

## L'ÉTAT D'EXCEPTION ET LES SILENCES DE LA LOI

Nicolas Fischer et David Smadja

Presses de Sciences Po | « Raisons politiques »

2003/1 n° 9 | pages 97 à 112

ISSN 1291-1941

ISBN 2724629612

Article disponible en ligne à l'adresse :

-----  
<https://www.cairn.info/revue-raisons-politiques-2003-1-page-97.htm>  
-----

Distribution électronique Cairn.info pour Presses de Sciences Po.

© Presses de Sciences Po. Tous droits réservés pour tous pays.

La reproduction ou représentation de cet article, notamment par photocopie, n'est autorisée que dans les limites des conditions générales d'utilisation du site ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Toute autre reproduction ou représentation, en tout ou partie, sous quelque forme et de quelque manière que ce soit, est interdite sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, en dehors des cas prévus par la législation en vigueur en France. Il est précisé que son stockage dans une base de données est également interdit.

NICOLAS FISCHER, DAVID SMADJA

## L'état d'exception et les silences de la loi

---

**L**A RÉFÉRENCE à l'exceptionnel peut être interprétée dans un sens simplement *logique* et juridique – l'anormal ou l'irrégulier qui s'oppose au normal ou au régulier –, n'impliquant pas nécessairement l'existence d'une violence politique personnalisée. Loin des modèles de la crise ouverte, se dévoile ici une figure paradoxale qui, de manière *diffuse*, se fond dans les dimensions du contexte juridique et se présente comme une modalité impersonnelle de la violence. L'exception ne se dévoile pas hors du droit, elle est saisie et régie par le droit. On voudrait le vérifier en réfléchissant sur deux situations : la rétention administrative des étrangers visés par une mesure d'éloignement en France et les nouvelles situations biotechnologiques dans la recherche médicale. Deux situations hétérogènes mais qui, ensemble, font subir au *corps* humain une violence ambiguë, problématique au regard du droit : l'une exclut, elle expulse le citoyen de l'espace politique, l'autre, dans le cadre de la bioéthique, oblige le droit à se prononcer sur la *personnalité* en devenir.

Ces situations posent au droit un problème logique de compréhension et de définition des catégories cardinales de la rhétorique politique familière à tout État de droit de type libéral. Face à des cas insolubles, les praticiens du droit sont réduits au silence ou tout au moins à la confusion de leurs propres catégories de discours. Pris en défaut, le langage juridique – et politique – est alors réduit à une

sorte de « flottement ». Pour autant, à l'instar du *speech act* introduit par Austin, ces concepts discursifs dessinent par l'oscillation même de leur contenu les contours concrets et effectifs de l'espace public. Étudier ce couple exception/droit en dehors de toute situation de crise ouverte, c'est donc s'interroger sur les capacités et les limites constitutives du discours juridique et politique libéral.

### La rétention administrative : un dispositif juridique « vide de droit »

L'accès des étrangers aux marques de citoyenneté traditionnellement réservées aux seuls nationaux<sup>1</sup> admet, depuis plus d'un siècle, la même limite, celle de l'éloignement. Les mesures qui accompagnent l'expulsion ou la reconduite doublent la procédure juridique d'une série de dispositifs opérant sur les corps<sup>2</sup>. Parmi ces procédés, la rétention administrative prend la forme d'une aberration juridique, d'une « anomalie » ou d'un « archaïsme » : le Centre de rétention administrative (CRA), que le droit cherche pourtant à géner.

La rétention administrative ne doit donc pas être coupée du contexte général d'un État protégeant par ailleurs les libertés individuelles, mais au contraire être interrogée dans la *position* particulière qu'elle occupe dans le système du droit<sup>3</sup>. Elle place le droit devant son propre bord de fuite : ce centre qu'il doit viser se dérobe à lui, en révélant un point de rupture entre le droit comme ordre discursif et le réel qu'il décrit et régit. On lira donc ici le CRA comme un *point d'immanence* où se déconstruit et se révèle du même coup la logique du droit dans sa prise sur le corps, ce corps et le dispositif qui l'enferme étant dans ce cas précis insaisissables.

#### *Le centre de rétention, lieu juridique introuvable*

La rétention conserve tout d'abord la marque de ses origines informelles, la pratique n'ayant au départ fait l'objet d'aucun encadrement particulier<sup>4</sup>. La liste des centres en activité en témoigne

1. Yasemin Soysal, *Limits of Citizenship*, Chicago, University of Chicago Press, 1994.

2. Joël Ficot, « Une institution judiciaire : la reconduite à la frontière des étrangers en situation irrégulière », mémoire de DEA IEP Paris, 1996.

3. Jean-Yves Vincent, « La reconduite à la frontière et la rétention administrative des étrangers. Réflexions sur une malformation juridique », dans *Mélanges Georges Dupuis*, Paris, LGDJ, 1997.

4. Alex Panzani, *Une prison clandestine de la police française : Arenc*, Paris, Maspero, 1975.

aujourd'hui : la rétention peut aussi bien s'effectuer dans un entrepôt désaffecté (Arenc) que dans une ancienne caserne de CRS (Nantes) ou dans l'entresol d'un commissariat (Bobigny). L'hétérogénéité de la population retenue ajoute à la confusion. La rétention s'exerce dans toutes les circonstances où l'exécution matérielle de la mesure d'éloignement (le départ de l'étranger) se voit freinée ou empêchée, pour des raisons juridiques (recours contre la mesure) ou matérielles (contretemps dans l'expulsion dû à l'absence de documents). Mais chaque destin juridique s'accomplit ailleurs que dans le centre lui-même : devant un tribunal où le recours est examiné ou dans le passage effectif de la frontière s'il est rejeté<sup>5</sup>.

Le CRA n'applique aucun droit. Il n'est qu'un lieu d'attente d'une décision ponctuant le déroulement de la procédure ou du départ effectif. Il semble alors curieusement indépendant du déroulement des mesures d'éloignement sans lesquelles, pourtant, il n'existerait pas. Sa raison d'être se situe sur un autre *plan, au niveau* de ce qu'il est effectivement : *le pur effet matériel* d'une procédure. À ce titre, les centres sont les héritiers d'une longue évolution des dispositifs d'État visant à assurer l'effectivité de l'éloignement des étrangers en assurant leur non-dissémination sur le territoire tant qu'elle ne s'est pas effectuée<sup>6</sup>. Ce « plan » est aussi celui du corps de l'étranger, puisque c'est uniquement de lui que la rétention vise à disposer, qu'il attende l'examen de son recours ou qu'il se heurte à l'obstacle physique de la frontière.

L'ordre juridique se dévoile ici pleinement comme un ordre fictionnel, d'où le désarroi des juristes lorsqu'il s'agit de définir l'institution *en droit*. Cette ambiguïté se traduit en France par une référence au modèle carcéral<sup>7</sup>. Indépendant des questions administratives relatives au séjour, le CRA comme lieu de privation de liberté rappelle ici la prison et la police judiciaire quoiqu'il n'ait pas vocation à s'insérer dans l'architecture du droit de la peine<sup>8</sup>. Renvoyée à la logique judiciaire alors qu'elle n'en relève pas, la rétention apparaît

5. Nicole Guimezanes, « La rétention administrative des étrangers frappés d'une mesure d'éloignement du territoire », *Revue critique de droit international privé*, 85 (2), 1996, p. 275-297.

6. Marc Bernadot, « Le camp : un remède à la dissémination », *Cahiers du Cériem*, à paraître.

7. Décret du 20 mars 2001 *JO Lois et Décrets* du 20 mars 2001, p. 4 344 et « L'enfermement des étrangers », *Plein Droit*, 50, juillet 2001.

8. Florence Chaltiel, « Le juge administratif, juge de l'immigration », *Revue de Droit public*, 1, 2000, p. 153-193.

comme « orpheline » dans le système qui l'a suscitée<sup>9</sup>. Un centre de rétention n'est *rien d'autre* qu'un lieu pour l'enfermement ; il n'intervient que comme une sorte de « réceptacle procédural » là où la sphère juridique, à son niveau, *fait attendre* sa décision.

Le CRA incarne ainsi une contradiction entre le *système juridique*, d'une part, et, d'autre part, un couple formé par le *corps physique* du retenu et le *territoire* d'enfermement. Ces trois dimensions assurent habituellement le lien entre l'ordre fictionnel du droit et la réalité. Elles sont constitutives de l'ordre juridique de l'État moderne, au centre de ce que Schmitt appelle *nomos* de la terre ; soit l'articulation entre État (ordre juridique), population (corps) et territoire<sup>10</sup>. Or le centre se présente comme l'institution paradoxale de la dislocation de cette articulation, c'est-à-dire de la condition de possibilité même d'une institution de droit positif. Il est un lieu permanent de crise du droit.

Objet de cette dislocation, le corps apparaît de même dans une configuration juridique plusieurs fois problématique : ni dans l'ordre juridique ni hors de lui ; corps que seul un lieu territorialement *hors du droit* peut par conséquent accueillir au sein de l'État. Le CRA est ce lieu.

Plus que le sujet de droit lui-même, c'est alors sa part corporelle, non « traitée » par le droit, qui est ici saisie. Ainsi analysé, le CRA met « en scène » une dimension habituellement cachée du sujet, mais qui paraît ici en pleine lumière. À la suite d'Agamben, on peut y voir la manifestation d'une technique qui, au sein du dispositif général de l'éloignement, oblige paradoxalement le discours juridique à traiter cette dimension *non juridique* du sujet – ce que notre auteur, avec W. Benjamin, nomme la *vie nue* – qui constitue pour le droit un support indispensable et constitutif, mais toujours voué à rester caché.

C'est dans cette mise à nu de la vie par le droit que l'exception juridique a une chance de se manifester. Elle n'apparaît pas au niveau du sujet, mais dans ce seul dispositif, le *lieu* de la rétention. Situés en deçà ou au-delà de la logique du droit, les murs du CRA n'ont plus à saisir *par défaut* que ce qui reste du sujet lorsque le droit a renoncé

9. J.-P. Perrin-Martin, *La rétention, op. cit.*, et « Centres de rétention : un fonctionnement carcéral », *Plein Droit*, 50, juillet 2001, p. 26-30.

10. Carl Schmitt, *Le nomos de la terre dans le droit des gens du Jus Publicum Europaeum*. Paris, PUF, 2001 et Giorgio Agamben, *Homo Sacer. Le pouvoir souverain et la vie nue*. Paris, Le Seuil, 1997, p. 188.

à le traiter. Sa situation au sein de la sphère juridique en fait l'espace où, à volonté, le sujet *par ailleurs reconnu en droit* se trouve soudain saisi comme corps hors droit *dans la nécessité et la réalisation de l'enfermement*. L'exception ici n'est jamais une situation individuelle et résulte uniquement d'un dispositif spatial. La notion d'exception juridique s'affranchit de la référence à la *situation d'exception*, mais sa problématique réapparaît dans un espace permanent d'enfermement des corps au sein de l'ordre juridique<sup>11</sup>.

En l'absence d'un décret de suspension du droit, peut-on alors parler d'exception juridique ? Comment saisir l'exception lorsqu'elle ne se manifeste pas par la guerre civile, mais par cette « simple » confusion du droit ? La sphère fictionnelle de l'ordre juridique et la vie nue saisie par le CRA se présentent bien plutôt comme deux *strates* irréductibles du pouvoir étatique dont aucune n'abandonne à l'autre la totalité du terrain<sup>12</sup>. Il en est de même dans la garde à vue<sup>13</sup> : la vie nue y est de même *isolée* par un dispositif (la cellule) et, là aussi, il ne s'agit toujours que d'un *moment logique* dans le processus judiciaire. Moment pur de *l'entre-deux*, irréductible, dont l'existence est présupposée, mais sans extension spatiale ou temporelle. Si le dispositif est donc propice à « l'exposition » de la vie nue en exception, celle-ci n'apparaît jamais ouvertement et la procédure pénale se *superpose* toujours à elle pour doter le prévenu d'une existence juridique. Le droit et surtout la procédure qui en est la marque essentielle *s'ajoutent* et donnent sens à l'enfermement. Il n'y a donc jamais de dévoilement durable et organisé de ce corps, donc ; surtout la saisie du corps « nu » n'est jamais assumée comme telle par le droit qui est tenu de la réinsérer dans la logique de son ordre – non sans difficultés on l'a vu.

Que l'ordre fictionnel du droit et la saisie du corps nu soient déconnectés ne signifie donc pas qu'ils ne s'affectent pas l'un l'autre : ces deux strates séparées, il importe finalement de les penser ensemble. La logique du CRA constitue ici un cas critique de superposition de ces deux ordres, où le « recouvrement » du corps retenu

11. « La nouveauté consiste ici en ce que cette mesure est désormais séparée de l'état d'exception sur lequel elle se fondait et laissée en vigueur dans la situation normale ... L'état d'exception est "voulu" [et] réalisé normalement. », G. Agamben, *Homo Sacer*, *op. cit.*, p. 182-183.

12. Bruno Latour, *Les microbes : guerre et paix* suivi de *Irréductions*, Paris, A.-M. Métailié, 1984.

13. Fabien Jobard, *Bavures policières ? La force publique et ses usages*, Paris, La Découverte, 2002.

par le droit est définitivement problématique. Ainsi de l'étranger retenu alors qu'il a totalement épuisé les recours procéduraux contre l'éloignement, donc situé dans un interstice irréductible entre l'ordre juridique (déjà derrière lui) et la frontière géographique de l'État (encore devant).

Là encore l'appréhension carcérale du retenu, pourtant contradictoire avec la logique administrative de l'enfermement, constitue la seule référence juridique par laquelle le droit puisse encore tenter de le saisir. Cette irréductible inadaptation indique suffisamment combien la superposition du droit à la simple saisie du corps atteint ici la limite des possibilités de la logique juridique. Comme discours, elle est en quelque sorte prise à son propre piège. Se retirer, ce serait assumer précisément le CRA comme lieu d'un abandon, d'une exception ouverte, ce qui est inacceptable. Mais tenter d'insérer le centre dans une catégorie juridique, c'est s'exposer à la difficulté d'en apprécier le caractère, judiciaire ou administratif. Camp inadmissible ou prison illogique ? La logique interne du droit comme ordre discursif ne peut rendre compte de ce qu'il doit pourtant intégrer. L'ordre juridique cohabite avec une exception diffuse qu'il a produite, mais devant laquelle il reste muet.

### La chosification de la personne physique dans les situations biotechnologiques

On retrouve bien ici l'oscillation du discours qui ouvrait notre réflexion. Dans la rétention, elle s'exprime à travers la forme des formations discursives au sens introduit par Michel Foucault<sup>14</sup> et, à ce titre, elle se donne à voir dans une sorte de *bougé*. Ainsi, elle permet de décrire le point d'articulation et d'inflexion du discours juridique à travers ses concepts, ses objets (État, corps, population, territoire), saisi comme pivotant sur ses propres gonds. C'est le sens du point d'immanence de la rétention, moment pur du passage, de l'entre-deux, où apparaît l'exception dans les silences et interstices de la procédure administrative.

L'étude des questions engendrées par les nouvelles situations biotechnologiques nous met à même de prolonger le regard au cœur de ce moment d'immanence. Le même bougé semble s'y redessiner,

14. Michel Foucault, *L'archéologie du savoir*, Paris, Gallimard, 1969.

se remodeler autour de formes antagoniques plus conscientes d'elles-mêmes, dédoublant perception et rapport au monde. Ainsi, insensiblement, la même question se déplace au rang du syllogisme, autre manière d'aborder la dialectique du même et de l'autre qui se trouve au cœur du dispositif précédemment invoqué. On passe du dedans/dehors au sujet/objet.

La possibilité technique de créer par stimulation ovarienne ou bien par clonage des pré-embryons (embryons de moins de 14 jours) afin de réaliser une procréation médicalement assistée ou de contribuer au progrès de la recherche scientifique et médicale oblige la pensée politique à réfléchir sur ce qu'est le corps humain au fondement de la personnalité juridique et en quoi consiste sa singularité par rapport aux autres corps non humains. À travers quel prisme discursif, les cellules surnuméraires, les cellules souches embryonnaires, le pré-embryon sont-ils déchiffrés au gré des argumentations ? Dans quelle mesure sont-ils considérés comme de simples choses, manipulables, susceptibles de devenir de simples moyens à même d'être utilisés, conservés ou détruits et suivant quels modes intermédiaires d'argumentation ? Les catégories de personnes et de choses s'articulent en fait les unes aux autres au sein des discours des acteurs plus qu'elles ne s'excluent, façonnant ainsi une sorte de champ dialectique dans lequel chaque acteur a un discours, dominant mais contraint à composer avec des discours logiquement contradictoires. On pense ici au rapprochement opéré par Georges Canguilhem<sup>15</sup> entre le concept de « normal » et celui de « droit » : « Le concept de droit, selon qu'il s'agit de géométrie, de morale ou de technique, qualifie ce qui résiste à son application de tordu, de tortueux ou de gauche » en sorte que le normal étant « un concept dynamique et polémique », le rapport du normal à l'anormal doit être entendu non comme un rapport de « contradiction et d'extériorité » mais plutôt « d'inversion et de polarité ».

Là encore, la vie nue s'invite au cœur du système du droit et en défie la logique. Dans son ouvrage, Jean-Pierre Baud<sup>16</sup> pointe du doigt la dimension paradoxale d'un droit civil qui est peu à peu amené à rencontrer le cas spécifique du *corps*, lequel exerce sur lui une violence en portant atteinte au bel équilibre formel de son édifice (égalité et liberté). Ce faisant, c'est la conception d'ensemble

---

15. Georges Canguilhem, *Le normal et le pathologique*, Paris, PUF, 1966.

16. Jean-Pierre Baud, *L'affaire de la main volée. Une histoire juridique du corps*, Paris, Le Seuil, 1993.

d'une société politique, d'une civilité, qui se trouve battue en brèche en ayant à affronter son Autre, en l'entité du corps et de ses éléments. L'exception point ici sous la forme de la chose en ce qu'elle représente ce qui n'est pas subsumé et comme prédéchiffré en caractères juridiques. Autrement dit, la position même du droit, la réponse à la question « pourquoi y a-t-il du droit et non pas plutôt rien ? » implique en négatif la soustraction du non-droit, du corps comme ce qui est juridiquement indifférent, qui tombe dans son point aveugle. Dans ce cadre, on voit bien comment la violence exercée par la chose doit être entendue sans conteste, au sens étymologique du terme, comme ce qui contrarie le mouvement naturel d'existence et de compréhension du droit. Pour autant, et comme semble le suggérer Jean-Pierre Baud, l'incidence des choses émerge de manière insidieuse comme une force de nuisance qui sourd en créant une sorte de tension dans la vie même du droit.

La situation de l'embryon permet de penser le statut du corps humain dans la mesure où elle offre, à l'inverse de la situation des éléments et produits, la possibilité de conjuguer pleinement la question du statut du corps humain et celle de la personnalité-subjectivité juridique, en introduisant à la question « Qu'est-ce qu'une personne ? ». Ainsi, la perspective d'histoire du droit adoptée par J.-P. Baud peut être prolongée par une perspective plus sociologique ouvrant sur la position du problème actuel du statut de l'embryon dans le cadre de la recherche médicale. Par là, à la chose qui est relative à l'homme sans coïncider avec lui (les organes du corps, le cadavre) et qui pourtant supporte une qualification juridique en créant des obligations, se substitue la chose qui est *potentiellement* un homme (la cellule embryonnaire). En effet, l'optique adoptée par J.-P. Baud laisse imaginer que la chose constitue une catégorie disposant d'une consistance et d'une autonomie propre, sous laquelle on pourrait indifféremment subsumer sans considération d'ordre spatio-temporel le tout et la partie, c'est-à-dire *la* chose humaine ou bien *les* choses humaines. Or n'y a-t-il pas ici deux questions différentes suivant que l'on s'intéresse à l'homme conçu comme corps, et donc chose humaine, ou bien simplement aux choses qui composent l'homme, le danger étant ici de perdre de vue la question du droit *de* l'homme ?

Le contexte du réexamen en janvier 2002 des lois de bioéthique de 1994, amplifié par la naissance en février 1997 de la brebis Dolly rendue possible par la technique du clonage, a permis d'appréhender directement la question de la recherche sur l'embryon humain en

s'interrogeant sur l'éventualité qui pourrait en résulter d'une atteinte à la personne humaine. Cette possibilité, distincte de celle de la procréation médicalement assistée, nous confronte directement à la question des critères effectifs de la personnalité juridique sans subir les diversions-pollutions introduites par les considérations d'urgence et de force majeure propres à l'activité médicale<sup>17</sup>.

Pour autant, et comme le suggère la Mission d'information<sup>18</sup>, le problème de l'expérimentation sur l'embryon n'est pas simplement réductible aux phases apparentes d'émergence – suscitée par l'effet d'amplification médiatique autour de la naissance de Dolly – et d'inscription sur l'agenda d'un problème de politique publique. En effet, quoique légalement interdite, une certaine forme de manipulation des embryons est dans les faits couramment pratiquée par les médecins qui aident les couples stériles ou hypofertiles à avoir des enfants. Est-ce à dire que notre système de soin se trouve habité par le charlatanisme ? Tout au contraire, c'est sous les bons auspices de la loi et de la technique médicale que s'exerce la manipulation des embryons, puisque pour être efficace la pratique du diagnostic préimplantatoire implique une expérimentation préalable sur des embryons préexistants, laquelle consiste naturellement – et pourrions-nous dire *logiquement* – à éliminer les embryons porteurs d'une maladie congénitale. C'est toute la contradiction qui est apparue lors des travaux préparatoires au réexamen des lois de bioéthique de 1994, où l'on voit qu'à l'intérieur même de la loi, se trouvent juxtaposées l'interdiction de toute recherche sur l'embryon, animée par le devoir de respect de la personne humaine dans l'embryon<sup>19</sup>, et la possibilité de mener *à titre exceptionnel* des études sur les embryons à condition, entre autres, qu'elles ne portent pas atteinte à l'embryon et qu'elles poursuivent une finalité médicale. Ce type de cellule se trouve donc au cœur d'un vide juridique, marqué par la plus complète indétermination<sup>20</sup>, où elle est objet légitime d'étude lorsqu'elle s'intègre dans un contexte de procréation et, en parfaite continuité, objet illégitime dans un contexte de recherche.

17. Voir, par exemple, la loi sur l'avortement de 1975 qui autorise l'interruption thérapeutique de grossesse ou bien les lois bioéthiques de juillet 1994.

18. Mission d'information commune : « Réviser les lois bioéthiques : quel encadrement pour une recherche et des pratiques médicales maîtrisées ? » Bernard Charles, président, Alain Claeys, rapporteur.

19. Article L2141-8 du Code de la santé publique.

20. Le CCNE parle d'une « exigence de dignité indéterminée » (avis n° 8, 15 décembre 1986).

Or cette situation de la cellule souche embryonnaire destinée à être utilisée dans le cadre d'une procréation médicalement assistée annonce un problème que l'éventualité d'une recherche pure et simple sur l'embryon actualisera pleinement. En effet, l'intérêt scientifique pour ce genre de cellule, au contraire de la manipulation sur les cellules souches adultes et sur les cellules somatiques, se justifie parce qu'elles détiennent un pouvoir de prolifération et de différenciation permettant d'expliquer les mécanismes fondamentaux de la reproduction humaine et ainsi de projeter des applications pratiques et thérapeutiques. Or ce pouvoir des cellules souches embryonnaires de se différencier en cellules spécialisées correspondantes (sang, foie, cerveau, etc.) implique, pour être connu et isolé, une intervention directe du chercheur sous la forme d'une mise en culture appropriée qui représente, toutes choses égales par ailleurs, une forme d'objectivation et de réification du vivant humain.

En prolongement, la pratique du clonage thérapeutique se propose de contourner les barrières d'immuno-compatibilité entre cellules souches et organisme adulte en utilisant la technique du transfert du noyau de la cellule souche par un noyau d'une cellule adulte de l'individu malade. Par là sont produites des cellules entièrement artificielles destinées à rendre possible l'utilisation des cellules souches embryonnaires dans le cadre de la recherche. Avant même toute éventualité de clonage reproductif, le clonage thérapeutique permet une banalisation de la manipulation des cellules embryonnaires (création en lignée, mise en culture) ainsi transformées en simple matériel biologique au mépris du principe d'indisponibilité et de non-commercialisation du corps humain.

De tels dilemmes opposant, d'une part, l'impératif de respect de la nature humaine dès sa conception consacré par le droit et par l'éthique médicale<sup>21</sup> et, d'autre part, le devoir de solidarité vis-à-vis des malades tissent un champ d'argumentation au sens introduit par Chaïm Perelman<sup>22</sup>, au sein duquel la contradiction ne relève plus de l'incohérence et de l'absence mais constitue au contraire comme une modalité permanente du discours. L'embryon se situe dans un espace propre au discours au sein duquel il est entièrement acceptable et

21. Voir le principe de droit *infans conceptus, pro nato habetur, quoties de commodis ejus agitur* (L'enfant conçu est réputé né toutes les fois qu'il y va de son intérêt).

22. Chaïm Perelman, *Le raisonnable et le déraisonnable en droit*, Paris, LGDJ-Montchrestien, 1984, et *Le traité de l'argumentation*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2000.

intelligible de soutenir des thèses diamétralement opposées. Dès lors qu'elle ne s'exerce ni complètement sur une chose ni simplement sur une personne consciente et consentante, la manipulation de cellules embryonnaires relève tantôt de l'utilisation d'une simple chose à l'instar des expérimentations réalisées sur de simples molécules, réduction à l'état de moyen destinée à rechercher l'intérêt légitime d'une personne humaine à travers sa guérison, tantôt de la manipulation d'une personne humaine potentielle. Par ailleurs, loin de s'opposer clairement et distinctement au sein de ce que nous avons appelé plus haut, à la suite de Georges Canguilhem, un rapport « de contradiction et d'extériorité », ces deux thèses idéal typiques se mêlent dans un rapport « d'inversion et de polarité » pour donner naissance à des argumentations intermédiaires où le caractère de normalité n'est jamais entièrement séparé par une sorte de rupture qualitative du caractère pathologique. Ainsi, la reconnaissance pour l'embryon du statut de personne « normale », en soi digne de respect, est accompagnée par un certain degré d'acceptation de l'anormalité représentée par sa mise en culture justifiée et comme excusée et affranchie par la procréation ou le traitement qu'elle permet de réaliser. À l'inverse, la réduction du pré-embryon au statut de chose, au motif qu'il ne s'agit que d'une simple cellule, s'accompagne d'une certaine réserve à l'origine, par exemple, de l'imposition de protocoles d'expériences.

Le concept élémentaire de personnalité juridique, de personne s'opposant à la chose, rompt avec sa clôture scolastique, dans le cas de l'embryon et plus particulièrement du pré-embryon, pour faire apparaître en creux une certaine rareté – au sens du vide qui s'oppose au plein –, qui teinte l'ensemble des discours de la pensée politique ayant pour objet la personne et le sujet de droit. Par ailleurs, cette qualité caractéristique du silence ou bien de ce qui n'a pas de visage, pour reprendre le langage de l'archéologie foucauldienne, sanctionne, en même temps que le regard scientifique qui permet de l'isoler, l'existence d'un pouvoir global. C'est en ce sens qu'est invoquée l'idée d'une biopolitique ou d'un biopouvoir qui exercerait son emprise sur les corps humains ramassés autour des seules déterminations biologiques de la naissance, de la mort, et de la maladie.

En ce sens, le statut exceptionnel du pré-embryon conçu comme une situation limite entre le sujet et l'objet, la personne et la chose, permet d'observer le point d'inflexion, « le passage », non comme ce qui est extérieur au discours, et qui appelle sa résorption, mais au contraire comme ce qui lui est inhérent, comme son régime

le plus approprié. L'embryon est ainsi qualifié de personne humaine potentielle, devenant une sorte d'entité intermédiaire trouvant son rang à l'intérieur d'un dispositif ambigu, à la charnière entre deux mondes de significations qui composent indissociablement leurs rapports spécifiques. L'équilibre fondamental à la société politique se déplace de manière radicale de l'opposition entre ami et ennemi vers la coupure raciste entre « ce qui doit vivre et ce qui doit mourir, d'un point de vue exclusivement biologique ». Dans le cas de l'embryon, la personnalité, au sens de ce qui confère un droit de cité, ne lui est donc plus consentie – ou refusée – qu'en vertu d'une distinction biologique diffuse.

*Face à l'exception : différence de contenu, identité de rapport*

Ce sont donc ces situations où « il y a litige » autour du sens à donner à la loi positive – et exceptionnelles en ce sens – et où les catégories les plus intimes du droit (citoyenneté, personnalité) rencontrent leur limite intérieure, que paradoxalement se noue l'intrigue constante du droit. En sorte que l'exception diffère de la contingence. Émerge donc un champ des argumentations raisonnables, tel qu'il a été mis en lumière par Chaïm Perelman, qui trouve justement dans cette indétermination son milieu et son ressort naturel : « Quand la thèse à faire admettre est évidente et que cette évidence s'impose à tout esprit attentif, il n'y a pas lieu d'argumenter : dès que la vérité s'impose de manière contraignante, quand l'évidence ne laisse aucune liberté de choix à la volonté, toute rhétorique est superflue ».

Ainsi la nature même des cas d'espèce susceptibles de supporter une qualification juridique, répugne à toute forme de compréhension claire et distincte du type de celle des équations mathématiques. Les règles les plus communément acceptées doivent, elles-mêmes, rencontrer des cas exceptionnels car il y va de la compréhension même de ce qu'est une règle de droit et de l'abstraction nécessaire qu'elle déploie ; l'universalité et la nécessité du principe cohabitent avec leur possible remise en question. Comme si l'universalité non seulement souffrait d'être contredite, mais encore trouvait dans cette épreuve sa véritable consistance.

Cette forme d'universalité définit une autre logique, distincte de la logique formelle, et spécifiquement juridique. Suivant l'enseignement de la logique classique, une proposition est formellement valable si elle est démontrée à partir d'un certain nombre d'axiomes

et de théorèmes, donc de manière hypothético-déductive et, à cet égard, elle ne peut pas être valable en même temps que sa négation. Au contraire, la logique spécifiquement juridique – nommée logique de la controverse – accueille naturellement les arguments *a simili* et *a contrario* qui « ... conduisent à des conclusions diamétralement opposées ». À une logique formelle, tranchée et sans nuance – correcte ou incorrecte, une proposition logique ne peut pas être plus ou moins vraie – répond donc une logique juridique qui procède par degrés. En effet, une loi, un règlement ou même un article de la Constitution sont essentiellement discutables en fonction de la société dans laquelle on se situe. De la sorte, une même société peut être partagée entre deux notions incompatibles du raisonnable, reflétant ainsi l'interrogation fondamentale soulevée par Ch. Perelman : « Que faire quand deux règles, également importantes, conduisent en l'occurrence à des conséquences diamétralement opposées et qu'il peut paraître déraisonnable de violer l'une ou l'autre de ces règles ? ».

*Par-delà la crise du langage :  
éléments pour une pensée transversale du politique*

Nous ne quittons pas le paradoxe initial : c'est apparemment la logique juridique même qui assigne au droit une limite, en le sommant d'intervenir sur des cas dont il ne peut *a priori* venir à bout. Qu'il garde le silence, et c'est admettre que le langage du droit bute sur un indicible et s'enferme alors dans sa propre aphasie. Qu'il s'astreigne à produire un discours, et c'est le condamner, dans ses dispositifs (rétention) comme dans la logique interne de ses énoncés (argumentation) au *bougé*, à l'éternel flottement<sup>23</sup>. Le centre de rétention est créé par le droit pour gérer sa propre limite, sur laquelle par définition il ne peut s'exprimer. Sur les biotechnologies, l'ordre du discours juridique ne produit ses énoncés sur le cas d'exception qu'au prix d'une recombinaison imparfaite des systèmes d'argumentation du droit libéral. Pour finir, ce bouleversement du champ argumentatif n'aboutit jamais à la stabilisation d'un espace public organisé suivant des clivages durables, mais au contraire à un système de

---

23. Ce flou n'est d'ailleurs pas l'apanage du droit des situations limites, il tend de plus en plus à constituer l'élément naturel dans lequel se meut le droit contemporain. Voir François Chazel, Jacques Commaille (dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, LGDJ, 1991.

positions multiples faisant moins référence au rationnel qu'à l'*acceptable*.

Dans les deux cas étudiés, le discours performatif du droit perd soudain toute prise sur le sujet. Il poursuit désespérément une aberration résultant de sa propre logique mais impensable dans ses termes, donc irréductible. Cette crise permanente du langage juridique renvoie à une crise du discours et du langage politiques en tant que tels ; à notre capacité à penser et dire le politique. Lorsque la *vie nue* du corps en exception paraît au cœur même de l'État, la grammaire politique moderne demeure apparemment incapable de saisir parfaitement cette parcelle de hors-droit, de hors-politique et de hors-langage. W. Benjamin avait fait de ce constat le pivot de ses thèses *Sur le concept d'histoire*<sup>24</sup>. Le discours du progrès et du respect des droits du sujet n'y pouvait supprimer les conditions de régression du sujet vers la vie nue en exception : elle restait son point aveugle<sup>25</sup>.

D'où vient ce désarroi ? Pour notre auteur, « la tradition des opprimés nous enseigne que "l'état d'exception" dans lequel nous vivons est la règle »<sup>26</sup> : ce qui suppose que l'exception ne se manifeste plus dans la seule situation d'urgence mais court à travers l'ordre juridique et s'y manifeste subrepticement, à l'opposé exact de l'état de siège<sup>27</sup>. Dans nos deux cas, elle n'est pas un monstre extérieur au droit mais apparaît comme au détour de sa logique.

La dialectique progrès/régression de la superstructure juridico-politique (cité ou État) assurant la promotion du sujet de droit doit alors avouer son impuissance : l'exception en sape les fondements en interdisant au sujet d'être pensé comme tel. Chez Benjamin, la violence souveraine dont il est l'objet correspond moins à l'*avancée* ou au *recul* de l'histoire qu'au moment où le sol se dérobe sous ses pas : le droit s'effondre sur lui-même et sur sa propre base. C'est donc aussi un effondrement de tout discours qui se limiterait devant l'exception à *dire* le droit, à se réclamer de son progrès ou de la sophistication croissante des procédures et argumentations juridiques : leurs concepts de référence se voient réduits à l'impuissance par la suspension même du droit. Par extension, c'est l'ensemble des catégories politiques nous servant à penser la place de

24. Walter Benjamin, *Œuvres*, Paris, Gallimard, 2001.

25. *Ibid.*, « Sur le concept d'histoire », p. 438-439.

26. *Ibid.*, p. 433.

27. Voir également Alain Brossat, *Le corps de l'ennemi*, Paris, La Fabrique, 1998, et Didier Bigo, « Se garder face à l'ennemi ? », dans *Les figures de l'ennemi intérieur, 6<sup>e</sup> congrès de l'AFSP, table ronde n° 6*, Paris, FNSP, 1999.

la vie nue dans la cité qui, miné de l'intérieur, est à reconsidérer. Le problème paraît alors sans issue : si l'exception est ici la faille au cœur du discours, ne devient-elle pas effectivement indépassable ? À quelles conditions le discours philosophique peut-il produire une réflexion sur cette manifestation particulière de l'exception ?

La réflexion de Benjamin précise la démarche intellectuelle pouvant mener à une pensée du politique par-delà l'obstacle de la souveraineté, notamment dans la critique de la conception linéaire du progrès historique. Si l'architecture juridico-politique dans ses concepts fondamentaux ne permet pas de penser au-delà de l'exception, la réflexion peut se refuser à les prendre pour point de départ. De fait, le projet benjaminien suppose le refus d'une entrée transcendante dans la pensée du politique et rejoint volontiers la méthode généalogique de Nietzsche : penser, selon son mot, « sur le bord extérieur » de la philosophie du droit – et tirer de ses failles, impensées et indicibles, la matière d'une pensée positive, mais *irréductible* à elle. On part ici de l'exception même dans son immanence pour trouver les moyens de son dépassement : c'est le « plan » inférieur à celui de la sphère juridique, où se trouvent le corps de l'étranger retenu et le vivant problématique des biotechnologies qui doit servir de base à la réflexion. La « tradition des opprimés » cesse alors d'être « un reste muet de la politique » (Foucault), pour être placée au centre de sa pensée. On cherchera dans ce *reste* dénué de tout sens privatif les moyens d'une nouvelle pensée *positive* du lien politique.

Il s'agit de se libérer du cadre intellectuel de la modernité – et des couples transcendantal/empirique, état civil/état de nature, et par extension état de droit/état d'exception. Cette réflexion, on le sait, aboutissait chez Benjamin à la volonté messianique d'abolir la faille originelle entre le droit et la vie, de penser un droit et une vie totalement confondus et réduits l'un à l'autre. C'est prolonger notre réflexion de départ : assumer le caractère diffus de l'exception souveraine dans la logique du droit libéral, son entrelacement étroit avec l'ordre juridique tout entier dans la modernité, sans pour autant renoncer à penser le politique, par-delà le principe de souveraineté. ♦

---

Nicolas Fischer est doctorant en science politique (pensée politique) à l'IEP de Paris. Il a participé à la journée d'étude organisée par la Maison des sciences de l'homme le 9 décembre 2002 et intitulée « De la prison d'exception à la prison modèle ». Sa communication « Joseph K. en

Lozère : les usages dynamiques du pouvoir dans un camp d'internement français » paraîtra prochainement.

---

David Smadja est doctorant en science politique (pensée politique) et maître de conférences en histoire des idées politiques à l'IEP de Paris. Il est également enseignant à l'Institut éthique et soins hospitaliers – Espace éthique de l'Assistance publique des Hôpitaux de Paris. Il a publié « Ronald Dworkin, Prendre les droits au sérieux et interroger le droit individuel au suicide médicalisé » (été-automne 2000) ; « Les tests génétiques peuvent-ils conduire à l'eugénisme ? » (automne-hiver 2000) et « Chaïm Perelman, Délibération et logique juridique de la contradiction » (hiver-été 2002), dans la *Lettre de l'espace éthique* ; ainsi que « Éthique médicale contemporaine », dans R. Zittoun, B. M. Dupont (dir.), *Penser la médecine : essais philosophiques* (Paris, Ellipses, 2002, p. 73-87). Ses thèmes de recherche actuels : Droit et argumentations à l'épreuve des nouvelles situations biomédicales ; Droit de l'embryon et droit de mourir ; Théorie de l'argumentation.

---

## RÉSUMÉ

### L'état d'exception et les silences de la loi

La notion d'exception juridique est habituellement associée à des situations extrêmes de violence politique. Il est cependant possible de la penser comme un simple moment logique, constitutif du droit comme ordre discursif, et en même temps extérieur à lui. L'exception surgit ainsi dans le fonctionnement quotidien du droit, sous la forme d'un point aveugle que la logique du discours juridique ne parvient jamais à réduire. Cette contribution tente d'analyser ce désarroi du système juridique à travers deux cas dans lesquels il se dévoile : la rétention administrative des étrangers, et le débat contemporain en matière de bio-technologies. Elle cherche pour finir à tirer quelques conclusions sur la recomposition de la pensée juridique et politique face à ces cas limites.

### *The State of Exception and the Silences of the Law*

*The notion of judicial exception is usually associated with extreme, violent political situations. It may nonetheless be conceived as a simply logic moment, both fundamental and unreachable for law as an order of speech. In that sense exception lays at the very root of the law, and appears to be a blind point of the judicial system at the same time. The purpose of this article is to analyse this disarray of judicial speech as it appears in two contemporary situations : the administrative detention of aliens, and the current debate on biotechnologies. It finally examines how the political and judicial thought are bound to recompose facing those new problems.*