciter celui-ci à se conformer disciplinairement.

Bref, la consécration de la logique sécuritaire dans le droit comporte son impensé disciplinaire qui mute et continue, dans les interstices de l'impératif — louable — de protection de la vie, de constituer un « sous-sol des libertés formelles et juridiques »¹⁸⁸. Un exemple archétypal de cette « bio-politisation » du juridique serait la consécration, notamment en droit

¹⁸⁷ Amendement n°685 sur le Texte n°4858, adopté par la commission, sur le projet de loi renforçant les outils de gestion de la crise sanitaire et modifiant le code de la santé publique (n°4857),Assemblée nationale, déposé le 31 décembre 2021 par le Gouvernement, adopté en séance publique le 6 janvier 2022 (consulté le 15 juin 2023) [<https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/amendements/4858/AN/685>].

¹⁸⁸ *SP*, p. 224.

international des droits de l'Homme, du « droit à la vie », dont découlent à la fois la mise hors-jeu de la peine capitale et la reconnaissance d'obligations positives de protection de la vie par les Etats. Ce droit serait celui dont « la protection effective est la condition indispensable de la jouissance de tous les autres droits de l'homme et dont le contenu peut être éclairé et imprégné par d'autres droits de l'homme »¹⁸⁹. Dès lors, il serait intéressant de renverser la proposition : comment une restriction transversale de la quasi-totalité des droits de l'*homo juridicus*, comme mise en œuvre par le Passe, affecte-t-elle la « vie » dont il est question ? En d'autres termes, le Passe vaccinal soulève la question des répercussions indirectes de l'inclusion de la vie dans le droit : cette inclusion est-elle susceptible de mener à une exclusion de certaines formes de vie humaine ? Si oui, de quelle manière, à quelles conditions, et avec quels effets sur la notion de *communauté politique* ?

B. Quelle communauté de sujets de droits ?

La conception foucauldienne des rapports de pouvoir se caractérise par l'inséparabilité entre inclusion et exclusion ; celle-ci se déploie dans le Passe vaccinal à travers un rapport de partenariat économique entre l'individu et la puissance publique (1). Dès lors, quel est le référentiel de communauté de sujets approprié pour penser la gouvernementalité à l'œuvre dans le Passe vaccinal, et quelle place y trouvent l'Etat et sa souveraineté ? (2).

1) De la guerre biologique à l'incitation économique : la relation partenaire-paria

La communication gouvernementale, durant la crise sanitaire, a constamment déployé la métaphore de la « guerre » contre le virus, cet « ennemi invisible »¹⁹⁰ face auquel le vaccin devient une « arme »¹⁹¹ dont chaque citoyen doit se munir. A défaut, il devient un « antivax », donc un « pro-virus »¹⁹², et, finalement, un « irresponsable ». Or, pour reprendre les mots du

¹⁸⁹ Comité des droits de l'homme, Observation générale n°36 concernant le droit à la vie (article 6 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques), ONU, CCPR/C/GC/36, 3 septembre 2019, para. 2.

¹⁹⁰ Emmanuel Macron, *Adresse aux Français du Président de la République Emmanuel Macron*, 16 mars 2020 (consulté le 30 juin 2023) [<https://www.elysee.fr/emmanuel-macron/2020/03/16/adresse-aux-francais-covid19>].

¹⁹¹ Olivier Véran, « Le vaccin, c'est une nouvelle arme dans notre bataille contre le virus », Extrait d'une publication *Facebook* (consulté le 30 juin 2023) [<https://www.facebook.com/veranolivier/posts/le-vaccin-cest-une-nouvelle-arme-dans-notre-bataille-contre-le-virus-en-france-et/1718079788354732/>].

¹⁹² Sarah El Haïry, secrétaire d'Etat chargée de la Jeunesse et de l'Engagement : « Très sérieusement, les non-vaccinés sont des pro-virus. J'assume » : Gauthier Delomez, « Covid-19 : pour Sarah El Haïry, les personnes non-vaccinées sont des "pro-virus" », *Europe 1*, 18 décembre 2021 (consulté le 30 juin 2023).

président de la République : « un irresponsable n'est plus un citoyen ». Un ministre résumait cette approche martiale par le syllogisme suivant : « Le vaccin est l'ennemi du virus, et c'est le virus qui est l'ennemi des libertés, et donc, le vaccin est l'ami des libertés »¹⁹³. Ainsi, l'individu vacciné se situe dans le camp de l'*ami* ; le non-vacciné dans celui de l'*ennemi*. On est spontanément tenté de convoquer la grille d'analyse des relations de pouvoir explorée par Foucault dans « *Il faut défendre la société* », tant ces déclarations mettent en scène un « rapport d'opposition qui existe entre ces deux ensembles qui constituent le corps social et qui travaillent l'État » dans un rapport de guerre¹⁹⁴. S'inscrivant déjà dans un anti-juridisme ambitionnant de prendre à rebours les effets neutralisants et homogénéisants du discours du droit public et de la philosophie, Foucault envisageait la guerre comme « analyse des rapports de pouvoir et comme matrice des techniques de domination ». L'analyse se présente comme une généalogie des discours de la guerre sociale et des scissions binaires dans la société. Foucault propose notamment d'inverser l'aphorisme de Clausewitz et d'explorer l'idée selon laquelle « la politique c'est la guerre continuée par d'autres moyens »¹⁹⁵.

Sans prétendre à l'exhaustivité, il convient de resituer quelques points centraux du propos. D'abord, l'usage des termes « races » ou « nation », dans leur sens prérévolutionnaire, ne renvoie pas à des ensembles humains réunis sous l'autorité d'un même Etat ou gouvernement, mais à des groupes différenciés entre eux par des caractéristiques précises (religion, langue, mœurs, lois, coutumes, statuts et privilèges, etc.)¹⁹⁶. De la fin du

20232) [<https://www.europe1.fr/politique/covid-19-pour-sarah-el-hairy-les-personnes-non-vaccinees-sont-des-pro-virus-4083421>]. Ainsi en va-t-il de l'opération « Vaxibus "Ça va ? Ça vax !" » lancée par le ministère des Solidarités et de la Santé en partenariat avec la radio Skyrock (Ministère des Solidarités et de la Santé, Skyrock, *Le ministère des Solidarités et de la Santé et Skyrock annoncent la tournée du Vaxibus « Ça va ? Ça vax ! »*, Communiqué de presse du 23 août 2021), dont le mot d'ordre repose sur une mise en opposition entre vaccinés et les « antivax » ou « provirus », comme en témoigne cette publication sur le réseau social X (anciennement Tweeter) (consulté le 30 juin 2023) [<https://twitter.com/SkyrockFM/status/1430127760316456964>].

¹⁹³ Jean-Michel Blanquer, ministre de l'Éducation nationale et de la jeunesse, *Interview donnée à France Info le 28 juillet 2021, sur le protocole sanitaire pour la rentrée scolaire (à partir d'un cas de contamination, fermeture des classes en école primaire et lycéens et collégiens non vaccinés "en enseignement à distance")*, Service d'information du gouvernement, 29 juillet 2021 (consulté le 30 juin 2023) [<https://www.vie-publique.fr/discours/281190-jean-michel-blanquer-28072021-protocole-sanitaire-rentree-scolaire>].

¹⁹⁴ *DS*, 4 février 1976, p. 75.

¹⁹⁵ *DS*, 7 janvier 1976, p. 16. Nous insistons ici sur le terme « explorer ». En effet, Foucault s'est en permanence interrogé sur la pertinence du modèle stratégique de la guerre pour décrypter les relations de pouvoir. Finalement, il préférera concevoir le pouvoir comme une « conduite des conduites » sur le mode du pastorat chrétien et de la « gouvernementalité ». M. Foucault, « Le sujet et le pouvoir », *Dits et écrits II, 1976-1988*, Paris, Gallimard, 2001, p. 1056. : « Le pouvoir, au fond, est moins de l'ordre de l'affrontement entre deux adversaires, ou de l'engagement de l'un à l'égard de l'autre, que de l'ordre du "gouvernement" ».

¹⁹⁶ Nous mentionnons ici le plus petit dénominateur commun entre les deux notions, que Foucault rapproche entre elles ; il semble toutefois que les différenciations de race étaient davantage marquées par des rapports guerriers. Sur la race : « Enfin, on dira qu'il y a deux races lorsqu'il y a deux groupes qui, malgré leur cohabitation, ne se sont pas mélangés à cause de différences, de dissymétries, de barrages qui sont dus aux privilèges, aux coutumes et aux droits, à la répartition des fortunes et au mode d'exercice du pouvoir. » *DS*, 28 janvier 1976.

Moyen-Âge aux XVI^e et XVII^e siècles, le discours de la contre-histoire sera celui d'un « nous » se dressant face au discours du souverain (celui de l'histoire, du droit public) pour revendiquer ses droits, la reconnaissance de ses privilèges historiques acquis au prix de guerres et sacrifices. Ce type de discours historico-politique sera réutilisé stratégiquement par les révolutionnaires (Foucault cite en exemples la Révolution française de 1789 ou la révolution russe de 1917). Un enjeu central des révolutions politiques des XVIII^e et XIX^e siècles sera de passer *des nations* dans la société à *une nation* pour un Etat — ce qui permettra à la nation d'acquérir son sens moderne : celui d'une multitude d'hommes habitant un même pays circonscrit par des frontières et obéissant à des lois communes sous un gouvernement unique¹⁹⁷.

Mais, avec l'avènement de l'Etat-nation, de nouveaux schismes internes au corps social apparaîtront. Au XIX^e siècle, le point de clivage dessinant la binarité de la société passe de l'histoire à la biologie, ouvrant la porte au racisme dans son sens moderne : on passe du *genre* humain à l'*espèce* humaine, et le discours de la race sera celui des scissions dans cette espèce (qui culmine dans le racisme des Etats totalitaires nazi et staliniste). Ce racisme d'Etat opère un triple déplacement : de la loi à la norme ; du juridique au biologique ; *des races* à *la race*¹⁹⁸. Dans le discours de la guerre sociale, « il n'y a pas de sujet neutre. On est forcément l'adversaire de quelqu'un »¹⁹⁹. Cette grille de lecture n'est pas sans évoquer la conception schmittienne du politique qui, en élevant la distinction ami-ennemi en critère décisif de l'appartenance politique, prend une tournure résolument polémique et négative. Un croisement des approches schmittienne et foucauldienne du politique et du libéralisme mériterait de plus amples développements, qui nous éloigneraient trop de notre objet d'étude. Nous nous bornerons donc à trois observations.

Premièrement, le passage du paradigme souverain (faire mourir et laisser vivre) au biopouvoir (faire vivre et laisser mourir) suppose une continuité et une évolution. Il y a continuité car dans tous les cas, la politique demeure une affaire de vie et de mort ; la différence (et elle est de taille) réside dans le sens assigné à ces notions, leur mode d'expression et de justification. Contrairement à Schmitt, pour qui l'inimité caractéristique du politique doit pouvoir, en dernière analyse, prendre la forme de l'élimination physique²⁰⁰, pour Foucault

Concernant la nation, dans le vocabulaire de l'époque, une « nation » désignait des ensembles, sociétés, groupements et individus ayant en commun un statut, des mœurs, usages, certaines lois particulières. *DS*, 10 mars 1976, p. 198.

¹⁹⁷ C'est la définition fournie par l'*Encyclopédie*. *DS*, 18 février 1976, p. 126.

¹⁹⁸ *DS*, 28 janvier 1976, p. 70.

¹⁹⁹ *DS*, 21 janvier 1976, p. 44.

²⁰⁰ C. Schmitt, *La notion de politique. Théorie du partisan*, préf. J. Freund, Paris, Calmann-Lévy, 1972, [1927], p. 72-73. « Le concept d'ennemi inclut, au niveau de la réalité concrète, l'éventualité d'une lutte. Il convient

— on ressent ici l'influence de son travail sur les « anormaux » — cette mort peut aussi être symbolique et se présenter comme des « meurtres indirects » : « la mort politique, l'expulsion, le rejet »²⁰¹. Finalement, Foucault conclut : « la fonction meurtrière de l'État ne peut être assurée, dès lors que l'État fonctionne sur le mode du biopouvoir, que par le racisme »²⁰². En effet, la protection/gestion du vivant dans le biopouvoir et le racisme d'État trouvent un dénominateur commun dans le monisme biologique de l'espèce — leur condition principale de pensabilité et d'opérativité. C'est cette solidarité discrète mais indéfectible entre l'inclusion de la vie dans le biopouvoir et son exclusion dans le pouvoir de tuer qui permet à Foucault d'affirmer que l'aspect exclusif du biopouvoir est « inscrit effectivement dans le fonctionnement de tous les États »²⁰³ (bien qu'il s'y exprime sous des formes et des degrés variables, ce qui n'a rien d'un détail). En fait, inclusion et exclusion sont dialectiquement liés dans la conception foucauldienne des rapports de pouvoir : comme le note Denis Goloborodko, ceux-ci sont terminologiquement antagonistes, mais conceptuellement complémentaires²⁰⁴.

Deuxièmement, il convient de s'interroger sur les conditions générales d'acceptabilité socio-politique du Passe vaccinal. En effet, la création d'un « passeport » vaccinal soulève la question politique par excellence : celle du « droit de cité », c'est-à-dire du statut des sujets des droits et de sa place dans une communauté politique. Tout comme l'inclusion suppose l'exclusion, le principe même d'un passeport est de conférer un statut et des droits, qui distinguent son détenteur de son non-détenteur. Contrairement à la question de la vaccination prise isolément, celle du Passe vaccinal est insurmontablement politique. Cette politisation est exacerbée par le discours d'opposition binaire présenté plus haut, que l'on pourrait caractériser comme un « populisme technocratique ». En effet, la gestion de crise sanitaire — et le Passe vaccinal le premier — est justifiée par des références constantes à l'expertise scientifique : il faut « écouter

d'examiner ce mot sans tenir compte des modifications contingentes de la technique des armes et de la guerre, tributaires de l'évolution historique. La guerre est une lutte armée entre armées entre unités politiques organisées, la guerre civile est une lutte armée au sein d'une unité politique (remise en question de ce fait). La caractéristique essentielle d'une arme est d'être un moyen de provoquer la mort physique d'êtres humains. A l'exemple du mot ennemi, le mot lutte doit ici être pris dans son sens original et existentiel. »

²⁰¹ DS, 17 mars 1976, p. 228-229.

²⁰² DS, 17 mars 1976, p. 228.

²⁰³ DS, 17 mars 1976, p. 232.

²⁰⁴ D. Goloborodko, *Le pouvoir entre négativité et productivité : le thème de l'exclusion dans la pensée foucauldienne*, thèse de doctorat en philosophie, dirigée par C. Colliot-Thélène, Université Rennes 1, 2016, p. 274 : « Parmi les moments les plus généraux de la pensée foucauldienne du pouvoir, c'est avant tout la description du pouvoir en termes d'inclusion et d'exclusion qui a paru la plus prometteuse dans l'optique d'une analyse philosophique. Ce sont les deux fonctions principales du pouvoir, mais tout en étant terminologiquement antagonistes, elles ne rentrent néanmoins pas en opposition. Au sein de ce que Foucault appelle les « relations de pouvoir », ces deux fonctions agissent simultanément, l'une se cachant pendant que l'autre s'expose. Les moments de manifestation « pure » d'une seule de ces fonctions — la terreur du despote d'un côté et l'État social de l'autre — ne sont en fait que des moments de victoire absolue de l'idéologie. »

la science » car « il n’y a pas d’alternative »²⁰⁵. Mais la politique ne suppose-t-elle pas l’exercice d’un choix ? Une tension est palpable entre le mode de justification de la mesure — dépolitisé par l’invocation de la neutralité axiologique de la science sur le mode de l’argument d’autorité — et son contenu, qui engage les questions centrales de la philosophie politique (le sujet des droits, la communauté, l’obligation et son fondement). Ainsi, le déploiement des rationalités scientifiques et technologiques fonctionne comme un seuil de politisation-dépolitisation rappelant la notion schmittienne de « secteur central », mise en avant dans la conférence « L’ère des neutralisations et des dépolitisations »²⁰⁶. Comme le souligne Jean-François Kervégan, Foucault et Schmitt partagent une insistance sur l’a-substantialité du politique²⁰⁷. Chez Schmitt, la politique a un critère (ami-ennemi), mais pas de substance définitive ; tout est politique *en puissance*. À chaque époque correspond un secteur central, c’est-à-dire un champ de rationalité propre qui surdétermine les réponses apportées à toutes les autres questions importantes²⁰⁸. Schmitt insiste sur la place de la technologie dans le secteur central du XX^e siècle, et son potentiel accru à la neutralisation, la technologie pouvant être appropriable par tous. Mais la dépolitisation suscitée par cette neutralité n’est qu’apparente, le politique étant insurmontable. La technologie devient l’instrument apparemment neutre à travers lequel se codent les relations ami-ennemi²⁰⁹. Que le discours accompagnant la stratégie vaccinale ait principalement pris la forme d’une opposition ami-ennemi, fondée sur un critère d’immunité virologique et médiée par des QR-codes et des téléphones, devrait sans doute nous informer sur le secteur central du XXI^e siècle (on pourrait penser à la sacralité de la vie, du bien-être et de la santé physique, mais aussi au numérique et aux nanotechnologies). Par ailleurs, pour Schmitt, l’Etat dérive sa réalité et sa puissance du secteur central ; ici aussi, Kervégan souligne le rapprochement possible avec la conception foucauldienne de l’Etat, qui n’a pas

²⁰⁵ S. Kahn, « “Dorénavant, c’est soit la vaccination générale, soit le tsunami viral”, prévient Gabriel Attal », *BFMTV*, 17 juillet 2021 (consulté le 30 juin 2023) [https://www.bfmtv.com/sante/dorenavant-c-est-soit-la-vaccination-generale-soit-le-tsunami-viral-previent-gabriel-attal_AN-202107170240.html] : pour le porte-parole du Gouvernement, il est hors de questions que « le choix des non-vaccinés pèse sur celui des vaccinés » : « dorénavant, c’est soit la vaccination générale, soit le tsunami viral, il n’y a pas d’alternative ».

²⁰⁶ N’ayant pas la version française en notre possession, nous nous référons à la version anglo-saxonne du texte : C. Schmitt, *The Concept of the Political, With “The Age of Neutralizations and Depoliticizations”*, trad. George Schwab, préf. Tracy B. Strong, annot. Leo Strauss, Chicago University Press, 1995, [1932].

²⁰⁷ J.-F. Kervégan, « Aporie de la Microphysique. Questions sur la “gouvernementalité” », art. cité, p. 31.

²⁰⁸ « If a domain of thought becomes central, then the problems of other domains are solved in terms of the central domain. ». C. Schmitt, *The Concept of the Political, With “The Age of Neutralizations and Depoliticizations”*, *op. cit.*, p.86. Schmitt, distingue chaque siècle, du XVI^e au XX^e siècle, par son secteur central ; il s’agirait, respectivement, des ères théologique, métaphysique, humanitaro-morale, économique, et finalement technologique.

²⁰⁹ « Above all the *state* also derives its reality and power from the respective central domain, because the decisive disputes of friend-enemy groupings are also determined by it. », p. 87.

d'essence, mais se constitue à travers une combinaison de pratiques mobilisant des rapports de savoir-pouvoir²¹⁰.

Troisièmement — et ceci ramène les deux précédentes remarques à la question de l'incitation —, comme Foucault le présentait dans *Naissance de la Biopolitique*, la progression des technologies biomédicales a fait en partie basculer le « capital » génétique du domaine de l'inné à celui de l'acquis²¹¹. Il est remarquable que dans sa digression sur ce sujet, Foucault envisage les problématiques d'optimisation et de filtrage génétique comme *a priori* séparées des thématiques du racisme, qui ne lui semblent pas représenter la menace principale à ce sujet²¹². Or, si l'on en croit le récit du gouvernement français, dans la guerre contre le virus, il faut choisir son camp. C'est afin de guider ce choix que le Passe vaccinal déploie la logique économique d'incitation présentée plus haut. Ainsi, l'individu, face au pouvoir, est dans un rapport de transaction où il ne lui est pas demandé d'obéir à une injonction légale, mais de « coopérer » sur le mode d'un partenariat qui prend la forme d'un « contrôle par la liberté, mais une liberté guidée, sous pression »²¹³.

C'est dans ce sillage que s'inscrit la prolifération des discours politiques de « responsabilisation », dont la politique du Passe vaccinale fournit un exemple parmi d'autres. Au-delà de la dimension paternaliste véhiculée par le terme, la « responsabilisation » recèle des implications importantes en termes de gouvernance : être responsable, c'est « répondre de » — mais répondre de quoi ? Si, en droit, l'engagement d'une responsabilité est précédé de l'identification d'une faute juridique, tel n'est pas le cas dans la logique économique des mécanismes d'incitation (l'incitation pouvant, comme l'illustre le « droit de repentir » susmentionné, aller jusqu'à proposer de passer outre une faute juridique). Ainsi, les transactions de l'*homo oeconomicus* peuvent, d'une part, non seulement amener des conséquences éminemment plus dommageables pour ce dernier que toute sanction juridique, mais, d'autre part, le respect de l'autonomie formelle du sujet face à un choix économique le met face à sa faute — la faute d'avoir fait le mauvais choix. Ainsi, dans le discours politique relatif au sort du sans-passeport vaccinal, il y a tantôt désignation d'une erreur économique (le « mauvais

²¹⁰ J.-F. Kervégan, « Aporie de la Microphysique. Questions sur la “gouvernementalité” », art. cité, p. 30.

²¹¹ Foucault envisage la montée en importance du sujet avec une certaine prescience : « Si l'on veut essayer de saisir ce qu'il y a de politiquement pertinent dans le développement actuel de la génétique, c'est en essayant d'en saisir les implications au niveau même de l'actualité, avec les problèmes réels que ça pose. Et dès lors qu'une société se posera à elle-même le problème de l'amélioration de son capital humain en général, il ne peut pas ne pas se produire que le problème du contrôle, du filtrage, de l'amélioration du capital humain des individus, en fonction bien sûr des unions et des procréations qui s'ensuivront, ne soit pas fait ou ne soit en tout cas exigé. » *NBP*, 14 mars 1979, p. 234-235.

²¹² Ibid.

²¹³ A. Garapon, « Michel Foucault, visionnaire du droit contemporain », *Raisons politiques*, vol. 4, n° 52, 2013, p. 42.

calcul » irrationnel de l'individu-entrepreneur), tantôt d'une « faute morale » justifiant l'exclusion d'un « non-citoyen », mais jamais d'une faute juridique. Décrivant le caractère dilemmatique de ces rapports de transaction et leur éloignement des présupposés contractualistes, Antoine Garapon parle de rapport « partenaire/paria », qui s'articule sur le mode du « nous et eux ». Le choix est binaire : l'individu coopère, ou non, mais doit « assumer » :

Le rapport partenaire/paria n'offre pas de voie médiane, c'est pourquoi il est oppressif : il n'y a pas de place pour la liberté, entendue comme possibilité de la différence sans dissidence, car cette position n'a de sens qu'au niveau d'une communauté politique interne. Ce dispositif témoigne d'un gouvernement à distance, qui manie l'exclusion, le bannissement, la suspension, mais pas la juste distance. Parce que la juste distance trouve sa place dans le cadre d'un espace public, c'est-à-dire dans un espace où *chacun est lié par un pacte politique sous-jacent et profond*, qui fait ici défaut²¹⁴.

D'où la question : dans quel type de communauté de sujets faut-il inscrire le Passe vaccinal et la gouvernementalité qui le sous-tend ? Cette communauté est-elle toujours celle des citoyens réunis sous la bannière de l'Etat-nation ? À défaut, quel est son référentiel, et qu'advient-il de la souveraineté dans un tel référentiel ?

2) Une gouvernementalité protéiforme entre déclin et renouveau de la souveraineté

Quand Hannah Arendt parlait d'un « droit d'avoir des droits », l'Etat et sa citoyenneté passaient encore pour l'horizon indépassable de l'appartenance à une communauté politique susceptible de matérialiser et de garantir les droits de l'Homme qui étaient par ailleurs déclarés comme universels. Est-ce toujours le cas ? Il est perceptible que si le passeport vaccinal est une création étatique, sa communauté de référence n'est pas celle de l'Etat-nation. On pourrait plutôt analyser ce dispositif comme participant d'un certain retour à une conception préévolutionnaire de la nation ou de la « race » : la « citoyenneté » et le « passeport » vaccinaux ne renvoient pas aux communautés politiques des Etats-nations, mais plutôt à des groupements dans et à travers les Etats, identifiés sur la base d'une caractéristique précise (une immunité virologique, en l'occurrence), qui leur confère un statut.

Il serait réducteur de caractériser la dynamique dans laquelle s'inscrit le Passe vaccinal comme celle d'un effacement total de l'Etat-nation ; plutôt, il faudrait penser son dépassement.

²¹⁴ A. Garapon, « Michel Foucault, visionnaire du droit contemporain », art. cité, p. 43.

Le présent mémoire s'est focalisé sur le passeport vaccinal français. Mais, durant la pandémie, de tels passeports ont été déployés à travers le monde entier. En émerge un type de gouvernamentalité faisant interagir dans un maillage complexe les sphères et acteurs étatiques et internationaux, publics et privés. En témoigne l'harmonisation entre les Passes sanitaires ou vaccinaux issus des différents Etats membres de l'Union européenne — un modèle dont s'inspire l'OMS, qui travaille actuellement sur un « Réseau mondial de certification sanitaire numérique » ayant vocation à être utilisé lors de futures crises globales menaçant la santé²¹⁵. Par ailleurs, si l'Etat français avait, durant la crise sanitaire, le monopole de la production et de l'imposition du passeport vaccinal, dans certains pays (notamment anglo-saxons, où la question de l'*Etat* est secondaire par rapport à celle du *gouvernement*), les entreprises privées peuvent conditionner l'embauche à la présentation de justificatifs vaccinaux. Une des conclusions de Foucault concernant l'émergence de la gouvernamentalité libérale est le rôle central qu'y jouent les rapports complexes entre Etat et société civile, qui se constituent l'un à travers l'autre pour mieux s'influencer. Dans le libéralisme, c'est au nom de la société civile, cette « réalité de transaction »²¹⁶ qui fonctionne comme le référentiel corrélatif de l'*homo oeconomicus*, que l'Etat s'auto-limite : « l'économie juridique d'une gouvernamentalité indexée à l'économie économique : c'est cela le problème de la société civile »²¹⁷. Ainsi, toute réflexion approfondie sur la question des (dés)articulations entre communauté et sujet des droits dans les formes émergentes de gouvernamentalité devra réintégrer et s'attacher à expliciter des notions telles que le « constitutionnalisme global » ou la « global civil society ».

Au final, l'émergence de « passeports » non-nationaux, mais conditionnant pourtant l'exercice de droits de l'Homme que seul l'Etat-nation semblait naguère capable d'assurer et de garantir, a de quoi questionner. Le type de communauté de sujets qui semble en ressortir se modéliserait — à défaut de meilleure analogie — sur le mode du club privé, dont l'appartenance est régie par des mécanismes d'*opt-in* et d'*opt-out*, de termes et conditions régissant une adhésion à renouveler, et mobilisant donc des présupposés économiques plutôt qu'un pacte politique reposant sur des droits juridiques, imprescriptibles et inaliénables.

Mais cela n'implique qu'un effacement relatif de l'Etat national. D'une part, l'Etat est au principe même de son « économisation » : celle-ci n'est nullement subie, mais auto-imposée,

²¹⁵ Organisation Mondiale de la Santé, *La Commission européenne et l'OMS lancent une initiative historique en matière de santé numérique pour renforcer la sécurité sanitaire mondiale*, Communiqué de presse, 5 juin 2023 (consulté le 10 juillet 2023) [<https://www.who.int/fr/news/item/05-06-2023-the-european-commission-and-who-launch-landmark-digital-health-initiative-to-strengthen-global-health-security>].

²¹⁶ *NBP*, 4 avril 1979, p. 300.

²¹⁷ *Ibid.*

comme en témoigne la tendance à envisager l'action étatique sur le mode de l'entreprise privée (l'expression de « start-up nation » semble traduire, de ce point de vue, une tendance de fond indéniable). Ainsi, l'action administrative se conçoit de plus en plus par le prisme d'un référentiel économique : l'Etat tend à devenir un fournisseur de services à des *usagers* ; il ne semble alors pas déraisonnable qu'il en fixe les *conditions*.

D'autre part, le fait pour l'Etat d'embrasser des logiques hétérogènes à celle du contrat social lui permet justement de décroiser l'exercice de sa puissance publique des limites juridiques tracées par le contractualisme. Ainsi, la décorrélation entre pratique effective du pouvoir et théorie de la souveraineté n'emporte pas nécessairement moins de souveraineté, mais peut au contraire servir son renforcement. Dans le cas du Passe vaccinal, l'« économisation » de la puissance publique fait clairement pencher la balance dans le sens d'une forme de souveraineté qui, si elle s'écarte de la conceptualisation qu'en donne Foucault, demeure souveraineté au sens le plus prosaïque du terme : autorité suprême, non-soumission de l'Etat à des logiques ou acteurs externes (puisque, tout comme l'Etat *choisit* de se soumettre au droit, celui-ci choisit de se soumettre aux principes de l'économie politique, et peut donc choisir de ne pas le faire). En réalité, le fait pour l'Etat de pouvoir régir le nuancier des modalités d'exercice de son pouvoir entre juridisme, discipline, et sécurité, est en soi une remarquable démonstration de souveraineté, car des modulations stratégiques entre ces trois types de dispositifs émergent des possibilités de gouvernement quasiment infinies.

Il faut enfin reconnaître que cette « économisation » croissante de la puissance publique brouille quelque peu les grilles d'analyse classiques de la philosophie politique. Si la période du Passe vaccinal paraît aussi ambivalente du point de vue de la dichotomie entre sphères publique et privée, entre « moins » et « plus » d'Etat dans le corps social, c'est que s'y sont jouées simultanément des dynamiques de gouvernementalisation de l'Etat et d'étatisation de la société. Il paraît singulier de la rationalité politique de notre temps que ce soit précisément la première qui rende la seconde possible.

Un des nœuds centraux que devront s'attacher à démêler les explorations futures de ces thèmes sont les implications concrètes et théoriques, du point de vue de la philosophie politique et juridique, qui découlent du fait que l'Etat puise de plus en plus ses techniques et principes de gouvernement non plus dans un rapport dialectique avec la société civile, mais dans une imitation directe de celle-ci. Après tout, la société civile n'était-elle pas présentée par Rousseau comme la sphère des dominations privées et des inégalités de fait ; et, dès lors, penser l'Etat sur le mode de cette sphère sans s'attacher à en dépasser la logique propre n'implique-t-il pas, du point de vue démocratique mais aussi éthique, une perte immense ?

Conclusions

Le présent mémoire s'est attaché à explorer la fécondité de la grille de lecture foucauldienne des rapports de pouvoir — principalement, les notions de biopolitique et de gouvernementalité libérale — pour tenter de démêler l'ambiguïté que présente le Passe vaccinal entre incitation, obligation et punition. Il s'agissait de partir d'un problème concret difficilement abordable dans les termes du droit positif, et d'effectuer un pas de côté en ayant recours à l'anti-juridisme foucauldien.

Nous avons d'abord situé le Passe vaccinal dans une typologie des trois grands dispositifs de pouvoir chez Foucault. Le dispositif souverain, parce qu'il repose sur la théorie du droit public et la centralité de la loi, paraît insuffisant pour intelliger les dynamiques de pouvoir introduites par le Passe vaccinal. Ce dernier présente une dimension disciplinaire forte, dès lors qu'il introduit un quadrillage de l'espace afin de réguler la circulation des corps, et a pour fonction d'inciter à la vaccination. Nous avons ensuite présenté la gouvernementalité, qui trouve sa matrice dans le pastorat chrétien et sa conduite des conduites. L'art libéral de gouverner émerge au XVIII^{ème} siècle et se place dans ce sillage. Reposant sur les axiomes physiocratiques de naturalité et de spontanéité du social, la biopolitique et sa police prennent en charge la population pour la protéger de risques, selon la logique de l'économie politique. Nous étions alors en mesure de reformuler notre question de recherche. Le Passe vaccinal a deux fonctions : l'une est de minimiser les risques dans une population et un milieu, objectif de sécurité qui repose sur l'identification et l'optimisation d'écarts différentiels. Le second objectif correspond à une normation disciplinaire : inciter le plus d'individus possibles à se vacciner, c'est-à-dire à se conformer à une norme établie. Le premier objectif est consacré légalement, mais pas le second.

Afin de cerner l'articulation entre ces deux objectifs revendiqués, il était nécessaire d'examiner la gouvernementalité néolibérale, qui radicalise le geste physiocrate tout en s'en détachant partiellement. En effet, le néolibéralisme étend la logique de la gestion économique à l'ensemble des sphères d'activité humaine. Son modèle de gestion comportementale repose sur des jeux environnementaux modifiant les représentations d'intérêt de l'*homo oeconomicus* — figure qui s'inscrit dans un référentiel utilitariste étranger à celui de la théorie de la souveraineté. En modélisant le sujet comme un individu-entrepreneur de lui-même, la gouvernementalité néolibérale relativise la spécificité du champ pénal. Cette relativisation est

accrue, dans le cas du Passe vaccinal, par l'horizontalisation de l' « enforcement », délégué pour l'essentiel à la société civile. Dans ce même référentiel utilitariste, qui évalue l'action de l'Etat en termes de résultats, il paraît inefficace d'instaurer une obligation vaccinale adossée à des sanctions juridiquement codifiées. Plutôt, il s'agit d'influencer les représentations d'intérêts de l'*homo oeconomicus* en capitalisant sur sa sociabilité naturelle et son bon sens économique. Le Passe vaccinal, en décuplant considérablement les externalités négatives associées au choix « non-vaccination », recrée une normation disciplinaire dans le cadre d'un jeu environnemental de sécurité. Le terme d' « incitation » apparaît alors comme un euphémisme trompeur, sauf à considérer la liberté — juridique, mais aussi économique — sous un angle purement formel. Le libre choix est écrasé sous la contrainte économique.

Afin d'élargir la réflexion, nous avons envisagé comment la normation disciplinaire pouvait concurrencer le fonctionnement de la norme juridique. Leurs structures propositionnelles et normatives sont proches : toutes deux posent une norme et la sanctionnent pour amener une conformation. Foucault insiste sur le fait que la norme juridique détermine le champ de l'interdit, toute action non-interdite demeurant permise. La discipline, au contraire, spécifie ce qu'il faut faire, l'indéterminé étant, par suite, interdit. Dès lors, il est possible d'interpréter le Passe vaccinal comme un mécanisme d'évitement de conflit de norme. En effet, en ne codifiant pas de vaccination obligatoire, le droit laisse un espace de liberté. Mais cet espace est aussitôt refermé par une normation disciplinaire (l'incitation économique décrite dans la section II., ou « obligation déguisée »). Il est remarquable que cette normation disciplinaire soit mise en place par le droit lui-même, à travers le Passe vaccinal. En effet, la normation visée est atomisée en une constellation de dispositions juridiques qui, mises bout à bout, reconstituent une forme d'obligation qui mime le fonctionnement de la norme juridique. Ainsi, le potentiel conflit de norme est refoulé. Ce dispositif apparaît comme caractéristique d'un droit bio-politisé, où la norme juridique relaie la logique de sécurité et son impératif de protection de la vie. Au final, l'aspect disciplinaire du Passe vaccinal passe au second plan, y compris du point de vue de l'analyse juridique, laquelle se focalise sur la dimension sécuritaire du dispositif.

Cette analyse du Passe vaccinal laisse entrevoir de nouvelles possibilités de punition. La discipline classique, ou « directe », est de plus en plus régulée par le droit pénal ; mais demeure la possibilité d'une discipline « indirecte », relayée par le droit et son impératif nouveau de protection du vivant à travers la sécurité. On pourrait penser, par exemple, à la prolifération de la justice préventive, qui relève généralement du droit administratif plutôt que du droit pénal. Les états d'urgence, conformément à la logique de la prévention, interviennent

de plus en plus en amont de la matérialisation de la menace, justifiant la logique du pire. Plus que jamais, la gouvernementalité libérale est gestionnaire de risque — une tendance de fond qui ne se cantonne pas aux états d'urgence (pensons par exemple au principe de précaution).

Finalement, nous nous sommes interrogés sur le type de communauté de sujets sous-tendue par le Passe vaccinal. Celui-ci véhicule des mécanismes d'exclusion sociale qui ne sont pas nouveaux en tant que tel ; l'originalité réside davantage dans leur mode de justification (la rationalité scientifique et économique) et leur mode de déploiement (un mécanisme d'incitation). Surtout, au-delà des questions juridiques soulevées par le Passe vaccinal, il convient de garder à l'esprit que le droit est avant tout une pratique sociale. Foucault a raison d'insister sur les effets de subjectivation des dispositifs et pratiques de pouvoir. La période du Passe vaccinal, aussi courte qu'elle fût, représente un moment charnière dans la mesure où l'ensemble d'une population a été amenée à s'envisager non pas comme des sujets titulaires de droits imprescriptibles et inaliénables, mais comme des sujets économiques engagés dans des rapports de transaction avec la puissance publique — transactions s'articulant dans un partenariat fondamentalement déséquilibré. Si la pratique effective des rapports de pouvoir s'écarte de plus en plus des présupposés du dispositif souverain, cette dynamique ne traduit pas un déclin de la puissance publique pour autant : l'Etat peut tirer profit de la pluralité de registres s'ouvrant à lui — droit, discipline, et sécurité —, les modulant entre eux pour éventuellement atteindre des fins qui lui seraient autrement inaccessibles.

En fait, toute incitation économique ne heurte pas nécessairement les présupposés du référentiel contractualiste. Le Passe vaccinal est un cas-limite, puisqu'il radicalise la gouvernementalité libérale jusqu'à vider de sa substance la liberté économique sur laquelle celle-ci repose. Mais peut-être s'agit-il d'un risque consubstantiel à cette gouvernementalité.

L'anti-juridisme foucauldien est donc fécond. Celui-ci n'a toutefois pas vocation à remplacer les catégories du droit public — car ils ne jouent pas dans les mêmes registres —, mais plutôt à servir de grille d'analyse alternative pour décrypter ses évolutions et éventuelles apories. Ainsi, le recours à l'anti-juridisme de Foucault permet de montrer, mais pas de démontrer. Il n'en demeure pas moins qu'une telle approche semble plus que jamais nécessaire dans une époque où la pratique effective du pouvoir se décorrèle de plus en plus des présupposés de la théorie contractualiste, mais où celle-ci semble demeurer l'horizon indépassable du récit politique et de la légitimité juridique.

Foucault aurait sans doute été à la fois troublé et fasciné par un dispositif comme le Passe vaccinal. Troublé car celui-ci fait jouer une configuration normative — la création d'une normation disciplinaire dans un jeu environnemental de sécurité — que Foucault avait bien

entrevue théoriquement, mais à laquelle son interprétation des évolutions sociétales de son temps laissait peu de probabilités de réalisation. Si Foucault entretenait une certaine sympathie pour la gouvernementalité néolibérale, c'est que celle-ci semblait capable de dégager, contrairement à la souveraineté, de nouveaux espaces de liberté — bien que des libertés non-juridiques. Quarante ans après sa disparition, est-ce vraiment la trajectoire que les gouvernementalités prennent ? La question reste ouverte.

Foucault aurait, par ailleurs, probablement été fasciné par le Passe vaccinal, qui fait directement écho à ses réflexions et luttes d'intellectuel engagé. En 1981, interrogé lors d'une entrevue journalistique sur les modes de punition alternatifs à la prison et à l'amende, il déclarait :

Il pourrait y en avoir bien d'autres, faisant appel à d'autres variables : service d'utilité collective, supplément de travail, privation de certains droits. La contrainte elle-même pourrait être modulée par des systèmes d'engagement ou de contrats qui lieraient la volonté de l'individu, autrement qu'en l'enfermant²¹⁸.

Cette phrase frôle la prescience. Une chose est sûre : les thèmes abordés par ce mémoire dépassent bien la simple question vaccinale. Prenons seulement l'exemple de la « crise climatique ». Ne s'agit-il pas d'une urgence planétaire et transfrontalière opposant l'humanité à un « ennemi invisible », une menace semi-permanente présentant un risque pour la vie et la santé des populations, dont il semble déjà clair que la « gestion » demandera une refonte en profondeur des comportements humains ? Par exemple, un nombre croissant d'*experts* soulignent que pour respecter leurs engagements climatiques (et juridiques), les Etats devraient contrôler davantage la consommation d'énergie de leurs citoyens, notamment leurs transports routiers ou aériens, qui sont particulièrement polluants. Un « Passe climatique » succèdera-t-il un jour au Passe vaccinal ? Si oui, quelles en seraient les modalités ?

Derrière le jeu complexe entre droit, sécurité et discipline, entre normalisation et normation, transparaît une question indépassable de la philosophie politique : tout écart a-t-il vocation à être réduit ? Quels écarts tolérer et lesquels combattre, et, le cas échéant, par quels moyens ?

²¹⁸ Michel Foucault, A. Spire, « Punir est la chose la plus difficile qui soit », *Témoignage chrétien*, n°1942, 1981, p. 30.

Bibliographie

Ouvrages

G. Agamben, *Etat d'exception*, Paris, Seuil, 2003.

G. Agamben, *Homo Sacer. Le pouvoir souverain et la vie nue*, Paris, Seuil, 1997.

G. Becker, *Human Capital: A Theoretical and Empirical Analysis, with Special Reference to Education*, New-York, Columbia University Press, 1964.

C. Schmitt, *La notion de politique. Théorie du partisan*, préf. J. Freund, Paris, Calmann-Lévy, 1972, [1927],

C. Schmitt, *The Concept of the Political, With "The Age of Neutralizations and Depoliticizations"*, trad. George Schwab, préf. Tracy B. Strong, annot. Leo Strauss, Chicago University Press, 1995, [1932].

M. Foucault, *La volonté de savoir, Droit de mort et pouvoir sur la vie*, Paris, Gallimard, 1976.

M. Foucault, « *Il faut défendre la société* », Cours au Collège de France. 1976, Paris, EHESS, Gallimard, Seuil, 2004.

M. Foucault, *Sécurité, Territoire, Population*, Cours au Collège de France. 1977-1978, Paris, EHESS, Gallimard, Seuil, 2004.

M. Foucault, *Naissance de la biopolitique*, Cours au Collège de France. 1978-1979, Paris, EHESS, Gallimard, Seuil, 2004.

M. Foucault, *Surveiller et punir*, Paris, Gallimard, 2004 [1975].

M. Foucault, *Dits et écrits I, 1954-1975*, Paris, Gallimard, 2001.

M. Foucault, *Dits et écrits II*, 1976-1988, Paris, Gallimard, 2001.

D. Goloborodko, *Le pouvoir entre négativité et productivité : le thème de l'exclusion dans la pensée foucauldienne*, thèse de doctorat en philosophie, dirigée par C. Colliot-Thélène, Université Rennes 1.

G. Naudé, *Considérations politiques sur les coups d'Etats*, éd. F. Charles-Daubert, Hildesheim, Olms, 1993, [1639].

T. Hobbes, *Léviathan*, 1651.

R. Thaler et C. Sustein, *Nudge, La méthode douce pour inspirer la bonne décision*, trad. Marie-France Pavillet, Paris, Vuibert, 2010.

Articles et essais

D. Baranger, « L'évanescence de la norme. Essai sur l'instabilité ontologique du phénomène normatif », *La pensée et les normes. Hommage à Jean-François Kervégan*, éd. Isabelle Aubert, Élodie Djordjevic, Gilles Marmasse, Paris, Editions de la Sorbonne, 2021.

P. Cavaillé, « Naudé, la prudence extraordinaire du coup d'Etat », *Les Dossiers du Grihl*, Hors-série n°5, 2022 (consulté le 3 mai 2023) [<https://journals.openedition.org/dossiersgrihl/4807#bodyftn3>].

T. Desmoulin, « L'«hyperactivité» du Conseil de défense (1/2) : une conséquence du présidentielisme français », *JP Blog*, 12 octobre 2021 (consulté le 30 juin 2023) [<https://blog.juspoliticum.com/2021/10/12/1-hyperactivite-du-conseil-de-defense-1-2-une-consequence-du-presidentialisme-francais-par-thibault-desmoulin/>].

M. Foucault, A. Spire, « Punir est la chose la plus difficile qui soit », *Témoignage chrétien*, n°1942, 28/09/1981, p. 30.

M. Foucault, « La naissance de la médecine sociale », Conférence prononcée dans le cadre du cours de médecine sociale à l'Université de Janeiro, octobre 1974, *Revista centroamericana de Ciencias de la Salud*, n°6, janvier-avril 1977, p. 89- 108.

A. Garapon, « Michel Foucault, visionnaire du droit contemporain », *Raisons politiques*, vol. 4, n° 52, 2013.

R. Huff, « Gouvernamentalité », *Encyclopaedia Universalis*, p. 1 (consulté le 2 juillet 2023) [<https://www.universalis.fr/encyclopedie/gouvernamentalite/>].

J.-F. Kervégan, « Aporie de la Microphysique. Questions sur la "gouvernamentalité" », *Crise de la démocratie et de la gouvernamentalité* ; Giuseppe Duso, Jean-François Kervégan, Milan, Polimetrica, 2007.

B. Mathieu, « La protection du droit à la santé par le juge constitutionnel – A propos et à partir de la décision de la Cour constitutionnelle italienne n°185 du 20 mai 1998 », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°6, 1999.

B. Mazabraud, « Foucault et les dispositifs de pouvoir », *Cités*, vol. 2, n° 42, 2010.

F. Orobon, « Le "paternalisme libéral", oxymore ou avenir de l'Etat-providence ? », *Esprit*, juillet 2013 (consulté le 5 juin 2023) [<https://esprit.presse.fr/article/frederic-orobon/le-paternalisme-liberal-oxymore-ou-avenir-de-l-etat-providence-37495>].