

Article

Michel Foucault face à la complexité des univers normatifs

Otto PFERSMANN

RÉSUMÉ : Les travaux de Michel Foucault entretiennent un rapport ambigu avec le monde des normes et en particulier avec le droit : d'un côté, il s'agit pour lui d'identifier et d'analyser le mode de fonctionnement des rapports de force et de domination au regard desquels le droit comme la morale ne sont que des paravents qu'il s'agit d'écarter. D'un autre côté, le droit demeure présent dans son œuvre comme une donnée obsédante, transparente et directement accessible.

C'est ainsi que l'on se rend compte qu'il succombe à une double illusion relative aux données juridiques qui entraîne des effets de distorsion sur l'analyse du *pouvoir* : la transparence de l'interprétation et le caractère linéaire et directement applicable des dispositions incluses dans les textes fondateurs du droit public français. Or premièrement le droit n'est nullement transparent et son interprétation exige des précautions particulières (que Foucault ne fait aucun effort de s'approprier) et c'est justement son interprétation et son application fautive qu'il convient de comprendre de l'intérieur. Deuxièmement, bien des textes qui en présentent l'apparence sont en fait dépourvus de valeur juridique – ce qui était notamment le cas de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen avant 1971.

Mais ces erreurs sont significatives et intéressantes : l'évolution et l'état des prisons ou des asiles psychiatriques demeurent longtemps considérés comme externes à la protection juridique et soumis au régime de l'arbitraire. Ce n'est que très lentement que les garanties constitutionnelles et conventionnelles sont étendues à tous les destinataires de l'ordre juridique et elles le sont avec réticence et difficulté. Si les États constitutionnels contemporains proclament leur attachement à un idéal « d'État de droit », les analyses de Foucault font apparaître ses failles et constituent ainsi une contribution involontaire à l'étude des droits fondamentaux.

MOTS-CLÉS : rapport entre pouvoir et droit ; interprétation juridique ; garantie de droits fondamentaux ; état de droit ; relations particulières d'autorité

Otto PFERSMANN est directeur de recherches à l'École des Hautes Études en Sciences Sociales, au Centre d'Études des Normes Juridiques (CENJ) et à l'Institut Marcel Mauss (IMM). Il était professeur invité à l'Institut de Recherches en Sciences Humaines, Université de Kyoto, d'août 2017 à février 2018.

E-mail : otto.pfersmann@gmail.com

Le lecteur de Foucault portant un intérêt aux questions juridiques demeure frappé par un intrigant contraste : à une démarche irréalisant le droit par rapport à l'intérêt exclusif pour l'étude du *pouvoir*¹ s'oppose la présence néanmoins obsédante du droit pénal qui n'a pas, jusqu'ici, reçu d'explication vraiment satisfaisante.

Le nom de Michel Foucault reste attaché au renouvellement de l'analyse du *pouvoir* dans une perspective structurale et historique. Quelle que soit la manière dont on essaie de saisir le pouvoir et plus particulièrement le pouvoir dans une perspective foucauldienne, il est certain que ce n'est pas par le *droit* que l'on pourra s'y prendre. Foucault n'est pas juriste, ni par formation, ni par élargissement ou itinérance disciplinaire. Par choix philosophique, il soutient au contraire une position « anti-juridique » selon laquelle le droit n'est que l'écran de la continuation de la guerre et qu'il n'a aucun potentiel explicatif quant aux phénomènes de rapports de force dont la violence concrète caractérise en revanche le pouvoir².

Pourtant le droit est presque toujours présent dans son œuvre. Il est principalement pénal et répressif : « Il y a un problème qui depuis longtemps m'intéresse, c'est celui du système pénal, de la manière dont une société définit le bien et le mal, le permis et le pas permis, le légal et l'illégal, la manière dont elle exprime toutes les infractions et toutes les infractions faites à la loi » dit Foucault dans un entretien de 1971³. Le droit est présent, répressif et à ce titre intéressant⁴, mais ce n'est pas lui qui est étudié à titre propre. Derrière lui, il y a le vrai pouvoir, invisible et omniprésent. C'est lui que Foucault voulait identifier et analyser, mais aussi combattre, car la prison est, pour lui, insupportable⁵. Or comment combattre le pouvoir

¹ C'est sur quoi insiste par exemple, Yves Charles Zarka, « Foucault et le concept non juridique du pouvoir », in : *Cités* (2000 No. 2.), pp. 41-52. Zarka rappelle à quel point l'étude foucauldienne du pouvoir résulte de l'idée que le droit n'est qu'un paravent masquant une guerre permanente et un rapport de forces violent.

² Foucault résume ainsi, le 7 janvier 1976, son programme de recherche et d'enseignement : « Je voudrais essayer de voir dans quelle mesure le schéma binaire de la guerre, de la lutte, de l'affrontement des forces, peut effectivement être repéré comme le fond de la société civile, à la fois le principe et le moteur de l'exercice du pouvoir politique. », in : François Ewald, Alessandro Fontana (sld.), *Cours au Collège de France de 1976*, « Il faut défendre la société », Paris Gallimard/Seuil, coll. « Hautes Études », 1997 ; édition numérique : https://monoskop.org/images/9/99/Foucault_Michel_Il_faut_defendre_la_societe.pdf. p. 18.

³ *Dits et écrits (1954-1988), tome IV : 1980-1988* (dans ce qui suit *DE IV*). Édition publiée sous la direction de Daniel Defert et François Ewald avec la collaboration de Jacques Lagrange, p. 208.

⁴ Foucault annonce cependant, dans « Il faut défendre la société » (note 2), une théorie nuancée de la répression, apparemment non élaborée par la suite.

⁵ *DE IV*, p. 206. L'état des prisons françaises constitue une préoccupation permanente. Juste au moment de la première présentation de ces réflexions à Kyoto, le *Monde* daté du 26 janvier 2018 portait le titre « Prisons : le gouvernement confronté à une situation explosive ». Un mouvement inédit de grève des gardiens de prison paralysait les établissements pénitentiaires dans toute la France.

répressif sans combattre – et donc au préalable *connaître* – le droit pénal autour duquel se dessine tout un univers juridique dont la nature reste cependant à préciser.

Tout au long de son parcours, Michel Foucault s'est intéressé à la façon dont les sociétés ont confiné les ensembles de personnes qui ne correspondent pas à une certaine idée de *normalité* tels les « fous » ou les « criminels ». Il s'est penché sur la manière dont les sociétés modernes et contemporaines ont organisé ou cherché à organiser une certaine conception de l'ordre et les modifications que ces conceptions ont subies au cours du temps. Les crises auxquelles les prisons et les hôpitaux psychiatriques sont régulièrement soumis en France et ailleurs montrent à la fois que ces projets sont fragiles et que la recherche, toujours actuelle d'alternatives n'a pas, jusqu'ici conduit à des résultats convaincants ni surtout au développement de modèles fondamentalement nouveaux. Le remplacement des institutions actuelles n'est d'ailleurs pas le souci de Foucault, il s'agit, à l'opposé de la fameuse maxime marxiste, de décrire d'abord l'état des choses avec les instruments les plus appropriés⁶.

Ce projet de Michel Foucault continue de susciter des réflexions de la part des disciplines les plus diverses : histoire, philosophie politique, sociologie, science politique, psychologie, psychanalyse, épistémologie des sciences sociales. La canonisation d'un auteur correspond sans doute au moment où ses écrits sont analysés sous l'angle des disciplines et des questionnements les plus divers et les plus éloignés des préoccupations explicitement exprimées dans ses textes.

Ainsi, les juristes ont eu plus de difficultés à démontrer un rapport avec les préoccupations de notre auteur. Souvent sollicités, certains ont assisté Foucault dans ses derniers séminaires et ont cherché à prolonger sa pensée comme François Ewald⁷, Éliane Allo⁸ ou Pasquale Pasquino⁹. Il est même fait mention du fait que le séminaire de 1978-79 a été « consacré (...) à la crise de la pensée juridique dans les dernières années du XIX^e siècle »¹⁰. Malheureusement,

⁶ DE IV, p. 107. P. 306 : « Le problème est le suivant : offrir une critique du système qui explique le processus par lequel la société actuelle pousse en marge une partie de la population. Voilà. »

⁷ François Ewald a été assistant de Foucault au Collège de France et a publié les volumes de *Dits et Écrits* avec Daniel Defert. Il est responsable de l'édition des cours de Foucault au Collège de France avec Alessandro Fontana. Après sa collaboration avec Foucault, il est devenu professeur au Conservatoire des Arts et Métiers, titulaire de la chaire assurance et conseiller du MEDEF. Il a publié *L'État providence* (Grasset 1986), *Naissance du code civil* (Flammarion 2004) et *Le principe de précaution* (Que sais-je ? 2009).

⁸ Eliane Allo a notamment publié *Le souci de l'âme*, Maren Sell 1989, d'une inspiration très proche des derniers travaux de Foucault.

⁹ Après sa collaboration avec Foucault, Pasquale Pasquino a été Directeur de recherche au CNRS et professeur à NYU. Il s'est notamment intéressé à la justice constitutionnelle. Il est, mis à part de nombreux articles sur la question, l'auteur de *Sieyès et l'invention de la constitution en France*, O. Jacob, 1998.

il n'est pas dit en quoi aurait exactement consisté cette crise. Les travaux des collaborateurs sollicités vont pourtant rapidement emprunter des directions assez différentes, même si l'on peut relever, chez François Ewald, une certaine continuité dans l'intérêt pour la *gouvernementalité*, concept nouveau, rapidement diffusé et probablement coresponsable du succès de « gouvernance » qui a largement remplacé « gouvernement » dans les études et théories de l'exercice de fonctions exécutives. Pourtant, Foucault et le droit devient de plus en plus fréquemment un sujet d'étude et la *Revue Interdisciplinaire d'Études Juridiques* vient de lui consacrer un dossier introduit par un article fort complet de Carlos Herrera¹¹ concluant lui aussi au fait que les travaux de Foucault demeurent très éloignés des préoccupations du juriste.

Les quelques observations de Foucault sur le droit en tant que tel sont presque toujours décevantes, contradictoires et souvent erronées. Fréquemment cité, le résumé du cours de 1975-76 commence par l'affirmation selon laquelle « Pour mener l'analyse concrète des rapports de pouvoir, il faut abandonner le modèle juridique de la souveraineté »¹². L'étude du droit n'aurait donc pas grand intérêt pour le projet qu'il conduit. En même temps, cette affirmation suppose que l'on connaisse ce modèle juridique qu'il convient d'abandonner. Et, en effet, dans de nombreux passages, Foucault cite des actes juridiques, des lois, des règlements, des jugements, mais aussi des auteurs, les pénalistes de l'âge classique et des Lumières – surtout Beccaria –, comme ceux du dix-neuvième siècle. Ainsi, si Foucault considère le droit comme marginal par rapport à son projet, les données juridiques, doctrinales et théoriques sont omniprésentes pour ne pas dire obsédantes. Lorsqu'on lui signale l'existence de théoriciens plus récents, son idée directrice de comprendre le pouvoir sans l'État lui fait dire que la théorie kelsénienne serait une « conception formaliste, axiomatique, étatique »¹³. Un cours n'est certes pas un article ou un ouvrage, mais traiter Kelsen d'étatiste constitue une erreur assez grossière qui montre simplement que l'auteur de *Surveiller et punir* n'a jamais vraiment lu la *Théorie pure du droit*¹⁴, consacrée justement à une critique de l'idée même de souveraineté et, partant, de l'état *pénal* alors qu'il fait travailler ses assistants sur les archives des tribunaux et de l'administration pénitentiaire. En fait, Foucault ne connaît pas ni ne s'intéresse à la théorie du droit, il ne s'intéresse pas non plus au droit constitutionnel, ni même

¹⁰ Résumé des cours, Juliard Paris 1989, p. 120 (également accessible sous UPL1342243831800762859_AN_78_foucault.pdf)

¹¹ *Penser le droit public avec Michel Foucault*, Revue interdisciplinaire d'études juridiques 2017/2 (Volume 79).

¹² P. 85.

¹³ *Sécurité, territoire, population*, Cours au Collège de France, 1977-1978, Gallimard/Seuil, 2004, p. 107

¹⁴ Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2ème édition Vienne Deuticke 1961, tr. Française Charles Eisenmann Paris Dalloz 1961.

au droit administratif, ses sources juridiques sont principalement historiques, pénalistes et criminologiques et elles concernent le droit antérieur aux réformes conduites en Europe dans les années 70 et 80 du siècle dernier.

On pourrait s'arrêter ici et retourner à des réflexions plus proches des préoccupations manifestes du texte, c'est à dire le concept de pouvoir et ses dérivés comme le biopouvoir¹⁵ et les dispositifs de dressage et de gouvernabilité.

On ne suivra cependant pas cette voie. Il ne sera pas non plus simplement question d'insister sur l'apport des études de Foucault à l'histoire du droit pénal. Si son originalité concernant l'émergence des peines de prison et leur généralisation progressive au début du dix-neuvième siècle peut être contestée¹⁶, les thèses qu'il soutient en vue d'expliquer ce phénomène sont bien les siennes et elles continuent de susciter de vives discussions.

Les considérations suivantes porteront sur trois aspects : l'illusion de la transparence I), la réorganisation administrative et constitutionnelle de la peine II), enfin ce qui paraît, rétrospectivement, l'intérêt principal et actuel de la réflexion foucauldienne en matière juridique : l'incomplétude de l'État de droit et la théorie des droits fondamentaux III). Foucault aborde ces questions avec les instruments du philosophe et de l'historien tout en s'engageant dans le débat contemporain. La méconnaissance du droit et de la théorie du droit affaiblit considérablement son analyse tout en demeurant singulièrement actuelle.

I) L'illusion de la transparence

a) Un apriori idéologique français : l'applicabilité directe des textes fondateurs

Foucault est obsédé par le droit, mais ne le considère pas en tant que tel. Il cite les codes, les règlements, les verdicts, les procédures, mais il semble penser que ces données sont d'accès direct à tout lecteur et n'exigent aucune technique particulière de compréhension ou qu'il convient de les lire comme des documents historiques ou des textes philosophiques. Un bref texte de circonstance illustre cette démarche de manière significative : une tribune publiée dans *La cause du peuple* du 3 juin 1971. A l'issue d'une manifestation, le journaliste Alain Jaubert qui voulait accompagner un manifestant blessé à l'hôpital est lui-même placé sous

¹⁵ La notion est développée par Michel Foucault dans *La volonté de savoir*. Histoire de la sexualité Paris Gallimard 1976 ; cf. aussi Frédéric Gros et Michel Foucault, « Cours du 6 Janvier 1982. De la guerre des races au biopouvoir » in : *Cités* (2000 No. 2.), pp. 141-178.

¹⁶ Cf. Par exemple déjà Alexis de Tocqueville, Gustave de Beaumont, *Le Système pénitentiaire aux États-Unis et son application en France* suivi d'un appendice sur les colonies pénales et de notes statistiques. H. Fournier jeune Paris 1833) ; Günther Saam, *Quellenstudien zur Geschichte des deutschen Zuchthauswesens bis zur Mitte des 19. Jahrhunderts*. Berlin, Leipzig de Gruyter 1936 ; Georg Rusche, Otto Kirchheimer, *Punishment and Social Structure*. Columbia University Press, New York 1939.

mandat de dépôt pour rébellion, le visage ensanglanté et les habits déchirés. Dans sa tribune, Foucault dénonce un « (...) système où magistrats et policiers se prêtent la main. Ce système nous menace tous, et contre ce système il faut nous défendre sans répit. C'est pourquoi – continue-t-il – nous nous sommes décidés à faire valoir nos *droits constitutionnels*¹⁷ : ceux qui sont formulés dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et auxquels se réfère la Constitution de 1958. Article 15 : < La société a droit de demander compte à tout agent public de son administration.> (...) Il faut que la justice et la police le sachent : elles tombent sous le coup de l'article 15. Chaque fois que ce sera nécessaire, il leur sera appliqué. »¹⁸ Ce bref texte est intéressant et révélateur. Foucault en appelle au respect de droits constitutionnels, il sait que la Constitution du 4 octobre 1958 se réfère à la Déclaration des droits de 1789. Mais cette référence ne se trouve que dans le Préambule de la Constitution qui énonce que « Le peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946 ». Que veut dire exactement une telle référence ? Accorde-t-elle des droits ? Est-il simplement possible de demander l'*application* de l'article 15 de la DDHC ? A qui ? Comment ? Le texte ne le dit pas et ne pose pas la question. Au contraire, la Déclaration de 1789 est prise littéralement, comme un ensemble de dispositions directement applicable, sans intermédiaire. « Chaque fois que ce sera nécessaire, il leur sera appliqué ». On pourra dire qu'il s'agit d'agitation politique et de polémique de bonne guerre visant à maintenir, sinon à éveiller l'esprit de contestation. C'est peut-être le cas, mais on peut difficilement admettre qu'il n'ait pas été pensé pour ce qu'il affirme. Et il est significatif que des textes soient considérés comme juridiques et qu'en cette occasion ils soient conçus comme immédiatement intelligibles et applicables, alors que leur interprétation n'est pas si évidente et qu'elle consiste, ici, en un appel moral et politique. Car au moment où Foucault écrit, la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen n'est *pas* applicable. En cela, Foucault, si critique dans son travail de lecture et cherchant toujours le pouvoir derrière le droit, succombe au mythe de la Révolution française et de la « France patrie des droits de l'homme » justement parce qu'il ne prend pas le droit au sérieux. En d'autres termes, parce que Foucault considère le droit comme un simple paravent du pouvoir, il admet les énoncés juridiques comme des données dont la compréhension n'exige aucun effort et qui auraient magiquement et directement prise sur la réalité. Il est tout aussi significatif qu'il n'est jamais revenu sur cette affaire ni sur l'argument qu'il y avait déployé. Et pourtant, comme on le verra, le texte du philosophe précède de quelques semaines une évolution qui va radicalement changer le système juridique français, mais que ce défenseur des droits constitutionnels n'a visiblement pas remarquée.

¹⁷ C'est Foucault qui souligne.

¹⁸ *Dits et écrits* 1971, p. 198s.

b) La thèse interprétative de l'intention et de l'objectif législatif

Foucault s'intéresse en historien et en philosophe aux données juridiques historiques. Il constate, après d'autres, la disparition progressive des supplices et leur remplacement par la prison. Ces faits sont juridiquement incontestables. Mais ce qui intéresse Foucault, c'est moins la loi ou le règlement en lui-même que quelque chose qui n'y est pas directement lisible. La célèbre thèse de *Surveiller et punir* est bien que ce n'est pas tellement par humanité et compassion que l'on abandonne les épouvantables supplices des Temps modernes, mais en vue d'un dressage et d'un contrôle permanent, largement induit par des causes externes et en particulier par l'avènement d'une économie capitaliste de marché qui produit une délinquance visant principalement la propriété. L'État cherche ainsi à centraliser sa mainmise sur une société qui évolue. Alors que les supplices visaient le corps du coupable, les nouvelles peines s'attaquent, selon Foucault citant les auteurs de l'époque, « à l'âme ». Là encore, il ne s'agit pas de mettre en question les faits historiques. La peine de mort, où elle est maintenue, est progressivement retirée de la vision du public, se veut brève et administrée avec un minimum de souffrance et l'architecture et les règlements de prison visent bien, quant à eux, à optimiser le contrôle des détenus.

Pour Foucault, il s'agit d'un transfert des énergies du pouvoir dont la somme demeure globalement constante. Notre auteur applique ici son principe de recomposition à valeur égale. Il paraît contestable d'un point de vue philosophique et juridique pour des raisons sur lesquelles il conviendra de revenir. Ce qui frappe ici, c'est la démarche qui permet à Foucault d'arriver à ce résultat. Si ce changement de dispositif à valeur constante n'est pas dans la loi qui se contente d'énoncer les crimes et délits ainsi que les conséquences en termes de sanction, comment arrive-t-on à identifier une intention corroborant la thèse soutenue ?

Foucault est confronté à un problème classique de l'interprétation juridique : que voulait exactement l'auteur de la norme ? Et il est significatif qu'il suive ici une ligne d'analyse qui correspond au penchant naturel du juriste et consistant à chercher l'intention *derrière* le texte, mais ce n'est en soi nullement évident. L'interprétation juridique consiste en principe dans l'analyse de la signification des énoncés formulant des normes. Cet exercice permet aux organes d'application des règles générales et abstraites de connaître le périmètre des solutions possibles qu'il ou elle pourra adopter au regard d'un cas concret. Mais les juristes sont très souvent insatisfaits de ces résultats et cherchent des alternatives ou alors ils considèrent que la connaissance de la signification du texte ne constitue qu'une étape intermédiaire en vue de la solution du litige. Ainsi apparaît l'idée que le *véritable sens* d'une disposition n'est pas le sens de la disposition, mais l'*intention* de ses auteurs, c'est à dire un fait psychologique pratiquement insaisissable (ou le *but* qui aurait été recherché ou la *fonction* que la norme est sensée jouer) et l'attention se porte sur la reconstruction hypothétique d'une telle intention¹⁹. Une telle recherche est à la fois vaine et méthodologiquement problématique en elle-même puisqu'un organe délibératif est par définition composé d'une pluralité de personnes dont

chacune peut avoir les intentions les plus diverses sans qu'elles ne se matérialisent dans le texte qui répond à un compromis formalisé. Le juriste et en particulier celle ou celui qui est en charge de l'application d'une règle générale peut ainsi, en tout cas cherche souvent ainsi à substituer quelque chose qui aurait été voulu – par exemple un certain résultat ou un principe beaucoup plus vaste que ce que le texte a finalement retenu – à la signification la plus généreusement considérée. Pour Foucault qui n'est pourtant nullement dans une telle situation, cette technique lui permet de substituer au sens du texte une intention de contrôle et de dressage qu'il exhume de travaux philosophiques ou politiques.

Il rencontre d'ailleurs un autre problème qu'il intègre en cours de route dans sa construction. L'article 64 du code pénal français de 1810, « (...) porte qu'il n'y a ni crime ni délit, si l'infracteur était en état de démence au moment de l'acte. La possibilité d'assigner la folie était donc exclusive de la qualification d'un acte comme crime. »²⁰ Foucault note que les juges n'en appliquent pas moins des circonstances atténuantes ce qui leur permet – contre la loi – de maintenir la qualification de crime ou délit. Cette thèse est intéressante en elle-même, car Foucault conteste l'objectivité de la qualification médicale de « folie » dans de nombreux écrits, mais demeure très attaché à l'interprétation, ici littérale, de l'article en question²¹. L'écart entre norme et jurisprudence constitue à l'évidence un problème juridique ; Foucault y voit principalement une intrusion de la théorie du contrôle social et applique ainsi, indirectement, la théorie de l'interprétation auctoriale ou téléologique dont les juges se servent en vue de s'écarter du texte ou plus simplement de ne pas appliquer la loi.

En dépit de ces difficultés méthodologiques on peut retenir que Foucault s'intéresse moins à la loi elle-même qu'à ce qui se situe derrière elle (l'antichambre) en vue de comprendre un mouvement historique de grande ampleur.

c) L'étendue de la réglementation et du pouvoir discrétionnaire

D'un autre côté, Foucault s'intéresse aussi à ce qui n'est pas déductible du texte et que – dans sa perspective, ici entièrement valable, d'historien – seule l'enquête empirique permet de mettre au jour. Dans tous les méandres de l'histoire pénale, ou de l'histoire de la psychiatrie ou de l'histoire de l'économie libérale ou enfin de l'histoire de la police en Allemagne aux XVIIème et XVIIIème siècle, la règle ne dit pas tout, parfois elle dit très peu et parfois rien du

¹⁹ Cf. Otto Pfersmann, « Contre le néo-réalisme. Pour un débat sur l'interprétation », in : *Revue Française de Droit Constitutionnel* no. 50, 2002, p. 279-334, no. 52, 2002, p. 789-836 ; « Le sophisme onomastique. A propos de l'interprétation de la constitution », in : Ferdinand Melun Soucramamien (sld.) *L'interprétation constitutionnelle* (Collection Thèmes et commentaires), Paris Dalloz 2005, pp. 33-60; « Explanation and Production : Two Ways of Using and Constructing Legal Argumentation » in : D.M. Gabbay et al. (éds.), *Approaches to Legal Rationality, Logic, Epistemology, and the Unity of Science*, Vol. 20, Springer Berlin Heidelberg 2010, chap. 14.

²⁰ *Surveiller et punir*, Gallimard, 1975.

tout. C'est plutôt l'absence de règle que leur trop-plein qui est frappant.

Foucault pointe ici un problème essentiel de la construction de l'État législatif et constitutionnel des XIX^{ème} et XX^{ème} siècles, en particulier le fait que la population carcérale est soumise à une autorité largement arbitraire et normativement très peu encadrée. Il aurait pu élargir cette observation qui vaut pour d'autres catégories de personnes pour lesquelles l'autorité à laquelle elles sont soumises est vue comme dotée d'un pouvoir général légitime et indiscutable : les enfants, les fonctionnaires, les étrangers en situation irrégulière. Le problème juridique est le suivant : quelle est la règle applicable s'il n'existe pas de règles explicites concernant certaines situations ? Cela veut-il dire que l'organe en charge de l'application peut agir comme il lui plaira ou au contraire qu'il lui faudra trouver dans d'autres normes du système des indications relatives à la conduite à suivre et dans ce cas lesquelles ? L'administration des prisons demeure longtemps un tel domaine en apparence libre ou largement libre de réglementation et les droits des détenus semblent disparaître au moment même où ils entrent dans l'établissement pénitentiaire. La doctrine juridique a longtemps considéré qu'il s'agissait de « situations particulières » et que l'État était libre d'agir à sa guise²², avant d'admettre, dans les ordres juridiques connaissant une forte protection des droits fondamentaux que ceux-ci ne pouvaient faire l'objet d'une restriction en raison d'un lien particulier d'autorité que d'une manière à son tour soumise à d'étroites restrictions.

Il s'agit donc bien, dans certains États d'une question juridique, dans d'autres d'un problème moral et politique – en l'absence de règles imposant une protection systématique des droits des personnes. Et la situation juridique change, en France, mais aussi plus générale-

²¹ Voici la formulation de 1810 : « Il n'y a ni crime ni délit, lorsque le prévenu était en état de démence au temps de l'action, ou lorsqu'il a été contraint par une force à laquelle il n'a pu résister [*force majeure*] ».

Créé par Loi 1810-02-13 promulguée le 23 février 1810 ; abrogé par Loi n°92-1336 du 16 décembre 1992 – art. 372 (V) JORF 23 décembre 1992 en vigueur le 1er mars 1994.

Aujourd'hui la formulation tient compte de l'objection de Foucault :

Article 122-1 du code pénal : « N'est pas pénalement responsable la personne qui était atteinte, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli son discernement ou le contrôle de ses actes.

La personne qui était atteinte, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant altéré son discernement ou entravé le contrôle de ses actes demeure punissable. Toutefois, la juridiction tient compte de cette circonstance lorsqu'elle détermine la peine et en fixe le régime. Si est encourue une peine privative de liberté, celle-ci est réduite du tiers ou, en cas de crime puni de la réclusion criminelle ou de la détention criminelle à perpétuité, est ramenée à trente ans. La juridiction peut toutefois, par une décision spécialement motivée en matière correctionnelle, décider de ne pas appliquer cette diminution de peine. Lorsque, après avis médical, la juridiction considère que la nature du trouble le justifie, elle s'assure que la peine prononcée permette que le condamné fasse l'objet de soins adaptés à son état. »

ment dans plusieurs pays européens, de façon significative au moment où Foucault conduit ses recherches. Dans certains États en effet, des règles auraient dû être adoptées selon les normes en vigueur, dans d'autres non, même si, naturellement une réglementation plus développée était parfaitement possible et compatible avec les exigences constitutionnelles respectives.

d) Les classes de normativité

Une dernière précaution concerne une question conceptuelle. Foucault distingue « loi » et « norme » d'une manière qu'il est difficile de retenir sans extrême précaution. Dans une perspective encore proche de Georges Canguilhem²³, Foucault voit dans la *norme* une régularité de comportement souvent imposée, mais empiriquement observable et dans la *loi* une donnée prescriptive. Cet usage ne sera pas suivi ici parce qu'il prête à confusion : il y a des données prescriptives qui n'ont pas la forme de la *loi*, habituellement associée à un acte élaboré par une assemblée représentative et d'une nature générale et abstraite. Un ordre est prescriptif, mais c'est aussi le cas d'un contrat ou d'un acte administratif. Les qualifier de « loi » semblerait étrange. Le concept de norme évoque en revanche généralement une idée de prescription et non simplement de régularité de comportement. Il convient par conséquent de partir d'un concept plus général en vue de qualifier des structures sémantiques impliquant des obligations, des interdictions ou des autorisations – la *norme* telle qu'elle sera retenue ici et dont la loi n'est qu'une variante – et un concept indiquant plus clairement que l'on réfère à des données empiriques impliquant des relations causales de régularité sans obligation – *régularité de comportement*. Mais les normes ainsi entendues ne couvrent pas seulement plusieurs sous-ensembles au sein d'un même système, elles sont également distribuées en classes répondant à des propriétés constitutives radicalement différentes.

La principale clé de différenciation concerne la place de la dynamique, de l'efficacité et de la contrainte. Les systèmes normatifs sont soit globalement efficaces et assortis de sanctions

²² Il est significatif qu'il existe très peu de travaux concernant ces questions pourtant très importantes et qu'ils soient particulièrement rares en France. Cf la thèse de Andrea Linne-Baldassari, *Le contrôle de la proportionnalité dans les relations spécifiques de droit public dans les ordres juridiques allemand, français, européen et anglais* (thèse Paris 1 Panthéon-Sorbonne, soutenue en décembre 2013 ; pour l'Allemagne cf. Ingo von Münch, *Freie Meinungsäußerung und besonderes Gewaltverhältnis*, thèse, Frankfurt am Main 1957; Detlef Merten (éd.), *Das besondere Gewaltverhältnis*, Schriftenreihe der Hochschule Speyer, vol. 97, Berlin Duncker und Humblot 1985; Michael Ronellenfitsch: « Das besondere Gewaltverhältnis- ein zu früh totgesagtes Rechtsinstitut », in : *Die Öffentliche Verwaltung* (DÖV) 1981, pp. 933; Sebastian Graf von Kielmansegg, « Das Sonderstatusverhältnis », in: *Juristische Arbeitsblätter* JA 44 (2012), pp. 881-887.

²³ Cf. en particulier: *Le Normal et le pathologique*, augmenté de Nouvelles Réflexions concernant le normal et le pathologique (1966), 9e rééd. PUF/Quadrige, Paris, 2005 ; *La Connaissance de la vie*, Vrin, Paris, 1965 et 1992.

soit leur corpus, posé une fois pour toutes, répond à des exigences de cohérence logique²⁴. Une norme n'est pas observable (seuls les comportements l'ayant pour référence le sont) et peut toujours être violée sans perdre sa validité puisqu'elle énonce qu'une action possible est soumise à une certaine modalité déontique (obligation, interdiction, permission). Une régularité de comportement (ce que Canguilhem et Foucault qualifient de « norme ») répond au contraire à une causalité naturelle et fait l'objet d'observations empiriques qui permettent d'en constater l'évolution. Une telle régularité peut éventuellement avoir une norme pour référence, mais ce n'est nullement nécessaire. On parlera alors simplement de régularité de comportement ce qui laisse parfaitement ouvert la question de savoir quelles sont les causes d'une telle régularité.

Dans cette perspective, le pouvoir se situe dans le monde empirique en tant que faculté observable de déterminer les actions d'autrui. Un système normatif peut être lié à un pouvoir faible et un rapport de pouvoir très contraignant peut ne pas avoir d'assise normative.

Un système *juridique* présente, quant à lui, des propriétés structurelles particulières en tant qu'il organise sa propre production, concrétisation et modification (c'est son aspect dynamique)²⁵, est globalement efficace et sanctionné au sens où des contraintes sont normativement imposées en cas de violation d'autres normes. Un système *moral* est en revanche statique au sens où les obligations concrètes suivent logiquement des principes plus généraux sans qu'il ne soit ni besoin ni possible de produire un acte particulier.

Il résulte de ces prémisses que les systèmes juridiques sont hiérarchisés au sens où les normes plus concrètes et particulières sont produites en application de normes plus générales et plus abstraites. Et ils incluent des règles concernant les conséquences de violations d'autres règles. Il s'agit de phénomènes proches mais non identiques aux sanctions et parfois, mais non nécessairement conjuguées avec elles. Ainsi, certains systèmes prévoient que des lois doivent être conformes à certaines exigences plus élevées (constitutionnelles ou conventionnelles) et que celles qui les violent peuvent être annulées selon des procédures spécifiques. De telles possibilités n'ont été introduites qu'assez tard, au début du XIX^e siècle avec bien des hésitations aux États-Unis, au XX^e selon une modalité différente en Autriche après la première guerre mondiale, un mouvement qui s'est généralisé après la deuxième guerre mondiale, puis la chute du mur de Berlin, au Japon avec la Constitution de 1946, en France en 1958, profondément modifié en 1971, puis en 2010²⁶.

La question des classes de normativité est centrale dans les derniers travaux de Foucault,

²⁴ Cf. Otto Pfersmann, « Pour une typologie modale de classes de validité normative », in: Jean-Luc Petit (sld.), *La querelle des normes — Hommage à Georg Henrik von Wright*, Cahiers de philosophie politique et juridique de l'Université de Caen, no. 27 (1995), p. 69-113.

²⁵ Cf. Otto Pfersmann, « La production des normes : production normative et hiérarchie des normes », in : Michel Troper, Dominique o 2012, pp. 483-528.

les tomes II et III de l'*Histoire de la sexualité*. Ce qui se dessine dans la philosophie grecque est bien une éthique de l'éros au sens où il s'agit de théories ayant pour objet des morales (du rapport à soi et à son propre corps). En tant que systèmes normatifs, ces morales sont très éloignées du droit qui attribue une certaine liberté en matière de développement de théories éthiques et de leur application pratique.

II) La constitutionnalisation partielle du droit pénal et du droit de l'exécution des peines

a) L'apriori privatiste

Il est curieux, mais significatif que Foucault se soit presque exclusivement intéressé au droit pénal et non au droit administratif et constitutionnel. Là encore, il suit une démarche caractéristique des « privatistes » français pour lesquels le droit civil et le droit pénal, domaines de la justice ordinaire, constituent des champs autonomes, régis par des codes, alors que le droit public (au sens du droit administratif et constitutionnel, le droit pénal étant par nature également public) est considéré comme immature et changeant sinon entièrement externe au travail du juriste, le droit constitutionnel étant vu comme uniquement politique et sans application jurisprudentielle sérieuse. Cette vision pouvait dans une certaine mesure correspondre à la réalité juridique française d'avant les années soixante-dix, mais n'a de toute manière aucune pertinence générale. Même en France, même et naturellement avant 1971, le droit administratif est produit selon des règles elles-mêmes législatives ou réglementaires, ces règles étant à leur tour produites selon les procédures prévues par la Constitution. Une autonomie du droit pénal est et était par conséquent une illusion proprement idéologique, certes entretenue par les spécialistes de droit « privé » (incluant le droit pénal en termes d'enseignement et de compétence judiciaire, non d'un point de vue structurel et systématique) qui leur permettait de développer leurs vues sans tenir compte d'éventuelles contraintes constitutionnelles.

De ce point de vue, l'intérêt tardif et fragmentaire pour la science de police (*Polizeiwissenschaft*) allemande est frappant²⁷. Les règlements de police adoptés dans les principautés allemandes, surtout après la paix de Westphalie, constituent souvent d'impor-

²⁶ La bibliographie concernant la justice constitutionnelle est devenue très ample, une bonne introduction générale est fournie par Louis Favoreu, Wanda Mastor, *Les cours constitutionnelles*, 2e édition Dalloz 2016 ; une étude plus approfondie se trouve par exemple chez Werner Heun, *Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit im Vergleich* Mohr Siebeck 2014.

²⁷ Cf. Par exemple Paolo Napoli, *Naissance de la police moderne : pouvoir, normes, société*, Paris, La Découverte 2003 ; Johann Christian Pauly, *Die Entstehung des Polizeirechts als wissenschaftliche Disziplin* Ein Beitrag zur Wissenschaftsgeschichte des öffentlichen Rechts, Vittorio Klostermann 2000

tantes codifications, concernant parfois les plus menus détails de la vie quotidienne et représentent en ce sens une première ébauche de droit administratif contemporain. C'est dans ce cadre qu'est d'ailleurs élaboré un élément aujourd'hui très important de la jurisprudence constitutionnelle, administrative et européenne, le principe de proportionnalité, visant à limiter l'intervention des organes publics au strict nécessaire²⁸. Dans une perspective juridique historique, il s'agit d'un corpus amphibologique, esquisse à la fois du droit administratif moderne, mais aussi réglementation à outrance de la vie quotidienne, favorisant un habitus d'obéissance qui constitue longtemps un obstacle au développement d'un libéralisme politique et d'une attitude critique par rapport à l'autorité.

b) Le degré de détermination normative

L'on peut alors apercevoir dans *Surveiller et punir* ainsi que dans les nombreuses interventions de Foucault concernant la situation dans les prisons françaises une interrogation pertinente et toujours actuelle ainsi qu'une réponse erronée.

En premier lieu, on peut observer que la généralisation de la prison n'est autre chose qu'une restriction d'une liberté fondamentale, celle d'aller et venir ou liberté de mouvement. Que les peines privatives de liberté se substituent aux peines corporelles correspond – entre autres – à une conception pour laquelle la vie et l'intégrité physique constituent des valeurs plus fondamentales encore que le droit de se mouvoir librement sur le territoire et, éventuellement, de le quitter. Il ne s'agit donc pas simplement d'un projet de domination déplacé, mais d'une hiérarchie raisonnée des droits des personnes. Naturellement, cette hiérarchie est encore très fragmentaire, comme le montre le problème de la concrétisation des peines privatives de liberté.

En deuxième lieu, les grandes codifications et réformes de l'époque des Lumières et post-révolutionnaire se concentrent sur la définition et la systématisation des crimes et délits. En ces domaines, la théorie de la détermination des faits générateurs, de la procédure, de la proportionnalité de la peine et de la présomption d'innocence, la non-rétroactivité de la loi pénale, formulés programmatiquement dans les articles VII à IX de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789²⁹, sont mis en œuvre dans les textes législatifs. En revanche, la loi dit peu de choses sur l'exécution des peines qui demeure dans une large mesure une matière réglementaire avant l'adoption de la loi du 9 mars 2004 portant sur l'adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, dite loi Perben II³⁰, en Allemagne jusqu'à la loi fédérale sur l'exécution des peines de 1977³¹, compétence depuis lors transférée aux *Länder* qui ont maintenant leur propre législation en la matière. Jusqu'en 1977, on y appliquait un

²⁸ Cf. Andrea Linne (note 22) ; Jan Brenz, Das Polizeirecht als ein durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bestimmtes System von Abwägungsentscheidungen Tübinger Schriften zum Staats- und Verwaltungsrecht, Bd. 100, Berlin Duncker und Humblot 2018.

règlement de 1934, c'est à dire adopté sous le nazisme³².

Les règles applicables n'avaient souvent qu'un caractère de simple circulaire, c'est à dire qu'elles étaient dépourvues de caractère contraignant en dehors du service concerné et n'étaient donc pas invocables par les intéressés. En Allemagne, les juristes avaient développé la théorie dite des « *relations particulières d'autorité* » (*besondere Gewaltverhältnisse*), c'est à dire l'idée que certaines situations ne relevaient justement pas du droit commun, mais de structures spécifiques en raison de la situation des personnes concernées : enfants, détenus, soldats, fonctionnaires etc. Sans suivre la même conceptualisation, la France et beaucoup d'autres pays étaient sur la même ligne. Une telle situation était pourtant et serait à l'évidence aujourd'hui, considérée comme inconstitutionnelle. D'ailleurs, même la Constitution française de 1958, qui ne contient que très peu de dispositions en matière de droits fondamentaux dispose à l'article 34 que « La loi fixe les règles concernant :

- les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ; la liberté, le pluralisme et l'indépendance des médias ; les sujétions imposées par la défense nationale aux citoyens en leur personne et en leurs biens ; (...)
- la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables ; la procédure pénale ; (...)
- les garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires civils et militaires de l'État ; (...)

Les conditions d'exercice des libertés sont ainsi des matières que le constituant réserve

²⁹ « ART. 7. – Nul homme ne peut être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la loi et selon les formes qu'elle a prescrites. Ceux qui sollicitent, expédient, exécutent ou font exécuter des ordres arbitraires doivent être punis ; mais tout citoyen appelé ou saisi en vertu de la loi doit obéir à l'instant : il se rend coupable par la résistance.

ART. 8. – La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée.

ART. 9. – Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi. »

³⁰ Cf. sur ces questions, le site <https://criminocorpus.org/fr/outils/bibliographie/consultation/>, permettant l'accès à une ample bibliographie.

³¹ Gesetz über den Vollzug der Freiheitsstrafe und der freiheitsentziehenden Maßregeln der Besserung und Sicherung – Strafvollzugsgesetz StVollzG – Loi fédérale du 16 mars 1976 <Gazette des lois fédérales> : https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGB1&jumpTo=bgbl176s0581.pdf#__bgbl__%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl176s0581.pdf%27%5D__1546019635229

³² Verordnung über den Vollzug von Freiheitsstrafen und von Maßregeln der Sicherung und Besserung, die mit dem Freiheitsentzug verbunden sind, *Reichsgesetzblatt* <Gazette des lois du Reich> du 17. mai 1934.

au seul législateur parlementaire. Une privation de liberté constitue assurément la restriction la plus grave de cette liberté que l'on puisse concevoir. Une situation juridique où la privation de liberté est réglée par des normes réglementaires ou de simples circulaires est ainsi à l'évidence inconstitutionnelle sous le régime de la Constitution française de 1958 – comme, naturellement de la Loi fondamentale allemande de 1949.

On peut alors se poser la question de savoir pourquoi ce problème n'est pas apparu pour ce qu'il était dans les années 1970, lorsque Foucault prépare et écrit *Surveiller et punir*. La réponse est double : le contrôle de constitutionnalité n'existe pas ou à peine et le principe de l'État de droit est largement inconnu ou ignoré.

c) L'apriori légicentrique et son dépassement inaperçu

La France vit longtemps – et pour beaucoup de philosophes politiques encore aujourd'hui – sous l'adage de l'article VI de la Déclaration de 1789 : « La loi est l'expression de la volonté générale. » Ce texte qui résume la théorie de la loi du *Contrat social* de Rousseau peut être compris dans un contexte où il s'agit d'établir un régime représentatif au début de la Révolution française. La conception qu'il exprime fait de l'organe collégial élu non seulement le détenteur de l'autorité législative légitime (par opposition à l'autorité du roi dans la Monarchie absolue), mais aussi le protecteur naturel des libertés des citoyens. Les droits dont parle la Déclaration sont garantis parce que le futur Corps législatif (de la Constitution de 1791) en organise l'exercice concret (et non pas l'administration royale). Le maintien de cette conception a effectivement empêché l'introduction d'un contrôle de constitutionnalité des lois, puis freiné sa généralisation. La Constitution de 1958 établit un contrôle abstrait et *a priori*, strictement limité aux articles de la Constitution elle-même et excluant par conséquent le Préambule et les autres textes auxquels ce dernier se réfère. Par ailleurs le Conseil constitutionnel ne peut d'abord être saisi que par les quatre autorités les plus élevées de l'État et non par les citoyens. En d'autres termes, il n'existe, avant 1971, pas de droits constitutionnels des citoyens en France sous la Cinquième République.

La lecture largement partagée par les philosophes et la plupart des juristes et politistes – avant les années quatre-vingt – corrobore cette vision des choses.

Il s'agit en fait d'une contradiction intra-idéologique. Le Parlement est considéré comme le seul organe démocratique légitime, alors que la Constitution de 1958 limite ses compétences par rapport au pouvoir réglementaire. Et les libertés sont toujours considérées comme protégées par lui, alors que rien ne permet d'en contrôler les actes. La Déclaration de 1789 est un texte philosophique et descriptif de droits naturels, non un catalogue susceptible d'être appliqué en l'état. Il satisfait l'imagination, mais comprend peu de choses effectivement concrétisables. Et par ailleurs, il n'a tout simplement pas de statut juridique contraignant. Il se situe en dehors de la Constitution comme une espèce de guide spirituel, non comme un ensemble de normes que le législateur pourrait effectivement être amené à respecter.

Lorsque Foucault exige l'application de l'article 15 de la Déclaration en juin 1971, il exprime une vision doublement idéologique et utopique puisque cet article n'est pas, à cette époque, applicable – c'est à dire invocable devant une instance juridictionnelle et pouvant servir de fondement à une annulation d'un acte pris en violation de cette disposition – et que le citoyen Foucault n'a strictement aucun moyen de saisir une quelconque instance de sa doléance.

Tout change cependant quelques jours plus tard. Le 16 juillet 1971, le Conseil constitutionnel déclare le Préambule et tout ce à qui il réfère directement applicable comme normes de référence d'un contrôle de constitutionnalité et c'est ainsi qu'il annule la loi réformant le contrat d'association dans une cause célèbre puisque la réforme visait à empêcher Jean-Paul Sartre et Simone de Beauvoir de poursuivre la fondation de leur association qui semblait avoir compté Foucault parmi ses membres³³. On ne saurait sous-estimer la portée de ce développement aux termes duquel le Conseil constitutionnel développe une jurisprudence rendant pour la première effectivement applicable les dispositions de la Déclaration de 1789 en matière de droits fondamentaux. Et alors que Foucault invoque ce texte au moment où il est dépourvu de véritable portée, il ne prend nullement en considération ce changement radical et les conséquences qu'il entraîne. Dire que tout n'est que continuation d'une guerre sans fin ne permet simplement pas de rendre compte de la différence entre la situation d'un détenu livré au mieux à la législation pénale et son application souvent arbitraire et la même personne en tant que bénéficiaire de droits garantis, même à l'encontre du législateur. De même, Foucault ignore les développements qui se produisent au même moment au plan supranational par l'application de la Convention Européenne des Droits de l'Homme dont plusieurs dispositions (notamment les articles 5 et 6) concernent également les garanties du procès pénal.

³³ Il s'agit de la célèbre décision 44 DC du Conseil constitutionnel, objet d'innombrables commentaires et analyses. Sans entrer dans la discussion technique, il convient de retenir que cette décision donne le coup d'envoi à une jurisprudence par laquelle le Conseil, loin de se contenter de contrôler les débordements du législateur sur le pouvoir réglementaire du gouvernement comme l'y invitait la Constitution (dont l'article 37, premier alinéa dispose : « Les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire. »), appliquera un catalogue de droits fondamentaux induit à partir des textes auxquels se réfère le *Préambule*, c'est à dire la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, le Préambule de la Constitution de 1946 et les « Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ». L'invocation de ce vaste corpus de normes de références dans le contrôle de la loi produira un changement fondamental du paysage juridique français dont Michel Foucault ne semble pas avoir pris la moindre note, alors que son ancien assistant Pasquale Pasquino consacrera ses travaux presque exclusivement à des questions relatives à la justice constitutionnelle. Pour une première lecture de la décision mentionnée on se reportera au commentaire de Louis Favoreu in : Patrick Gaïa, Richard Ghevontian, Ferdinand Melin-Soucramanien, Eric Oliva, André Roux *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel* (ouvrage créé par L. Favoreu et L. Philip) 19e édition Paris Dalloz 2018.

Pourtant, le contrôle de constitutionnalité à la française – élargi par la révision constitutionnelle de 1974, ouvrant le droit de saisine du Conseil constitutionnel à 60 députés ou 60 sénateurs – demeurait strictement limité à la loi votée, mais non promulguée. Il a fallu attendre 2010 pour que le contrôle soit étendu à la loi en vigueur et que le justiciable puisse introduire un recours, une « question prioritaire de constitutionnalité », devant une juridiction de deuxième instance, ce recours indirect devant être transmis au Conseil constitutionnel par les juridictions suprêmes ordinaires³⁴.

Et même ainsi, le contrôle de constitutionnalité ne permet pas de contester l'absence de législation, il faut une cause concrète, portée devant une juridiction ordinaire.

Les droits des détenus arrivent ainsi rarement devant une juridiction et plus rarement encore une telle affaire peut-elle être transmise au Conseil constitutionnel, étape par étape, par les juridictions ordinaires suprêmes.

Le fait que les détenus soient soumis à des conditions indignes n'est pas encore entièrement justiciable.

D'ailleurs, si la France est condamnée pour l'état de ses prisons, c'est devant la Cour Européenne des Droits de l'Homme³⁵ et non devant le Conseil constitutionnel français.

L'existence d'une juridiction supranationale en matière de droits fondamentaux est encore plus éloignée de l'idéologie juridique française en 1971, elle sera pourtant plus rapidement assimilée que le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* dans le droit jurisprudentiel positif³⁶.

³⁴ Sur la Question prioritaire de constitutionnalité, cf. par exemple : Guy Carcassonne, Olivier Duhamel, *QPC – la question prioritaire de constitutionnalité*, 2^{ème} édition Paris Dalloz 2015 ; Laurence Gay (sld.) *La question prioritaire de constitutionnalité – QPC*. Approche de droit comparé, Paris Bruxelles Bruylant 2014 ; Christine Maugüé, Jacques-Henri Stahl, *La question prioritaire de constitutionnalité*, 3^{ème} édition, Paris Dalloz 2017 ; Bertrand Mathieu, Dominique Rousseau, *Les grandes décisions de la Question prioritaire de constitutionnalité – QPC* Paris L.G.D.J 2013 ; Otto Pfersmann, « Concrete Review as indirect constitutional complaint in French Constitutional Law in Comparative Perspective », in : *European Constitutional Law Review*, 6 (2010), pp. 223-248.

³⁵ Par exemple dans l'affaire *Helhal c. France*, 19 février 2015, accessible sous : <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-152257#%7B%22itemid%22%3A%22001-152257%22%7D>

³⁶ Cela tient à l'application inattendue de l'article 55 de la Constitution aux termes duquel : « Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie. » Le Conseil constitutionnel estime que cette disposition n'est pas applicable au contrôle de constitutionnalité qui lui est imparti, laissant ainsi aux juridictions ordinaires le soin de la mise en œuvre de la supériorité des traités sur la loi (décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975). Le développement du contrôle de conventionnalité qui s'ensuit est d'ailleurs une des motivations de la révision constitutionnelle de 2008 en vue de faire prévaloir l'application de la Constitution *française* sur celle des traités dans les affaires mettant en jeu les droits fondamentaux.

III) L'incomplétude structurelle de l'État de droit

Foucault a ainsi mis le doigt, à partir de la question de l'exclusion ou de la marginalisation des groupes ne répondant pas aux attentes des formes de vies majoritaires, sur l'un des problèmes fondamentaux de l'État constitutionnel contemporain. Un tel ordonnancement est conçu comme répondant au principe de « l'État de droit ». Le terme est problématique et prête à confusion, mais l'idée se laisse rationnellement reconstruire. La notion est problématique parce tout État est par définition un ordre juridique et par conséquent l'expression est pléonastique, un État ne peut être autre chose que « de droit ». Le *concept*, en revanche, désigne non pas n'importe quel ordre juridique, mais un système juridique présentant certaines propriétés spécifiques³⁷ : en premier lieu un État organisé de telle manière que les normes qui le composent soient relativement déterminées et minimisent sous cet aspect l'arbitraire. En deuxième lieu, un tel système est conçu de telle façon que les normes qui le composent soient contrôlables en termes de conformité par rapport aux normes respectivement supérieures dans l'ordre de la production. Enfin, en troisième lieu, un tel État devrait garantir des droits fondamentaux et une organisation démocratique de la production législative. Ce dernier aspect est indépendant des deux premiers, un État de droit structurel peut très bien ne pas garantir des droits et un État peut promettre des droits ou être une démocratie sans être un État de droit, enfin un ordre juridique peut être autoritaire, mais un État de droit. Étant donné qu'il s'agit de propriétés de certains ordres juridiques, la question de savoir si et dans quelle mesure un État répond à certains ou à tous les critères de l'État de droit constitue une question ouverte qu'il convient de ne pas confondre avec la promesse constitutionnelle d'être un tel État qui peut très bien ne pas correspondre à la réalité de la substance juridique positive³⁸.

Cependant, la plupart des États démocratiques contemporains, pourtant dotés de catalogues de droits et de mécanismes de contrôle, ne le sont pourtant que de manière incomplète pour des raisons structurelles et insurmontables, mais aussi contingentes et idéologiques. D'un point de vue structurel, il est facilement observable qu'aucun système de contrôle ne

³⁷ Otto Pfersmann, « Prolégomènes pour une théorie normativiste de "l'État de droit" », in : Olivier Jouanjan (dir.), *Figures de l'Etat de droit*. Le Rechtsstaat dans l'histoire intellectuelle et constitutionnelle de l'Allemagne. Presses Universitaires de Strasbourg 2001, p. 53-78.

³⁸ Pour un exemple récent, on peut citer la Pologne, dont la Constitution dispose en son article 2 : « La République de Pologne est un État de droit démocratique qui réalise les principes de la justice sociale ». Contrairement à cette promesse, la Pologne a adopté des mesures législatives qui affaiblissent l'indépendance des juridictions et modifient à plusieurs reprises les règles concernant la composition du Tribunal constitutionnel afin d'y assurer une majorité favorable à celle du Parlement. Cf. à ce propos le communiqué de la Commission européenne http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-5367_fr.htm.

peut être complet puisque toute décision de contrôle peut à son tour présenter des défauts. De façon contingente et idéologiquement surdéterminée cependant, les contrôles peuvent être limités ou organisés de telle manière qu'ils sont peu opérants. Le cas français est de ce point de vue tout à fait significatif puisque l'idée même d'un contrôle de la loi paraissait longtemps inconcevable et opposée au principe démocratique. Et même lorsqu'il a été introduit, il a été conçu sur un mode restrictif. C'est cependant ce que l'on peut observer dans la plupart des pays qui connaissent une variante de contrôle de constitutionnalité. L'accès au juge demeure limité, même là où il est en principe ouvert³⁹.

Michel Foucault, pourtant si critique de l'analyse juridique, peut rendre plus particulièrement sensible à l'écart entre les promesses idéologiques incluses dans des textes aux apparences juridiques et la réalité de leur concrétisation. Si l'État de droit est incomplet de manière contingente, c'est qu'il semble promettre des actes qu'il ne peut en vérité pas vraiment réaliser ou que les dispositions juridiquement opératoires du système ne permettent pas de concrétiser. La situation des détenus ou des patients dans certains établissements médicaux (mais bien d'autres aussi) se situe dans cet écart. Bien des maximes (« Liberté, égalité, fraternité ») ou des déclarations (comme celle de 1789) soit sont dépourvues de valeur juridique soit ne l'acquiescent que beaucoup plus tardivement et de façon problématique parce qu'elles ne sont justement pas conçues pour être des dispositions techniquement juridiques. C'est précisément en l'absence de données juridiquement concrètes que les autorités administratives ou juridictionnelles peuvent agir de façon arbitraire et déployer un pouvoir sur lequel Foucault l'observateur a exclusivement concentré ses efforts.

Foucault met en lumière un autre problème que les constitutionnalistes et les théoriciens du droit ont mis très longtemps à identifier techniquement. Les droits fondamentaux, lorsqu'ils existent juridiquement, sont souvent en conflits les uns avec les autres et ces situations sont largement négligées. Les catalogues de droits fondamentaux expriment et formalisent une vision segmentée des situations où une liberté, c'est à dire un droit d'agir, est protégée. En réalité, ces situations sont souvent en opposition avec d'autres exigences et la nature exacte de ces conflits conduit à des restrictions de libertés que les juristes ont longtemps tardées à examiner et que les ordres normatifs ont longtemps négligées à prendre en considération.

Les droits de la défense formalisés par les articles VII à IX de la Déclaration en France – 34 à 40 de la Constitution japonaise – constituent certes des droits dont le justiciable peut se prévaloir lorsqu'il est arrêté, mis en examen, jugé, condamné, mais ils sont en conflit avec le droit fondamental de liberté et venir que la condamnation à une peine privative de liberté limite radicalement sous certaines conditions. Par rapport à la liberté d'aller et venir, les droits de la défense constituent des exceptions. Mais une fois condamné et incarcéré, la per-

³⁹ Cf. sur ce point Otto Pfersmann, « Le recours direct entre protection juridique et constitutionnalité objective » in : *Cahiers du Conseil constitutionnel* 10 (2001), p. 65-71.

sonne régulièrement jugée et privée de liberté, a-t-elle perdu ses droits ? Certainement non, mais comment se présentent les droits de personnes ayant légalement perdu l'usage de la liberté fondamentale d'aller et venir ? Ce droit est garanti à toute personne qui, justement, ne fait pas l'objet de poursuites aux termes de procédures régulièrement conduites et respectueuses de ses droits de défense. Mais si elle ne se trouve pas *régulièrement* sur le territoire, a-t-elle perdu pour autant ses droits ? Non assurément, mais la question de savoir quels sont exactement les droits et libertés de personnes régulièrement privées de liberté ne font l'objet de recherches juridiques que de façon très récente⁴⁰.

Si la problématique de Foucault vise dans une large mesure un État administratif pré-constitutionnel, la situation des personnes peut demeurer très problématique dans un État démocratique constitutionnel tel celui que nous connaissons actuellement au Japon, en France ou dans d'autres États européens, car partout la question est finalement celle de la concrétisation effective des exigences constitutionnelles, souvent liée à celle des ressources allouées à cet effet. Le contrôle de constitutionnalité peut éliminer des normes inconstitutionnelles, le contrôle de légalité des normes illégales, mais une juridiction peut difficilement créer les conditions économiques, sociales et psychologiques de la réalisation de certaines promesses constitutionnelles. Et il ne s'agit pas seulement des droits économiques et des droits à des prestations – toujours faiblement justiciables –, il s'agit aussi des droits libéraux classiques puisque chaque opération requiert une allocation préalable de ressources en vue du fonctionnement des organes juridictionnels et des services chargés de l'exécution de leurs décisions.

⁴⁰ Pour quelques exemples : Mario Bachmann, *Bundesverfassungsgericht und Strafvollzug*. Eine Analyse aller veröffentlichten Entscheidungen. Duncker und Humblot Berlin 2014; Howard Davis, « Prisoners' rights », in : (même auteur), *Human rights and civil liberties*, Taylor and Francis London 2003, p. 157 sqs. ; Défenseur des droits, *Les droits fondamentaux des étrangers en France*, Défenseur des droits Paris 2016, accessible sous : https://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/736160170_ddd_rapport_droits_etrangers.pdf ; Jérôme Duvignau, *Le droit fondamental au séjour des étrangers*, thèse Pau 2010 ; Petra Enengel, *Grundrechtsschutz im Strafvollzug*, thèse Vienne 2014, accessible sous : <http://othes.univie.ac.at/34745/> ; Carsten Hoffmeyer, *Grundrechte im Strafvollzug*. Verfassungsrecht als kriminalpolitischer Beitrag zur Reform des Strafvollzugs, Heidelberg. C. F. Müller 1979; Olivier Lecucq, *Le statut constitutionnel des étrangers en situation irrégulière*, thèse Aix-Marseille 3 1999 ; Jean-Manuel Larralde, *Les droits fondamentaux des personnes incarcérées*. Éléments de droit comparé européen, thèse Caen 1994, accessible sous : <https://www.unicaen.fr/puc/images/crdf0204larralde.pdf> ; Philipp-Asmus Riecken, *Die Duldung als Verfassungsproblem*. Unrechtmäßiger, nicht sanktionierter Aufenthalt von Ausländern in der Bundesrepublik Deutschland, Berlin Duncker und Humblot 2006; Kathrin Schäfer, *Die Wahrung der Menschenrechte im deutschen Strafvollzug*. Gesetzliche Vorgaben und deren konkrete Verwirklichung in der Praxis unter Berücksichtigung der Grundrechte der Verfassung, mémoire Neubrandenburg 2008, accessible sous : urn:nbn:de:gbv:519-thesis2008-0006-0.

MICHEL FOUCAULT FACE À LA COMPLEXITÉ DES UNIVERS NORMATIFS

Convaincu du caractère strictement transparent du paravent juridique derrière lequel se déroule la véritable bataille des rapports de force, Foucault ne pouvait pas prévoir et en tout état de cause n'a pas prévu les défis proprement juridiques en matière de protection des libertés que posent les nouvelles technologies, permettant une surveillance presque permanente et, dans les États libéraux, consenties de façon parfaitement volontaire. C'est pourtant ici que l'État administratif ou plus exactement une de ses variantes polymorphiques devient de plus en plus intrusif.*

* L'auteur présente ses remerciements aux membres de l'Institut de Recherches en Sciences Humaines pour le généreux accueil et les précieux échanges dont le présent travail n'est qu'une retombée parmi d'autres. Il s'insère dans le séminaire sur Foucault qui s'est déroulé pendant ce séjour.