

Des rapports entre droit et vérité selon Foucault : une illustration des interactions entre les pratiques juridiques et leur environnement

Nicolas THIRION

Professeur ordinaire à l'Université de Liège

Les deux questions posées aux contributeurs de la présente livraison de la *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* sont d'une ampleur telle qu'il serait présomptueux de prétendre y apporter une réponse générale en quelques paragraphes. Tout au plus, peut-on en souligner l'intérêt dans une perspective de renouvellement de la recherche dans le domaine juridique. Aussi, se bornera-t-on, dans les lignes qui suivent, à présenter une réflexion resserrée autour d'un problème particulier, susceptible néanmoins de mettre en lumière tout à la fois, la complexité des liens entre pratiques juridiques et changements sociaux et l'intérêt d'une approche du droit en contexte. La publication récente de deux ouvrages transcrivant la parole délivrée par Michel Foucault dans le cadre d'un cours au Collège de France, d'une part¹, et d'une chaire Francqui au titre international à l'Université catholique de Louvain, d'autre part², est l'occasion, de ce point de vue, de reprendre, sous un angle différent, un problème que le philosophe français avait déjà abordé plus tôt dans les années 1970 : celui des rapports entre les modes de production de la vérité et le droit.

Précisons d'emblée que, pour Foucault, la vérité ne découle pas d'un désir de connaissance désintéressé, qu'elle n'est pas une qualité objective du jugement, qu'au moyen du langage, le sujet de connaissance formule à propos de l'objet de connaissance ; elle est plutôt de l'ordre de la production, elle est le fruit de procédures réglées, sa force contraignante ne dépend pas d'elle-même mais de déterminations extérieures à elle. Notre « volonté de savoir »³ se décline dès lors en rituels de manifestation de la vérité -

¹ M. FOUCAULT, *Du gouvernement des vivants. Cours au Collège de France 1979-1980*, coll. Hautes Etudes, Paris, EHESS/Gallimard/Le Seuil, 2012.

² M. FOUCAULT, *Mal faire, dire vrai. Fonction de l'aveu en justice*, Presses universitaires de Louvain, Chicago University Press, 2012.

³ M. FOUCAULT, *Leçons sur la volonté de savoir. Cours au Collège de France 1970-1971*, coll. Hautes Etudes, Paris, Gallimard/Le Seuil, 2011.

d'« aléithurgies », pour reprendre le néologisme utilisé dans les deux enseignements précités, à l'intérieur et tout au long desquels se jouent des rapports de forces, des relations de pouvoir, des luttes perpétuelles. Ces rituels, dont Foucault explore les apparitions successives dans la culture occidentale, forment des « régimes de vérité », qui constituent autant de « jeux de vérité »⁴, parmi lesquels ceux de la science et du discours rationnel qui nous sont désormais les plus familiers, même s'ils ne sont pas les seuls. Analyser la diversité des régimes de vérité à travers l'histoire de l'Occident : telle est l'une des ambitions affichées du programme foucauldien.

C'est dans ce contexte que Foucault étudie donc, à plusieurs reprises, les rapports du droit et de la vérité. Toutefois, alors que, à l'orée des années 1970, il avait insisté sur le fait que les formes juridiques de la vérité⁵ auraient conditionné le développement de certaines formes de savoir, les leçons de 1980 et 1981 insistent plutôt, au contraire, sur le passage de rituels de vérité extra-juridiques dans la sphère propre du droit. On présentera synthétiquement les deux analyses, avant d'en tirer, sous forme de brève conclusion, quelques enseignements de nature à nourrir les interrogations inscrites au fronton du présent numéro de la *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*.

1. Des vérités du droit aux vérités des savoirs

Dans le cycle de conférences intitulé « La vérité et les formes juridiques »⁶, Foucault avance l'hypothèse selon laquelle les pratiques juridiques, en particulier judiciaires, auraient été le creuset d'où auraient surgi les principales formes de savoir caractéristiques de la pensée occidentale. Pour ce faire, il distingue l'Antiquité gréco-romaine, le Moyen-Âge et les Temps modernes, et l'époque contemporaine.

Dans la Grèce archaïque, la résolution des différends dans le champ judiciaire prend la forme d'une épreuve : il s'agit de jurer devant les dieux que l'on a fait ou que l'on s'est abstenu de faire telle chose, le plus souvent sous une forme rituelle et selon des modalités spécifiques. Celui qui jure remporte l'épreuve et, à supposer qu'il ait menti, c'est devant les dieux qu'il

⁴ Expression qui sonne comme un hommage au Wittgenstein des jeux de langage.

⁵ Voy. « La vérité et les formes juridiques », cycle de conférence prononcées en 1973 à l'Université pontificale de Rio de Janeiro, reproduites in *Dits et écrits*, coll. Quarto, Paris, Gallimard, 2004, vol. 1, n° 139, p. 1495 et s.

⁶ Précité.

devra en répondre. Dans un tel régime, la vérité réside donc moins dans la concordance entre ce qui s'est passé et ce à propos de quoi il est juré que dans le fait que l'épreuve en quoi consiste le serment favorise le surgissement de l'état réel des rapports de forces, et permet ainsi d'identifier la partie victorieuse. Les antiques savoirs oraculaires et divinatoires auraient été calqués sur cette forme agonistique de vérification judiciaire.

La période classique de l'Antiquité grecque témoigne, en revanche, d'une transition vers un autre régime de vérification : celui de l'enquête. Ainsi, dans *Œdipe Roi*, la question de savoir qui a tué Laïos et qui a couché avec sa propre mère est résolue au travers d'une enquête dont, pour son malheur, Œdipe est le principal instigateur : il interroge ceux qui peuvent témoigner, ceux qui ont vu, en ce compris les esclaves, dont les témoignages scellent définitivement le sort du tyran de Thèbes. Les pratiques judiciaires généralisent ainsi une technique grâce à laquelle la vérité de ce qui s'est passé peut être découverte, notamment en interrogeant les témoins oculaires. Or, cette forme de savoir qu'est l'enquête aurait ensuite débordé du champ strictement juridique pour servir de référence à de nouvelles formes de savoir, telle que l'Histoire⁷. Plus tard, le droit romain reprendra à son compte l'enquête comme modalité prédominante de recherche de la vérité dans le champ judiciaire et les savoirs de l'époque se couleront à nouveau dans ce mécanisme.

Epreuve et enquête s'opposent à nouveau durant le Moyen-Âge et les Temps modernes. Le Haut Moyen-Âge s'ouvre avec la chute de l'Empire romain d'Occident et les conquêtes germaniques. Du point de vue du règlement des litiges, les droits germaniques font prévaloir le système de l'épreuve, qui met aux prises les deux parties en conflit, sans qu'aucun tiers n'ait à trancher la question de la vérité des prétentions respectives ; le juge est cantonné au contrôle de la régularité de la procédure. Ainsi, lorsqu'un individu crée un tort à un autre (par exemple, en le volant, en le blessant ou en le tuant), ce dernier, ou un parent le représentant, peut provoquer l'épreuve afin d'obtenir réparation. Se développent en particulier des types d'épreuves physiques dont l'issue conditionne la victoire de l'une ou l'autre partie : les ordalies. Le droit est donc pensé dans la forme de l'affrontement, du rapport de forces : « dans le vieux droit germanique, le procès n'est que la continuation réglée, ritualisée de la guerre »⁸. A l'aube des Temps Modernes, la grande transformation consiste dans la reprise de la forme de

⁷ On rappellera à cet égard que le premier grand historien, Hérodote, a précisément intitulé son ouvrage *L'enquête*.

⁸ « La vérité et les formes juridiques », *op. cit.*, *supra* n.5, p. 1443.

l'enquête dans le domaine judiciaire, dès l'instant où, sous l'effet de la centralisation étatique, celui-ci est désormais accaparé par le Souverain. Le monarque s'arroge progressivement, en effet, le monopole de la justice, et cette centralisation va de pair avec l'apparition d'un personnage absolument étranger aux modalités classiques de règlement des litiges dans les droits germaniques : le procureur. C'est qu'en effet, l'acte criminel causé par un individu contre un autre n'est plus pensé exclusivement comme un tort fait à une personne mais comme une infraction qui porte atteinte au pacte social, c'est-à-dire à la société dans son ensemble. La société doit donc aussi demander réparation et telle est bien la fonction du procureur, dont l'action vient en quelque sorte doubler celle de la victime ou de son représentant et finit par prédominer dans le procès pénal : la procédure de type essentiellement accusatoire des droits germaniques cède désormais le pas à un système de type inquisitoire. C'est qu'en effet, puisque le représentant de l'Etat dans le domaine judiciaire ne peut évidemment engager sa vie ou ses biens propres à chaque procédure engagée, le système de l'épreuve ne correspond plus à la nouvelle configuration. Le temps est alors venu de réactiver le mode de l'enquête en matière judiciaire.

Les savoirs qui se développent ou se perfectionnent aux Temps modernes auraient dès lors à leur tour repris la forme de l'enquête, considérée comme le moyen idéal de parvenir à la vérité. Ainsi, la pratique des voyages lointains « entreprise politique d'exercice de pouvoir et entreprise de curiosité et d'acquisition du savoir »⁹ qui a abouti, on le sait, à la découverte de l'Amérique, a été un facteur déterminant d'amélioration des connaissances géographiques. Des disciplines telles que la médecine, la botanique ou bien encore, la zoologie devraient aussi leur développement à la réactivation de l'enquête à l'orée de la modernité.

La fin du XVIII^e siècle et le début du XIX^e siècle témoignent, au contraire, de l'émergence d'un nouveau type de pouvoir, qui rejait à son tour dans le domaine des savoirs : le pouvoir disciplinaire. Cette époque d'expansion du capitalisme se caractérise en particulier par le souci d'augmenter les forces productives des individus. Il en résulte la nécessité de les contrôler continuellement afin de les fixer à l'appareil de production et d'augmenter leur utilité. Tout comportement qui s'écarterait de cette « norme » est l'indice d'une personnalité déviante qu'il faut traiter afin de la ramener dans le droit chemin. Des institutions comme l'école, l'armée, la prison, l'usine, se développent de la sorte comme instruments de contrôle et

⁹ « La vérité et les formes juridiques », *op. cit.*, *supra* n.5, p. 1454.

de normalisation des individus, qui sont ainsi surveillés tout au long de leur existence¹⁰. La technique nouvelle qui se développe à cette occasion est celle de l'examen. A la différence de l'enquête, il ne s'agit pas de découvrir la vérité de ce qui s'est passé mais bien la vérité, actuelle et en devenir, des individus : sont-ils « normaux » ? Si non, comment les traiter pour les rendre tels ? Il s'agit, en quelque sorte, de réaliser, à travers les mécanismes disciplinaires, une « orthopédie sociale »¹¹.

Cette technique de l'examen aurait rapidement contaminé le terrain des savoirs : les sciences humaines (psychologie, psychiatrie, criminologie) seraient ainsi des savoirs entièrement fondés sur celle-ci. Elles examinent en effet le sujet pour en déterminer le degré de normalité, tendent à traiter ce qui relève en eux de l'« a-normalité » et contrôlent l'évolution de leurs patients par une surveillance continue.

Dans cette optique, les modes juridiques de production de la vérité auraient donc directement influencé les pratiques sociales, en particulier dans le domaine des savoirs.

2. Des vérifications extra-juridiques aux vérifications juridiques

A l'inverse, semble-t-il, des écrits du début des années 1970, les leçons de 1980 et de 1981 étudient cette fois la reprise, dans le domaine juridique, d'un régime de vérification dont l'origine et le développement seraient à chercher du côté des pratiques du christianisme primitif et qui, consistant dans l'obligation de dire vrai sur soi, expliquerait, en dernière instance, la place centrale de l'aveu, singulièrement en matière pénale.

Le régime de vérification du christianisme comprend en effet deux versants : d'une part, cette idée que, le discours chrétien étant dépositaire de la Vérité, la foi est simultanément condition d'accès à la vérité et reconnaissance de celle-ci (tel est le sens qu'il faut accorder à l'expression « vérité de la foi ») ; d'autre part, l'importance reconnue à la nécessité de dégager la vérité sur soi, en particulier à travers l'aveu qui s'inscrit au cœur de la pratique de la confession. Dans cette opération de vérité que réalise la confession, le sujet est à la fois « témoin de vérité » (c'est lui qui regarde en lui-même) et « objet de vérité » (puisqu'il est la cible même de la

¹⁰ C'est, on le sait, le thème central de *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris, Gallimard, 1975.

¹¹ « La vérité et les formes juridiques », *op. cit.*, supra n.5, p. 1461.

confession)¹². Avouant, le sujet pose ainsi des actes de vérité, jugés essentiels dans les pratiques chrétiennes. Ce deuxième versant correspond à ce que Foucault appelle une « auto-aléthurgie ». Or, si l'on suit Foucault sur ce point, l'aveu en justice serait l'aboutissement d'un lent processus de juridification de cette forme auto-aléthurgique.

Dans les pratiques du christianisme primitif, l'obligation de vérité sur soi revêt essentiellement deux formes. D'une part, à partir du II^e s. PCN, le chrétien qui s'est rendu coupable d'un péché, peut en obtenir la rémission, pour autant que, par son comportement ultérieur, il manifeste publiquement, à la fois le remords de la faute commise et le désir de se comporter désormais en chrétien irréprochable : tel est le sens de la pénitence à cette époque. Il s'agit alors, par des manifestations essentiellement non verbales (port de vêtements grossiers, jeûnes, macérations, ascèses, attitudes manifestes de repentir, etc.), d'exprimer le regret des fautes passées. Cette dramatisation propre aux pratiques pénitentielles ne s'accompagne toutefois pas de l'aveu détaillé de toutes les fautes et de toutes les pensées mauvaises : celui-ci porte plutôt sur la condition générale de pécheur. La pénitence est, si l'on veut, un aveu en forme de vie ou une vie en forme d'aveu : une auto-aléthurgie sous forme d'exomologèse, ensemble de mécanismes par lesquels le sujet se reconnaît pécheur et expie sa condition par des conduites le plus souvent non verbales et emphatiques¹³. D'autre part, avec l'avènement du monachisme au IV^e s. PCN, certains individus, seuls ou à plusieurs, expérimentent la recherche de la perfection, le cas échéant à travers des comportements extrêmes d'ascétisme, de jeûne, etc., alors même que le christianisme, par la possibilité de la rémission des péchés, a dissocié le salut de la perfection. Or, ceux qui s'imposent des mortifications multiples et variées dans le dessein d'atteindre la perfection risquent pourtant bel et bien de retomber dans l'imperfection, par exemple en raison de l'orgueil que certaines de leurs pratiques pourraient supposer. Il faut donc astreindre ces derniers à porter une attention systématique à soi, afin de débusquer les inclinations mauvaises qui pourraient les pousser à agir de la sorte, et à confier la vérité de leur conscience à un tiers auquel ils se lient par un engagement d'obéissance absolue. L'obligation de s'examiner, de fouiller les tréfonds de sa conscience, s'accompagne de la nécessité de dire ce qu'on sait sur soi, de le révéler à un tiers, d'exposer la

¹² *Du gouvernement des vivants...*, *op. cit.*, supra n.1, leçons du 23 janvier 1980, p. 47 et s., et du 6 février 1980, p. 91 et s.

¹³ *Du gouvernement des vivants...*, *op. cit.*, supra n.1, leçons du 27 février 1980, p. 165 et s., et des 5 et 12 mars 1980, p. 189 et s. et p. 219 et s. ; *Mal faire, dire vrai...*, *op. cit.*, supra n.2, leçon du 29 avril 1981, p. 89 et s.

vérité de son âme. Toutes nos pensées doivent ainsi être soumises à un examen perpétuel et ce sont elles, sur lesquelles toujours plane l'ombre de la faute, qu'il nous faut dès lors confesser dans le même temps que nous les révélons à un tiers : une auto-aiêthurgie sous forme d'*exagoreusis* - ensemble de mécanismes par lesquels l'aveu verbalisé et détaillé de toutes les fautes et de toutes les pensées est exigé du sujet¹⁴.

La juridification du dire-vrai sur soi se serait par la suite développée en trois étapes. D'abord, à partir des IV^e-V^e s. PCN, une distinction est opérée, au sein des communautés de laïcs dont les membres sont la cible des techniques pénitentielles, entre les fautes requérant encore une pénitence publique et celles, incomparablement plus nombreuses, susceptibles d'être rachetées par une pénitence privée. Dans cette dernière hypothèse, le pénitent devait s'adresser à l'évêque ou au prêtre et lui exposer ses péchés afin de fixer le taux de la pénitence à appliquer (jeûnes, abstinences sexuelles, etc.). Dans la logique de la pénitence privée, la verbalisation détaillée de la faute devient par conséquent de plus en plus centrale et rejoint donc, à certains égards, l'*exagoreusis* en vigueur jusqu'alors dans les seules communautés monastiques. Ensuite, à partir du VII^e s., se met progressivement en place l'institution de la pénitence tarifée, qui donne lieu à une véritable codification des fautes (avouées) et des « peines » à infliger au pénitent en fonction des péchés commis. Toutefois, cette forme de plus en plus juridique de la pratique pénitentielle n'est pas encore pleinement assumée : la pénitence n'entraîne pas avec certitude l'absolution, c'est-à-dire la remise des péchés, laquelle incombe exclusivement à Dieu, auxquels – est-il besoin de le préciser ? – les hommes ne peuvent se substituer. Le rapprochement est d'avantage médical que juridique : si l'on est malade et que l'on veut guérir, mieux vaut s'en remettre au médecin et se plier à ses indications, même si cela ne signifie pas que l'on va guérir avec certitude. De même avec la pénitence : le pécheur est un malade qui s'en remet à un médecin des âmes, sans avoir pour autant l'assurance de la guérison, c'est-à-dire du pardon divin. Enfin, avec l'élévation de la pénitence au rang de rite sacramentel au début du XIII^e siècle (Concile de Latran de 1215), le modèle judiciaire de la pratique pénitentielle est pleinement assumé. Désormais, le prêtre peut donner l'absolution ; en contrepartie, le rite pénitentiel se rapproche encore davantage d'une verbalisation détaillée : il faut non seulement se confesser

¹⁴ *Du gouvernement des vivants...* op. cit., supra n.1, leçons des 12, 19 et 26 mars 1980, p. 219 et s., p. 247 et s., 283 et s.; *Mal faire, dire vrai...* op. cit., supra n.2, leçons des 6 et 13 mai 1981, p. 123 et s. et p. 161 et s.

au prêtre mais celui-ci, par un interrogatoire très serré et ritualisé, est amené à cerner au plus près la complétude de la vérité avouée et cette *confessio oris* ne vaut que si le sujet est sincère (cette sincérité se révélant par des indices « physiques » qui empruntent encore aux vieux rites d'exomologèse : rougissements, larmes, soupirs, etc.). A l'aveu verbal sincère du sujet, répond alors le *speech act* du prêtre donnant l'absolution : par l'absolution, les péchés sont remis¹⁵.

C'est cette séquence de la pénitence sacramentelle (faute, aveu, jugement, absolution) qui s'insinue ensuite dans les institutions civiles et qui, singulièrement dans la procédure pénale, explique l'élévation de l'aveu au rang de reine des preuves¹⁶. On sait combien, du reste, les codes modernes de procédure pénale ne sont pas encore sortis réellement de cette séquence. La fonction de l'aveu en justice s'éclaire donc par la lente maturation d'une auto-aiêthurgie puisant aux sources du christianisme primitif.

Conclusion

De cette présentation excessivement simplifiée de quelques travaux de Foucault consacrés aux rapports entre histoire du droit et histoire des régimes de juridiction, il paraît possible de retirer quelques enseignements pour les interrogations au cœur de la présente livraison de la *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*.

Le droit est-il source, affluent, alluvion ou aboutissement des changements sociaux? Si l'on s'en tient aux développements précédents, il n'y a pas de réponse univoque à cette question. Le droit influence tout autant les pratiques sociales qu'il est influencé par elles ; il ne semble pas y avoir de priorité ou d'antériorité de l'un ou des autres. Il serait plus juste d'évoquer des interférences réciproques ; encore la tâche, immense, s'ouvrirait-elle alors aux juristes de tenter une description des multiples modalités suivant lesquelles se réalisent ces interférences. Le recours aux sciences humaines et sociales (histoire, anthropologie, ethnologie, sociologie, notamment) serait alors indissociable d'une analyse fine du phénomène juridique.

Qu'est-ce qu'une approche du droit « en contexte »? Quels en sont les enjeux, les atouts et les limites? Pour comprendre pleinement une institution juridique et sa place, aussi bien dans la sphère du droit proprement dite que

¹⁵ *Mal faire, dire vrai...* op. cit., supra n.2, leçon du 13 mai 1981, p. 161 et s.

¹⁶ *Mal faire, dire vrai...* op. cit., supra n.2, leçon du 20 mai 1981, p. 199 et s.

dans l'organisation sociale où elle se meut, il serait indispensable d'abandonner une façon de faire de la science du droit qui, aujourd'hui, domine de manière écrasante les facultés de droit en Europe continentale : celle qui, au nom de la spécialisation et de la division du travail, consiste en une analyse strictement circonscrite à la technique juridique, laissant de côté les inévitables interactions entre les matériaux de l'expérience du droit (textes législatifs, jurisprudence, pratiques coutumières ou contractuelles, etc.) et la réalité sociale. Si, comme de plus en plus d'esprits semblent le penser à l'heure actuelle, les facultés de droit devaient progressivement être réduites à n'être que des écoles professionnelles, elles manqueraient alors ce qui fait historiquement la vocation de l'Université : l'activité de la pensée et, plus encore, de la pensée critique.