

2015

## Three Essays in Criminal Justice

Bernard E. Harcourt

*Columbia Law School*, [bharcourt@law.columbia.edu](mailto:bharcourt@law.columbia.edu)

Follow this and additional works at: [https://scholarship.law.columbia.edu/faculty\\_scholarship](https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship)



Part of the [Criminal Law Commons](#), [Law Enforcement and Corrections Commons](#), and the [Public Law and Legal Theory Commons](#)

---

### Recommended Citation

Bernard E. Harcourt, *Three Essays in Criminal Justice*, COLUMBIA PUBLIC LAW RESEARCH PAPER NO. 14-480 (2015).

Available at: [https://scholarship.law.columbia.edu/faculty\\_scholarship/1932](https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/1932)

This Working Paper is brought to you for free and open access by the Faculty Publications at Scholarship Archive. It has been accepted for inclusion in Faculty Scholarship by an authorized administrator of Scholarship Archive. For more information, please contact [scholarshiparchive@law.columbia.edu](mailto:scholarshiparchive@law.columbia.edu).

# COLUMBIA LAW SCHOOL

PUBLIC LAW & LEGAL THEORY WORKING PAPER GROUP



PAPER NUMBER 14-480

THREE ESSAYS IN CRIMINAL JUSTICE

BERNARD E. HARCOURT

SEPTEMBER 28, 2015

THREE ESSAYS IN CRIMINAL JUSTICE

~ ~ ~

I. VERDICT AND ILLUSION

II. A SINGLE VOICE OF JUSTICE

III. READING *PENAL THEORIES AND INSTITUTIONS*

\*\*\*

{Including a French version of the final essay}

\*\*\*

Prepared for *Foucault 13/13* at Columbia University  
<http://web.law.columbia.edu/foucault1313>

Bernard E. Harcourt  
Columbia University/EHESS

28 September 2015

VERDICT AND ILLUSION

Bernard E. Harcourt

*Where does the truth lie?*

**T**he Alabama jury that sentenced Doyle Hamm to death heard only nineteen minutes of mitigation evidence. Only two witnesses were called by the defense. The first, Mr. Hamm's sister, briefly described, in monosyllabic testimony, their harrowing family upbringing and then admitted that she'd favor the death penalty for her brother "if it would bring Mr. Cunningham back."\* The second, a deputy sheriff from the local jail, indicated, in the span of a single page of trial transcript testimony, that Mr. Hamm had been "cooperative" while detained in his cell pre-trial.†

The full transcript of the mitigation evidence presented to Mr. Hamm's jury takes up only 27 pages of double-spaced, wide-margined, large-font typed print. It takes less than nineteen minutes to read.

The death sentence was swift and efficient. The twelve jurors assembled at 11:15 a.m. in the late morning of September 28, 1987. They broke for a long lunch over the noon hour, a lunch that lasted one hour and twenty minutes. By 4:30 p.m. that same day, the jurors had sentenced Mr. Hamm to death: they heard opening statements, listened to all of the evidence and the two witnesses, took in the closing arguments of counsel, were instructed by the judge on the law of capital sentencing in Alabama, fully deliberated, and returned a death verdict sentencing Mr. Hamm to be executed in Alabama's electric chair.

The twelve jurors deliberated for less than 45 minutes. It took them less time to decide that Mr. Hamm should die than it did to have lunch.

All told, the Alabama jury sentenced a man to death in record time—three-hours and fifty-five minutes—a man who, on subsequent investigation, suffers from lateralized brain damage, functions at a borderline intellectual ability, and has over 2,000 pages worth of educational and medical records to support expert psychiatric testimony of neuropsychological damage, non of which was introduced at trial.

---

\* *State of Alabama v. Doyle Lee Hamm*, Cullman County Circuit Court, CC-87-121/F, Alabama, Trial Record, Volume VII, p. 1234 (September 28, 1987).

† *Ibid*, p. 1240.

In state post-conviction hearings in 1999, new counsel for Mr. Hamm challenged the inadequate representation of his trial attorneys—representation that resulted, among other deficiencies, in those meager nineteen minutes worth of mitigation testimony. Mr. Hamm’s claim of ineffective assistance of counsel was roundly rejected by the Alabama judge in a lengthy, 89-page judicial opinion that the judge never wrote. Instead, the judge simply signed the lengthy proposed opinion written by the Alabama Attorney General—in other words, by the attorney who was pushing to execute Doyle Hamm—a proposed opinion that rejected every possible claim Mr. Hamm raised or could possibly have raised.\*

To be more precise, shortly after the state habeas corpus hearing, the Alabama Attorney General drafted and submitted to the state trial court an 89-page document titled “PROPOSED MEMORANDUM OPINION.” The Attorney General’s submission mimicked the kind of elaborate judicial opinions denying habeas relief. The Attorney General’s proposed opinion was received by the clerk of the court on Friday, December 3, 1999, and date stamped that day (it is stamped “FILED IN OFFICE DEC 3, 1999”). The very next business day, on Monday, December 6, 1999, the trial court signed the “PROPOSED MEMORANDUM OPINION” without so much as removing the word “PROPOSED” or making a single alteration or edit to the document (which is now also date stamped “FILED IN OFFICE DEC 6, 1999”).

Since then, a score of Alabama appellate and federal judges have relied on the “proposed” judicial opinion as if it had been written by a neutral magistrate. On August 2, 2015, a three-judge panel of the United States Court of Appeals for the Eleventh Circuit in Atlanta, Georgia, perpetuated the illusion, writing:

The Rule 32 Court’s order, entered on Monday, December 6, 1999, was apparently a verbatim adoption of the state’s “Proposed Memorandum Opinion” that was filed on Friday, December 3, 1999. The Rule 32 Court did not even strike the word “Proposed” from the order. Although this procedural shortcut has no bearing on our disposition of Hamm’s federal habeas appeal, we take this opportunity to once again strongly criticize the practice of trial courts’ uncritical wholesale adoption of the proposed orders or opinions submitted by a prevailing party.†

The fact that a party to the litigation wrote the judge’s opinion was, according to these federal appellate judges, nothing more than a “procedural shortcut.”

Justice, it turns out, can sometimes be short circuited.

---

\* Andrew Cohen, “When Prosecutors Write Opinions That Judges Sign Off On,” *Brennan Center for Justice*, November 17, 2014 (available at <https://www.brennancenter.org/analysis/when-prosecutors-write-opinions-judges-sign>).

† *Hamm v. Commissioner*, No. 13-14376-P, Slip Op. at 8 n.3 (11th Cir. Aug. 3, 2015).

\*

To put this in perspective, the grand jury that no billed the indictment against Darren Wilson in the shooting death of Michael Brown in Ferguson, Missouri, heard from 60 witnesses over the course of 75 hours. The grand jury met, off and on, for three months. The jurors deliberated for several days. The grand jury proceedings produced a voluminous transcript that reaches almost 5,000 pages. And let me emphasize, that was a *screening jury* deciding whether there was probably cause to indict someone and bring them to trial, not a jury actually deciding whether someone is guilty or should be sentenced to a prison term, let alone death.

Nineteen minutes of mitigation evidence to sentence Doyle Hamm to death. Seventy-five hours of witness testimony to no bill an indictment against Darren Wilson. The cases reflect two very different criminal justice systems operating in this country. As numerous studies have shown, the differences have everything to do with the race of the victim and the status of the accused.\* In all these respects, the two cases could hardly seem more far apart.

Yet they have one thing in common: the illusion of a verdict.

Both cases reveal, in a most stark way, what an illusion a verdict or a judicial judgment can be. Both cases reveal how our contemporary criminal law uses legal forms to shield political decisions from public debate and transform them into neutral judicial pronouncement entitled to deference.

The Ferguson grand jury is perhaps the clearest illustration of this. It represented an utterly remarkable use of the device that is the grand jury as a method to produce the truth of the encounter between Darren Wilson and Michael Brown. The use—or abuse—of the grand jury has functioned to convince many Americans that there’s actually been a jury verdict on the evidence, when in fact, nothing could be further from the truth.

The no bill was a carefully orchestrated proceeding that was packaged and served to the American public to look like a trial on the evidence. In former days, we spoke of “show trials.” Well, this grand jury proceeding was just that—constructed behind the veil of grand jury secrecy, packaged in transcript form, and delivered to the American people without ever risking the adversarial process, the scrutiny of a single judge, or the searching eye of the public or the media.

---

\* D. Baldus & G. Woodworth, “Race Discrimination in America's Capital Punishment System Since *Furman v. Georgia* (1972): The Evidence of Race Disparities and the Record of Our Courts and Legislatures in Addressing This Issue” (1997) (report prepared for the American Bar Association); U.S. General Accounting Office, *Death Penalty Sentencing: Research Indicates Pattern of Racial Disparities* (1990); Kimberly Kindy, Kimbriell Kelly, “Thousands Dead, Few Prosecuted,” *Washington Post*, April 11, 2015 (available here <http://www.washingtonpost.com/sf/investigative/2015/04/11/thousands-dead-few-prosecuted/>)

The grand jury process in the Michael Brown shooting was, point-for-point, the contrary of what would usually occur in a homicide case; but it was brilliantly assembled to resemble a real jury trial.

First, prosecutors generally try to limit grand jury testimony in homicide cases to avoid creating impeachment testimony or exculpatory *Brady* evidence. In this case, the prosecutor did the exact opposite, putting on all the witnesses who testified inconsistently that Michael Brown was surrendering, falling, turning around, walking back, and simultaneously charging when the police officer fired the twelfth fatal shot.\*

Second, grand jury proceedings are non-adversarial since the only lawyer in the room is the prosecutor, and that prosecution generally does not cross-examine witnesses favorable to a prosecution. In this case, the prosecutor did the exact opposite, going so far as to tell one witness favorable to the prosecution: “Basically just about everything that you said on Aug. 13, and much of what you said today isn’t consistent with the physical evidence that we have in this case, OK.”†

Third, prosecutors try to stick to vetted pattern jury instructions, given that no judge or defense counsel is present in the grand jury room to object or oversee. Again, the exact opposite happened here, with the prosecutor giving a patently incorrect instruction on police use of deadly force that had been ruled unconstitutional by the United States Supreme Court and never properly corrected the error.‡

Fourth, grand jury proceedings are secret, closed to the public, and generally sealed. In fact, § 540.320 of the Missouri Statutes provides that “No grand juror shall disclose any evidence given before the grand jury” and that “any juror violating the provisions of this section shall be deemed guilty of a class A misdemeanor.” It is extremely rare for grand jury transcripts to be publicly available. In this case, the 5,000 page transcript was released and made available on-line the same evening as the press conference.

---

\* Sandhya Somashekhar and Kimbriell Kelly, “Was Michael Brown surrendering or advancing to attack Officer Darren Wilson?” *Washington Post*, November 29, 2014, available here: [http://www.washingtonpost.com/politics/2014/11/29/b99ef7a8-75d3-11e4-a755-e32227229e7b\\_story.html](http://www.washingtonpost.com/politics/2014/11/29/b99ef7a8-75d3-11e4-a755-e32227229e7b_story.html)

† Julie Bosman, Campbell Robertson, Erik Eckholm and Richard A. Oppel Jr., “Amid Conflicting Accounts, Trusting Darren Wilson,” *New York Times*, November 25, 2014, available at [http://www.nytimes.com/2014/11/26/us/ferguson-grand-jury-weighed-mass-of-evidence-much-of-it-conflicting.html?\\_r=0](http://www.nytimes.com/2014/11/26/us/ferguson-grand-jury-weighed-mass-of-evidence-much-of-it-conflicting.html?_r=0)

‡ MSNBC, *The Rewrite*, “Shocking mistake in Darren Wilson grand jury,” November 26, 2014, available at: <http://www.msnbc.com/the-last-word/watch/shocking-mistake-in-darren-wilson-grand-jury-364273731666>

Finally, grand juries have the task of either returning a true bill or no bill of indictment—not with returning a jury verdict. Here too, things were completely different, with Robert McCulloch trying to give the impression that there had been a verdict on the full evidence, and telling the American people, at his unusual press conference, that “The grand jury worked tirelessly to examine and reexamine all of the testimony of the witnesses and all of the physical evidence... They are the only people, the only people, who have heard and examined every witness and every piece of evidence.”

In this case, the packaged product succeeded in making many believe there had been a verdict of not guilty. That, of course, was the point.

And it worked.

Even the *New York Times* referred to the no bill as a “disputed verdict” in its front-page headline above the fold on November 29, 2014—when in fact, there was no verdict. A grand jury decision is not a “verdict.” A petit jury at a trial after hearing all the evidence returns a verdict—a statement of truth regarding all the evidence (*ver*-truth; *dict*-statement). A grand jury either true bills or no bills an indictment. Grand juries never return verdicts.

\*\*

**H**ow is it that the *New York Times*, of all venues, could have been duped by this illusion of a jury verdict? Could it have been a Freudian slip, perhaps? I wrote the public editor of the *New York Times* to ask, but never got a straight answer:

Distorted NYTimes Ferguson Headline: "Verdict"  
nytimes, public [public@nytimes.com](mailto:public@nytimes.com)  
Fri, Nov 28, 2014 at 3:19 PM  
To: Bernard E Harcourt <beh2139@columbia.edu>  
Dear Mr. Harcourt,

Thank you for taking the time to write. You raise an interesting point, and I have forwarded your note to The Times's Standards desk, which has a more prominent role in monitoring the word choices and terminology used by the newsroom. You can follow up with the desk by emailing [nytnews@nytimes.com](mailto:nytnews@nytimes.com).

Thanks again for writing, and for reading The Times.  
Best,  
Joumana Khatib  
Office of the Public Editor  
The New York Times



I followed up but the news desk, not surprisingly, never returned my e-mail.

To call it a Freudian slip—an act of wishful thinking—would be too charitable. Indeed, it would be quite momentous to imagine a *real* jury hearing all the evidence that a *real* prosecutor could have marshaled in that case and returning a *real* verdict. That would have been the true wish fulfillment of justice. But that's not what was going on.

To call it “ideological” is somewhat too loaded, normatively—unless one takes a Mannheimian view of ideology that renders the expression far too innocuous.\* But a robust notion of ideology is far too wedded to a binary theory of power that no longer seems operative, especially after rethinking power struggles and cultural battles.† Yes, to be sure, there is White Supremacy coursing through this misnomer of a verdict. Yes, there are race biases and prejudices, and a whole favoritism of law enforcement. But matters are not so monolithic. There are many other struggles of power going on and lacing this grand jury. In this regard, Foucault had to be right.

But to then describe it through the lens of a “regime of truth,” that cannot be right either. To speak of truth production, perhaps, but that should not immobilize us from invalidating the verdict: the truth of that object, as verdict—regardless of the fact that it is product of a particular, historically situated episteme—is false. It is not a verdict, even if some people are fooled into believing it was. It surely has “truth effects,” but we can judge those.

No, instead, the verdict is an illusion, and there is something valuable about the notion of an illusion, something worth recuperating. The “verdict” is a mirage, as is the “judicial opinion” in Doyle Hamm’s case. It is a nominalist mirage. We can deconstruct it, without reifying another object. By contrast to ideology, there is no substratum beneath it that is true. This object (the verdict) is not truly a verdict, but there is no truth to replace it. And by contrast to a regime of truth, we can indeed say it is not true—it is *not* a verdict. We surely can say that about it. It is not just a belief system, it is a *false* belief.

---

\* Karl Mannheim, *Ideology and Utopia* (London: Routledge, 1936).

† See e.g. Bernard E. Harcourt, *Foreword to the Supreme Court Review: “You Are Entering a Gay and Lesbian-Free Zone”*: *On the Radical Dissents of Justice Scalia and Other (Post-)Queers [Raising Questions about Lawrence, Sex Wars, and the Criminal Law]*, 94 *Journal of Criminal Law and Criminology* 503 - 549 (2004); Bernard E. Harcourt, *On Gun Registration, the NRA, Adolf Hitler, and Nazi Gun Laws: Exploding the Gun Culture Wars [A Call to Historians]*, 73 *Fordham Law Review* 653 - 680, (Symposium on the Second Amendment and the Future of Gun Regulation) (2004).

\*\*\*

**T**he St. Louis Prosecuting Attorneys orchestrated the jury’s “verdict” in the Michael Brown shooting death. The Alabama Attorney General orchestrated a “judicial opinion” in Doyle Hamm’s case that itself, in an illusory boot-strap, orchestrated a jury “verdict.” Producing truth is what judicial systems do best. These truths are, though, nothing more than illusions.

Now, none of this is to deny that these illusions must be placed within a larger political economic framework. Criminal law and punishment today are constituent parts of the circulation, distribution, and accumulation of wealth, and they transform economic relations.

As Walter Johnson and myriad reports and articles on the system of criminal fines in Ferguson (and in so many other small towns across United States)\* demonstrate well, the political economy of Ferguson functions by means of the criminal law: the second largest source of revenue for this small municipality, a municipality which among other things is the home of a Fortune 500 company, Emerson Electric, is precisely the fines collected by the municipality for minor infractions and municipal offenses that target principally the poorest in the community:

In 2013 alone, the municipality of Ferguson collected \$2,635,400 in fines through its municipal courts for minor municipal infractions, and this represented 20% of the entire budget of the municipality.† These fines represent the second biggest source of revenue for the municipality.

This is how the penal economic system works in Ferguson—and how laced it is with discrimination against minorities, as reported by Johnson:

over the past two years, 85 percent of traffic stops there involved black motorists... After being stopped, black residents were twice as likely to be searched and twice as likely to be arrested as white residents—despite the fact that, in the event of a search, whites proved to be two-thirds more likely

---

\* United States Department of Justice, Civil Rights Division, “Investigation of the Ferguson Police Department,” March 4, 2015 (available here: [http://www.justice.gov/sites/default/files/opa/press-releases/attachments/2015/03/04/ferguson\\_police\\_department\\_report.pdf](http://www.justice.gov/sites/default/files/opa/press-releases/attachments/2015/03/04/ferguson_police_department_report.pdf)); Walter Johnson, “Ferguson’s Fortune 500 Company. Why the Missouri city—despite hosting a multinational corporation—relied on municipal fees and fines to extract revenue from its poorest residents,” *Atlantic*, 26 April 2015, available at <http://www.theatlantic.com/politics/archive/2015/04/fergusons-fortune-500-company/390492/>; see generally Mike Maciag, “Skyrocketing Court Fines Are Major Revenue Generator for Ferguson,” *Governing the States and Localities*, August 22, 2014; etc.

† Johnson, “Ferguson’s Fortune 500 Company.”

to be caught with some sort of contraband. Municipal violations for having an unmowed lawn, or putting out the trash in the wrong place at the wrong time, were issued overwhelmingly to black residents. Ninety-five percent of the citations for the “manner of walking in the roadway” and “failure to comply” were issued to African Americans.

In the same period of time, the city issued over 9,000 warrants for missed court appearances and unpaid (or incompletely paid) fines. According to a report by the Arch City Defenders, a non-profit legal advocacy group focused on issues facing St. Louis County’s poor and homeless population, citizens who failed to appear or to pay fines that were “frequently triple their monthly income” were liable to be jailed, sometimes for as long as three weeks. Those with outstanding warrants were rendered ineligible for most forms of public assistance and government-provided social services.\*

And this entire ecology is embedded within a larger theoretical framework of neoliberalism that caters to the financial interests of corporations like Emerson Electric at the expense of the lower-income residents of the community: The entire political economy of the municipality is organized around the effort, through a number of fiscal incentives, to attract corporations like Emerson Electric—private corporations that, in the end, extract far more profit and economic benefit from the relationship than they give. One example is the low assessment of the value of their property, which entails, for example, that they pay only “\$68,000 in property taxes from the corporate headquarters that occupies 152 acres of its tax base.”† In fact they pay such low taxes, that they don’t even need to take advantage of the tax abatements to which they would be entitled when they constructed a new data center in “a state-designated Enhanced Enterprise Zone” (by contrast to the many other companies, such as Home Depot, Walmart, and Sam’s Club, that all profited from the fiscal incentives to open big-box stores in Ferguson.‡ (Note: this is all financed by municipal bonds that the local residents end up paying for through the local budget).

In 1980, during the Reagan mania, a Missouri statesman passed an amendment to the state constitution that required a referendum for any increase in municipal taxes. By contrast, under that amendment, municipalities can augment their sales taxes without municipal referendum to pay for their TIF bonds.§

---

\* *Ibid.*

† *Ibid.*

‡ *Ibid.* (“These companies all came to town in 1997 through something called tax increment financing—known (to the extent it’s known at all) by the acronym TIF. Along with low appraisals and tax abatements, TIF districts are one of Missouri’s principal tools for encouraging new development.”)

§ *Ibid.* (“Under the Hancock Amendment, municipalities can raise their sales tax without a local referendum in order to pay for the retirement of TIF bonds. And according to the Ferguson city budget, sales taxes account for the largest share of the city’s revenues.”)

As we all know, sales taxes, of course, fall the hardest on the poorest.

The result is a deficit for the municipality has to be compensated for by the financial extraction from the poorest members of the community by means of a complex system of sales taxes and criminal fines, arrests, incarcerations, and extraction. As Johnson explains:

according to the Ferguson city budget, sales taxes account for the largest share of the city's revenues. Next come municipal court fines. And after that franchise taxes—taxes on telecommunications, natural gas, and electricity usage. Only after that comes revenue from property taxes.

This means Ferguson extracts more revenue from African American renters seeking to heat their homes in the winter, light them after dark, and talk on their cell phones than it does from those who own the homes themselves. Taken together, these regressive taxes account for almost 60 percent of the city's revenue. In contrast, property taxes—which are, at least in theory, progressive taxes—account for just under 12 percent.\*

\*\*\*\*

Without doubt, these illusions—the “verdict” in Ferguson, the “judicial opinion” in Doyle Hamm’s case—need to be placed within a political economy of crime and punishment. But that does not mean they should be understood in ideological terms. There is no single, constant, monolithic form of domination taking place. The political, economic, and cultural struggles are far too ambiguated, the battle lines too fluid. The illusions will not be replaced by a countervailing truth. To fail to appreciate this would surely doom any meaningful resistance.

In the end, it is *judgment* we should pursue first. The fact is, there never was a trial of Darren Wilson. And Doyle Hamm has never been able to present his mitigation evidence. In the absence even of those, who is to say where truth or justice lie?

---

\* *Ibid.*

A SINGLE VOICE OF JUSTICE

Bernard E. Harcourt

“A thing there is, whose voice is one”  
*The Riddle of the Sphinx*

**T**his particular riddle plays out in the form of a judicial joust, but a joust that is neither equal from the start, nor intended to discover any truth. Just like the chariot race between Menelaus and Antilokus,\* this competition is not balanced. The parties are not of equal standing. Judges will declare a victor between the two, but the latter are unevenly matched. Everything will turn on a determination of fact, yet only one party will be given the scepter.

This joust, like the chariot race, is not a question of who will win. The social order is determined ahead of time. It is not about who is faster on their chariot, who is stronger, whose horses are better; it is not about who has the stronger evidence, or the better argument. Nor is it about who is right, which facts are true, what actually happened.

For in this struggle, a sovereign party—the state of Alabama, through its Attorney General—is gifted sovereign power, or more precisely the judicial quill. And so, on habeas corpus review of Doyle Hamm’s death sentence in the state court of Alabama—where all the facts are found—the state of Alabama gets to write the judicial opinion.

On Friday, December 3rd, 1999, the Alabama Attorney General submits his 89-page “proposed memorandum order” to the clerk of the court. It is date stamped, and “filed in office” that afternoon.

---

\* Homer, *Iliad*, Bk. 23; see Foucault, *Wrong-Doing, Truth-Telling: The Function of Avowal in Justice*, Lecture of April 22, 1981.

IN THE CIRCUIT COURT OF CULLMAN COUNTY, ALABAMA

DOYLE LEE HAMM, )  
)  
Petitioner, ) 029  
)  
vs. ) CASE NO. CC 87-121.60  
)  
STATE OF ALABAMA, ) **FILED IN OFFICE**  
)  
) DEC 3 1999  
Respondent. )

ROBERT BATES  
CIRCUIT CLERK  
CULLMAN COUNTY

**PROPOSED MEMORANDUM OPINION**

Based on the evidence presented at trial and the hearing on the Rule 32 petition, the Court enters the following findings of fact and conclusions of law:

**PROCEDURALLY BARRED CLAIMS**

Rule 32.1 states that, subject to the limitation of Rule 32.2, "any defendant who has been convicted of a criminal offense may institute a proceeding in the court of original conviction to secure appropriate relief" on various grounds that are set out in Rule 32.1(a)-(e). Rule 32.1 expressly states that relief under Rule 32 is limited to the extent that the claims raised by a Rule 32 petition may be procedurally defaulted from a circuit court's review. The Alabama Rules of Criminal Procedure, at Rule 32.2(a), unambiguously state which category of claims raised by a Rule 32 petitioner

The very next business day, Monday December 6, 1999, an Alabama judge signs the "proposed memorandum order," making it his own, without even striking the word "proposed." It is "filed in office" December 6, 1999.

CONCLUSION

For the reasons stated above, Hamm is not entitled to relief on any of his claims. Hamm was represented at trial and on appeal by extremely able and experienced attorneys who at all times acted competently and professionally on his behalf. Hamm was convicted and sentenced to death because of the overwhelming evidence against him and the brutality of the crime and not because of any act or omission of his attorney.

DONE this the 6 day of December, 1999.



DON L. HARDEMAN  
CIRCUIT JUDGE

FILED IN OFFICE

DEC 6 - 1999

ROBERT BATES  
CIRCUIT CLERK  
CULLMAN COUNTY

12/16/99 copy to DA  
Atty. Gen.  
(Both Honorable  
Dependent)

And no one blinks. The joust goes on for another round, and then another, and another, but no one seems to notice that three voices had become two, or one.

“In the system *we know today*,” Foucault wrote in his manuscript of February 3, 1971, in his *Lectures on the Will to Know*, “in the system already installed in the Greek classical epoch, the truthful utterance is above all that of testimony; it has the form of the factual observation; it rests on what has taken place and its function is to reveal it.”\*

That, surely, is the *discourse* today. But it reflects only an imagination of “the system we know today.” An aspiration for some; a cover for most. Some call it an ideology. But it is nothing more, in reality, than an illusion.

It is seen by all, yet by none.

In Doyle Hamm’s case, not even the noblest, most august appellate judges blink. One federal appellate judge, at oral argument, acknowledges what everyone else sees, and ignores: the state judge couldn’t possibly have read the state attorney’s proposed order.

“I don’t believe for a second that that judge went through 89 pages in a day and then filed that as his own,” Judge Adalberto Jordan of the United States Court of Appeals for the Eleventh Circuit declares at oral argument. “As if he had gone through everything, went through his notes, the transcript, the exhibit, and the like. It just can’t be done! It just can’t be done.”†

The full passage from the oral argument, on November 10, 2014, provides:

Judge Jordan: [...] it’s a bit odd, is it not, that the Alabama Rule 32 judge takes the State’s proposed findings and conclusions, 89 pages worth, and files them as the judge’s own within a day of receiving them, without even taking the time to take out the word “proposed”? That doesn’t engender much confidence in the Alabama State Court system, right? (22:50-23:25)

Beth Jackson Hughes: If there was anything in there that was clearly erroneous, then I would ... (23:25-23:29)

Judge Jordan: But you don’t know of any – but the point is – if you’ve sat through a hearing, and all of us have been trial judges, and someone gives you 89 pages worth of proposed findings and conclusions, assuming you have no other work to do that day, it’ll take you every single minute of that

---

\* Michel Foucault, *Lectures on the Will to Know: Lectures at the Collège de France (1970-1971)*, ed. Daniel Defert (New York: Palgrave, 2013), p. 84-85 (emphasis added).

† *Hamm v. Commissioner*, No. 13-14376-P, Oral Argument on November 10, 2104 (11th Cir.), audio of oral argument at 24:50-25:28.



day to go through those 89 pages, assuming you did. That can't make anybody feel good about the system. Right? (23:29-23:58)

Beth Jackson Hughes: Well, if I...

Judge Jordan: You'd be up in arms if he, if that judge had taken Mr. Hamm's proposed findings and conclusions with the word "proposed" and had filed them in court the next day as his own. You'd be up in arms, right? (23:59-24:11) [...]

Judge Jordan: [...] But I'm telling you that it bothers the heck out of me. (24:23-24:27)

Beth Jackson Hughes: I understand that, but ... (24:27-24:28)

Judge Jordan: This is not a two or three page order where the judge dictates findings from the bench, and says, "get me a proposed order," and you already know what the judge was going to do, or was going to rule. This is almost 90 pages worth of stuff. And it's detailed! As it should have been! (24:29-29:44)

Beth Jackson Hughes: And there's not anything before this court to say that it wasn't his findings, he was at the hearing, he ... (24:44-24:50)

Judge Jordan: I know, and I'm telling you ... (24:49)

Beth Jackson Hughes: He heard it. (24:50)

Judge Jordan: And I'm telling you that I know what AEDPA deference is, and I know what we're supposed to do with regards to state court findings, and I'm telling you, that it sticks in my craw. And I don't believe it for a second. I know what AEDPA deference requires me to do, and I don't speak for my colleagues, but I'm telling you: I don't believe for a second that that judge went through 89 pages in a day and then filed that as his own. As if he had gone through everything, went through his notes, the transcript, the exhibit, and the like. It just can't be done! It just can't be done. That's just a comment. (24:50-25:28)

The federal appellate judge recognizes the audacity. But has little more to say. "That's just a comment."

And despite it all, the panel of three federal appellate judges ends up seeing it as no more than a "procedural shortcut."

The federal judges do acknowledge, in an orphan footnote to their [panel opinion](#) (unpublished, which effectively deprives Doyle Hamm of the precedential

effect and import of the judgment, thus reducing his chances at the next round), that “The Rule 32 Court did not even strike the word ‘Proposed’ from the order.” Here is that little footnote:

<sup>3</sup> The Rule 32 Court’s order, entered on Monday, December 6, 1999, was apparently a verbatim adoption of the state’s “Proposed Memorandum Opinion” that was filed on Friday, December 3, 1999. The Rule 32 Court did not even strike the word “Proposed” from the order. Although this procedural shortcut has no bearing on our disposition of Hamm’s federal habeas appeal, *see Jones v. GDCP Warden*, 753 F.3d 1171, 1182-83 (11th Cir. 2014), we take this opportunity to once again strongly criticize the practice of trial courts’ uncritical wholesale adoption of the proposed orders or opinions submitted by a prevailing party. *See, e.g., Anderson v. City of Bessemer City, N.C.*, 470 U.S. 564, 571-73, 105 S. Ct. 1504, 1510-11 (1985); *Colony Square Co. v. Prudential Ins. Co. of Am. (In re Colony Square Co.)*, 819 F.2d 272, 274-75 (11th Cir. 1987).

A mere “procedural shortcut.” Of no consequence. A slap on the wrist for the judge. Death for Mr. Hamm.

And so the joust continues, as it must, as it only can. It turns into a battle over time. A dual over the clock. Another hurdle, another petition, another appeal, another filing. [Rehearing today](#), certiorari tomorrow.

In a debate a couple of months after his first lecture series, in a discussion with Benny Lévy and André Glucksmann in June 1971 titled “On Popular Justice,” Foucault strenuously resists the turn to the judicial model as a means of resistance. He emphasizes how, throughout the long history of judicial practices, the penal system has served as a device of repression. “The judicial system, as a state apparatus,” he underscored, “has historically been of absolutely fundamental importance” in fragmenting resistance, in turning some into dangerous individuals, in drawing the line between political and common law prisoners.

Resistance and disobedience, Foucault suggests, “can only take place via the radical elimination of the judicial apparatus.” Foucault is adamant:

*“anything which could reintroduce the penal apparatus, anything which could reintroduce its ideology and enable this ideology to surreptitiously creep back into popular practices, must be banished. This is why the court, an exemplary form of this judicial system, seems to me to be a possible location for the*

*reintroduction of the ideology of the penal system into popular practice. This is why I think that one should not make use of such a model.”\**

Perhaps. And perhaps indeed the discursive methods of the G.I.P. were a far better mode, [as Foucault suggested in March 1971](#), “to transform the individual experience into collective knowledge—that is to say, into political knowledge.”

Perhaps.

But Doyle Hamm does not have that choice.

The state of Alabama, with its executioner impatiently waiting to strap Doyle Hamm onto the gurney, faces down one man in isolation, filing another petition, throwing another next legal hurdle, desperately trying to save his life.

And so the joust, over time, reveals its true face: a contest over whether a man shall die from a lethal injection intravenously administered, or whether he shall be allowed to die in the confines of his solitary cell, the cell in which he has been isolated since 1988—to die, that is, of the cancer that is eating away at his body.

This game of truth, it turns out, is stacked. It was determined from the outset by the order in which the contestants rose to do battle—as it was in the Homeric chariot race, the ritual to honor Patroclus’ funeral. The State of Alabama, first, versus Doyle Hamm. And when the state judge signed the Attorney General’s proposed order on December 6, 1999, he consecrated the social order.

*“A thing there is, whose voice is one;  
Whose [arms are two, or rather one]”*

*and then none.*

---

\* Foucault, *Dits & Écrits Quarto I*, #108, p. 1220; *Power/Knowledge* p. 16.

READING *PENAL THEORIES AND INSTITUTIONS*

Bernard E. Harcourt

“Our Machiavelli of our own is indeed Marx: everything is said through him, even if it is not located in his work.”\*

Foucault, *Security, Territory, Population*, March 8, 1978.

**T**his aside by Foucault is insightful. It is revealing. In the 1970s in France, truth is, so much was said *through* Marx. That was certainly the case for Foucault himself during the early 1970s—especially in his lectures at the Collège de France titled *Penal Theories and Institutions* (1971-72) and *The Punitive Society* (1972-73).

One has to wonder whether, perhaps, it was only when Foucault could utter this aside that he had fully liberated himself from Marx. Perhaps we can take a cue from this as well, and liberate ourselves from Foucault. That might take a little work. This is a first step.

\*

**I**t was in March 1978 at the Collège de France in his lectures on *Security, Territory, Population* that Foucault made this little aside. At the time, Foucault was sketching the outline of a new paradigm of governing that he labeled “security,” and tracing its genealogy. Foucault modeled this new art of governing on American neoliberalism, using as his very first illustration, in the opening pages of his first lesson on 11 January 1978, the “very simple,” “very childish” example of the neoliberal economic theory of crime and punishment, drawing directly on Gary Becker’s famous article from 1969, “Crime and Punishment: An Economic Approach.”† This new form of governing, Foucault suggested, raises an entirely new spectrum of issues revolving around the *equilibrium* of crime and punishment: How to maintain socially beneficial levels of violent crime? How to punish just enough, but not too much, to

---

\* « Notre Machiavel à nous, de ce point de vue-là, c’est bien Marx : ça ne passe pas par lui, mais ça se dit à travers lui. » Foucault, *Sécurité, territoire, population*, p. 249 ; translated slightly differently in *Security, Territory, Population*, at p. 243.

† *STP*, French edition at p. 6-7; English edition at p. 4-5. Foucault does not refer explicitly to the seminal article of Gary Becker, and the editors of the course do not note it in the margin, but the problematic that Foucault develops under the rubric of “security” in the first few pages of the lectures relates directly to and comes directly from Gary Becker, “Crime and Punishment: An Economic Approach,” *Journal of Political Economy*, vol. 76, pages 169 (1968).

minimize social costs? How to organize prevention using predictions and new tools of statistics?

Foucault's genealogy of this new mode of governing starts, in his 1977-1978 lectures *Security, Territory, Population*, with an analysis of the Christian pastoral model of caring for one's flock, then turns quickly to a discussion of 16<sup>th</sup> and 17<sup>th</sup> century debates over of emerging doctrine of "*raison d'État*" (national security interests or political necessity), and then proceeds through an exploration of the 18<sup>th</sup> century liberal economic reasoning of the Physiocrats and Adam Smith. This genealogy would reach its object the following year in Foucault's lectures on *The Birth of Biopolitics* (1978-1979), where Foucault would start by analyzing three types of 20<sup>th</sup> century neoliberalism—namely, German *Ordoliberalism* in the pre-war period, French or "Giscardian" neoliberalism of the 1970s, and American neoliberalism of the Chicago School—before returning full bore to the writings of Gary Becker on crime and punishment on March 21, 1979. These writings of Becker represented, for Foucault, a paradigmatic form of securitarian power and served as book ends for his study of our contemporary logics of governing (or at least, our logics of governing ourselves *circa* 1978).

In his analysis in March 1978, then, Foucault was still deeply engaged in a conversation with Marx and with the Althusserian problem of repressive State apparatuses.

But it was precisely by means of this specific notion of "security"—which Foucault would gradually subsume under the more copious rubric of "governmentality" during the course of the 1977-1978 lectures—that Foucault would liberate himself from the problem of "the State" and of "State apparatuses," a problem that had preoccupied him for so long and so centrally, at least since a series of earlier lectures in 1971-1972 and 1972-1973 on *Penal Theories and Institutions* and *The Punitive Society*. Foucault liberates himself, in 1978, by going "outside" (« à l'extérieure\* ») of the State, just as in *Discipline and Punish* he had gone "outside" the prison. In these lectures in 1978, Foucault finally manages to place the State back within Western history, or at least French history. The State, he discovers, emerged at a given moment—with the birth of the doctrines and debates over political necessity or "*raison d'État*" at the end of the 17<sup>th</sup> century—and it emerged as one specific form of this art of governing that had previously taken the form of pastoral shepherding and that would eventually take the form of outsourcing, privatization, and neoliberal reregulation<sup>†</sup>. What Foucault would attempt to do, explicitly, would be to "place the emergence of the State as a fundamental political issue within a more general history that is a history of governmentality, or, better yet, within the field of practices of power."<sup>‡</sup> Thus, the State, somewhat like the conception of Man in *The Order of Things*, becomes an object-subject that emerges in the history of the

---

\* *STP*, p. 120.

† Cf. *STP*, French edition at p. 120-122 and 253.

‡ *STP*, French edition at p. 253; English edition at p. 247

art of governing, but that is perhaps in the process of dissolving today “just like, at the limit of the sea, a face drawn in the sand.”\* “The state,” says Foucault, “is a peripeteia of governmentality.”†

It is in the development of this train of thought, in the context of a discussion of the debates surrounding *raison d’État* in the 16<sup>th</sup> century, that Foucault turns to Machiavelli, the foil for so much of the writing on the “true reason of state,” in particular, the very first text that would name the “reason of state,” the work of Botero by that name dating back to 1589. Within Machiavelli’s work itself, Foucault argues, there was no art of governing. Nevertheless, Machiavelli’s name would always be associated “at the heart of the debate during this entire period, from 1580 to 1650–1660.”‡ Foucault then goes on to say:

He is at the center of the debate insofar as everything is said through him, even though everything does not pass through him. [...] He did not define the art of governing, but it is in what he said that they would all search for what the art of governing really is. After all, though, this is not new or unique—this discursive phenomenon where we go look for what is happening somewhere even though we are only trying in fact to say something through it. Our Machiavelli of our own, from this point of view, is indeed Marx: everything is said through him, even if it is not located in his work.§

For many writers, at least in the late 1970s, so much was said through Marx.

And that was certainly the case for Foucault in 1972—as can be seen, very precisely, in three keystone passages from *Penal Theories and Institutions*, three keystone passages where Marx is decidedly the referent.

What I will try to demonstrate in this essay, though, is that, in each of those three episodes, it is possible to go beyond the encounter with Marx and that, very quickly, letting go of the foil gives us a fuller measure of Foucault’s specific contribution.

Perhaps that is always the case. In the end, the analysis in terms of the foil is, most often, merely a departure point that is far less rich than what surpasses it. This may be true for Foucault—but also surely for Botero in relation to Machiavelli, perhaps even for Marx in relation to Hegel. We could even imagine that this is true as well for Althusser in relation to Marx, and finally perhaps for us today with regard to Foucault.

---

\* *MC*, p. 398.

† *STP*, p. 253.

‡ *STP*, p. 248.

§ Foucault, *Sécurité, territoire, population*, French edition at p. 249; translated slightly differently in *Security, Territory, Population*, at p. 243.

“A grand settling of accounts with Marx,” my dear friend and colleague Étienne Balibar suggests in his letter to the editors of *Penal Theories and Institutions* and in his text, “The Anti-Marx of Michel Foucault.”\* Of this, I am less sure: perhaps it would be better to say that “at the time, everything was said through Marx.” Foucault himself was, to a certain extent, trapped; but he liberated himself from it with the notion of “governmentality” six years later in 1978. It is perhaps, then, something different than a “grand settlement of accounts,” even though what it was exactly would have to wait until 1978 to be more discernible.

For the moment though, let’s look more closely at these three moments of dialogue with Marx in 1972, to see both what the foil adds to the analysis and what it hides—or better, what is the surplus value that is hidden behind everything being said through Marx.

## I.

**T**he first passage occurs during the lesson of February 9, 1972, right when Foucault returns to Germanic penal law and Roman penal law as interpreted in the Middle Ages in order to elaborate the manner in which penal law and practices shape the economic field, the distribution and the circulation of wealth, not merely simply as a kind of “superstructure,” but through the interplay of relations of appropriation and relations of power. Foucault underscores the integral role of penal practice in the following manner:

La pratique pénale n’est pas simplement le résultat d’une conception juridique de l’État ou d’une conception religieuse de la faute. Elle ne fait pas (ou en tout cas *pas seulement*) partie des superstructures. Elle s’inscrit très directement dans le jeu des rapports d’appropriation, et des rapports de force.†

[*Penal practice is not simply the result of a juridical conception of the state, nor of a religious conception fault. It is not part (or in any case, not only part) of superstructures. It is very directly inscribed in the game of relations of appropriation and relations of power.*]

This first direct reference to Marx—or, perhaps, to a stylized form of Marxism—would preface a long development on the relations of appropriations in the Middle Ages‡: on the imposition of fines and of confiscations, seizures, collections, of the regulation of usury and loans, of compensation, of judicial fees and office charges,

---

\* Lettre d’Étienne Balibar, *T&IP*, p. 285; cf. Balibar, « L’Anti Marx de Michel Foucault, » p. 4.

† Foucault, *Théories et Institutions Pénales*, p. 132-133 (there is only a French edition to *Penal Theories and Institutions* so all references are to that French edition, *T&IP*).

‡ *T&IP*, p. 134-137.

the cost of litigation, the guarantee of property and inheritance—in sum, the entire apparatus of penal justice that contributed directly to the circulation of wealth and called for “a coercive force, both political and military.”\* In this analysis, the question of property rights plays a central role and is at the very heart of the penal system: criminal law *enforces* and simultaneously *circulates* and *redistributes* property. Or, in Foucault’s more simple formula: “Penalty mobilizes and displaces wealth.”†

On this first dimension, Foucault would identify a rupture and fundamental contrast between the form of seizure of property during the Middle Ages and the form of exclusion of individuals in our contemporary penal field, with this elegant comparison:

MIEVEAL PENAL SYSTEM:	CONTEMPORARY PENAL SYSTEM:
Seizing property	Excluding individuals
Fiscal	Carceral
Qui rachète quoi ?	Qui exclut qui et quoi?
Pourquoi rachète-t-on telle action ?	Qui enferme qui?
Comment ça se compense ?	Qui est mis hors circuit
In short, the exchange	In short, exclusion
la mort (rachat, salut)	la mort (exclusion définitive)
la mutilation, la marque corporelle (compensation purificatoire)	la mutilation, la marque (marque sociale)
l’aveu (confession)	l’aveu (reconnaissance)
l’emprisonnement (gage)	la prison (mise hors circuit)‡

This development does capture a first instance of the surplus value of Marx as foil: by putting the interaction of penalty and the circulation of wealth at the very same level as relations of production, Foucault opens the door to an entire larger analysis he will conduct in *The Punitive Society*, analyses which will eventually lead him to explore the role of discipline in the history of industrial society in *Discipline and Punish*.

In other words, it will make possible his analysis of the interaction between the accumulation of docile bodies and the accumulation of capital, the new theorization of power, etc. See « Situation du cours », *La Société Punitive*, p. 300 et seq.; and « Notice », *Surveiller et Punir*, La Pléiade edition 2015 (specifically, on his new conception of power). Those analyses are far more significant than the mere opposition to Marx.

---

\* *T&IP*, p. 136.

† *T&IP*, p. 149.

‡ *T&IP*, p. 138-139



## II.

The second passage is from the lesson of March 8, 1972, where Foucault discusses the epistemological and political effects of criminal law—or what he calls « les effets de savoir »\* and we might translate as « knowledge effects ». Foucault underscores that these knowledge effects must be distinguished from simple “ideological operations.”† By “ideological operations,” Foucault means the set of rationalizations that explain and justify the judicial decisions and the penal practices. By contrast, by knowledge effects, Foucault tells us, “one must understand something different”:

c’est la découpe, la distribution et l’organisation de ce qui se donne à connaître dans la pratique pénale ; c’est la position et la fonction des sujets habilités à connaître, c’est la forme de connaissance, d’indication, de révélation, de manifestation qui s’y joue.

Analyser les effets de savoir de la pratique pénale, c’est étudier cette pratique comme scène où se nomme une vérité.‡

*[It is the breakdown, the distribution, and the organization of that which can become an object of knowledge in penal practice; it’s the position and the function of subjects who are authorized to know, it is the form of knowledge, the indication, the revelation, the manifestation that plays out there.*

*To analyze these knowledge effects of penal practice, is to study this practice as a scene where truth emerges.]*

This differentiation and distance with regard to ideology is told, of course, “through Marx”—although it is, of course, much more complicated, and possibly more perverse as Étienne Balibar suggests. But to simplify, let’s just say it is said through Marx

Once again, though, the theoretical foil does not begin to convey all of the implications of the work that this notion of “knowledge effects” is going to play in the writings of Foucault. Because, in *Penal Theories and Institutions*, what emerges from this genealogy of a new repressive system—from the transition from Germanic law to the medieval interpretations of Roman law—is the manifestation of a knowledge, a knowledge that is going to have central importance in the work of Foucault.

For it is here that we find another important rupture and transition from a Germanic legal model, founded on battle, to a model of royal justice in the 17<sup>th</sup>

---

\* *T&IP*, p. 198.

† *T&IP*, p. 198.

‡ *T&IP*, p. 198.

century that begins to impose a kind of knowledge—a kind of pre-statist knowledge. It is also here that there will emerge an important overlap of, on the one hand, the doctrines of the “true *raison d’État*” expounded by proto-statists such as Botéro, and, on the other hand, the emerging doctrines of “the reason of the limited state” of the Physiocrats.

Germanic law is characterized by the struggle, the combat, by war. It is a question, Foucault suggests, of an entire set of feudal penal practices that function “by means of struggles, conflicts, and contradictions.”\* The juridical field, in that period, defines itself through the regulated combat: “The rule and the struggle, the rule in the struggle, that is what the juridical is all about.”† Or more simply, in Foucault’s manuscript we find: « acte de justice = lutte réglée »‡ [“*act of justice = regulated struggle*”]. In short, the struggle over justice takes “the form of a battle.”§

This model of war would hangover the medieval penal practices that followed Germanic law: we find again the form of the battle in the medieval judicial trials, in the ordeals (of hot water or cold, of fire and metal, etc.), in the judicial duel, and in the private wars that are central to the middle ages. The model of private wars and institutions of peace that Foucault analyzes throughout his lectures of February 9, 16, and 23, 1972, are in the wake of the Germanic model of justice as a more or less regulated struggle. Foucault will summarize all this in a word or two:

Tout ce[la] montre bien que dans son déroulement, l’acte judiciaire a continué à conserver *un caractère de guerre*. Le problème était de savoir qui gagnerait (dans le défi des serments, dans le jeu de l’épreuve, ou dans le duel) sous le regard d’un juge destiné surtout à authentifier *le déroulement du « combat »*. Il ne s’agissait pas que le juge établisse lui-même, et par ses propres moyens, où était la vérité. Dans son théâtre, le jugement est encore *une lutte, un épisode de la guerre, une rivalité*. À une époque où ses justifications idéologiques et religieuses l’entraînent ailleurs (vers la vérité) et où son fonctionnement est d’un tout autre type.\*\*

But a gradual displacement will take place over time—a displacement towards the truth, towards the production and imposition of knowledge. From the « l’événement-épreuve†† » [*event-test*] we pass to « l’enquête-vérité‡‡ » [*truth-inquiry*]. With royal justice—the royal cases, royal prosecutors, the judge, the trial process—we pass to a model no longer of war, but of the quest for truth: « La pièce de remplacement, permettant de passer d’un pouvoir gardien de l’ordre à un

---

\* *T&IP*, p. 114.

† *T&IP*, p. 115.

‡ *T&IP*, p. 116.

§ *T&IP*, p. 128.

\*\* *T&IP*, p. 130 (emphasis added).

†† *T&IP*, p. 198; cf. *VFJ*, p. 574-576/1442-1444.

‡‡ *T&IP*, p. 201 n.b.; cf. *VFJ*, p. 581-584/1449-1452.

pouvoir portant la sentence, c'est l'enquête-vérité ».\* [“The replacement piece, which permits us to pass from a guardian power of order to a power that carries the sentence, that is the truth-inquest.”] Royal justice imposes a knowledge—which is very different from feudal justice where « La justice ne s'impose pas. Elle est constituée par la volonté des individus en litige ».† [“Justice does not impose itself. It is constituted by the will of the individuals in litigation.”]

In sum, from a “series of tests”‡ modeled on war and combat, penalty transitioned to a model of knowledge and truth:

– Alors que dans le vieux droit germanique, le défendeur lutte avec son accusateur, il est, dans ces procédures d'enquête, l'objet d'un savoir. Il n'est plus celui qui doit lutter ; il est celui à propos duquel il faut savoir.

Il était dans un champ de force ; il est maintenant dans un domaine de savoir.

– Dans le droit de type germanique, l'accusé gagnait ou perdait : maintenant, « on sait » ou « on ne sait pas » à son sujet. Il est percé à jour ou il demeure caché.

Il est pris dans l'opposition lumière/obscurité et non plus gain ou perte.§

This model of knowledge, naturally, is of essential importance for what follows, namely the emergence of the human sciences. In fact, it is on this precise hypothesis that Foucault will conclude his lessons on *Penal Theories and Institutions* in 1972, giving us a clear sense of the trajectory to come (the study of the examination in the context of the prison, which will lead to *Discipline and Punish*), and all the implications for the social sciences (which also brings us back to his archaeology in *The Order Of Things* from 1966:

Une remarque enfin.

L'analyse d'autres matrices juridico-politiques fera apparaître à côté de l'enquête et de la mesure un autre schéma du pouvoir-savoir.

Les nouveaux types de pénalité, de contrôle et de répression au XVIIIe-XIXe siècle ont fait apparaître la forme de l'examen :

examen de normalité

examen de niveau

examen de moralité

examen de santé (mentale ou non)

sur les individus ou les groupes.

C'est de là que sera extrait un sur-savoir dont l'effet sera l'apparition des sciences humaines.

---

\* *T&IP*, p. 201.

† *T&IP*, p. 117.

‡ *T&IP*, p. 198.

§ *T&IP*, p. 202.

- À partir des trois matrices juridico-politiques sont nées les sciences :
- mesurantes du *κοσμος*,
  - descriptives de la nature,
  - normatives de l'homme.\*

Once again, this model of knowledge surrounds us today.

### III.

**T**hird passage: one from the lesson of February 23, 1972<sup>†</sup> where Foucault delivers a “methodological interlude” to his discussion of medieval institutions of peace, and in the process elaborates on the importance of juridical forms: these juridical matrices, at the heart of all of his research since the beginning of the 1970s (i.e. measure, test, inquiry, examination), are not simply elements in the reproduction of economic relations. They are not simply “expressions” or “re-conduction(s) of economic relations.”<sup>‡</sup> Rather, this set of juridical forms « s’inscrit comme rapport de pouvoir dans les rapports économiques, et les modifie par là même : il transcrit les rapports économiques dans les rapports de pouvoir et les modifie par là même. »<sup>§</sup> [They inscribe themselves as relations of power within economic relations, and in that very act, modify them: they transcribe the economic relations into relations of power and modify them at the same time.” Foucault continues:

Un appareil comme l’appareil judiciaire n’est pas seulement expression, ou instrument de reproduction. Il est un des systèmes par lesquels se fait :

- l’investissement du politique par l’économique,
- l’insertion du politique dans l’économique.

Il assure à la fois

- l’omniprésence du politique à l’économique
- et le décalage de l’un à l’autre.\*\*

In a nearby passage, scratched out, Foucault had elaborated the following: « les rapports de pouvoir ne se superposent pas aux rapports économiques. Ils forment avec eux une trame unique. Les rapports de pouvoir sont aussi profonds que les rapports de production. Ils ne se déduisent pas les uns des autres. Ils reconduisent des uns aux autres. »<sup>††</sup>

This passage is extremely important. Foucault’s theoretical framework here displaces Marxism, or an interpretation of Marxism: The study of relations of power

---

\* *T&IP*, p. 215.

† *T&IP*, p. 171-172.

‡ *T&IP*, p. 171.

§ *T&IP*, p. 172.

\*\* *T&IP*, p. 172.

†† *T&IP*, p. 172.

is as important and profound as the relations of production. Each one forms and modifies the other.

And how, exactly? By shaping, for example, to take one thesis that Foucault will develop in *The Punitive Society* and “Truth and Juridical Forms,” our very conception of human nature: the disciplinary mechanisms within capitalism, born at the beginning of the 19 century, will shape the purported importance of work, diligence, and conscientiousness, and will impregnate the docile bodies of workers. They will produce the idea of work as our human essence—the condition of possibility both of notions of alienation from the young Marx and of notions of human capital of the American neoliberals. Without the techniques and strategies of discipline, there is no centrality to work; without this centrality of work, there is no possibility to think the economic theories and practices of the 19<sup>th</sup> and 20<sup>th</sup> centuries (Marxist communism and American neoliberalism).

We can see here the overlapping of the genealogical and archaeological methods: the relations of power that produce this centrality of notions of work and production are themselves the central expression of a modern *episteme* described in *The Order Of Things* in 1966. We find here the genealogy of this vast archaeological artifact that is work, production, time—or, as Foucault writes in 1966, the fact that men are “all subject to time, to toil, to fatigue, and, at the limit, to death itself.”\*

This is somewhat remarkable: the theorization of relations of power from the 1970s folds back onto the archaeology of knowledge from the 1960s, in such a way that it serves as a bridge to imagine the emergence of an entire *episteme* today that limits to constrains our zones of possibility.

As Claude-Olivier Doron shows, this methodological parenthesis must be understood as opposed to “the reduction of mechanisms of power to instruments of reproduction of relations of production, the central thesis in the Althusserian analysis of state apparatuses.”† Foucault takes up here, and simultaneously modifies, central themes in the work of Althusser and Bourdieu on the reproduction of the capitalist system‡—themes to which he will return in *The Punitive Society*, once again challenging the foundational notion of a human essence founded on work.§

Foucault sews together *Penal Theory and Institutions*, linking the resulting notion of knowledge–power with the logic and reality of political economy. He acknowledges this, very precisely for example, on page 213 of the French edition, where he underscores that “it is at that level [of power–knowledge] that the veritable, profound, and decisive link is formed with the economic.” And then he adds, four lines later:

---

\* *MC*, p. 237.

† *T&IP*, p. 178 n.9.

‡ Cf. *T&IP*, 178 n. 9 et 10.

§ *LSP*, p. 224, p. 245 n.8, et « Situation du cours » p. 299.

– C’est au niveau non de la science, mais du plus de savoir, non du gouvernement, mais du plus de pouvoir, *non de la rentabilité, mais du cumul de profit, que les liens apparaissent.*\* [The links appear at the level not of science, but rather of the surplus of knowledge, nor of government, but at the surplus of power, nor at profitability, but at the accumulation of profit.]

This narrow link between knowledge and economics—or more precisely, the accumulation of profit—is the second place where the 1972 lectures will overlap with those of 1978, *Security, Territory, Population*:

(1) The first, of course, is the repressive state apparatus around 1670: it is possible to read both lecture series as two different genealogies—the first one in 1972, of the penal institutions, practices and laws that runs through Germanic law, medieval penal law, and the emergence of a fiscal, parliamentary, and military apparatus; a second in 1978, of the art of governing that runs through the pastoral tending of the flock, reason of state, and the emergence of a diplomatic and military apparatus, as well as of course the disciplinary apparatus of the police—that intersect at a specific point, join each other, and fold into one another at the moment of the creation of the intendants of justice, of the police lieutenant in 1667, and of the criminal ordinance of 1670.† Here, two genealogies meet perfectly and attempt to describe the same phenomena.

(2) The second overlapping of the genealogies—or perhaps one might say, complimenting, because from this perspective, the two lecture series should complement each other with, on the one hand, a genealogy of penal practices and institutions in 1972 and, on the other hand, in 1978, a genealogy of concepts and rationalities—is at the point at which knowledge intersects with economics. Here, in 1972, the inquest as juridical form that produces a particular knowledge participates and is linked to the accumulation of profits. In 1978, there is a whole new rationality associated with the reason of state on the one hand‡: « La raison d’État, c’est également la connaissance qui permet de suivre en quelque sorte la trame de cette raison d’État et d’y obéir. C’est donc un art, avec son côté pratique et son côté de connaissance. »§ [“The reason of state,” Foucault tells us, “is also the knowledge that permits us to follow in a certain way the thread of this reason of state and to open. It is thus an art, with its practical side and its knowledge side.”] And on the other

---

\* *T&IP*, p. 213 (emphasis added).

† Cf. *T&IP*, p. 94, et 101-107; *STP*, p. 321, 328, 348-361.

‡ *STP*, 359. Pour la raison d’État, ce savoir va être lié aux statistiques: « La statistique, c’est le savoir de l’État sur l’État, entendu comme savoir de soi de l’État, mais savoir également des autres États. » *STP*, p. 323.

§ *STP*, p. 263.

hand, the knowledge of Physiocratic economists of the 18<sup>th</sup> century who offer a new economic knowledge linked to the net product, to economic growth, and to the possibility of the accumulation of profits.\* Political economy represents a whole new “domain of knowledge.”†

It is on this basis that we can draw the important link between knowledge and economics—between a new knowledge about the small state that will eventually lead to American neoliberalism and the accumulation of profit.

Now, none of this is to suggest that Foucault had tied everything up neatly—that, as he would say about his reanalysis of *The Order Of Things* in his 1978 lectures, *Security, Territory, Population*, “the package is wrapped and the knot tied.”‡ No, not at all here, in 1972, where we still feel the struggle, even the ordeal, over the very vocabulary. This is evident, for example, in the lesson of February 16, 1972, when Foucault develops a historical account of the distribution of weapons and the institutions of peace in the context of medieval penal practices—a whole set of practices and institutions that exercise power, or rather where power circulates—Foucault corrects himself and bars the expression “is constitutive” with regard to the principal of *pax et justicia*, to replace it with the expression “it was an important political instrument.”§ The notion of constitutiveness is still quite complicated—it requires particular attention.

#### IV.

**I**f one ties this all together, one of the most striking dimensions of these 1972 lectures that emerges is the theory of penal law that Foucault develops there – and would elaborate the following year in the 1973 lectures *On the Punitive Society*, and the brilliant 1973 Rio lectures, *Truth and Juridical Forms*.

As we have seen already, all of these lectures fit within a line of inquiry in which Foucault explored the way in which societies over time have used different legal forms to produce truth. He explored, reading Homer’s *Iliad*, how the ancient Greeks used agonistic competition between heroes to reestablish the social order; how early Germanic law used compensation to resolve the blood feud; how medieval jurists employed various ordeals or social status to render justice; and how we had graduated, in the West, to processes of examination and expertise to find and justify the truth in contested legal disputes—to tell justice, to engage in what he called *jurisdiction*.

---

\* *STP*, p. 44, 74, et 78 et seq.

† *STP*, p. 79.

‡ *STP*, p. 81.

§ *T&IP*, p. 158.

The 1972 course represents, from this perspective, an important step in the evolution of Foucault's thought on penalty and penal law – on law, more generally. In this course, Foucault develops what could be called a political theory of penal law. As he himself would emphasize on March 1, 1972, « La pénalité est, de fond en comble, politique. »\*

This political theory of criminal law consists of several components. First, a rigid distinction between crime and punishment—between criminal law and criminality. Criminal law is not a *consequence* of the crime. Punishment is not to be understood as the result of crime. The adjudication of criminality, the creation of the criminal, is a process that must be understood distinctly from what we call « crime. » It is an artifact that is constructed in order to legitimize forms of social control. It is produced to shield social coercion from the political sphere – and hence the importance of demarcating the common law prisoner from the political prisoner in all liberal regimes.

By consequence, secondly, the evolution of criminal law must be understood in relation to and in reaction to political resistance. This thesis, which will be modified in 1973 during the passage of the repressive to the productive, is nevertheless in full force in 1972, as seen in the lesson of January 26, 1972: “toutes les grandes phases d'évolution du système pénal, du système répressif, sont des façons de répondre à des formes de luttes populaires†. » Or more precisely, « Le couple système pénal-délinquance est un effet du couple système répressif-séditieux. Un effet en ce sens que c'en est un produit, une condition de maintien, un déplacement et une occultation‡. »

As a result, third, penal law can only be understood as a weapon in a social struggle. As Foucault explained in his debate with the Maos the 5 février 1972, « La justice pénale n'a été produite ..... [ni par la plèbe, ni par la paysannerie, ni par le prolétariat, mais bel et bien par la bourgeoisie,] comme un instrument tactique important dans le jeu de divisions qu'elle voulait introduire§. »

What dominates, then, is a political theory of criminal law as a weapon, as a tactic or strategy in a civil war taking place in society. This is related, of course, to the analysis of the relation between legal forms and truth, which he developed in Rio in 1973 and in Louvain in 1981. And we already find here, in Lesson 2 February 1972, Foucault's focus on the links between inquisition, confession, torture, and truth.

The practical implications are important and are found explicit in the debate with Benny Lévy and André Glucksmann in June 1971, particularly on strategic

---

\* Leçon 12, [224/13], p. 8.

† Cf. infra

‡ Cf. infra

§ DE Quarto p. 1125.



question of how to do justice: «C'est pourquoi le tribunal comme forme parfaitement exemplaire de cette justice me paraît être une occasion pour l'idéologie du système pénal de se réintroduire dans la pratique populaire. C'est pourquoi je pense qu'il ne faut pas s'appuyer sur un modèle comme celui-là\*.» Or, even more explicitly, on the question of the political: «Voilà pourquoi la révolution ne peut que passer par l'élimination radicale de l'appareil de justice†.»

## Conclusion

**I**n conclusion, Marx is surely at the center, as the main foil in these early lectures, but we can perhaps put him aside, in the end, in order to see the more complete project that Foucault developed here—and to benefit from it most.

Perhaps we could do the same for Althusser. Certainly, we did it for the Marx who said so much through Hegel. It would be like liberating them from a heavy weight, and giving them their own autonomy.

Let's liberate ourselves from Machiavelli. Let's liberate ourselves from Marx. It may produce a renaissance of materialism. That was certainly the case with Foucault, who, in 1972, was very much focused on the circulation of riches.

And then finally, perhaps, let's also stop saying everything through Foucault. That too may have liberatory effects.

---

\* Débats Maos 1220

† Débats Maos 1220



Contribution à la journée d'études autour de Foucault,  
*Théories et institutions pénales.*

2 juin 2015

Columbia Global Center/EHESS

Bernard E. Harcourt

« Notre Machiavel à nous, » nous dit Foucault, « c'est bien Marx : ça ne passe pas par lui, mais ça se dit à travers lui. »\* Ce passage date du 8 mars 1978, du cours *Sécurité, Territoire, Population*, à un moment où Foucault lui-même s'était presque libéré de son propre besoin de tout faire passer à travers Marx.† À l'époque, en 1978, Foucault est en train de tracer la généalogie de ce nouvel art de gouverner contemporain qu'il qualifie de sécuritaire – une nouvelle circulation du pouvoir sur le modèle du néolibéralisme américain, comme on peut le voir clairement avec le premier exemple « très simple‡ », « très enfantin§ » que Foucault nous donne à l'ouverture de son premier cours, le 11 janvier 1978, qui est, très exactement, la théorie économique du crime et du châtement de l'article célèbre de Gary Becker, datant de 1969, « Crime and Punishment : An Economic Approach ». \*\* Cette généalogie, qui passera d'abord par le pastorat et se tournera rapidement vers l'émergence de la pensée sur la raison d'État pour ensuite se poursuivre à travers la pensée économique libérale des Physiocrates et d'Adam Smith, aboutira l'année suivante, dans *La Naissance de la biopolitique*, dans l'étude des trois formes de néolibéralisme du XXe siècle (l'Ordolibéralisme allemand, le néolibéralisme Giscardien, et le néolibéralisme américain de l'École de Chicago) comme représentation de la forme

---

\* *STP*, p. 249.

† En contraste avec Étienne Balibar, cf. Balibar, « L'Anti Marx de Michel Foucault, » p. 5-6 et 9, je pense que Foucault est encore en plein dialogue avec Marx/Althusser dans *STP* en 1978, et que ce dialogue ne s'achève pas avec « *Il faut défendre la société* » en 1976. Par contre, je suis tout à fait d'accord que « *l'Abrechnung* » de Foucault avec Marx est surdéterminée par la présence, les positions, les énoncés d'Althusser. Balibar, « L'Anti Marx de Michel Foucault, » p. 7.

‡ *STP*, p. 6.

§ *STP*, p. 6.

\*\* *STP*, p. 6-7. Foucault ne fait référence explicite à l'article de Gary Becker, et les éditeurs du cours ne le rappelle pas non plus, mais la problématique que Foucault développe sous la rubrique de sécurité ici vient de l'article de Gary Becker, « Crime and Punishment : An Economic Approach », *Journal of Political Economy* (1968).

de *sécurité* qui est à l'origine du cycle et qui définit nos logiques contemporaines (enfin, logiques *circa* 1978\*).

A ce moment, Foucault lui-même est encore animé par Marx et la question althussérienne<sup>†</sup> des appareils répressif d'État.<sup>‡</sup> Pourtant, c'est précisément avec cette notion de *sécurité*, qu'il renommera et placera sous la rubrique plus copieuse de « gouvernementalité » dans ce cours de 1978<sup>§</sup>, que Foucault arrive à se libérer de la problématique de l'État – problématique qui l'avait tracassé tout au long, particulièrement, des deux cours de 1972 et 1973, *Théories et institutions pénales* et *La société punitive*<sup>\*\*</sup>. Et il s'en libère, en 1978, en allant « à l'extérieure<sup>††</sup> » de l'État, tout comme, dans *Surveiller et punir*, il était allé « en dehors » de la prison. En 1978, Foucault arrive finalement à placer l'État dans notre histoire Occidentale – ou disons plutôt française. L'État émerge à un moment donné – avec la naissance de la pensée sur la raison d'État à la fin du XVI<sup>e</sup> siècle – comme une forme de cet art de gouverner qui autrefois était celui du berger et qui deviendra celui du *outsourcing*, privatisation et régularisation néolibérale<sup>‡‡</sup>. Ce que Foucault fait, explicitement, c'est de « replacer l'émergence de l'État comme enjeu politique fondamental à l'intérieur d'une histoire plus générale qui est l'histoire de la gouvernementalité ou encore, si vous voulez, dans le champ des pratiques de pouvoir<sup>§§</sup> ». L'État donc, comme

---

\* Je propose dans *Exposed: Desire and Disobedience in the Digital Age* (Harvard, 2015) que nous n'opérons plus sous une logique sécuritaire, mais expositoire (bien que toujours néolibérale)...

† Comme Étienne Balibar le souligne bien, « l'expression 'appareil répressif d'État' est une invention d'Althusser, qui n'existe pas dans le marxisme antérieure, corrélatif des 'appareils idéologiques d'État' ». Balibar, « L'Anti Marx de Michel Foucault, » p. 11.

‡ Sur cette question des appareils d'État, que Foucault « résoudra » donc en 1978, ce cours de 1972 est important. Ici, en 1972, Foucault trace l'émergence d'un nouvel appareil répressif judiciaire d'État au XVII<sup>e</sup> siècle. Il en fait une première généalogie. Le système pénal du Moyen Age en est précurseur. Il n'est pas, lui-même, un appareil d'État, nous dit Foucault explicitement. *T&IP*, p. 152. Plutôt, « il exerce une fonction qui est celle d'un appareil d'État » et donc avance « des fonctions pré-étatiques ». Ibid. Mais, à partir d'une nouvelle fonction anti-sédition, Foucault maintient, ce nouvel appareil répressif d'État apparaîtra vers la fin du XVII<sup>e</sup> siècle, après la Fronde, avec les intendants et lieutenants de police, etc.

§ Cf. *STP*, p. 111-113. Il est clair que la notion origininaire de *sécurité* demeure au centre, au cœur de la « gouvernementalité » contemporaine, cf. *STP*, p. 304.

\*\* Cf. « Situation du cours », *LSP*, 281-283 et 295-302.

†† *STP*, p. 120.

‡‡ Cf. *STP*, p. 120-122 et 253.

§§ *STP*, p. 253. Le passage qui suit est important: « Et si l'État n'était pas autre chose qu'une manière de gouverner? Si l'État n'était pas autre chose qu'un type de gouvernementalité? Si, en fait, toutes ces relations de pouvoir que l'on voit se former petit à petit à partir de processus multiples et très différents les uns des autres et qui petit à petit se coagulent et forment effet, si ces pratiques de gouvernement étaient précisément ce à partir de quoi s'est constitué l'État? On aurait, à ce moment-là, à dire que l'État n'est pas dans l'histoire cette espèce de monstre froid qui n'a pas cessé de croître et de se développer comme une sorte d'organisme menaçant au-dessus d'une société civile. Il s'agirait de montrer comment une société civile, ou plutôt tout simplement une société gouvernementalisée a, à partir du XVI<sup>e</sup> siècle, mis en place quelque chose, ce quelque chose à la fois de fragile et d'obsédant qui s'appelle l'État. Mais l'État, ce n'est qu'une péripétie

l'Homme dans *Les mots et les choses*, deviendra un objet-sujet qui émerge dans l'histoire de l'art de gouverner, mais qui est peut-être en train de s'effacer aujourd'hui « comme à la limite de la mer un visage de sable\* ». « L'État » dit Foucault, « est une péripétie de la gouvernementalité† ».

C'est au courant de cette analyse, dans le contexte de la raison d'État au XVI<sup>e</sup> siècle, que Foucault aborde Machiavel, le faire-valoir [*the foil*] de tous ces textes originaires de la « vraie raison d'État » et en particulier du tout premier texte qui nommera cette « Raison d'État », le livre de Botéro datant de 1589. Chez Machiavel même, nous propose Foucault, il n'y avait pas d'art de gouverner. Mais pourtant, Machiavel se trouvera toujours « au centre du débat pendant toute cette période de 1580 à 1650-1660‡ ». Foucault continue :

Il est au centre du débat dans la mesure non pas du tout où ça passe par lui, mais dans la mesure où ça se dit à travers lui. Ce n'est pas par lui que ça se passe, ce n'est pas par lui et ce n'est pas chez lui qu'on va trouver un art de gouverner. Ce n'est pas lui qui a défini l'art de gouverner, mais c'est à travers ce qu'il a dit que l'on va chercher ce que c'est que l'art de gouverner. *Après tout, ce phénomène de discours où l'on va chercher ce qui se passe alors qu'on ne cherche en fait qu'à dire quelque chose à travers lui, n'est pas un phénomène unique. Notre Machiavel à nous, de ce point de vue-là, c'est bien Marx: ça ne passe pas par lui, mais ça se dit à travers lui.§*

Pour nous donc, tout se dit – ou se disait à l'époque – à travers Marx.

C'était certainement le cas pour Foucault en 1972.\*\* Et on peut le voir précisément dans trois passages de *Théories et institutions pénales* en particulier, trois passages charnières – et très exactement charnières à cause du faire valoir de Marx.

Pourtant, ce que j'essayerai de démontrer dans cet essai, c'est que, dans chacun des trois cas, il est possible d'aller bien au-delà de la rencontre avec Marx – qu'assez rapidement, il faut se dépendre du faire-valoir pour prendre la pleine mesure de la contribution de Foucault

---

du gouvernement et ce n'est pas le gouvernement qui est un instrument de l'État. Ou en tout cas l'État est une péripétie de la gouvernementalité ».

\* *MC*, p. 398.

† *STP*, p. 253.

‡ *STP*, p. 248.

§ *STP*, p. 248-249 (italiques BEH).

\*\* Je précise, en 1972. Commentaire très perceptif en 1978, mais peut-être au moment même où la prise de Marx sur Foucault était en train de se dépendre... *The owl of Minerva spreads its wings only with the falling of the dusk.*

Mais c'est peut-être toujours le cas. En fin de compte, l'analyse en termes du faire-valoir [*of the foil*] est, le plus souvent, qu'un point départ, bien moins riche que ce qui le dépasse. C'est vrai pour Foucault – mais aussi pour Botero, vis-à-vis Machiavel, et peut-être même pour Marx, vis-à-vis Hegel. On pourrait même imaginer que ce serait peut-être vrai aussi pour Althusser vis-à-vis Marx, et, finalement, pour nous aujourd'hui vis-à-vis Foucault.

« Grand règlement de compte avec Marx », mon très cher ami et collègue *permanent* à Columbia University, Étienne Balibar, propose dans sa belle lettre sur *Théorie et institutions pénales* (et dans son texte « L'Anti Marx de Michel Foucault »).<sup>\*</sup> J'en suis moins sûre : peut-être vaudrait-il mieux dire, « à l'époque, tout se disait à travers Marx ». Foucault lui-même était, dans un certain sens, piégé ; mais il s'en est libéré avec la notion de « gouvernementalité » six ans plus tard. C'est donc peut-être quelque chose d'autre qu'un grand règlement de compte, bien que cet autre chose, on ne pourra la discerner qu'en 1978.

Pour l'instant, regardons donc de plus près ces trois moments de dialogue avec Marx en 1972, pour voir à la fois ce que ce faire-valoir ajoute, et ce qu'il cache – ou plutôt, quelle est la sur-value qui se cache derrière ce tout dire à travers Marx.

## 1.

Le premier passage provient de la leçon du 9 février 1972<sup>†</sup>, là où Foucault retourne aux droits pénaux germanique et du Moyen Age pour élaborer la manière dont le droit et la pratique pénale forment le domaine économique, la distribution et la circulation des richesses, non pas comme simple « superstructure », mais à travers le jeu des rapports d'appropriation et des relations de pouvoir. Foucault souligne le rôle intégral de la pratique pénale de la manière suivante :

La pratique pénale n'est pas simplement le résultat d'une conception juridique de l'État ou d'une conception religieuse de la faute. Elle ne fait pas (ou en tout cas *pas seulement*) partie des superstructures. Elle s'inscrit très directement dans le jeu des rapports d'appropriation, et des rapports de force.<sup>‡</sup>

Cette première référence directe à Marx (et au marxisme), précèdent tout un développement sur les rapport d'appropriation au Moyen Age<sup>§</sup> : impositions d'amendes et de confiscations, prélèvements, réglementation de l'usure et des prêts, le rachat et la composition, la charge des juges, les frais de justice, le cout du litige, la garantie de la propriété et des héritages – bref, tout un appareil de justice pénale qui contribue directement à la circulation des richesses et demande « une force

---

<sup>\*</sup> Lettre d'Étienne Balibar, *T&IP*, p. 285; cf. Balibar, « L'Anti Marx de Michel Foucault, » p. 4.

<sup>†</sup> *T&IP*, p. 132-133.

<sup>‡</sup> *T&IP*, p. 132-133.

<sup>§</sup> *T&IP*, p. 134-137.

politique et militaire de coercition\* ». Dans cette analyse, la question de la propriété joue un rôle central et elle est au cœur du système de pénalité : le droit pénal *enforces* et fait circuler, redistribuer, la propriété.† Formule plus simple : « La pénalité mobilise et déplace la richesse. »‡

Sur cette première dimension, Foucault développera une rupture et un contraste fondamental entre la forme de prélèvement de propriété au Moyen Age et la forme de l'exclusion dans le pénal contemporain, avec cette élégante comparaison :

SYSTEME PENAL DU MOYEN AGE :	LE PENAL CONTEMPORAIN :
Prélèvement des biens	Exclusion des individus
Fiscal	Carcénaire
Qui rachète quoi ?	Qui exclut qui et quoi?
Pourquoi rachète-t-on telle action ?	Qui enferme qui?
Comment ça se compense ?	Qui est mis hors circuit
Bref, l'échange	Bref, l'exclusion
la mort (rachat, salut)	la mort (exclusion définitive)
la mutilation, la marque corporelle (compensation purificatoire)	la mutilation, la marque (marque sociale)
l'aveu (confession)	l'aveu (reconnaissance)
l'emprisonnement (gage)	la prison (mise hors circuit)§

Ce mouvement représente bien un premier exemple de la sur-value du faire-valoir de Marx : en mettant les effets de la pénalité sur la circulation des richesses au même niveau que les relations de production, Foucault ouvre la voie à tout le travail de *La société punitive* qui mènera à l'analyse du rôle de la discipline dans l'histoire de la société industrielle qu'on retrouve dans *Surveiller et punir*. Donc, analyse de l'accumulation des corps dociles *et* toute une nouvelle théorisation du pouvoir ... etc. [voir « Situation du cours », *LSP*, p. 300 et seq. ; et voir « Notice », *S&P*, sur nouvelle conception de pouvoir].

---

\* *T&IP*, p. 136.

† Ici, il faudrait interroger et revoir la thèse de Balibar sur la question de la propriété *versus* l'illégalité dans la critique du droit foucauldienne. Cf. Balibar, *AMF*, p. 19 (« si nous nous tournons vers Foucault, nous voyons qu'il fait le choix inverse : d'un côté il relativise la question de la propriété (ce qui ne veut pas dire qu'il l'ignore, mais que pour lui la propriété, parmi beaucoup d'autres institutions sociales, est un support de pratiques de normalisation qui n'a pas de privilège fondamental, donc n'est pas *intrinsèquement lié* à la construction de l'individualité). Mais il majore l'importance de l'*Unrecht*, de l'illégalité et de la pénalité qui tout à la fois la réprime et la perpétue, et en même temps il en déplace le sens »).

‡ *T&IP*, p. 149.

§ *T&IP*, p. 138-139

Mais avant même de passer aux cours ou aux livres qui viendront, on pourrait s'arrêter ici, en février 1972, pour en extraire de la sur-value. Parce que la notion que le pénal est constitutif de la circulation et de l'accumulation des richesses, et transforme les relations économiques, est d'une perspicacité contemporaine immédiate. (On pourrait même penser que Foucault n'aurait pas du, si rapidement, dépasser le modèle médiéval). Il n'y a que regarder le case de Ferguson, Missouri, et de son système fiscal d'amendes pénales de plus près.

Je vous réfère ici a un article de mon collègue Walter Johnson, professeur d'histoire et d'études afro-américains à Harvard University, qui a paru dans *The Atlantic* récemment, le 26 avril 2015, sous le titre « Ferguson's Fortune 500 Company. Why the Missouri city—despite hosting a multinational corporation—relied on municipal fees and fines to extract revenue from its poorest residents. »\*

Ce que Johnson démontre bien – ainsi que tant d'autres travaux et reportages sur le système d'amende à Ferguson et dans d'autres petites villes à travers les Etats-Unis<sup>†</sup> – c'est que l'économie politique de Ferguson fonctionne par le pénal : la deuxième plus grande source de revenus pour cette petite municipalité, une municipalité qui, entre autre, est le foyer d'une société Fortune 500 (Emerson Electric), est précisément les amendes recueillis suite à des condamnation pour des délits et infractions municipales principalement de la part des gens les plus pauvres dans la communauté :

-- En 2013, la municipalité de Ferguson a encaissé \$2,635,400 en amendes dans les tribunaux municipaux pour des petites infractions municipales, ce qui représentait 20 pourcent du budget entier de la ville.<sup>‡</sup>

-- Les amendes représentent la deuxième plus grande source de revenue pour la municipalité.

Voici comment ce système pénalo-économique marche – et comment marche la discrimination contre les minorités :

over the past two years, 85 percent of traffic stops there involved black motorists... After being stopped, black residents were twice as likely to be searched and twice as likely to be arrested as white residents—despite the fact that, in the event of a search, whites proved to be two-thirds more likely to be caught with some sort of contraband. Municipal violations for having an unmowed lawn, or putting out the trash in the wrong place at the wrong time, were issued overwhelmingly to black residents. Ninety-five percent of

---

\* <http://www.theatlantic.com/politics/archive/2015/04/fergusons-fortune-500-company/390492/>  
† Cf. FBI Report ([http://www.justice.gov/sites/default/files/opa/press-releases/attachments/2015/03/04/ferguson\\_police\\_department\\_report.pdf](http://www.justice.gov/sites/default/files/opa/press-releases/attachments/2015/03/04/ferguson_police_department_report.pdf)); ArchCity Defenders - Municipal Courts Whitepaper (2014) ([https://archive.org/details/pdfy-iyuTY46j7R\\_fAvpK](https://archive.org/details/pdfy-iyuTY46j7R_fAvpK)) ; etc.  
‡ Johnson.

the citations for the “manner of walking in the roadway” and “failure to comply” were issued to African Americans.

In the same period of time, the city issued over 9,000 warrants for missed court appearances and unpaid (or incompletely paid) fines. According to a report by the Arch City Defenders, a non-profit legal advocacy group focused on issues facing St. Louis County’s poor and homeless population, citizens who failed to appear or to pay fines that were “frequently triple their monthly income” were liable to be jailed, sometimes for as long as three weeks. Those with outstanding warrants were rendered ineligible for most forms of public assistance and government-provided social services.\*

Comme Johnson démontre :

the cash-starved municipality relies on its cops and its courts to extract millions in fines and fees from its poorest residents, issuing thousands of citations each year. Those tickets plug a financial hole created by the ways in which the city, the county, and the state have chosen to apportion the costs of public services. A century or more of public-policy choices protect the wallets of largely white business and property owners and pass the bills along to disproportionately black renters and local residents.

C’est bien le modèle que Foucault décrivait en 1972 – avec, bien sure, la dimension inséparable de l’histoire de l’esclavage et des questions de « race » qui est assez unique (+/-) aux Etats-Unis.

Foucault, lui, décrivait le Moyen Age. Mais son analyse semble tout à fait lisible aujourd’hui encore.

## 2.

Deuxième passage, celui-ci de la leçon du 8 mars 1972<sup>†</sup> où Foucault développe les effets épistémopolitiques<sup>‡</sup> – « les effets de savoir<sup>§</sup> » – produites par le droit pénal. Foucault souligne qu’il faut distinguer ces effets de savoir de simple « opérations idéologiques<sup>\*\*</sup> ». Par « opérations idéologiques », Foucault veut dire l’ensemble des rationalisations qui expliquent et justifient les décisions juridiques et les pratiques

---

\* Johnson.

<sup>†</sup> *T&IP*, p. 197-198.

<sup>‡</sup> Comme Foucault le note, dans une version primitive raturée au dos d’un feuillet, « Le niveau du savoir-pouvoir, avec ses formes, est tout à fait distinct du niveau “épistémologique” où s’analysent les sciences. Il est distinct aussi du niveau “archéologique” des pratiques discursives. » *T&IP*, p. 213 n.a.

<sup>§</sup> *T&IP*, p. 198.

<sup>\*\*</sup> *T&IP*, p. 198.



pénales. En contraste, par « effets de savoir », Foucault nous dit, « il faut entendre autre chose » :

c'est la découpe, la distribution et l'organisation de ce qui se donne à connaître dans la pratique pénale ; c'est la position et la fonction des sujets habilités à connaître, c'est la forme de connaissance, d'indication, de révélation, de manifestation qui s'y joue.

Analyser les effets de savoir de la pratique pénale, c'est étudier cette pratique comme scène où se nomme une vérité.\*

Cette différenciation et distance vis-à-vis l'idéologie se dit, bien entendu, « à travers Marx » – c'est plus compliqué et même « plus pervers », comme le suggère Étienne Balibar, mais enfin pour simplifier, disons à travers Marx.†

Encore une fois, pourtant, le véhicule théorique ne saisit pas toute la portée du travail que cette notion d' « effets de savoir » va jouer dans le travail de Foucault. Car, dans *Théories et institutions pénales*, ce qui émerge de cette généalogie du nouveau système répressif – à travers le déplacement du droit germanique au droit médiéval – c'est la manifestation d'un savoir, un savoir qui va avoir une importance centrale dans le travail de Foucault.

C'est ici qu'on retrouve un autre grand déplacement d'un modèle germanique qui se fonde sur la lutte à un modèle de la justice royale au XVIIe siècle qui elle commence à imposer un savoir (pré-étatique). C'est aussi ici qu'il y aura un chevauchement important avec le savoir d'une part de la « vraie raison d'État » des proto-Étatistes comme Botero et, d'autre part, de la « raison du moindre État » des Physiocrates.

Le droit germanique, lui, se caractérise par la lutte, le combat, la guerre. Il s'agit, Foucault maintient, de tout un ensemble de pratiques pénales féodales qui marchent « à travers les luttes, conflits et contradictions‡ ». Le juridique à cette époque se définit par la lutte réglée : « La règle et la lutte, la règle dans la lutte, c'est cela le juridique. »§ Où plus simplement, dans le manuscrit on retrouve : « acte de justice = lutte réglée ». \*\* Bref, cette lutte de la justice prend « la forme de la bataille », ††

---

\* *T&IP*, p. 198.

† Pour être très exacte, il faudrait plutôt dire « à travers un Althusser fictionnel ». Cf. Balibar, AMF, p. 8 (« plus pervers, parce qu[e Foucault] attribue toujours implicitement à Althusser exactement la conception de l'idéologie dont celui-ci avait voulu libérer le marxisme »).

‡ *T&IP*, p. 114.

§ *T&IP*, p. 115.

\*\* *T&IP*, p. 116.

†† *T&IP*, p. 128.

Le modèle de la guerre aura de vrais vestiges dans le droit pénal médiéval qui suivra le droit germanique : nous retrouverons la forme de la bataille dans les épreuves médiévales, toutes les ordalies (de l'eau chaude ou froide, du feu et du fer, etc.), le duel judiciaire, et les guerres privées qui sont eux centrales au Moyen Age. Les modèles de la guerre privée et des institutions de paix que Foucault analyse tout au long du 9, 16, et 23 février 1972 sont dans cet héritage de la justice comme lutte plus ou moins réglée.\* Foucault le dira en un mot (ou deux) :

Tout ce[la] montre bien que dans son déroulement, l'acte judiciaire a continué à conserver *un caractère de guerre*. Le problème était de savoir qui gagnerait (dans le défi des serments, dans le jeu de l'épreuve, ou dans le duel) sous le regard d'un juge destiné surtout à authentifier *le déroulement du « combat »*. Il ne s'agissait pas que le juge établisse lui-même, et par ses propres moyens, où était la vérité. Dans son théâtre, le jugement est encore *une lutte, un épisode de la guerre, une rivalité*. À une époque où ses justifications idéologiques et religieuses l'entraînent ailleurs (vers la vérité) et où son fonctionnement est d'un tout autre type.†

Un déplacement graduel se fera, donc, « vers la vérité », vers l'imposition d'un savoir. De « l'événement-épreuve‡ » nous passons à « l'enquête-vérité§ ». Avec la justice royale – les cas royaux, les procureurs royaux, le juge, le procès – nous passons à un modèle non pas de guerre, mais de la quête pour la vérité : « La pièce de remplacement, permettant de passer d'un pouvoir gardien de l'ordre à un pouvoir portant la sentence, c'est *l'enquête-vérité* ». \*\* La justice royale impose un savoir – ce qui est très différent de la justice féodale où « La justice ne s'impose pas. Elle est constituée par la volonté des individus en litige ». ††

En somme, d'une « série d'épreuves‡‡ » sur le modèle de la guerre et du combat, on passe au modèle du « savoir » :

– Alors que dans le vieux droit germanique, le défendeur lutte avec son accusateur, il est, dans ces procédures d'enquête, l'objet d'un savoir. Il n'est plus celui qui doit lutter ; il est celui à propos duquel il faut savoir.

Il était dans un champ de force ; il est maintenant dans un domaine de savoir.

– Dans le droit de type germanique, l'accusé gagnait ou perdait : maintenant, « on sait » ou « on ne sait pas » à son sujet. Il est percé à jour ou il demeure caché.

---

\* *T&IP*, p. 130-176.

† *T&IP*, p. 130 (italiques BEH).

‡ *T&IP*, p. 198; cf. *VFJ*, p. 574-576/1442-1444.

§ *T&IP*, p. 201 n.b.; cf. *VFJ*, p. 581-584/1449-1452.

\*\* *T&IP*, p. 201.

†† *T&IP*, p. 117.

‡‡ *T&IP*, p. 198.

Il est pris dans l'opposition lumière/obscurité et non plus gain ou perte.\*

Ce modèle du savoir sera, bien évidemment, essentiel important pour la suite, y inclus l'émergence des sciences humaines. Du reste, c'est sur cette hypothèse que Foucault conclut ses leçons de 1972, nous indiquant le trajet à venir (l'étude de l'examen dans le contexte de la prison, ce qui nous donnera *Surveiller et punir*) et les implications pour les sciences humaines (revenant donc à son archéologie de 1966) :

Une remarque enfin.

L'analyse d'autres matrices juridico-politiques fera apparaître à côté de l'enquête et de la mesure un autre schéma du pouvoir-savoir.

Les nouveaux types de pénalité, de contrôle et de répression au XVIIIe-XIXe siècle ont fait apparaître la forme de l'examen :

examen de normalité

examen de niveau

examen de moralité

examen de santé (mentale ou non)

sur les individus ou les groupes.

C'est de là que sera extrait un sur-savoir dont l'effet sera l'apparition des sciences humaines.

À partir des trois matrices juridico-politiques sont nées les sciences :

- mesurantes du *κοσμος*,

- descriptives de la nature,

- normatives de l'homme.†

Et, encore une fois, ce modèle de savoir s'actualise aujourd'hui avec le cas Ferguson – plus particulièrement, l'événement du « grand jury » de Ferguson. Car le « grand jury » de Ferguson a produit tout un savoir sur ce qui s'est passé entre le policier, Darren Wilson, et le jeune Michael Brown, une « vérité » qui a fonctionné et qui sert dans le discours politique américain pour opérer un blanchissement de l'homicide. La forme juridique de « grand jury » a produite une « vérité » -- un dire vrai, un *verdict* – sur de la rencontre fatale entre Wilson et Brown. L'utilisation ou plutôt l'abus du *grand jury* a réussi à convaincre la majorité des Américains, et beaucoup d'autres autour du monde, qu'il y avait eu effectivement un verdict du jury sur une mise en évidence de toute les preuves – alors qu'en fait, rien ne pourrait être plus éloigné de la vérité.

Le « no bill » à Ferguson – le refus de signer l'instrument de charge (le « indictment ») – a été une longue procédure soigneusement orchestrée qui a été bien empaqueté et a servi à l'opinion publique américaine afin de ressembler un

---

\* *T&IP*, p. 202.

† *T&IP*, p. 215.

plein procès sur la preuve. Autrefois, on parlait de « simulacres de procès », de « *show trials* », particulièrement derrière le rideau de fer. Eh bien, cette grande instance du « grand jury » était exactement ça – construite derrière le voile du secret juridique des délibérations d'un « grand jury », présenté comme fait accomplis sous la forme d'une transcription entière, et livré au peuple américain sans jamais risquer le système accusatoire anglo-saxon, l'examen par un juge, ou l'œil critique du public ou des médias. (Comme vous le savez peut-être, il n'y a pas de juge dans le « grand jury », c'est le procureur seul – ou ici, la défense de Darren Wilson – qui présente les faits et la loi.)

À Ferguson, le « grand jury » qui a décidé de ne pas signer l'accusation contre Wilson pour l'homicide du jeune Michael Brown a entendu 60 témoins au cours de 75 heures le long de trois mois. Les jurés ont délibéré pendant plusieurs jours. La procédure a produit une transcription volumineuse qui a atteint près de 5000 pages.

C'est exactement, point par point, le contraire de ce qui se produit habituellement dans une affaire d'homicide; mais ça a été brillamment construit et assemblé pour ressembler à un vrai procès devant a vrai « petit jury » (le jury de 12 membre qui décide si l'accusé est coupable).

Tout d'abord, les procureurs en général essaient de limiter le témoignage et le nombre de témoins qui paraissent devant un *grand jury* dans les cas d'homicide pour éviter de créer des différences, des contradictions, ou de quoi contester la véracité du témoignage au vrai procès – pour éviter de créer du *Brady material*. À Ferguson, le procureur a fait exactement le contraire, en mettant devant les *grand jurors* tous les témoins possible, qui eux ont témoigné d'une manière conflictuelle (certains disaient que Michael Brown se rendait les mains hauts, d'autres qu'il tombait déjà, d'autres qu'il se retournait, allait en marche arrière, ou s'avavançait en courant vers l'agent de police quand ce dernier a tiré le douzième coup fatal).\*

À Ferguson, le « grand jury » a entendu 60 témoins au cours de 75 heures le long de trois mois. Les jurés ont délibéré pendant plusieurs jours. La procédure a produit une transcription volumineuse qui a atteint près de 5000 pages. *That is unheard of.*

Ensuite, les procédures devant un grand jury d'habitude ne sont pas accusatoire – il n'y a pas de « *cross-examination* » des témoins, et pas de démarches contradictoire puisque le seul avocat dans la salle est le procureur. Et le procureur, d'habitude, ne poursuit pas un contre-interrogatoire des témoins favorables à l'État. À Ferguson, le procureur a fait exactement le contraire, allant même jusqu'à dire à un témoin favorable à la poursuite: « Fondamentalement, à peu près tout ce que vous avez dit le 13 août, et beaucoup de ce que vous avez dit aujourd'hui ne correspond pas à la preuve physique que nous avons dans ce cas, OK. »

---

\* [http://www.washingtonpost.com/politics/2014/11/29/b99ef7a8-75d3-11e4-a755-e32227229e7b\\_story.html](http://www.washingtonpost.com/politics/2014/11/29/b99ef7a8-75d3-11e4-a755-e32227229e7b_story.html)

Troisièmement, les procureurs tentent de coller près des « pattern jury instructions » -- des instructions de la loi conformes au plus simples articulations vérifiées dans les manuels d'instruction – étant donné qu'aucun juge, ni avocat de la défense n'est présent dans la salle du « grand jury », étant donné qu'il n'y a personne pour contredire le procureur. Encore une fois, c'est exactement le contraire qui est arrivé ici, et le procureur a donné une instruction manifestement erronée sur l'utilisation de la force létale dans le contexte d'un arrêt qui avait été déclarée inconstitutionnelle par la Cour suprême des États-Unis et qui n'a jamais été corrigé par le procureur.\*

Quatrièmement, toutes les procédures devant le *grand jury* sont secrets, fermés au public, et généralement scellés. En fait, § 540.320 des lois du Missouri prévoit que « Aucun membre d'un *grand jury* ne doit divulguer aucune preuve faite devant le *grand jury* » et que « tout juré qui viole les dispositions du présent article sera déterminé coupable d'un délit de classe A ».† Il est extrêmement rare que de l'information ou encore plus un transcrite de ce qui s'est passé devant le *grand jury* soit divulgué au avocats même ou accessible au public. À Ferguson, par contre, la transcription complète, intégrale, de 5 000 pages, a été publiée et rendu disponible en ligne le soir même de la conférence de presse (très rare) le jour du « no bill ».

Enfin, le grand jury a la tâche de retourner soit un « true bill » (donc de signer l'instrument d'accusation) ou un « no bill » (donc de ne pas mettre l'accusé en accusation), mais en aucun cas de rendre un verdict. Ici aussi, les choses ont pris une apparence complètement différente, avec le procureur en chef, Robert McCulloch, essayant de tout de son mieux de donner l'impression qu'il y avait eu un verdict sur la preuve complète, et dire au peuple américain, lors de sa conférence de presse inhabituelle, que « Le grand jury a travaillé sans relâche pour examiner et réexaminer tous les témoignages des témoins et de toutes les preuves physiques ... Ils sont les seules personnes, les seules personnes qui ont entendu et interrogé tous les témoins et chaque élément de preuve. »

Dans ce cas, ce simulacre du verdict a réussi à faire croire à la majorité des américains qu'il y avait eu un verdict de non-culpabilité. Cela, bien sûr, a été le point.

Et cela a fonctionné.

Même le *New York Times* a finit par se faire prendre et a déclaré dans le titre même d'un article en première page au-dessus du pli, le 29 Novembre 2014, qu'il y avait eu un « verdict contesté » -- alors qu'en fait, il n'y avait aucun verdict. Une

---

\* <http://www.msnbc.com/the-last-word/watch/shocking-mistake-in-darren-wilson-grand-jury-364273731666>

† § 540.320 of the Missouri Statutes provides that “No grand juror shall disclose any evidence given before the grand jury” and that “any juror violating the provisions of this section shall be deemed guilty of a class A misdemeanor.”

décision du *grand jury* n'est pas un « verdict » -- c'est claire et simple. Un « petit jury » de douze citoyens après un vrai procès et une méthode accusatoire, après avoir entendu toute la preuve, rend un « ver-dicte », une « parole vrai », une « déclaration de la vérité » en ce qui concerne toutes les preuves (*ver-vérité; dict-déclaration*). Un *grand jury*, par contre, ne fait simplement de signer ou non l'instrument accusatoire. Les « grands juries » ne rendent jamais de verdicts.

Au St. Louis, les procureurs ont bien orchestré un dire vrai sur l'homicide de Michael Brown.

La production d'une telle « vérité » est bel et bien ce que le droit pénal et le système pénal fait le mieux.

### 3.

Troisième passage : celui de la leçon du 23 février 1972\* où Foucault fait « une parenthèse méthodologique » dans sa discussion des institutions de la paix médiévales, pour élaborer l'importance substantive des formes juridiques : ces matrices juridiques, qui sont au centre de toutes ces recherches au début des années 1970 (i.e. mesure, épreuve, enquête, examen – ce qu'il se réfère ici a « à la fois les principes de droit et les règles de procédure [... et] les décisions de justice<sup>†</sup> ») ne sont pas de simples éléments de reproduction des rapports économiques. Non, ils ne sont pas de simple « expression(s) » ni de simple « reconduction(s) des rapport économiques <sup>‡</sup>». Plutôt cet ensemble de formes juridiques « s'inscrit comme rapport de pouvoir dans les rapports économiques, et les modifie par là même : il transcrit les rapports économiques dans les rapports de pouvoir et les modifie par là même. »<sup>§</sup> Foucault continue :

Un appareil comme l'appareil judiciaire n'est pas seulement expression, ou instrument de reproduction. Il est un des systèmes par lesquels se fait :

- l'investissement du politique par l'économique,
- l'insertion du politique dans l'économique.

Il assure à la fois

- l'omniprésence du politique à l'économique
- et le décalage de l'un à l'autre.\*\*

Dans un passage proche, mais raturé, Foucault avait élaboré : « les rapports de pouvoir ne se superposent pas aux rapports économiques. Ils forment avec eux une trame unique. Les rapports de pouvoir sont aussi profonds que les rapports de

---

\* *T&IP*, p. 171-172.

† *T&IP*, p. 171-172.

‡ *T&IP*, p. 171.

§ *T&IP*, p. 172.

\*\* *T&IP*, p. 172.

production. Ils ne se déduisent pas les uns des autres. Ils reconduisent des uns aux autres. »\*

Passage très important. L'appareil théorique de Foucault déplace le marxisme : l'étude des relations de pouvoir est aussi profond et important que les relations de production. Chacun forme et modifie l'autre. Et comment, exactement ? En formant, par exemple, pour prendre une thèse qui sera développée dans *La société punitive* et « Vérité et les formes juridiques », notre propre conception de notre nature humaine : les méthodes disciplinaires du capitalisme naissant du début du XIXe siècle façonnera l'importance du travail, de la diligence, de la besogne et imprènera le corps docile des ouvriers. Elles produiront l'idée du travail comme essence humaine – condition de possibilité à la fois des notions d'aliénation du jeune Marx et du capital humain des néolibéraux américains. Sans les techniques et stratégies de discipline, pas de centralité du travail ; pas de centralité du travail, pas de possibilité de penser les grandes théories et pratiques économiques du XXe siècle (communisme marxiste et néolibéralisme américain).

On peut voir ici le chevauchement de la méthode généalogique et la méthode archéologique : ce sont les rapport de pouvoir qui produisent cette centralité des notions de travail et de production, qui eux sont l'expression centrale de l'*épistème* moderne décrite dans *Les mots et les choses* en 1966. Nous retrouvons ici la généalogie de cet artéfact archéologique qu'est le travail, la production, le temps dans la pensée moderne – ou, comme Foucault disait en 1966, « le travail, c'est-à-dire la peine et le temps, cette journée qui à la fois découpe et use la vie d'un homme », le fait que les hommes « sont tous soumis au temps, à la peine, à la fatigue et, en passant à la limite, à la mort elle-même. »†

Chose tout à fait remarquable : la théorisation des relations de pouvoir des 1970 recourent et se replient sur l'archéologie du savoir des années 1960, de telle manière qu'elle sert de pont pour imaginer l'émergence de toute une *épistème* qui limite et contraint nos zones de possibilité.

Comme le montre bien Claude-Olivier Doron, cette parenthèse méthodologique de Foucault s'oppose donc à « la réduction des mécanismes de pouvoir à des instruments de *reproduction* des rapports de production, thèse essentielle dans l'analyse althusserienne des appareils d'État ».‡ Foucault reprend ici, en les modifiant, ces thèmes centraux au travail d'Althusser et de Bourdieu sur la reproduction du système capitaliste§ – ce qu'il fera de suite dans *La société punitive*, en s'opposant à cette notion fondatrice d'une essence de l'homme fondée dans le travail.\*\*

---

\* *T&IP*, p. 172.

† *MC*, p. 237.

‡ *T&IP*, p. 178 n.9.

§ Cf. *T&IP*, 178 n. 9 et 10.

\*\* *LSP*, p. 224, p. 245 n.8, et « Situation du cours » p. 299.

Foucault boucle *Théories et institutions pénales* en liant la notion qui en résulte, le « pouvoir-savoir », avec la logique et la réalité économique. Il le dit très exactement, par exemple, à la page 213, où il souligne que « C'est à ce niveau [du « pouvoir-savoir »] que se fait le lien véritable, profond, décisif à l'économique. »\* Et il ajoute, quatre lignes plus tard :

– C'est au niveau non de la science, mais du plus de savoir, non du gouvernement, mais du plus de pouvoir, *non de la rentabilité, mais du cumul de profit, que les liens apparaissent.*†

Cette liaison étroite du savoir et de l'économique – plus précisément du cumul de profit – est un deuxième endroit où le cours de 1972 dédoublera celui de 1978, *Sécurité, Territoire, Population* :

(1) Le premier, bien évidemment, c'est l'appareil répressif d'État vers 1670 : on peut lire les deux cours comme deux généalogies différentes – une première en 1972 des institutions, pratiques et droits pénaux qui passe par le droit germanique, le droit pénal médiéval, et l'émergence d'un appareil fiscal, parlementaire, et militaire ; une seconde en 1978 de l'art de gouverner qui passe par le pastorat, la raison d'État, et l'émergence d'un dispositif diplomatique-militaire et ce dispositif disciplinaire de la police – qui se croisent exactement, se joignent, se plient l'un sur l'autre au moment de la création des intendants de justice, du lieutenant de police en 1667, et de l'ordonnance criminelle de 1670.‡ Ici, les deux généalogie se recoupe parfaitement et décrivent le même événement phénomène.

(2) Le second croisement des généalogies – ou peut-être faudrait-il dire, complément, car de cette perspective, les deux cours devraient se compléter comme d'une part généalogie des institutions et pratiques en 1972 et d'autre part des concepts et rationalités en 1978 – c'est ce point où le savoir s'entrelace avec l'économique. Ici, en 1972, l'enquête comme forme juridique qui produit un savoir participe et se lie au cumul des profits. En 1978, c'est toute une nouvelle rationalité associée à la « raison d'État » d'un côté § : « La raison d'État, » nous dit Foucault, « c'est également la connaissance qui permet de suivre en quelque sorte la trame de cette raison d'État et d'y obéir. C'est donc un art, avec son côté pratique et son côté de connaissance. »\*\* Et de l'autre côté, le savoir des économistes physiocrates du

---

\* *T&IP*, p. 213.

† *T&IP*, p. 213 (italiques BEH).

‡ Cf. *T&IP*, p. 94, et 101-107; *STP*, p. 321, 328, 348-361.

§ *STP*, 359. Pour la raison d'État, ce savoir va être lié aux statistiques: « La statistique, c'est le savoir de l'État sur l'État, entendu comme savoir de soi de l'État, mais savoir également des autres États. » *STP*, p. 323.

\*\* *STP*, p. 263.



XVIIIe siècle qui offre un nouveau savoir économique lié au produit net, à la croissance, et à la possibilité de cumul de profits.\* L'économie politique représente tout « un domaine de savoir nouveau ».<sup>†</sup>

D'où l'importance et le lien entre le savoir et l'économique – entre un savoir nouveau sur le moindre état qui débouchera sur le néolibéralisme américain et le cumul de profit...

Retournons alors à Ferguson et à l'article de Walter Johnson qui démontre comment l'économie politique de cette municipalité dédouble le savoir nouveau sur le moindre état. Emerson Electric a ses *headquarters* à Ferguson. La société, classifiée dans le Fortune 500, se vante, en aout 2014, de « third-quarter sales of \$6.3 billion » -- en d'autres mots, des revenus de \$6.3 milliards en trois mois. Plus de \$24 milliards de business, de revenus, pour l'année – tout ça basé dans cette petite ville de Ferguson.<sup>‡</sup>

Toute l'économie de la municipalité est organisée autours de l'effort, à travers des encouragements fiscaux, d'attirer des entreprises comme Emerson Electric – qui, en fin de compte, finissent par extraire beaucoup plus de profit économique de cette relation. Exemple : les évaluations minimales de la valeur de leur propriété – qui fait, par exemple, qu'ils payent seulement « \$68,000 in property taxes from the corporate headquarters that occupies 152 acres of its tax base »<sup>§</sup> En fait, ils payent tellement peu d'impôts, qu'ils ne prennent même pas avantage des « tax abatements » auxquels ils auraient droit parce qu'ils on construit leur nouveau *data-center* dans « a state-designated Enhanced Enterprise Zone » (en contraste avec les autres entreprises, comme Home Depot, Walmart, et Sam's Club, qui ont tous profité des encouragements fiscaux pour ouvrir des « Big Box » magasins à Ferguson (« These companies all came to town in 1997 through something called tax increment financing—known (to the extent it's known at all) by the acronym TIF. Along with low appraisals and tax abatements, TIF districts are one of Missouri's principal tools for encouraging new development\*\* »). (Note : this is all financed by municipal bonds that the local residents end up paying for through the local budget).

En 1980, en plein Reagan-renaissance, un député du Missouri a fait passer un amendement à la constitution de l'état qui requiert un référendum pour toute hausse de taxes municipales.<sup>††</sup> Par contre, sous cet amendement, les municipalités

---

\* STP, p. 44, 74, et 78 et seq.

† STP, p. 79.

‡ Johnson.

§ Johnson.

\*\* Johnson.

†† Johnson («Municipal tax revenue is limited by the Missouri constitution. In 1980, Representative Mel Hancock—the founder of a group called the Taxpayer Survival Association—wrote an amendment that required any increase of local taxes, licenses, or fees to

peuvent augmenter leurs « sales tax » -- je crois TVA – sans referendum municipal, pour payer les TIF *bonds*. (« Under the Hancock Amendment, municipalities can raise their sales tax without a local referendum in order to pay for the retirement of TIF bonds. And according to the Ferguson city budget, sales taxes account for the largest share of the city's revenues.\* »)

Les *sales taxes*, bien entendu, tombent le plus dure sur les pauvres.

Le résultat : un déficit pour la municipalité qui doit être compensé par l'extraction financier des plus pauvres à travers tout un système de TVA et d'amendes, d'arrêts, d'incarcération, et d'extraction :

according to the Ferguson city budget, sales taxes account for the largest share of the city's revenues. Next come municipal court fines. And after that franchise taxes—taxes on telecommunications, natural gas, and electricity usage. Only after that comes revenue from property taxes.

This means Ferguson extracts more revenue from African American renters seeking to heat their homes in the winter, light them after dark, and talk on their cell phones than it does from those who own the homes themselves. Taken together, these regressive taxes account for almost 60 percent of the city's revenue. In contrast, property taxes—which are, at least in theory, progressive taxes—account for just under 12 percent.†

Voilà donc comment un nouveau savoir économique néolibérale est liée à tout une économie politique qui produit un cumul de profit aux entreprises – troisième sur-value chez Foucault du faire-valoir de Marx.

Maintenant, tout ça n'est pas pour dire que Foucault avait tout noué – que, comme il dira au sujet de sa réanalyse de *Les mots et les choses* dans *Sécurité, Population, Territoire* (le 25 janvier 1978, après avoir lié l'émergence du concept de la population si étroitement et linéairement avec la rupture épistémologique de la modernité à la fois dans le domaine linguistique, biologique, et économique), que « le paquet est empaqueté et le noeud [noué]‡ ». Non, pas du tout, ici, en 1972, on retrouve encore tout une lutte, une épreuve même, autour du vocabulaire.

On le voit bien, par exemple, à la leçon du 16 février 1972, lorsque Foucault développe la répartition des armes, et les institutions de paix dans le contexte de la

---

be approved by a citywide referendum, with very few exceptions. Along with gun-license fees, which are explicitly exempted from the provisions of the “Hancock Amendment,” municipal fines provide Missouri cities with one of the few sources of revenue they can expand without a referendum.”)

\* Johnson.

† Johnson.

‡ *STP*, p. 81.

pénalité médiévale,- tout un ensemble de pratiques et d'institutions qui exerce du pouvoir, ou plutôt où le pouvoir circule dans les artères même – Foucault se corrige et barre l'expression « est constitutif » à propos du principe *pax et justicia* pour le remplacer par l'expression « a été un instrument politique capital ».\* Le notion du « constitutif » est encore compliqué – ça demande une attention toute particulière.

### Conclusion

Donc en conclusion, Marx est au centre, comme cible, mais on peut le mettre de coté en fin de compte pour voir le projet plus complet de Foucault – et pour en tirer profit. Peut-être qu'on peut faire la même chose pour Althusser. Certainement, on l'a fait pour ce Marx qui faisait si souvent passer à travers Hegel. Ce serait les libérés tous de ce poids lourd, et de leur donner une nouvelle autonomie.

Libérons nous de Machiavel. Libérons nous de Marx. Il se peut que ça produise une renaissance du matérialisme. C'est certainement le cas chez Foucault, qui en 1972 est très penché sur la circulation des richesses, etc.

Et puis après, arrêtons nous, nous-mêmes, de tout dire à travers Foucault. Une analyse de Ferguson n'en a pas vraiment besoin.

---

\* *T&IP*, p. 158.