

Michel Foucault

Théories et institutions pénales

Cours au Collège de France
(1971-1972)

*Édition établie sous la direction
de François Ewald et Alessandro Fontana,
par Bernard E. Harcourt
avec la collaboration de Elisabetta Basso (transcription du texte),
Claude-Olivier Doron (notes et appareil critique),
et le concours de Daniel Defert*

HAUTES ÉTUDES

EHESS
GALLIMARD
SEUIL

arrière-vassaux et jusqu'à certains paysans libres, impliquant que tout le monde soit armé d'une part; et de l'autre, que le suzerain dépende du bon vouloir du vassal.

Comment faire régner la paix, comment imposer par la guerre l'interdiction de la guerre, et ceci chez ses propres vassaux si on se trouve dépendre d'eux et s'ils sont détenteurs de la force armée ?

[202/7]

Les grands feudataires en avaient reconnu les inconvénients lorsqu'ils avaient voulu s'appuyer sur les villes contre leurs vassaux, ou inversement.

Le recours à l'armée de mercenaires permet d'établir la paix par la guerre, mais sans que soient armés ceux auxquels on veut imposer sa paix, c'est-à-dire ceux que l'on veut soumettre à la fiscalité.

L'institution d'une justice autoritaire et fortement fiscalisée est donc liée d'une part à l'instauration des paix et d'autre part, de façon corrélative, à l'apparition et au développement de l'armée de métier.

On voit que tous ces éléments tendent à une concentration, une centralisation et (à la limite) à une étatisation de la justice.

- Le lien de la justice à la fiscalité en faisait une source de revenus que les plus riches tendaient à accumuler entre leurs mains.
- Le lien de la justice aux institutions de paix (et au recul des guerres privées) en fait le résultat d'un rapport de force, nécessairement favorable aux plus forts.
- Enfin, la dépendance de la justice à l'égard de l'armée de métier la concentre entre les mains de ceux qui sont les plus riches et les plus forts.

[203/8]

Ici, une parenthèse méthodologique.

- Il est peut-être vrai que les formes juridiques (à la fois les principes de droit et les règles de procédure) traduisent, expriment des rapports économiques.

- Il est peut-être vrai que les décisions de justice ont essentiellement pour rôle de reconduire des rapports de production.

- Il existe cependant un autre niveau où se révèle le fonctionnement de l'appareil judiciaire. À ce niveau, il n'est ni expression ni reconduction des rapports économiques. Il 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.

Un appareil comme l'appareil judiciaire n'est pas seulement expression, ou instrument de reproduction⁹. 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.

Si [l']on s'en tient à l'exemple de la féodalité, on voit comment, à travers l'appareil judiciaire (mais on pourrait prendre aussi l'appareil militaire ou religieux),

[204/9]

du sur-produit qui permet la rente féodale est extrait un sur-pouvoir, un plus de pouvoir

– à partir duquel certes cette rente elle-même est demandée,

– mais à partir duquel les formes et les rapports de production se déplacent.

Dans l'étude d'un appareil d'État, il faut sans doute distinguer :

- sa structure : qui est bien de nature répressive,
- sa stratégie (la stratégie de ses décisions) : qui est bien orientée vers la reproduction,
- et son fonctionnement comme appareil qui manifeste le jeu des rapports de pouvoir et des rapports de production les uns à l'égard des autres^a.

B. Mais jusqu'ici, on n'a étudié qu'un ensemble de processus endogènes :

[205/10]

- le jeu entre rente féodale, lutte armée, exercice d'une justice autoritaire

a. Suite raturée :

« et que 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 autres¹⁰. »

– et les processus qui, dans ce jeu même, ont amené la concentration de la justice et le renforcement d'un pouvoir armé.

Ce qui a été décrit là, c'est un processus tendanciel, se développant à partir de lui-même.

Or, il a été traversé par un mouvement qui l'a précipité et a permis la constitution de l'État ou du moins de certaines de ses formes rudimentaires.

C'est la grande crise du XIV^e siècle¹¹.

– Cette crise avait été amorcée dans le courant du XIII^e siècle, quand le mouvement de colonisation intérieure avait rencontré sa limite et que l'expansion démographique (continue au cours des siècles précédents) avait rencontré là une butée :

[206/11]

- le surpeuplement relatif avait amené des mouvements populaires (sensibles surtout dans les villes où les artisans contestent le pouvoir de patriciens)¹²,
- mais il avait permis le développement des armées de métier, des mercenaires, d'où les possibilités de répression.

– Mais elle se déclenche paradoxalement lorsque la Grande Peste du XIV^e siècle provoque une ponction démographique énorme, et du coup une raréfaction de la main-d'œuvre¹³. Celle-ci se traduit :

- par un abandon des terres les plus difficiles à cultiver,
- par une augmentation des salaires et [des] prix,
- par une baisse de la valeur de la rente féodale (valeur relative par rapport au prix ; valeur absolue par rapport aux salaires),
- par une diminution du pouvoir de coercition des seigneurs.

Il s'ensuit chez les seigneurs une tentative de rétablissement féodal, et surtout une réactivation des guerres qui permettent le pillage, les rapines, les rançons : les « bénéfiques de guerre » sont chargés de prendre la relève des prélèvements féodaux réguliers.

[207/12]

Mais en même temps les possibilités de lutte populaire sont renforcées :

- La main-d'œuvre est rare. Les ouvriers peuvent demander des hausses de salaire. Le tenancier qui est harcelé par les agents seigneuriaux quitte sa terre et va chercher ailleurs.
- Militairement, les couches populaires deviennent une force ; on a besoin d'elles dans les guerres, on les appelle ou on les recrute comme mercenaires ; elles apprennent à se battre ; elles possèdent des armes¹⁴.

LEÇON DU 8 MARS 1972

I. Après l'analyse de la fonction et des rapports de pouvoir en justice pénale au Moyen Âge, étudier ses effets de savoir : non pas au sens d'opérations idéologiques, mais de production de vérité. – Dans le droit germanique, l'épreuve établit un rapport de supériorité de l'un sur l'autre. – Dans le nouveau régime pénal avec procureurs royaux, l'enquête établit la vérité qui permet de passer de l'accusation à la sentence. L'enquête comme opérateur de remise en ordre. – La vérité établie par les témoins et l'écriture qui transcrit remplacent l'épreuve. II. Remarques complémentaires. L'enquête et l'aveu comme sources privilégiées de la découverte de vérité dans le nouveau régime pénal. – Le point d'insertion de la torture. – Le système des preuves légales. Contraste entre l'enquête et la mesure. La mesure comme instrument et forme d'un pouvoir de distribution; l'enquête, d'un pouvoir d'information. Système enquête-bureaucratie au Moyen Âge. – Analyse des types d'extraction du sur-pouvoir. Relation au Cours de 1970-1971 sur « la volonté de savoir ». Dernière remarque sur l'apparition de la forme de l'examen au XVIII^e-XIX^e siècle. La naissance des sciences de l'homme.

Trois niveaux dans l'analyse de la justice pénale au Moyen Âge, [228/1]
dans l'étude de sa préhistoire comme appareil d'État :

1. Le niveau de ses conditions d'exercice : la position et la fonction de l'appareil pénal
 - par rapport à la circulation des richesses, plus exactement : à leur prélèvement autoritaire par les détenteurs du pouvoir. Pénalité et fiscalité ;
 - son rapport avec la distribution des armes (qui elle-même est liée à la fonction fiscale).
2. Le niveau des rapports de pouvoir qui passent à travers cette justice pénale et s'institutionnalisent en elle.

L'apparition du Parlement, du procureur et du droit de poursuite caractérise ces rapports de pouvoir,

- ou plutôt ils montrent comment l'exercice de la justice, qui [229/2]
est un rapport de pouvoir, s'appuie très tôt sur les formes (sans doute rudimentaires) d'un appareil d'État.

3. Il faut étudier maintenant le niveau des effets de savoir auxquels cette justice pénale donne lieu.

Effets de savoir [qui sont distincts d']^a opérations idéologiques¹.

– Par ^bopérations idéologiques, [entendons] l'ensemble des procédés^c par lesquels les pratiques et institutions pénales sont justifiées, expliquées, reprises, inscrites à l'intérieur de systèmes de rationalisation :

- la théorie du roi gardien de l'ordre et *fons justitiae*,
- la conception de la *pax et justitia*.

À tous les niveaux auxquels on analyse l'institution pénale, on trouve de telles transcriptions idéologiques.

– Par effets de savoir, 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.

[230/3]

A. Dans l'ancien système de liquidation (ou de réparation) juridique du crime, en quoi consistait cette scène ? Quelles étaient les formes qu'il fallait observer, les paroles qu'il fallait dire, les gestes qu'il fallait faire, les délais et les successions à observer, les personnages en présence et leurs rôles ?^d

La forme à observer n'était pas une manière de garantir le droit des adversaires, l'impartialité des juges ou le respect de la vérité.

Si on imposait des formes complexes aux plaideurs, c'était une manière de les soumettre à l'épreuve, de voir s'ils allaient échouer ou s'ils pouvaient réussir².

Donc : série d'épreuves

[...] ^e

a. Mot raturé : « interne ». Ensuite le manuscrit porte « ≠ ». Le mot suivant, « effets », est raturé et remplacé par « opérations ».

b. Mot raturé : « effets ».

c. Mots raturés : « de rationalisation ».

d. Suit une ligne raturée : « C'était essentiellement une série d'épreuves. »

e. Le manuscrit de cette treizième leçon comporte plusieurs lacunes (ici deux feuillets manquants, fol. 4-5). Il est sans doute possible de les combler en se référant aux conférences que Foucault prononce à Rio en 1973 sur le même thème : « La vérité et les formes juridiques », *loc. cit.* (*DE*, II, n° 119). Cf. ici en particulier la troisième conférence, p. 574-576/p. 1442-1444.

[*]

[...] ou d'échec. L'issue est favorable ou défavorable. Et l'issue de l'épreuve entraîne celle du procès. Elle la contient. Donc : [231/6]

a/ Juge spectateur. L'épreuve n'est pas un élément soumis à la souveraine appréciation du juge. Elle est un mécanisme qui, pourvu que la forme soit respectée, entraîne automatiquement l'issue du procès.

b/ Cette issue de l'épreuve :

- est un opérateur de droit ; ce qui assure le triomphe définitif du droit (au delà du litige, du dommage invoqué, [de] la guerre privée et de la vengeance) ;
- est secondairement un indicateur de vérité. Si son droit a triomphé, c'est qu'il avait dit la vérité. Mais ce n'est que secondaire. Et surtout ce n'est pas parce qu'il a dit la vérité, et dans la mesure où il l'a dite, que son droit triomphe.

L'épreuve est « marque » (et non pas simplement signe) ; elle relève non d'une sémiologie, mais d'une dynastique

- c'est l'instauration, l'établissement d'un rapport de supériorité de l'un sur l'autre ;
- c'est l'institutionnalisation rituelle de ce rapport de force ;
- c'est l'index du côté, de la^a région où se trouvent logés solidairement le bon droit, la force la plus grande³.

Et si on peut finalement parler de vérité, ce n'est pas en ceci [232/7] que l'épreuve indiquant où est la vérité permettrait de déduire où est le bon droit et de quel côté il est juste que penche la force.

C'est en ceci que le rapport de force serait, dans la procédure judiciaire, véritablement adéquat à la supériorité du droit.^b

La scène judiciaire, c'est la scène où sont adéquates l'inégalité de force et la supériorité du droit. Tout est aménagé pour qu'ils se manifestent simultanément et en vérité.

Le juge étant là comme témoin, garant qu'ils se sont bien manifestés, qu'ils se sont manifestés en vérité.^c

a. Mot raturé : « vérité ».

b. Le manuscrit porte en marge : « La raison de la forme ».

c. Le texte qui suit correspond à un passage raturé [fol. 7-8] :

« (On est au plus loin de ce qui constitue la distribution ultérieure :
un juge qui dans le suspens des forces,
voit la vérité
et décide où est le droit.)

Alors que la preuve établit des « faits » auxquels s'ordonne le droit, qui à son tour doit plier également toutes les forces, l'épreuve instaure des « événements » où se manifeste l'inégalité (celle, solidaire, des droits et des forces). [233/8]

Ritualisation d'une série d'événements dans la forme de l'épreuve^a, de la lutte, de la réussite et de l'échec.

B. L'intervention du procureur du Roi, de la poursuite d'office fait basculer ce système. La procédure accusatoire où les deux adversaires sont face à face et où la procédure judiciaire règle entre eux une épreuve de force qui n'est pas jouée d'avance n'est plus possible. [234/9]

Le « plus de pouvoir » est définitivement fixé, une fois pour toutes, d'un côté et d'un seul : du côté de l'accusation⁵.

– S'il y a un accusateur privé, il y a derrière lui ce supplément de pouvoir qu'est le^b procureur.

– S'il n'y a que le procureur, il n'est pas en situation de duel à l'égard de l'accusé, puisqu'il est le représentant du pouvoir lui-même de celui qui est le souverain -^c gardien de l'ordre.

Ce[la] a pour conséquences que :

1/ l'accusation comme ritualisation d'événements-épreuves dans la forme de la lutte (avec chances de gain et de perte de part et d'autre, réversibilité de la peine) n'est plus possible. Le roi ne peut pas être puni si son champion est vaincu⁶. Le roi est gardien de l'ordre ;

2/ le tribunal ne peut plus être l'instance qui constate l'issue d'un jeu où chaque droit est en lui-même sa propre force ; il est l'instance qui représente l'autre face du pouvoir. Le pouvoir- [235/10]

Dans l'espace du tribunal médiéval, dans ce "champ clos" du duel judiciaire qui est la forme la plus visible, la plus symbolique (même si elle n'est pas unique), la distribution du juge, des plaideurs, de la vérité, de la force, du droit, de l'égalité et de l'inégalité, de la décision, bref tout le jeu de l'attribution de la peine obéit à des lois strictes.

– Elles sont fort différentes de celles qui président à l'organisation de l'espace judiciaire moderne.

– On a l'habitude de parler du système "barbare" de preuve. En fait il ne s'agit pas de preuve du tout. Mais d'épreuve où éclate l'appartenance réciproque du meilleur droit et de la plus grande force⁴. »

a. Ces deux mots sont soulignés dans le manuscrit.

b. Mots raturés : « le pouvoir lui-même ».

c. Mot raturé : « justicier ».

justicier. Le pouvoir de décider^a qui a raison et qui a tort, qui doit payer et combien ;

3/ et l'accusé se trouve pris finalement entre deux pouvoirs : celui qui dénonce le désordre et celui qui assure sa réparation par la sentence.

On peut donc esquisser deux séries :

- [1] dommage – demandeur / défendeur – événement / épreuve
– issue garantie par le pouvoir
- [2] désordre – pouvoir / accusé – x / y – sentence imposée par le pouvoir^b

Qu'est-ce qui va permettre de passer de l'affrontement pouvoir / accusé à la sentence imposée ? Ce ne peut être, évidemment, un événement / épreuve (avec ce qu'il comporte d'aléas).

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*^c.

Comment s'est-elle insérée ?⁷

[...] ^d

[*]

[...] – questionnant : il a le droit de s'adresser à quelqu'un, d'exiger d'eux une réponse ; et ceux-ci sont dans l'obligation de répondre. [236/16]

Le pouvoir établit le notoire par le notable⁹ : il a le droit d'extraire le savoir de ceux qui savent¹⁰.

Le plus de pouvoir (que manifeste le procureur dans le système pénal) se traduit par une extraction de savoir. Il soutire du savoir.

(Noter la différence entre ce « savoir » auquel le pouvoir a droit et la « prudence », la « sagesse » ou encore le don de « vue » qui est prêté au chef, au roi

comme *fons justitiae*, le roi est *prudens*, lui-même

comme gardien de l'ordre, il a le droit de savoir, par l'intermédiaire de son procureur.)

a. Mots raturés : « de la peine ».

b. Suit une ligne raturée : « Cette place de l'événement-épreuve va être occupée par l'enquête/vérité. »

c. Souligné dans le manuscrit.

d. Ici, suivent cinq feuillets manquants (fol. 11-15) qu'il nous semble possible de situer par rapport au passage de « La vérité et les formes juridiques » correspondant aux pages 581-584 / 1449-1452 (*loc. cit.*)⁸.

– Ces deux pratiques^a, en donnant le moyen d'arriver à une vérité fondée, proposent une sorte de substitut au flagrant délit.

Si une chose est bien établie par enquête, si les notables (ou ceux qui doivent savoir) ont établi sa notoriété, on peut considérer que la chose est vraie, éclatante, quasi actuelle. L'enquête assure une sorte de flagrance retardée.

On peut rattraper la procédure de flagrant délit¹¹.

– Ces deux pratiques permettent de faire entrer dans le champ de la pénalité un certain nombre de comportements qui ne sont point des dommages à des individus, mais des désordres.

[237/17]

L'enquête carolingienne a pour but de déterminer

- quel est l'ordre qu'on doit suivre,
- et si les choses sont conformes à cet ordre.

L'enquête ecclésiastique a pour but

- de déterminer s'il y a eu désordre (par rapport à la règle monastique, par rapport à la loi de l'Église)
- et de provoquer une réparation.

L'enquête est un opérateur de remise en ordre, à partir de quelque chose qui peut être un dommage, mais peut être autre chose : une irrégularité.

– Elles placent toutes deux l'accusé, le défendeur dans une position tout à fait singulière

– 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.

[238/18]

– Dans le droit de type germanique, l'accusé gagnait ou perdait : maintenant, « on sait » ou « on ne sait pas »^b 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.

– Enfin, dans le droit germanique, il avait toujours la possibilité de signer sa propre perte ; il pouvait abandonner à tout moment.

a. Mot raturé : « modèles ».

b. Le manuscrit ne porte pas de guillemets.

Il peut maintenant devenir l'énonciateur de sa vérité, en devenant par l'aveu son propre dénonciateur¹². Avec l'ambiguïté morale que cela comporte.

– Enfin, l'enquête introduit dans le système pénal deux éléments qui vont devenir fondamentaux :

– la vérité, telle qu'elle a été établie par des témoins, par ceux qui ont vu¹³;

– l'écriture, qui retranscrit ce qui a été dit; et transmet l'actualité¹⁴.

Deux transferts d'actualité :

– le témoignage qui transfère le flagrant délit → enquêteur

– l'écriture qui transmet le témoignage → juge.

La vérité vue et l'écriture fidèle se substituent à l'événement-épreuve.

*