

**Rentrée solennelle du département de philosophie : la leçon inaugurale du 11 avril du Professeur
K. Yao-Edmond**

INTRODUCTION

Face aux défis primordiaux que constituent la limitation écologique de la croissance économique et la limitation terroriste de l'organisation politique, et son corollaire les présumés terroristes jetés en prison¹ sans procès, y subissant toutes les formes de tortures révoltantes pour la conscience droit-de-l'homme², la philosophie politique, la philosophie tout court, ne peut faire comme si rien ne l'affecte. En réalité, « à l'abri des formules rhétoriques, c'est la pusillanimité qui règne »³. En d'autres mots, sous le manteau des catégories universelles tenues largement pour creuses, c'est un type de savoir, en l'espèce le savoir-pouvoir qui règne, celui des agents de la techno-science⁴, celui des agents des sciences médicales, celui des agents des sciences normatives par rapport aux sciences évaluatives. Et, dans chaque cas de figure, la faculté aux commandes demeure la même : la raison constituante. Suivant en cela, André Lalande, il est à constater que tous les savoirs sont constitutifs de la raison constituante⁵. Celle-ci se révèle, cependant, le mieux dans la normativité qui est au cœur de l'ouvrage de 1948 de Lalande intitulé, *La raison et les normes*. Des années bien plus tard, Jürgen Habermas écrira *Droit et démocratie. Entre faits et normes*. En outre, c'est plus que le quotidien des hommes d'entendre ceci : quelle est la norme de ton choix ? Quelle est la norme de la poissonnerie ? Sous quelles normes s'organise le défi de l'émergence ?

Il n'en faut pas plus pour convaincre du règne de la norme. Elle est dans la leçon du jour abordée à divers échelons où se joue une réhabilitation de la normativité, galvaudée⁶ en ses usages multiples, par rapport à la normalité en usage chez Michel Foucault (1926-1984) pour certainement dénoncer la gouvernementalité⁷ d'un *droit-pouvoir-Etat* dévastateur des vrais droits des individus qu'ils soient libres ou en prison, qu'ils soient pensionnaires dans un asile psychiatrique ou d'un internat pour

¹ DEMONCHY Christian, L'architecture des prisons modèles françaises » in *Gouverner, enfermer. La prison, un modèle indépassable ?* Paris, Presses de Sciences Po, 2004, p.281-282

² PRANCHERE, Jean-Yves et LACROIX, Justine, *Le procès des droits de l'homme. Généalogie du scepticisme démocratique*, Paris, Seuil, 2016.

³ HABERMAS, Jürgen, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, traduction de Rochlitz, R. et Bouchindhomme, C. Paris, Gallimard, 1992, Préface, p.12.

⁴ FEENBERG, Andrew, *Pour une théorie critique de la technique*, traduit de l'anglais par Michel Calon, Quebec, Lux-Humanités, 2014.

⁵ LALANDE, André, *La raison et les normes*, Paris, Librairie Hachette, 1948, p.78.

⁶ ERWALD, François, « Michel Foucault et la norme » in *Michel Foucault. Lire l'œuvre*, Paris, Editions J. Millon, Grenoble, 2012, p.212.

⁷ FOUCAULT, Michel, *Sécurité, territoire et population*, Paris, Gallimard, 2004. « Par 'gouvernementalité', j'entends, écrit Foucault à la page 111, l'ensemble constitué par les institutions, les procédures, analyses et réflexions, les calculs et les tactiques qui permettent d'exercer cette forme bien spécifique, quoique très complexe, de pouvoir qui a pour cible principale la population, pour forme majeure de savoir l'économie politique, pour instrument technique essentiel les dispositifs de sécurité »

élèves voire pour étudiants. Et pourtant, il ne faut guère confondre normativité et normalité, de même qu'il ne faut pas prendre la factualité pour la rationalité, la rationalité elle-même pour la normativité.

A l'échelon précis de la cité moderne libérale qui est prise pour le théâtre de mes fictions théoriques, la rationalité désigne, et je rejoins dans cette définition l'auteur de l'ouvrage, *La revendication des droits. Une étude de l'équilibre des raisons dans le libéralisme*, Emmanuel Picavet, le fait qu'il y a de la rationalité ; toute chose qui n'intervient que lorsque, dans un cadre d'analyse donné, des agents sélectionnent des choses de préférence à d'autres, d'une manière qui peut être expliquée en référence à des critères acceptables par les agents »⁸. C'est le cas de la rationalité qui réalise la cité panoptique⁹. C'est le cas aussi de la rationalité à l'œuvre dans la cité ancienne sous le modèle de la cité grecque des citoyens libres, des hommes et des femmes, des esclaves et des métèques, des étrangers et autres, chacun se tenant à sa place....En fait, si la raison est la raison des semblables et rend semblables suivant en cela René Descartes, il en va autrement de la rationalité, l'activité de la raison dans un domaine particulier. La leçon en tiendra forcément compte, puisqu'elle est élaborée dans le dessein ultime de tisser des compromis aux larges des prisons avec des agents susceptibles de les réaliser : les philanthropes¹⁰, les technophiles¹¹ et les *politeiaphiles*.¹²

Que dire des philanthropes que l'on ne sait déjà pas pour avoir été au moins, une fois dans la vie, philanthrope ? Ce que je pourrais dire d'autre est qu'ils font le Bien aussi bien pour leur propre Bien que pour le Bien d'autrui; ils leur arrivent de moraliser les bons pauvres et de maudire les mauvais pauvres.

En ce qui concerne, les technophiles et les *politeiaphiles*, je suggère que l'auditoire me concède la trahison suivante : la philosophie est trahie, chaque fois que le philosophe fait progresser son raisonnement sans avoir plié, au préalable, de façon majestueuse, le genou devant les mots qu'elle aligne pour les élucider, pour les avoir avec lui pour leurs charges sémantiques. Je tiens, en réalité, technophiles et *politeiaphiles* pour des postulats, non sans provoquer le courroux des savants des sciences déductives. Je fais comme ils font d'habitude par habitude méthodologique face à une expérience donnée.

⁸ PICAUVET, Emmanuel, *La revendication des droits*, Paris, Garnier, 2011, p.12.

⁹ FOUCAULT, Michel, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris, Gallimard, 1975. Voir aussi, DEMONCHY Christian, *L'architecture des prisons modèles françaises* » in *Gouverner, enfermer. La prison, un modèle indépassable ?* Paris, Presses de Sciences Po, 2004.

¹⁰ GUY-PETIT, Jacques, « Le philanthrope et la cité panoptique » in *Michel Foucault. Lire l'œuvre*, Grenoble, Editions Jérôme Million, 2012, p.186.

¹¹ FEENBERG, Andrew, *Pour une théorie critique de la technique*, traduit de l'anglais par Michel Calon, Quebec, Lux-Humanités, 2014.

¹² FOUCAULT, Michel, *Le gouvernement de soi et des autres. Cours au Collège de France 1982-1983*, Paris, Gallimard/Seuil, 2008, p.216. Voir aussi, BAUDART Anne, *Naissance de la philosophie politique, Athènes, Rome....*, Paris, Le Pommier, 2006.

Selon André Lalande, « en face d'une expérience, nous demandons à l'interlocuteur s'il admet que l'air ne traverse pas le verre, que deux corps faisant équilibre à la même tare ont le même poids ; nous lui demandons s'il voit le même phénomène que nous, s'il lit le même numéro sur son échelle graduée, s'il aperçoit le même dédoublement d'une raie du spectre, s'il constate la même différence de couleur dans son éprouvette, s'il compte le même nombre d'étamines dans une fleur. Et ce sont encore des postulats »¹³. Aussi, suggèrai-je à mes interlocuteurs de partager avec eux la centralité de la forme cité et du fait technique dans la vie de chacun de nous (I), celle en particulier exercée sur les corps, en l'espèce le biopouvoir (II), à côté de la centralité de la norme (III).

Mon parcours sera donc ternaire, contrairement aux premières ébauches de cette leçon qui prévoyait quatre temps. Il s'agira d'exposer, en premier lieu, la forme cité infléchie à la cité grecque et à la cité panoptique, d'élaborer, en deuxième lieu, une théorie des normalisations des corps, en cohérence avec la biopolitique foucauldienne. En dernier lieu, il sera question de revenir, et sur la cité panoptique, et sur la place de la normativité éludée par Foucault au profit de la normalité. Tout se passe comme si Foucault, pour critiquer les normes générées par les savoirs de la modernité, devrait opérer par deux stratégies : soit ruiner tous les contenus normatifs de la modernité en faisant revivre « le sacrifice nietzschéen des idéaux normatifs »¹⁴, soit faire émerger de nouveaux contenus. La réhabilitation de la normativité que je prône, est engagée dans une autre voie.

I-FOUCAULT ET LA CITE PANOPTIQUE APRES LA CITE GRECQUE

Sous le titre « Foucault et la cité panoptique, après la cité grecque » reposent des trajectoires de sens qu'il faut expliciter sous la double modalité théorique de la propriété et de l'appropriation. La cité grecque est de l'ordre de la propriété (1). C'est la propriété des grecs qui font venir au jour la cité, leur cité avec des propriétés précises, à la différence de la cité panoptique que Foucault s'efforce non seulement de comprendre, mais surtout de donner pour incompréhensible, au regard des paradoxes voire des apories qui la traversent et culminent dans le faire prison : voir sans être vu (2).

I-1-AUTOUR DE LA CITE GRECQUE

« Si la philosophie politique occidentale prend naissance dans la cité (polis) grecque, son devenir est indissociable du procès et de l'acte d'accusation promulgué contre un homme jugé gênant pour l'oligarchie comme pour la démocratie: Socrate. Point lumineux de la Grèce antique, aux côtés d'autres figures au destin plus directement

¹³ LALANDE, André, *Op-cit.*, p.121.

¹⁴ KERVEGAN, Jean-François, « La philosophie politique peut-elle encore nous éclairer sur la politique ?, article en ligne sur le site NoSoPhi consulté le 30 mars 2016.

politique, le maître de Platon, condamné à mort par la démocratie athénienne, a subi le verdict populaire. Il atteste à lui seul, dans sa figure individuelle, la faiblesse d'un régime essoufflé, affaibli par deux siècles d'histoire traversés de guerres, de crises internes, de luttes fratricides. Socrate devient à son insu le bouc émissaire de la démocratie athénienne et lui sert de révélateur de ses propres maux »¹⁵.

Avant de traiter des maux qui minèrent la démocratie athénienne, il importe de retracer les offres positives de l'époque. « Les anciens, contemporains de la démocratie, avaient, en effet, déjà perçu, en leur temps, le péril de l'individualisme et de l'apathie politique. Même à l'échelle d'un peuple, d'un *dêmos* limité à l'aire de la cité, le danger d'une totale désaffection pour la chose publique était grand. Dès le Vème siècle, une indemnité (salaire) est attribuée aux archontes (chef). Dès l'époque archaïque, (VX-VIIIème siècle avant notre ère), les archontes sont des magistrats qui occupent les plus hautes fonctions publiques dans les cités. C'est donc à juste titre qu'ils obtiennent des compensations pécuniaires et honorent ainsi le nom de la démocratie en tant que régime de l'égalité et de la liberté réglée par la loi »¹⁶.

La *politeiaphilie*, à distinguer du patriotisme¹⁷, revendiquée dans cette leçon trouve dans les dangers de l'apathie politique, dans les abstentions et la totale désaffection vis-à-vis de la chose publique une de ses plausibles justifications. Au demeurant, comment Aristote a pu présenter l'homme comme un animal politique, alors qu'il arrive ce dernier de tourner le dos à la cité, à ses lois et à la manière de suivre de celles-ci ?

Une des forces de la démocratie athénienne est, pour poursuivre ce qu'elle a d'offres positives, d'avoir instauré l'ostracisme que décrit, pour nous, Anne Baudart, spécialiste de l'Antiquité gréco-latine et romaine. Athènes instaure, relate-t-elle, dès 508 avant notre ère, l'ostracisme, qui permet au "peuple" de prévenir les coups d'Etat en chassant hors de la cité quiconque est soupçonné de porter atteinte à l'ordre public. Rien ne doit mettre en péril la liberté et l'égalité des citoyens : ni la fortune, ni l'influence de tel ou tel. Des institutions précises sont mises en place, continuées et affinées pour quelques-unes, inventées pour d'autres, avec le souci constant d'une régulation la plus équilibrée possible des forces sociales en présence : citadins et paysans, artisans et négociants, gens de la côte, des villes et des plaines, riches et pauvres, citoyens athéniens et étrangers résidant à Athènes nombreux et influents en ces Vème et IVème siècles avant notre ère. « Les fonctions, la situation géographique et économique, l'origine ethnique se trouvent prises en compte et vont peu à peu, à l'âge classique, former le socle d'un éveil sociologique au problème politique »¹⁸. Celui-ci, le problème politique s'entend, ne livre, Selon

¹⁵ BAUDART Anne, *Naissance de la philosophie politique, Athènes, Rome...*, Paris, Le Pommier, 2006, p.11.

¹⁶ Idem, p.21.

¹⁷ KOUASSI, Yao Edmond, « Quel est le sens de l'engagement patriotique aujourd'hui ? Hegel et Habermas pour éclairer le cas ivoirien » in *Revue ivoirienne de philosophie et de culture, le Koré*, n°38, Abidjan, EDUCI, 2007, pp. 52-70.

¹⁸ Idem, p.95.

Simone Goyard-Fabre, « sa signification qu'à raison des principes philosophiques qu'il enveloppe et des enjeux axiologiques vers lesquels il s'oriente »¹⁹.

Pour me résumer, la cité-Etat athénienne a été visitée concomitamment en ses vertus et en ses points faibles. La liberté, l'égalité, la publicité et la rémunération des dirigeants politiques font partie des vertus relevées, alors que l'individualisme, l'apathie politique, l'influence des dieux, l'influence de la fortune, les guerres, l'esclavage comptent pour les tares de cette cité. Celle-ci, comme le fait remarquer Alain Badiou, peut prendre indifféremment les noms de pays, Etat, Société, etc. « Il m'arrive de proposer délibérément plusieurs mots français en résonance avec un seul mot grec. Ainsi, du terrible ""*politeia*"" qui donne son titre traditionnel au livre de Platon. La traduction par République n'a aucun sens aujourd'hui si même elle n'en a jamais eu un. Dans mon texte, j'emploie au moins cinq mots, selon le contexte, dans les différents passages où je bute sur "politeia" : Pays, Etat, Société, Cité, Politique". Pour qualifier l'entreprise même de Platon, la "Cité idéale" qu'il propose, j'utilise trois expressions: politique vraie, communisme et cinquième politique »²⁰.

Ce détour par le texte de Badiou permet de glisser vers ce qu'est la philosophie politique, à savoir une entreprise philosophique résolument tournée vers l'idéal, ce qui doit être par opposition au factuel, ce qui est condamné à la corruption et à la dégénérescence. Le livre VII de *La République*, que dis-je, de la *Politique vraie*, selon le nouveau titre suggéré par Alain Badiou, est fort explicite à cet égard. Il éclaire sur les prisonniers de la caverne qui ne sont guère à confondre avec les prisonniers de la cité panoptique. Les premiers procèdent d'une stratégie théorique déployée par Platon pour réaliser l'ascension vers le monde des idées après l'accoutumance aux tares des ténèbres de la terre noire ; les seconds participent de la volonté du juge pénal de protéger la cité, ici, l'Etat, contre les déviants, les anormaux, les contrevenants aux lois pénales. Toutefois, l'allégorie de la caverne ombrageuse traverse la métaphore du « cachot du désespoir », expression suggérée par Aimé Césaire²¹ pour désigner la prison. La représentation de la souffrance se recueille, en effet, auprès de la manifestation de la souffrance, et inversement.

I-2- AU CŒUR DE LA CITE PANOPTIQUE

La cité panoptique qui est le théâtre du voir sans être vu, du surveiller discrètement mais efficacement sans attirer l'attention des surveillés quoique ce ne soit pas une filature, cela n'est pas une fabrique conceptuelle de Michel Foucault, membre du Groupe d'Information sur les Prisons (en abrégé GIP). Cependant, c'est à Foucault que l'on doit l'introduction du mot dans la philosophie française, à partir de l'ouvrage *Surveiller et punir. La naissance de la prison*.

¹⁹ GOYARD-FABRE Simone, Philosophie politique XVIème et XXème siècle, Paris, PUF, 1987, p.16.

²⁰ Alain BADIOU, *La République de Platon. Dialogue en un prologue, seize chapitres et un épilogue*, Paris, Fayard, 2014, p.14.

²¹ KOUASSI, Yao Edmond, « Grandeur et misère de la conscience césairienne » in *Revue scientifique de littératures, langues et sciences humaines, Lettres d'Ivoire*, n°6, Abidjan, Éditions de l'Université de Bouaké, 2009, pp. 187-194.

En sa qualité de membre du GIP, il me semble, que Paul-Michel Foucault, né le 15 octobre à Poitiers, soit à la bonne place pour sortir, à des détails près, ce qu'est l'architecture d'une prison de même que la vie à l'intérieur de ces murs. Il connaît pour ainsi dire les lignes interstitielles de ce milieu pour avoir connu l'expérience du parloir, des surveillants, des gardes pénitentiaires, etc. Il est donc en mesure de dévoiler ce que pareille institution voile au regard profane. À la fin de l'exercice, et à partir des réflexions contenues dans les pages 98-99 et 100 de l'ouvrage *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, il apparaît que Foucault tend à se méfier de la prison et de la punition généralisée que celle-ci préfigure.

En fait, et cela en accord avec Guibentif, « la thèse principale de *Surveiller et punir* est qu'il faut relier la prison à un certain type de pouvoir disciplinaire fonctionnant par la connaissance et individualisant. Et que du fait du lien, à ce type de pouvoir, la prison présente des affinités²² avec quelques nombreuses autres institutions qui lui sont contemporaines. Les conceptions selon lesquelles sont construites et organisées les institutions se trouvent dans les domaines militaires, scolaires et industriels »²². C'est peut être renversant voire sidérant de comparer la discipline carcérale et la discipline scolaire. Au-delà de ce constat, il importe de comprendre la démarche de Foucault autrement que par un rappel des évidences sur les prisons qu'on aurait aucun mérite à ressasser. Selon Foucault, « cette grande trame carcérale rejoint tous les dispositifs disciplinaires qui fonctionnent disséminés dans la société »²³.

Attardons-nous sur le qualificatif « disséminés ». En fait, la dissémination ne permet guère le dévoilement à partir d'un simple coup d'œil. Ce qui est disséminé est caché et ne peut, comme tel, être découvert facilement. Or, tout l'effort de Foucault vise une approche microphysique du pouvoir en tant que somme d'actions, d'opérations, de mécanismes, etc. Pareille approche fait comprendre que la prison est un dispositif disciplinaire qui fonctionne bien et qui aboutit à des résultats, comparables aux effets de domination recherchés par n'importe quelle institution de l'Etat. Relisons Foucault :

« L'étude de cette microphysique suppose que le pouvoir qui s'y exerce ne s'est pas conçu comme une propriété, mais comme une stratégie, que ces effets de domination ne soient pas attribués à une appropriation, mais à des manœuvres, à des tactiques, à des techniques, à des fonctionnements, qu'on déchiffre en lui toujours un réseau de relations toujours tendu, toujours à l'activité, plutôt qu'un privilège qu'on pourrait détenir, qu'on lui donne pour modèle la bataille perpétuelle plutôt que le contrat qui opère une cession ou la conquête qui s'impose d'un domaine »²⁴.

²² GUIBENTIF, Pierre, *Foucault, Habermas, Bourdieu, une génération repense le droit*, Paris, LGDJ, 2010, pp. 47-48.

²³ FOUCAULT, Michel, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris, Gallimard, 1975, p. 304.

²⁴ Idem, p. 31.

Les modalités de l'approche foucauldienne de la prison, comprise comme cité panoptique dans ses interstices, relève d'une sorte de dynamique sociale qui a pour effet de mettre en crise les universaux, les normes, les conventions, les privilèges, comme il le dit lui-même, dont la conséquence radicale est la lecture critique des illégalismes sur lesquels le juge ne pose pas toujours les mêmes diagnostics, indépendamment du fait de la fonction de juger qui, selon Beccaria, consiste, en présence de tout délit « à former un syllogisme parfait »²⁵.

Dans « Les temps des prisons. Inertie, réformes et reproduction d'un dispositif institutionnel », Gilles Chantraine, Chargé de recherches, CNRS Lille, aborde la question des illégalismes et des échelons de punition en rappelant, certes, ce qu'en dit Foucault, mais en réorganisant, à nouveaux frais, les thèses foucaaldiennes en la matière. Pour lui :

« La notion d'illégalisme, forgée par Foucault, met à jour la fausse neutralité des catégories juridiques qui représentent « l'ordre » et « le désordre » comme des faits historiques stables et universels, faits objectifs dépourvus de tout jugement. Ainsi l'ordre social apparaît au moins comme le produit d'une construction : celle opérée par le jeu des catégorisations juridiques et celle menée par diverses instances de contrôle et de sanction. L'association crime-punition-prison doit donc être dénaturalisée, et la population carcérale doit être appréhendée, par la mise à jour de circuits d'alimentation sélectifs, comme le produit d'une construction sociale spécifique »²⁶.

La réflexion de Gilles Chantraine prolonge les commentaires les plus éclairés sur la pensée de Foucault en tant qu'elle prend ses distances vis-à-vis des normes en vigueur qui servent d'étalon, et de réglementation, et de régulation des sociétés modernes, lesquelles oublient souvent que le juge qui dort mal, tend à rendre mal la justice²⁷, de même qu'elles perdent souvent de vue les analyses de l'anthropologie juridique autant que celles de la philosophie du droit.

Les informations et les analyses sur la prison qui viennent d'être déroulées, bien qu'éclairantes, n'ont pas encore touché le cœur de la cité panoptique. Je ne peux passer à une autre étape. Je reviens donc sur la cité panoptique, qui, à la différence de la cité grecque insérée dans une tradition de liberté démocratique manifestée à l'agora notamment, orchestre un plan de surveillance généralisée. L'histoire, en la matière, fait comprendre que Samuel Bentham revenu de la Russie eût envie de reproduire, après s'être confié à son grand-frère Jeremy Bentham (1748-1832), philosophe et juriste

²⁵ BECCARIA, Cesare, *Des délits et des peines*, traduction de Maurice Chevallier, Paris, Flammarion, 2010, p.41. Le syllogisme en question a pour majeure la loi générale, la mineure, l'acte conforme ou non à la loi, la conclusion, l'acquittement ou la condamnation. Beccaria fait la précision suivante : si le juge fait, volontairement ou par contrainte, ne fût-ce que deux syllogismes au lieu d'un seul, c'est la porte ouverte à l'incertitude.

²⁶ CHANTRAINE, Gilles, « Les temps des prisons. Inertie, réformes et reproduction d'un dispositif institutionnel » in *Gouverner, enfermer. La prison, un modèle indépassable ?* Paris, Presses de Sciences Po, 2004, p.60.

²⁷ BECCARIA, Cesare, *Des délits et des peines*, traduction de Maurice Chevallier, Paris, Flammarion, 2010, p.174.

britannique à l'origine de l'utilitarisme, pour l'architecture des prisons anglaises le modèle des usines russes, et cela dans un but purement utilitariste : l'utilité publique qui est le Bien commun ne pouvait pas s'accommoder des individus dangereux, des délinquants, des bandits, des coupables d'illégalismes. La suite de son entreprise est connue grâce à ce qu'en dit, certes Foucault, mais plus significativement grâce à Christian Demonchy, auteur de « L'architecture des prisons modèles françaises »²⁸. Il élabore la présentation suivante :

« Imaginez un long et large couloir bordé de chaque côté par des cellules de 9m². Superposez ce plan sur trois niveaux. Dans les deux derniers, remplacez le couloir par deux coursives étroites afin de ménager un vide central. Vous reproduisez ce bloc 4, 5 ou 6 fois selon un plan rayonnant. Vous formez ainsi au centre un carrefour qui possède la hauteur des blocs. Enfin, vous disposez dans ce carrefour à hauteur convenable une salle d'inspection dont le centre a vue sur les circulations de chaque bloc et un autel pour les offices religieux qui peut, idéalement, être vu par chaque détenu, grâce à une sorte de guichet pratiqué dans les portes pleines des cellules. Si l'on compare cette prison (qui vient d'être décrite) avec le modèle panoptique de Jeremy Bentham conçu pour offrir à la salle d'inspection une vue sur la totalité des cellules disposées en cercles autour d'elle, il est évident qu'on se retrouve dans un système optique inversé : le centre du plan n'a aucune vue sur les détenus enfermés dans leur cellule alors que les détenus ont parfois la vue sur l'autel central »²⁹.

La cité panoptique se conjugue avec un ensemble de pratiques de surveillance qui frappent les individus anormaux, une fois enfermés dans celle-ci. Cela pose plus largement la question plus qu'actuelle du contrôle social qu'arrivent à déjouer, malgré toutes les avancées technologiques, les organisations terroristes. La surveillance des anormaux doit pourtant se poursuivre. De sorte que la cité panoptique, loin de dépérir, s'exporte voire tisse sa toile autour des sociétés libérales³⁰ qui, parce que justement libérales, ont plus que besoin de contrôler pour repérer à leur sein les attitudes non libérales. Celles-ci connaissent une inflation manifestée dans la diversification des voies et des scènes du terrorisme³¹: la société du risque ou du danger née avec la décomposition des formes classiques du gouvernement (le modèle de la souveraineté et, jusqu'à un certain point, le modèle disciplinaire) est là. Aussi, importe-t-il de saisir jusqu'où la cité panoptique a pu être exportée.

II- LA TECHNOLOGIE DE POUVOIR SUR LES CORPS ET LES JUGES DE NORMALITE

²⁸ DEMONCHY Christian, L'architecture des prisons modèles françaises » in *Gouverner, Enfermer. La prison, un modèle indépassable ?* Paris, Presses de Sciences Po, 2004, p.269-293.

²⁹ Idem, p.281-282.

³⁰ Elles ne succombent pas à la grande illusion juridique et étatique selon laquelle les conditions de la liberté doivent être créés d'en haut et par les voies du droit. Le libéralisme conçoit la liberté comme un processus de négociation ou de transaction.

³¹ KOUASSI, Yao Edmond, « L'anti-terrorisme peut-il se passer des droits de la conscience ? Derrida, Dworkin et Habermas pour y répondre » in Revue ivoirienne de Philosophie et de sciences humaines, *Perspectives philosophiques*, volume IV, n°8, Bouaké, Editions UAO, 2014, pp. 264-281.

Couvrant à l'origine exclusivement la prison où la problématique de la surveillance des détenus reste entière, la cité panoptique s'institue partout où le besoin de surveillance des citoyens l'exige. Ce n'est plus une cité comme les autres. Ce n'était déjà pas une cité comme les autres, la bifurcation chez les grecs l'avait bien montré. Les anormaux que tous nous sommes devenus apprennent cela à notre dépens. Le concept d'« anormaux » en usage chez Foucault est historiquement la découverte, sans de jeu de mots, de Georges Canguilhem³², directeur de la thèse de doctorat de Foucault ; thèse soutenue en 1961 sur le sujet : « Folie et déraison ».

Georges Canguilhem, alias le « Cang », comme le note François Erwald dans son texte « Michel Foucault et la norme », a eu plus d'une fois, l'occasion de souligner ce qui est en cause dans la norme qui alimente en contenus sémantiques « le normal et le pathologique », sa thèse de doctorat soutenue en 1943.

II-1-LA TECHNOLOGIE DES CORPS

En exergue à cette séquence de mon chemin théorique, ce qui suit : une réflexion sur le « bio-pouvoir » ou sur la « bio-politique » entendue comme « ce qui fait entrer la vie et ses mécanismes dans le domaine des calculs explicites et fait du pouvoir-savoir un agent de transformation de la vie humaine », passe nécessairement par l'expérience de l'enfermement. L'ouvrage qui servira d'appui ici sera *Surveiller et punir. La naissance la prison*. Au sujet duquel Jean-François Bert écrit ce qui suit :

« *Surveiller et punir* va largement contribuer à déconstruire la centralité de la figure du délinquant dans les discours tenus par la justice, en montrant comment pour notre société, il est indispensable de perpétrer cette frange d'individus en la fixant comme contrepois à la soumission du reste de la population. En d'autres termes, la prison n'a jamais été un moyen de mieux punir, ni même de punir plus humainement. Son but est de punir avec plus d'universalité et de nécessité. Elle est la clef de voûte d'une nouvelle technologie de pouvoir qui, avec l'école, l'asile ou l'hôpital, a pour fonction d'agir directement sur les individus en attribuant à la punition une fonction éducative pour l'ensemble de la société »³³.

Selon Foucault, « cette grande trame carcérale rejoint tous les dispositifs disciplinaires qui fonctionnent disséminés dans la société »³⁴. Attardons-nous sur le qualificatif « disséminés ». En fait, la dissémination ne permet guère le dévoilement à partir d'un simple coup d'œil. Ce qui est disséminé est caché, c'est-à-dire ne se découvre pas facilement. Or, tout l'effort de Foucault vise une approche microphysique du pouvoir en tant que somme d'actions, d'opérations, de mécanismes, etc. Par la

³² CANGUILHEM, Georges, *Le normal et le pathologique*, Paris, PUF, 1966. Voir *Le point*. Hors-série, les Maîtres-Penseurs, numéro 16, juin, juillet 2014 sur Foucault, p.30.

³³ BERT, Jean-François, Op-cit., 45.

³⁴ FOUCAULT, Michel, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris, Gallimard, 1975, p. 304.

microphysique du pouvoir, Foucault réaffirme son souci de ne rien oublier sur le chemin de l'observation minutieuse de la société et de l'Etat. C'est cela son but :

« L'étude de cette microphysique suppose que le pouvoir qui s'y exerce ne s'est pas conçu comme une propriété, mais comme une stratégie, que ces effets de domination ne soient pas attribués à une appropriation, mais à des manœuvres, à des tactiques, à des techniques, à des fonctionnements, qu'on déchiffre en lui toujours un réseau de relations toujours tendu, toujours à l'activité, plutôt qu'un privilège qu'on pourrait détenir, qu'on lui donne pour modèle la bataille perpétuelle plutôt que le contrat qui opère une cession ou la conquête qui s'impose d'un domaine »³⁵.

Les modalités de l'approche foucauldienne de l'Etat dans ses interstices relève d'une sorte de dynamique sociale qui a pour effet de mettre en crise les universaux, le statu quo ante, les privilèges des premiers arrivés, les prérogatives inexplicables comme il le dit lui-même. L'exposé sur les crimes et les illégalismes au cours des siècles passés (XVIIème, XVIIIème et XIXème siècles) est largement tributaire de cette nouvelle réorganisation épistémologique qui s'accomplit dans le statut de « juges de la normalité » tenu pour un des obstacles épistémologiques sur le chemin la *connaissance par étude microphysique*.

II-2-LES JUGES DE NORMALITE

A partir de la prison, la tentative de Foucault se veut plus globale. Il n'analyse pas seulement la façon dont le contrôle fonctionne dans des lieux et des espaces clos mais cherche à modéliser la manière dont ce contrôle est devenu de plus en plus le modèle des institutions qui l'ont vu naître. Ce qui retient l'attention de Foucault, c'est que ce processus de désinstitutionalisation a justement permis un nouvel investissement de la vie quotidienne des individus par ceux qu'on appelle les « juges de normalité », à savoir professeur, médecin, éducateur, travailleur social, etc. Ils ont pour fonction d'actualiser la norme en vigueur. C'est là que le bât blesse ! Foucault n'est pas convaincu de « l'universalité du normatif et du processus du contrôle social qui se définit par un mouvement d'élargissement de ses prérogatives et de ses spécialisations »³⁶. Il est suivi en cela par Gilles Chantaine qui réorganise, à nouveaux frais les thèses foucauliennes en la matière. Pour lui :

« La notion d'illégalisme, forgée par Foucault, met à jour la fausse neutralité des catégories juridiques qui représentent « l'ordre » et « le désordre » comme des faits historiques stables et universels, faits objectifs dépourvus de tout jugement. Ainsi l'ordre social apparaît au moins comme le produit d'une construction : celle opérée par le jeu des catégorisations juridiques et celle menée par diverses instances de contrôle et de sanction. L'association crime-punition-prison doit donc être dénaturalisée, et la population carcérale

³⁵ Idem, p. 31.

³⁶ BERT, Jean-François, Op-cit, p.48.

doit être appréhendée, par la mise à jour de circuits d'alimentation sélectifs, comme le produit d'une construction sociale spécifique ³⁷».

La réflexion de Gilles Chantraine prolonge les commentaires les plus éclairés sur la pensée de Foucault en tant qu'elle prend ses distances vis-à-vis des normes en vigueur qui servent d'étalon, et de réglementation, et de régulation des sociétés modernes, lesquelles oublient souvent que le juge qui dort mal, tend à rendre mal la justice e même qu'elles semblent perdre souvent de vue les découvertes de l'anthropologie juridique, de la philosophie du droit, etc. Alors que Chantraine se rapporte à Foucault sous les modalités théoriques de la confirmation de ses analyses, Jacques Guy-Petit, un autre lecteur de Foucault, prend, lui, ses distance face à des cohérences forcées, des mises en marche à pas forcés d'intuitions philosophiques et d'observations historico-sociologiques :

« La où Foucault tendrait à décrire cohérence et mécanisme parfait, l'historien avec ses propres instruments d'analyse trouve plutôt des conflits des tâtonnements, des systèmes en concurrence. Il est vrai qu'il est possible de faire plusieurs lectures du XIXème siècle et de l'œuvre de Foucault. Celui-ci a déjà expliqué qu'une société disciplinaire n'est pas synonyme de société disciplinée : le panoptique pour les prisons serait, comme le grand enfermement pour la folie, non pas d'abord de l'ordre de la réalité, mais de l'ordre du discours, d'une logique qui organiserait, donnerait sens au réel foisonnant et contradictoire. L'accomplissement de la technologie politique du corps dans le système panoptique serait le projet limite du pouvoir-savoir ; le non-dit toujours présent dans le système rationnel et totalitaire à l'œuvre dans notre modernité occidentale depuis les Lumières »³⁸.

La réflexion de Guy-Petit, telle que convoquée, vise à prendre en charge la critique formulée contre une lecture apologétique des textes de Foucault, alors qu'il peut être attendu tout aussi légitimement une approche critique voire dévastatrice de Foucault le philanthrope, l'ami des prisonniers, le défenseurs des fous et autres reclus des asiles psychiatriques. D'où l'importance de la rechute du cours dans les trous noirs de la pensée foucauldienne.

En nous donnant, en effet, à lire ; juste après l'horreur du supplice de Damiens, le règlement minutieux d'une maison de correction philanthropique pour enfants autour de 1840, Michel Foucault opère un rapprochement saisissant, montrant qu'il s'agit encore « d'assujettissement, de continuité dans la différence ³⁹». Autrement dit, ce qui est substantiellement à l'œuvre dans le premier champ panoptique, est reconduit dans le second champ où des enfants sont accueillis : « La douceur du dressage quotidien y est, certes, plus subtile et plus efficace que la cruauté qui détruit rapidement le

³⁷ CHANTRAINE, Gilles, « Les temps des prisons. Inertie, réformes et reproduction d'un dispositif institutionnel » in Gouverner, enfermer. La prison, un modèle indépassable ? Paris, Presses de Sciences Po, 2004, p.60.

³⁸ GUY-PETIT, Jacques, « Le philanthrope et la cité panoptique » in *Michel Foucault. Lire l'œuvre*, Grenoble, Editions Jérôme Million, 2012, p.186.

³⁹ Idem, p.180.

corps⁴⁰». « C'est pourquoi, *Surveiller et punir* se termine sur l'évocation de la « ville carcérale » du XIXème siècle, celle des « douceurs insidieuses », des minutieuses « incarcérations », où la complexité des relations de pouvoir fabrique « de l'individu disciplinaire »⁴¹. C'est la ville que j'habite, c'est la ville que nous habitons, avec ses camera, ses policiers en civil, ses corps habillés. D'où cette démonstration :

« Sans délinquance, pas de police. Qu'est-ce qui rend la présence policière, le contrôle policier tolérables pour la population, sinon la crainte du délinquant ? Vous parlez d'une aubaine prodigieuse. Cette institution si récente et si pesante de la police n'est justifiée que par cela. Si nous acceptons au milieu de nous ces gens en uniforme, armés, alors que nous n'avons pas le droit de l'être, qui nous demandent nos papiers, qui viennent rôder devant le pas de notre porte, comment serait-ce possible s'il n'y avait pas les délinquants ? Et, s'il n'y avait pas tous les jours dans les journaux des articles où l'on nous raconte combien les délinquants sont nombreux et dangereux ? »⁴²

Sans discuter encore la réalité globalisante de la cité panoptique ou carcérale, il faut pourtant relever que l'analyse de *Surveiller et punir* présente des aspects réducteurs, ne rendant pas compte de la diversité et de la complexité du jeu social et idéologique ; à l'intérieur même de la bourgeoisie au pouvoir. Cette remarque, je la partage avec Jacques Guy-Petit pour qui « S'ils ont un indiscutable rôle d'agents de *disciplinarisation*, les philanthropes du XIXème siècle constituent aussi une instance de dénonciation, d'expérimentation sociale, parfois de résistance. Ils ne campent pas dans l'unanimité et leur action moralisatrice ne se réduit pas à la subtile mise en œuvre d'un piège à prolétaire »⁴³.

Les Prolétaires peuvent-ils réellement dormir tranquilles sans redouter les pièges redoublés des juges ? La figure du juge fait place à la normativité juridique dégradée par Foucault depuis la publication de *La volonté de savoir. Histoire de la sexualité* où il affirme que le pouvoir est partout. Il précise que « ce n'est pas qu'il englobe tout. (...) les rapports de force multiples qui se forment et jouent dans les appareils de production, servent de support à de larges effets de clivage qui parcourent l'ensemble du corps social »⁴⁴.

III- LA NORMATIVITE : UNE CULTURE DU DROIT ET DES COMPROMIS

A partir de Hegel, la philosophie, en prenant les couleurs d'une philosophie du droit, joue les catégories majeures qui la définissent dans l'arène du droit où elle est tenue de passer avec succès le

⁴⁰ Ibidem.

⁴¹ Ibidem

⁴² FOUCAULT, Michel, Entretiens réalisés en 1975 juste après la publication de *Surveiller et punir*, repris par Bert, 2011, p.44-45.

⁴³ Ibidem.

⁴⁴ FOUCAULT, Michel, *La volonté de savoir. Histoire de la sexualité*, tome, Paris, Gallimard, 1976, repris dans le Point Hors-série Les maîtres-penseurs, Michel Foucault, L'anti-système, numéro 14, juin-juillet 2014, p.50.

test de la connaissance des normes juridiques, leur histoire, leurs objets, leurs méthodes, leurs fonctionnements, que celles-ci apparaissent sous forme systématisée ou non. Au demeurant, pourquoi le philosophe du droit ne sauterait-il pas sur l'occasion de les systématiser là où elles (normes juridiques) ne le seraient guère ?

La réponse à cette interrogation prend en compte la formule habermassienne selon laquelle seule « une population accoutumée à la liberté »⁴⁵ peut s'intéresser à la liberté, à savoir la prendre pour centre d'intérêt de théorie et de pratique. La normativité, elle aussi, ne saurait se jeter, à l'instar d'une prostituée, au cou de qui ne la désire pas. Il faut la désirer, la cultiver au prix de compromis, si cela est nécessaire. D'ailleurs, face aux droits pris pour acquis, seuls les compromis rendent possibles les déplacements à l'intérieur des intérêts couverts ou garantis par lesdits droits. Il y va de la survie de la société elle-même. En cité, plus largement en société, tout relève, en effet, du droit, y compris l'existence même de la société. « Qui dit société dit droit, *Ubi Societas Ibi Jus* ; ce Jus, explicite François Terré, notre relation avec lui est constante, quotidienne de jour et de nuit. Pour la plupart des hommes, elle est d'ailleurs le plus souvent inconsciente ou si concrète dans les habitudes qu'ils ne s'aperçoivent même pas de sa présence dans les événements les plus variés de l'existence »⁴⁶. François Terré fait ressortir dans sa réflexion l'omniprésence du Droit qui est aussi celle de la normativité juridique. Ira-t-il jusqu'à soutenir l'idée d'une inflation juridique contreproductive, in fine, pour le Droit ?

III-1- LA NORMATIVITE : UNE CULTURE DU DROIT

La normativité désigne, pour rappel, ce qui se présente ou se donne comme norme, en quelque domaine que ce soit, singulièrement dans les domaines de l'éthique et du droit. Ce dernier domaine est celui qui est traité. Autrement dit, la norme de droit, la norme juridique est ce qui m'importe ici. La notion de culture, quant à elle, prive la production de la normativité juridique de sa texture naturelle. Même naturelle, la norme juridique se représente comme une idée des hommes qui réfléchissent, à l'état civil, aux sources de celle-ci, la rapporte soit à une source matérielle, soit à une source formelle. Ces deux sources sont au cœur des querelles d'écoles qui séparent *jusnaturalistes* et *juspositivistes*.

III-1- 1-LA CULTURE DU DROIT : UNE THEORIE PURE DE LA NORME JURIDIQUE

Une précaution théorique s'avère nécessaire, celle de ne pas prendre le droit pour la norme et la norme pour le droit, sans prendre en considération certaines questions d'ordre étymologique à la lumière desquelles le spectre du droit paraît plus large que le spectre de la norme. Selon François

⁴⁵ HABERMAS, Jürgen, *L'Intégration républicaine. Essais de théorie politique*, traduction de Rochlitz R., Paris, Fayard, 1998, p. 308

⁴⁶ TERRE, François, *Le droit*, Paris, Flammarion, 1999, p.7.

Erwald, « il y a deux siècles encore, le mot « norme » menait une existence discrète, à peine signalée ; aujourd'hui, avec ses dérivés, c'est un des termes les plus utilisés et les plus galvaudés du vocabulaire courant comme celui, plus savant, des sciences humaines. On s'effarouche devant les normes ; on les redoute ; on aurait honte d'être simplement, normal. Pourtant les juristes ne parlent plus que de normes... »⁴⁷.

Les juristes parlent donc de normes juridiques quand ils parlent de droit. Il reste que le droit est ce qui est permis de faire au regard d'un ensemble de normes en vigueur. Il désigne une norme juridique par opposition à la norme morale. Le droit est une règle avec effet de sanction. « Le droit en tant que norme juridique appartient à la classe des directives, c'est-à-dire des actes de langage au moyen desquels on cherche à influencer la conduite d'autrui »⁴⁸. Il tient lieu, à la suite de Michel Troper, de « directives qui sont valables ou obligatoires dans un système »⁴⁹. Retenons que la notion d'influence est décisive. Elle signale le moment d'une construction, celle d'une ligne ou de plusieurs lignes de conduite qui font appel à l'obéissance et à son autre, la désobéissance⁵⁰. Dans cet ordre d'idées, ces rappels historiques de Supiot sont plus qu'éclairants :

« L'univers des lois est infiniment plus grand que celui du Droit. Le Droit est la manière dont l'Occident ordonne les règles que s'imposent les hommes. Il est l'héritier du *ius*, qui désignait les formules par lesquelles s'exprime la justice ; mais, construit sur l'idée de direction (*directum*), il joint à l'idée de justice celle de ligne de conduite, déjà présente dans la *regula* (règle) ou la *norma* (équerre) latine »⁵¹.

Supiot analyse la norme juridique à la fois comme justice et comme ligne de conduite. A la différence de la seconde perception de la norme juridique, la première, à savoir la norme juridique comme justice, suscite beaucoup d'oppositions et d'objections. Elles viennent d'auteurs convaincus de la scientificité et de la pureté de la norme juridique, comme Herbert Hart⁵² et Hans Kelsen, à la grande déception bien évidemment de Ronald Dworkin⁵³ et d'Alain Supiot pour qui les principes moraux et politiques doivent bel et bien colorer la norme juridique. Il s'ensuit que la normativité juridique est traversée par des théories susceptibles d'éclairer des pratiques, et inversement.

Ainsi, la pratique du droit dans les tribunaux par les juges éclaire sur une approche jurisprudentielle du droit répandue dans le monde anglo-saxon, où le prétoire stimule le renouvellement continu de la norme juridique. La jurisprudence, en tant qu'elle participe des sources formelles, désigne,

⁴⁷ ERWALD, François, « Michel Foucault et la norme » in *Michel Foucault. Lire l'œuvre*, Paris, Editions J. Million, Grenoble, 2012, p.212.

⁴⁸ TROPER, Michel, *La philosophie du droit*, Paris, PUF, 2010, p.66.

⁴⁹ Idem, p.67.

⁵⁰ KOUASSI, Yao Edmond, « La désobéissance civile, hier et aujourd'hui : déclin ou crise ? » in *Lettres d'Ivoire, Revue de Littératures, Langues et Sciences humaines*, n°2, Abidjan, Université de Bouaké, 2007.

⁵¹ SUPIOT, Alain, *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Paris, Seuil, 2005, p.85-86.

⁵² HART, Herbert, *Le concept du droit*, trad. de Michel Van De Kerchove, Bruxelles, Publications de la faculté de Saint Louis, 1994.

⁵³ DWORKIN, Ronald, *Prendre les droits au sérieux*, trad. de Rossignol, M.J, Limare, F., révisée par Michaut, F., Paris, PUF, 1984.

en effet, l'ensemble des décisions des tribunaux servant de référence. Selon Supiot, « le mot Droit dans un sens objectif d'architecture normative n'a pas d'équivalent exact en terre de *common law*. On y traduit Droit par *Law*, mais la source première du Droit, en Grande Bretagne ou aux Etats-Unis, se trouve dans les précédents et non dans des codes, dans les cas tranchés par le juge plutôt que dans les voies tracées par l'Etat »⁵⁴. Et pourtant, c'est la voie (voix) de l'Etat que suit Kelsen qui le tient pour la seule source sérieuse du droit⁵⁵. Kelsen déploie sa démonstration dans les termes suivants :

« On présente souvent la législation et la coutume comme les deux « sources du droit » ; cette vue procède de ce qu'en parlant alors du droit, on ne pense qu'aux seules normes générales du droit étatique. (...) Au regard de la théorie pure du droit positif, seul du droit peut être source du droit. Mais l'expression est également employée dans un sens non-juridique, lorsqu'on l'utilise pour désigner toutes les représentations qui influencent effectivement les principes moraux et politiques, etc. »⁵⁶.

De ces représentations, Kelsen n'en veut pas, puisqu'elles contribuent à endeuille, croit-il, la famille du droit si jalouse de sa science, de la science du droit qui maintient un fonctionnement similaire aux sciences de la nature. D'ailleurs, Kelsen explique qu'il existe deux groupes de sciences : les sciences de la nature et les sciences de la société. Il soutient que la distinction de ces deux groupes correspond à l'idée qu'elles portent sur des objets différents : la nature, d'une part, et, la société, d'autre part⁵⁷. Il élabore le raisonnement suivant :

« La science du droit appartient-elle au groupe des sciences de la nature, ou au groupe des sciences de la société ? Et cela revient à se demander si le droit est un phénomène naturel ou un phénomène social. A vrai dire, il n'est pas possible d'opposer ainsi la nature et la société sans autre explication : et en effet ne peut-on pas penser la société comprise comme la vie en commun réelle d'êtres humains, comme un secteur de la vie en général, et par là-même comme un élément constitutif de cet ensemble, la nature ? Et le droit, ou si l'on veut ce que l'on s'accorde immédiatement à considérer comme tel, ne paraît-il pas se situer dans le domaine de la nature, exister d'une existence purement et simplement naturelle, ou au moins par une partie de son être ? Que l'on analyse, en effet, un fait quelconque qui est interprété comme un fait de nature juridique ou comme ayant rapport au droit ; par exemple une résolution de parlement, un acte administratif, un jugement, un contrat, ou bien un délit ; on pourrait distinguer deux éléments ; le premier est un acte ou une série d'actes perceptibles par les sens, qui se déroulent dans le temps et l'espace, c'est un processus extérieur de comportement humain, l'autre élément est la signification de l'acte au regard et en vertu du droit »⁵⁸.

La science du droit a sa place dans le giron des sciences de la nature, il faut en convenir avec Hans Kelsen qui ne se limite pas à la seule argumentation.... Et pourtant, la trame des événements qui mènent aux portes de la cité panoptique laisse largement penser que tout n'est pas du droit dans le

⁵⁴ SUPIOT, Alain, *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Paris, Seuil, 2005, p.86.

⁵⁵ KELSEN, Hans, *Théorie pure du droit*, traduction Eisenmann, C. Paris, Bruylant L.G.D.J., 2004.

⁵⁶ Idem, p.234.

⁵⁷ Hans Kelsen in BEAL, Christophe, *Philosophie du droit. Norme, validité et interprétation*, Paris, Vrin, 2015, p.80.

⁵⁸ Idem, p.80-81.

droit de même qu'elle laisse croire que tout n'a pas été droit au cours du rituel du droit par magistrats, avocats et prévenus interposés, avant l'engrenage carcéral.

III-1-2-LA CULTURE DU DROIT : UNE THEORIE DES DROITS NATURELS

Alors que l'école positiviste, fille de l'esprit scientifique de son temps, récuse le recours à des causes qui ne s'appuient pas sur des données vérifiables et des démonstrations rationnelles pour expliquer les phénomènes sociaux, comme les phénomènes physiques, l'école du droit naturel continue de faire son miel de l'idée qu'il existe par-dessus la loi des hommes et le droit posé par l'Etat, des lois éternelles inspirées par des forces extérieures à l'autorité qui édicte formellement la règle de droit. En effet, le jusnaturalisme privilégie la substance de la règle de droit qui doit exprimer un idéal de justice. La révolte d'Antigone contre l'édit de Créon (Sophocle V^{ème} siècle avant Jésus Christ) en est une illustration classique. Pareille révolte préfigure une doctrine de la désobéissance civile face aux normes juridiques si formelles, si formalistes voire si puristes qu'elles tombent dans un abstentionnisme juridique impardonnable à la lumière des désastres du droit-Etat. Les crimes nazis au nom du droit en vigueur dans l'Etat, dans la république de Weimar⁵⁹ sont régulièrement invoqués pour encourager d'autres chemins de droit.

Et, dans le cadre de la problématique de la cité panoptique, seul un droit vêtu de vertus semble être en mesure de faire reculer les souffrances endurées dans l'univers carcéral. Aussi importe-t-il de revenir sur les savantes argumentations de Ronald Dworkin sur la nécessité et l'efficacité de la norme juridique colorée par les conquêtes de la liberté, de l'égalité et la justice. Il est l'auteur de plusieurs ouvrages de philosophie du droit parmi lesquels *Prendre les droits au sérieux* et *L'Empire du droit*⁶⁰.

Dans le dernier ouvrage cité, Dworkin entretient le lecteur sur un certain nombre de pratiques judiciaires, exercice au terme duquel il tire des analyses philosophiques de première importance. Aussi est-il donné de lire au chapitre 11 « le droit au-delà du droit » ce qui suit :

« Les juristes sentimentaux ont un faible pour un trope des temps anciens : ils parlent d'auto-purification du droit. (...) Notre concept du droit lie le droit à la justification actuelle des forces de coercition, et lie donc le droit à la justice : le droit est une question de droits défendables au tribunal. Cela rend le contenu du droit sujet à diverses contraintes institutionnelles, propres aux juges, qui ne sont pas nécessairement des contraintes pour d'autres responsables, ni pour d'autres institutions »⁶¹.

Ronald Dworkin tourne en dérision cette classe particulière de juristes attachée au droit pour le droit. Il la trouve déconnectée du droit tel que vécu par le justiciable, le citoyen qui n'a d'yeux que pour

⁵⁹ HABERMAS, Jürgen, « la sociologie sous la république de Weimar » in *Textes et contextes*, traduction de M. Hunyadi et R. Rochlitz, Paris, CERF, 1994, p.135-154.

⁶⁰ Ronald Dworkin, *L'Empire du droit*, traduit de l'américain par Elisabeth Soubrenie, Paris, PUF, 1995.

⁶¹ Idem, pp.435-436.

ses droits dont la jouissance peut être immédiate ou passée par la médiation réparatrice de l'appareil judiciaire. Par ailleurs, lier le droit à la justice, ce n'est pas dire que les injustices sont inconnues de la justice. La justice peut être juste comme injuste, selon les justifications et les interprétations mobilisées. En fait, comme le fait remarquer Dworkin, « lorsque les juges donnent une interprétation d'ensemble de la pratique juridique, ils trouvent différentes sortes de raisons, s'appliquant en propre aux juges, expliquant pourquoi ils ne doivent pas reconnaître comme droit en vigueur les principes et les normes qui rendaient compte avec le plus de cohérence des décisions de fond de cette pratique »⁶².

La réflexion dworkinienne met en avant les pesanteurs qui pèsent sur le travail du juge et sur les décisions qu'il prend. En cela, une décision telle que celle de jeter un citoyen en prison, peut être prise sans que toutes les hypothèques soient levées. La figure herculéenne du juge se fait ainsi massive, les traits de sa fragilité y compris. Dworkin cherche à les surmonter en introduisant dans la marche institutionnelle des juges le droit-intégrité qu'il défend à plus d'une page :

« Le droit-intégrité, non seulement permet, mais encourage diverses formes de conflit ou de tension de fond à l'intérieur de la meilleure interprétation d'ensemble du droit. Nous sommes maintenant en mesure d'expliquer pourquoi. Nous admettons l'intégrité comme idéal politique propre, et nous admettons le principe de délibération de l'intégrité comme souverain en droit, car nous voulons nous traiter comme une association de principe, comme une collectivité gouvernée par une vision unique et cohérente de la justice, de l'équité et des principes de procédure garantissant un juste procès dans une relation bien comprise »⁶³.

De cette réflexion se dégage l'impuissance des sociétés humaines face aux erreurs judiciaires et aux mésinterprétations de la loi, qui est finalement l'impuissance même de Dworkin lui-même qui invoque l'idéal politique qui manque à l'appel et qui, pourtant, doit être effectif pour que la garantie d'un procès juste ne soit pas une vue de l'esprit. Au demeurant, il importe de savoir que le procès juste n'est en rien un point de départ mais plutôt un point d'arrivée. Autrement dit, il existe d'autres étapes préparatoires du procès juste où interviennent auxiliaires de justices, officiers de police judiciaires, agents de police et plus largement les forces de l'ordre. Celles-ci sont mises en lumière de la façon suivante :

« La police a d'autant plus tendance à garder à vue et à transmettre immédiatement au parquet l'auteur présumé d'une infraction que ses garanties d'insertion sociales sont faibles. Le parquet en fait autant et le juge d'instruction, s'il ne sent pas protégé par une prise en charge de l'inculpé qu'il estime efficace, préférera ne pas le remettre en liberté plutôt que de courir le risque de le voir disparaître »⁶⁴.

⁶² Idem, p.436.

⁶³ Idem, p.440.

⁶⁴ CHANTRAINE, Gilles, « Les temps des prisons. Inertie, réformes et reproduction d'un dispositif institutionnel » in *Gouverner, enfermer. La prison, un modèle indépassable ?* Paris, Presses de Sciences Po, 2004, p.62.

C'est dire qu'il existe, indépendamment de l'époque et des espaces visés dans l'analyse de Gilles Chantraine, un environnement judiciaire qui peut être favorable ou non aux auteurs présumés de délits, de sorte que, il faut l'admettre, tout n'est pas du droit dans le droit. Chantraine poursuit, par ailleurs, son analyse en mettant à nu d'autres pesanteurs :

« La peine prononcée en sera d'autant plus une peine de prison ferme : à délit égal, la probabilité d'être condamné à une peine de prison ferme est plus grande si l'on comparaît détenu que si l'on comparaît libre. Ainsi, les critères de pauvreté et de désaffiliation réduisent les chances de protection contre les processus de prise en charge institutionnel et « facilitent à chaque fois le passage d'une étape à une autre du processus répressif. La population carcérale doit donc être saisie comme le produit d'une sélection dont le caractère discriminatoire est reparti sur plusieurs instances décisionnelles »⁶⁵.

La multiplicité des paliers de décisions se donne, en effet, à la fois comme un gage de crédibilité du processus judiciaire et comme un écueil à la manifestation de la transparence. La première hypothèse traduit l'expérience des jurés qui par leur grand nombre peut représenter, selon Cesare Beccaria⁶⁶, un obstacle à la corruption. La seconde hypothèse reprend les énigmes d'un procès kafkaïen. Que faut-il alors faire ?

La reconquête de la cité panoptique articule un droit spécifié par les approches jusnaturalistes au terme desquelles une représentation de la figure du prisonnier indépendante de sa trajectoire, son sexe, de sa race, de son Etat, mérite d'être requise. Ces spécifications que j'appelle sinon à rejeter, du moins à déconsidérer, furent celles qui constituèrent l'examen de passage des droits de l'homme du Particulier vers l'Universel.

III-2-LA NORMATIVITE : UNE CULTURE DU COMPROMIS

« L'idéal d'une société capable de se réguler elle-même s'exprime dans l'essor contemporain de la négociation collective, et plus généralement dans la contractualisation des rapports sociaux. (...). Avec le recul de l'hétéronomie au profit de l'autoréglementation professionnelle, une nouvelle distribution des rôles s'est fait jour entre la loi, qui fixe des principes et des objectifs à atteindre, et la négociation collective qui concourt à la définition de ces objectifs et en adapte la réalisation aux

⁶⁵ Idem, p.62-63.

⁶⁶ BECCARIA, Cesare, *Des délits et des peines*, traduction de Maurice Chevallier, Paris, Flammarion, 2010, p. 174. Pour Beccaria, plus les membres du tribunal sont nombreux, moins il est à craindre qu'ils empiètent sur les lois, car la vénalité est plus difficile à des magistrats qui s'observent entre eux, et ils ont moins d'intérêt à accroître leur autorité si la part qui en reviendrait à chacun est plus petite, comparée surtout au danger de l'entreprise »..

circonstances particulières de la branche de l'entreprise, du groupe »⁶⁷. C'est en cela, en fait, l'école des compromis, esquissée par l'anthropologue du droit, Alain Supiot.

Les négociations qui aboutissent à des accords, des contrats, des terrains d'entente, conclusions acceptées par toutes les personnes concernées par le sujet, font sens avec le terme compromis. Dans ce qui suit, deux ordres de compromis sont étudiés, l'un susceptible d'être portés par les technophiles, l'autre par les politeiaphiles. Ces élaborations fictionnelles ont-elles des chances de pénétrer les constellations nationales et post-nationales ?

III-2-1- LE COMPROMIS PAR LA TECHNOLOGIE

A l'ère de la « décomposition des grands Récits »⁶⁸, portée par le postmodernisme⁶⁹, dont la fonction de légitimation reste fort discutable, il paraît clair que la philosophie politique, en tant qu'instance d'évaluation et de légitimation, ne saurait demeurer indemne. Le résultat paradoxal de cette rencontre a été le soupçon durable de ce que, malgré son ambition émancipatrice ou plutôt en raison d'elle, le discours normatif de la philosophie politique moderne, surtout lorsqu'il adopte la figure d'une philosophie de l'histoire (les Lumières, le Hégélianisme, le Marxisme), pourrait bien être un terrible instrument d'oppression. Il en va largement de même pour la techno-science. Qui ne se souvient pas de ces formules ? Science sans conscience n'est que ruine de l'âme ? Un monde gagné pour la technique est perdu pour l'humanité ?

Et pourtant, après d'autres penseurs, Andrew Feenberg écrit un chapitre dédié au couple « technique et démocratie ». En effet, un des enfants terribles de ce mariage est bel et bien les droits de l'homme qu'il traduit par « les droits de la personne », à la page 167. Il explique ceci :

« La théorie critique de la technique est une théorie critique de la modernité ayant une dimension normative. Elle appartient, cette dimension normative, à une tradition qui va de Marx à Foucault et à l'école de Francfort. Les penseurs appartenant à cette tradition analysent le progrès comme un processus contradictoire. Une reconnaissance formelle toujours plus grande des droits de la personne y occupe une place centrale, bien que l'insidieuse centralisation des institutions publiques et des organisations privées toujours plus puissantes impose un ordre autoritaire »⁷⁰.

L'ordre autoritaire, l'ordre tout court, n'ont été que très rarement des vecteurs d'émancipation à ce qu'écrit Foucault dans *L'ordre du discours*. D'où vient que l'ordre technique puisse être sollicité pour tisser un échelon de compromis porté par des agents de la techno-science qui ne sont pas forcément des technophiles ?

⁶⁷ SUPIOT, Alain, *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Paris, Seuil, 2005.

⁶⁸[4] J.-F. Lyotard, *La condition post-moderne*, Minuit, 1979, p. 31.

⁶⁹ HEIDENREICH, Félix et SCHAAL, Gary, *Introduction à la philosophie politique*, Paris, CNRS Editions, 2012, p.318.

⁷⁰ FEENBERG, Andrew, *Pour une théorie critique de la technique*, traduit de l'anglais par Michel Calon, Québec, Lux-Humanités, 2014, p.167.

La réponse à cette question, question inaugurale de cette section de mon texte, s'appuie sur le constat suivant : toute technique met en présence, d'un côté, un opérateur et de l'autre, un objet, lorsque les deux, opérateur et objet, sont des êtres humains, l'action technique est un exercice de pouvoir. Si, en plus, la société est organisée autour de la technique (comme c'est le cas aujourd'hui), le pouvoir technique devient la principale forme de pouvoir. « Ce pouvoir se matérialise, fait remarquer Andrew Feenberg, dans des conceptions qui restreignent la sphère des intérêts et des préoccupations pouvant être prises en charge par un fonctionnement normal de la technique et des institutions qui en dépendent. Ce rétrécissement dénature la structure de l'expérience, fait souffrir les humains et dégrade la nature »⁷¹. En écho à la réflexion de Feenberg, ces explications complémentaires de Michel Callon :

« Andrew Feenberg nous explique que toute technique, par sa constitution même, appelle un débat qui découle d' l'existence d'un processus de double instrumentalisation. L'instrumentalisation primaire tend à circonscrire les interactions, les discussions et les oppositions au seul cercle des spécialistes et des experts qui se concentrent sur les fonctionnalités des artefacts qu'ils conçoivent. L'instrumentalisation secondaire étend ce débat pour y intégrer les groupes qui se considèrent comme affectés par ces techniques, par leurs usages, leurs effets et leur sens. Ces groupes tentent de les adapter pour parer aux problèmes qu'elles créent et pour défendre les valeurs et les normes interprétatives qu'ils défendent »⁷².

Il faut bien le comprendre, il s'agit de rentrer dans une relation avec les effets de la technique, armé de valeurs et de normes. Celles-ci sont mises dans des réseaux de sens qui concourent à la remise en question des choses techniques sous la double modalité de l'autonomie systémique des experts et de l'indépendance réelle des publics profanes. Ces derniers, ces technophiles, se réfèrent le plus souvent aux normes des droits de l'homme dans leur dernière variante connue sous le nom de droits environnementaux. Ils ont à s'y attendre à des compromis puisqu'il faut poursuivre le progrès technique en même temps qu'il faut gérer ses incidences sur la nature, plus largement, sur l'environnement. Les technophiles sont, par voie de conséquence logique, mis dans la peau des technophiles (c'était un de mes postulats). Ils sont, enfin, attendus dans le théâtre en feu des droits environnementaux pour y faire émerger des compromis aussi bien rationnels que justes dans l'horizon, certes, défini par l'éthique du futur jonassienne, mais articulé à ce qu'écrit, dirais-je sublimement, Lalande :

« Etre juste, c'est limiter soi-même sa voracité, qui, par nature, est sans borne ; c'est décider entre ses désirs et ceux d'autrui comme on déciderait entre deux étrangers. Aimer, suivant la belle définition de Leibniz, c'est être heureux du bonheur d'un autre autant et plus que du sien. Si cela est vrai, nous n'avons pas de peine à comprendre la

⁷¹ Idem, p.172.

⁷² CALLON, Michel, in FEENBERG, Andrew, *Pour une théorie critique de la technique*, traduit de l'anglais par Michel Calon, Quebec, Lux-Humanités, 2014, Préface, p.14.

sympathie, l'enthousiasme que provoquent le sacrifice, l'héroïsme, même inutile, le dévouement, même mal compris. C'est qu'ils se lancent les yeux fermés dans le sens opposé à celui de l'égoïsme, qu'ils témoignent d'un absolu mépris pour la tendance à se nourrir de la substance des autres, à tâcher toujours d'ajouter quelque chose de plus à ses possessions et à son pouvoir individuel. Ils sont une manifestation éclatante de cet effort pour renoncer à tout ramener à soi, dont les petites règles morales de la vie, quelque respectables qu'elles soient, ne sont que la menue monnaie »⁷³.

La quête lalandienne des « valeurs supranormales »⁷⁴ est aux commandes de sa réflexion sur l'égoïsme des hommes. Il faut les partager avec lui, tout comme il faut faire corps avec la souffrance largement stérile que vivent des milliers de détenus entassés les uns sur les autres, lesquels, plus que nous certainement, savent ce qu'est la chaleur, effet indiscutablement établi du réchauffement climatique. Au demeurant, l'économie de la cité panoptique est-elle dissociable de l'économie bourgeoise, elle-même indissociable de la révolution industrielle ?

La révolution industrielle est, en effet, génératrice de problèmes sociaux que la théorie marxiste de la production bourgeoise relève à l'envi. Ces bourgeois, au demeurant, ne regardent pas les bras croisés, les bouleversements couplés de soulèvements de tout genre. Certains se retrouvent sous la figure du philanthrope, après avoir enrégimenté les juges pénaux. Aussi, les philanthropes qui prennent d'assaut les citadelles panoptiques pour venir en aide aux prisonniers, s'ils font profession de foi charitable, restent-ils, cependant, fortement impliqués, ouvertement ou non, dans le régime de répression qui mène à la porte des prisons. *La fable des abeilles* de Bernard Mandeville, trois siècles après, demeurent fort éclairants. Il en va de même des écrits de Jacques Guy-Petit réunis sous le titre : « Le philanthrope et la cité panoptique ».

Dans l'esprit de Jacques Guy-Petit comme dans le mien propre, « quand le philanthrope s'occupe de l'amélioration du régime des prisons, quand il visite les bons pauvres des quartiers populeux, quand il crée des caisses d'épargne, quand il ouvre des écoles mutuelles ou des salles d'asiles, il cherche non seulement à assister, mais aussi à moraliser en triant bons et mauvais pauvres, afin de promouvoir une société sans conflit, afin d'instaurer un ordre social où chacun reste à sa place »⁷⁵. En réalité, ni la philanthropie⁷⁶, ni la technophilie ne peuvent sauver durablement une humanité, notre humanité soucieuse pourtant de réaliser le contenu normatif des droits de l'homme. Au début, ces droits étaient ce qu'en dit Michel Villey :

⁷³ LALANDE, André, *La raison et les normes*, p.192-193.

⁷⁴ Idem, p.193-194.

⁷⁵ GUY-PETIT, Jacques, « Le philanthrope et la cité panoptique » in *Michel Foucault. Lire l'œuvre*, Paris, Editions J. Million, Grenoble, 2012, p.178-179.

⁷⁶ Idem, p.175-187.

« Les droits de l'homme sont un produit de l'époque moderne. L'idéalisme qui fut le propre de la philosophie moderne, et dont il n'est pas assuré que nous soyons guéris, érige à la place de Dieu, cette grande idole : le progrès qui doit assurer les jouissances et le bonheur politique moderne. (...) Et quant aux moyens, afin d'ordonner sur le mode le plus « rationnel » le travail des savants et des techniciens, et de mieux exploiter ses fruits, notre monde a mis son espoir dans la grande machine étatique dessinée par Hobbes – le Dieu terrestre – Léviathan »⁷⁷.

La suite de la réflexion de Michel Villey est une relecture de l'ordre juridique à partir du double héritage laissé par les partisans de la doctrine du droit positif et de celle du droit naturel. Désormais, à l'échelon des doctrinaires du droit positif, tout l'ordre juridique procède de l'Etat et se trouve enfermé dans ses lois. C'est le positivisme juridique, philosophie des sources du droit qu'acceptent, fait remarquer Michel Villey, la plupart des juristes et qui les dispense, en les soumettant à la volonté arbitraire des pouvoirs publics, de la recherche de la justice. Il est vrai, poursuit-il, que le « positivisme » revêt maintenant des formes nouvelles ; de volontariste il devient « scientifique » et sociologique. On nomme droit le mouvement spontané des institutions tel que le constaterait la sociologie. Selon les dires de l'Ecole de Francfort, il n'est pire appui au conservatisme. Notre droit se moque et s'éloigne de la justice. « La science juridique s'est donné pour tâche de décrire le *Law as it is*, le droit tel qu'il est en fait. Sa fonction fut de légitimer, sous le capitalisme libéral, d'excessives inégalités, qui se perpétuent en de nombreuses régions du globe, et diversement accentué selon les pays et les époques, l'asservissement au Pouvoir »⁷⁸.

La perspective d'un réquisitoire contre le positivisme est ainsi dessinée, puisque Michel Villey semble accorde ses faveurs théorique à la doctrine du droit naturel. Villey peut-il alors écrire, à l'encontre de cette forme de droit que: « Tout excès engendre le contraire. On ne saurait se résigner à l'installation du « meilleur des mondes » ni se contenter du « droit tel qu'il est ». Au positivisme juridique il fut besoin d'un *antidote*. Les modernes lui ont opposé la figure des « droits de l'homme », tirée de la philosophie de l'École du Droit naturel, dont à tort maint théoricien du XIXème siècle avait annoncé la disparition »⁷⁹. Après avoir ainsi montré le chemin suivi par les droits de l'homme jusqu'à nous, Michel Villey déroule une nouvelle approche qu'on peut tenir pour étiologique des droits de l'homme :

« Parallèle à la production des Codes des grands Etats, puis à la prolifération de textes de plus en plus techniques, a vu le jour une autre espèce de littérature juridique : les *Déclarations des Droits de l'Homme*. Cela commence aux Etats-Unis d'Amérique, vers l'année 1776. Puis vient le manifeste de la constituante, et autres productions de la Première République française. De nouvelles versions enrichies lors des diverses révolutions du XIXème siècle. Après la dernière guerre mondiale, texte fondamental, la

⁷⁷ VILLEY, Michel, *Le droit et les droits de l'homme*, Paris, PUF, 2009, p.8.

⁷⁸ *Idem*, p.9.

⁷⁹ *Idem*, p.9.

Déclaration universelle des Nations Unies de 1948, à laquelle fait suite la Convention européenne des droits de l'homme de 1950, et une série de préambules constitutionnels ou de traités qui s'y réfèrent »⁸⁰.

Terminons avec ce commentaire risqué de Michel Villey : « Elles furent, je le répète, une arme défensive (...) en 1948, contre le fantôme de Hitler ; contre les dictatures de tous bords. Généralement, un remède à l'inhumanité d'un droit qui a rompu ses amarres avec la justice »⁸¹. La justice n'est guère suspendue en l'air, elle est fruit de la cité où la *politeiaphilie*, c'est mon dernier postulat, est convoquée pour faire barrage aux injustices qui naissent plus de l'apathie politique et moins du patriotisme. Cela dit, le politeiaphile n'est pas du patriote⁸².

III-2-2- LE COMPROMIS PAR LA POSITIVATION-CONTRACTUALISATION DES DROITS DE L'HOMME

C'est Michel Foucault qui a bien rendu ce que les grecs entendaient par *politeia* qui m'autorise à produire le concept de *politeiaphilie* dans la droite ligne de l'heureuse définition que Deleuze et Guattari donnent de la philosophie, à savoir produire des concepts pour s'en rendre soi-même, mais aussi avec les autres, sinon l'ami, du moins, l'amant. Foucault dit, en effet, ceci de la *politeia* :

« En fait, il me semble que lorsque Platon parle de la nécessité pour le bon conseiller de prendre en compte toute la politeia, (comme un médecin prend en compte tout le régime d'une vie, il n'entend pas la politeia au sens en quelque sorte strict et institutionnel du cadre légal à l'intérieur duquel la cité doit vivre. Ce qu'il entend, je crois, par politeia, c'est bel et bien le régime même de la cité, c'est-à-dire l'ensemble constitué par les lois elles-mêmes, mais aussi la conviction que peuvent avoir les gouvernants et les gouvernés, les premiers et les derniers, qu'il faut suivre ces lois qui sont bonnes, et enfin la manière dont on suit effectivement ces lois dans la cité »⁸³.

Il faut en convenir, la cité du XXI^{ème} siècle n'est pas la cité grecque qui a vu au moins un citoyen, Socrate, montrer la manière dont un citoyen doit suivre effectivement les lois dans la cité. Il doit les suivre au péril de sa propre vie. Ce qui exigerait un supplément d'âme incroyable ! Cela appartient au registre des vertus morales. Qu'attendre, aujourd'hui, de l'engagement moralement stimulé, alors que le polythéisme des valeurs fait des ravages ?

Naguère source de beaucoup d'attention et de promesse, le registre moral des questions sociales serait en train de sombrer progressivement dans la décadence. L'ordre social serait à mille lieux du temps où Kant rattachait l'action politique véritable à la moralité. « La vraie politique, disait en

⁸⁰ Ibidem.

⁸¹ Ibidem.

⁸² KOUASSI, Yao Edmond, « Quel est le sens de l'engagement patriotique aujourd'hui ? Hegel et Habermas pour éclairer le cas ivoirien » in *Revue ivoirienne de philosophie et de culture*, le Koré, n°38, Abidjan, EDUCI, 2007, pp. 52-70.

⁸³ FOUCAULT, Michel, *Le gouvernement de soi et des autres. Cours au Collège de France 1982-1983*, Paris, Gallimard/Seuil, 2008, p.216.

effet Kant, ne peut donc faire un pas avant d'avoir rendu hommage à la morale ; et, avertit-il, bien que la politique soit par elle-même un art difficile, son union à la morale n'est en aucune manière un art, car celle-ci tranche les nœuds que celle-là ne peut délier aussitôt qu'elles ne sont plus d'accord »⁸⁴. Ce n'est guère le lieu de revenir sur les critiques de la loi morale kantienne qui l'accablent d'irréalisme et de dogmatisme. Faisons, cependant, remarquer que la quête contemporaine d'un enchantement éthique de la société montre bien que l'impuissance du devoir-être est une commodité de style pour dénoncer la vanité de tout ce qui n'est qu'obligation morale.

Alors que l'obligation juridique maintient la peur du gendarme voire la peur de la prison, qu'elle a les moyens à travers le vaste répertoire d'interdits et de sanctions disciplinaires de contraindre, l'obligation morale doit encore chercher à quoi articuler ses ordres pour qu'ils soient des ordres, ses directives pour qu'elles soient des directives, ses prescriptions pour qu'elles soient des prescriptions. L'on chercherait à faire de ces ordres des attitudes spontanées voire irréfléchies en ce qu'elles pourraient fonctionner de leur propre chef et à l'insu de la volonté des agents (moraux) que l'on échouerait lamentablement. Il en va autrement des lois, des normes juridiques et des procédures qui les encadrent. Intervenant sur les caractéristiques de la norme juridique pour ne pas dire ses avantages sur l'obligation morale, Sonja Buckel écrit ceci :

« Les spectres juridiques émanent de procédures judiciaires. Celles-ci se caractérisent par une logique propre : un réseau auto-référentiel, composé de décisions juridiques, de codes de procédures, de commentaires d'arrêts, d'assignations en justice, de cas exemplaires, de preuves, etc., qui subsume le donné social sous les catégories juridiques. Les procédures juridiques n'abandonnent pas le droit à la pratique ordinaire mais au contraire elles codent cette pratique dans leur sémantique juridique. Les décisions juridiques sont ainsi détachées de la distribution sociale du pouvoir et enfouies dans la sphère du droit. Les procédures juridiques fonctionnent selon un langage particulier, une conception du temps spécifique, parce qu'elles demandent un certain savoir technique »⁸⁵.

La description de Buckel ne fait pas que l'éloge du droit ; elle l'articule à ses responsabilités parmi lesquelles celle de se tenir loin de la distribution sociale du pouvoir. Même si l'on peut en douter, il reste néanmoins au droit un caractère transparent et public indéniable révélé notamment par ses procédures écrites et diffusées. Par ailleurs, à travers les preuves, les cas exemplaires et les assignations en justice que donne Buckel pratiques courantes, le sujet de droit n'est plus cet agent moral face à sa seule conscience à qui le « nous » de la morale demande des prouesses, des sacrifices, des renoncements, etc. Au nom des droits de l'Homme, pourrait-on demander au citoyen, sans aucune garantie de l'obtenir, l'hospitalité pour accueillir les sans-abris ou la solidarité pour

⁸⁴KANT, Emmanuel, *Vers la paix perpétuelle*, traduction de Darbellay, J. Paris, PUF, 1958, Appendice I, p.155.

⁸⁵BUCKEL, Sonja, « Forme juridique et hégémonie. Reconstruction d'une théorie matérialiste du droit », communication au colloque *Où en est la théorie critique du droit ?* Université Paris Diderot, octobre 2008.

partager sa réserve de nourriture avec l'affamé ? De même, pour les mêmes raisons et avec les mêmes conséquences, l'État ne pourrait-il pas être sollicité en vain ?

Si, ni l'agent moral, ni la puissance publique n'offrent de garantie face à l'appel de la mise en œuvre des droits de l'Homme, la bonne raison serait qu'ils n'auraient aucune raison contraignante de le faire en dehors de leur bonne volonté. La contrainte serait mesurable et de taille si elle se muait en contrainte juridique. La contrainte de l'obligation morale ou de la volonté bonne serait en fin de compte un simulacre de contrainte. Il faut donc clairement passer à l'activation du registre positiviste des droits de l'Homme.

En fait, pour qu'ils puissent sortir de la sphère tranquille et dénuée de contenus de l'obligation morale, il faut que les droits de l'Homme soient rapportés à leurs réquisits juridiques de légitimation. Ils existent et Habermas, par exemple, ne croit pas qu'on fait un bon procès aux droits de l'Homme en les traitant comme des obligations condamnées à être bloquées à la porte du droit positif :

« Le concept de droit de l'homme n'est pas d'origine morale, mais une modalité spécifique du concept moderne des droits subjectifs, et donc d'un concept juridique. Les droits de l'homme ont par nature, un caractère juridique. Ce qui leur confère une apparence de droits moraux n'est pas leur contenu, ni, à plus forte raison, leur structure, mais le sens de leur validité, qui excède l'ordre juridique des États-nations »⁸⁶.

Selon, Habermas « c'est le sens même des droits de l'homme de tendre à occuper le statut de droits fondamentaux garantis dans le cadre d'un ordre juridique national, international ou global »⁸⁷. Il estime que « la confusion avec les droits moraux est suggérée par le fait que ces droits, en dépit de leur *prétention* à la validité universelle, n'ont pu accéder à une forme clairement positive que dans les ordres juridiques nationaux des États démocratiques »⁸⁸. Et, même là encore, la bataille de la juridisation des droits de l'homme n'est pas gagnée. Les prétentions, les confusions et les ambiguïtés relevées au sujet des droits de l'Homme montrent bien que nous n'en sommes pas encore à l'effectivité du droit, à savoir la positivation.

Pour rappel, les vertus du droit naturel devenu positif se reconnaît dans un réseau auto-référentiel composé de décisions juridiques, de codes de procédures, de commentaires d'arrêts, d'assignations en justice, de cas exemplaires, de preuves, etc. Cela intervient quand l'Etat est traîné devant les tribunaux pour que la justice fasse son travail. Cette étape, pour être franchie, nécessite que soit surmonté l'obstacle de la non-constitutionnalisation des droits de l'homme. Il faut, en effet,

⁸⁶HABERMAS, Jürgen, *L'Intégration républicaine. Essais de théorie politique*, traduction de Rochlitz R., Paris, Fayard, 1998, pp. 190-191.

⁸⁷Idem, p.193.

⁸⁸Idem, pp. 193-194.

distinguer, il me semble, la convocation dans les préambules des constitutions démocratiques des droits de l'homme de leur couverture par des articles précis de celles-ci. Le droit au logement opposable est, en l'espèce, un cas d'école en France. Il convient, dès lors, de faire déplacer la satisfaction des droits de l'homme par des dispositions constitutionnelles vers des contrats articulés à des sphères particulières autres que la puissance publique de l'Etat, dans les meilleur des cas, à côté de celle-ci. S'agit-il d'une privatisation des jeux de l'implémentation des droits de l'homme par la mise hors jeu de l'Etat impuissant à donner suites favorables aux droits de l'homme ?

La scène contractuelle décrite Ludovic Hennebel et Gregory Lewkowicz⁸⁹ donne à penser ainsi. Quels avantages ? Quels inconvénients ? En tout état de cause, Arbitrer entre plusieurs droits pour choisir certains à mettre sous contrat au détriment d'autres passe clairement pour être un exercice périlleux qui n'est pas sans poser la problématique de l'action politique la plus apte à accueillir une requête de la liberté citoyenne par les droits de l'homme opposables. Si l'on peut comprendre que l'inscription constitutionnelle du droit au travail ne règlera pas la question du chômage, que celle du droit au logement ne mettra pas fin au calvaire des sans abris, l'on peut, en revanche, s'inquiéter des résistances qui naissent de la simple évocation d'une telle possibilité.

CONCLUSION

La production étatique de normativité infléchie au droit soulève des défis théoriques majeurs au niveau desquels mon texte a cherché à s'élever. Le défi de la normativité juridique aura été, entre autres défis théoriques, celui du règne du la norme juridique en contexte panoptique originaire, la prison, et en contexte panoptique élargi, la société libérale. Celle-ci sinon génère des anormaux, du moins est le siège des anormaux qu'il faut enfermer, pas pour de bon, mais pour le temps de la *disciplinarisation* nécessaire. Une société de risque et de danger peut alors être une illusion avec des meilleurs dispositifs de surveillance. Ce n'est, hélas !, pas le cas ; d'où la nécessité de trouver des compromis sociaux sous la double médiation des technophiles et des politeiaphiles qui se répartissent la cité panoptique de dernière facture dans le prolongement de la cité panoptique originaire. Ils ont entre leurs mains le principe spéculatif et normatif de la modernité politique avancée, à savoir les droits de l'homme. Que doivent-ils en faire ?

Les technophiles et les politeiaphiles qui forment la quasi-totalité des citoyens ont la charge de faire évoluer les droits de l'homme de leur enracinement moral originaire vers un ancrage positiviste

⁸⁹ HENNEBEL, Ludovic et LEWKOWICZ, Gregory, « la contractualisation des droits de l'homme. De la pratique à la théorie du pluralisme politique et juridique », in *Repenser le contrat*, Paris, Dalloz, 2009, pp.221-244.

contractualisé qui les met à l'abri d'une étatisation abusive. Car, il faut se souvenir, le droit positif est le droit édicté dans l'Etat par l'Etat. La positivation des droits de l'homme sans une contractualisation sectorielle serait faire le lit de l'Etat qui, quel que soit le bout par lequel on le prend, garde les vestiges d'un Léviathan. La gouvernabilité *leviathanesque*, quoique libérale, reste puissamment « consommatrice et gestionnaire » non pas seulement de liberté, mais aussi de droit, de mes droits, de vos droits. Cela exige une forme de technique de soi qui passe par un recueillement, me semble-t-il, auprès des grecs, lieu qui fut le séjour des derniers travaux de Foucault.

Epictète, un sage stoïcien des premiers siècles de notre ère, soutenait que, si la glaise constitue le matériau du potier qui, en la travaillant, peut lui donner forme de vase, si c'est à partir du cuir que le cordonnier fabrique des chaussures ou des sacs, « le philosophe, lui, se donne comme matière son propre bios (sa vie), afin de lui donner une forme recherchée, visible, celle d'une existence accomplie : honnête homme, destin valeureux, courageux, tempérament égal, tranquillité d'âme, ignorance des explosions de colère, plénitude spirituelle, harmonie parfaite instaurée entre les principes reçus, reconnus, enseignés, les vérités aimées, et les comportements effectifs, les actions extérieures, les gestes donnés à voir... »⁹⁰. Ces dernières lignes traduisent, importe-t-il de le relever, la proximité entre exemplarité et normativité, le recueillement de celle-ci auprès de celle-là qui assure irrémédiablement et son attractivité, et son efficacité.

⁹⁰ GROS, Frédéric, « De la sexualité à l'éthique » in ERWALD, François, GOLLIAT, Catherine, CIXOUS, Hélène, FASSIN, Eric, GROS, Frédéric, KOUCHNER, Bernard, NORA, Pierre, alii, *Le point. Hors-série, les Maîtres-Penseurs*, numéro 16, juin, juillet 2014, 68.