

UN NOUVEAU MODÈLE DE JUSTICE : EFFICACITÉ, ACTEUR STRATÉGIQUE, SÉCURITÉ

[Antoine Garapon](#)

Éditions Esprit | « [Esprit](#) »

2008/11 Novembre | pages 98 à 122

ISSN 0014-0759

ISBN 9782909210711

DOI 10.3917/espri.811.0098

Article disponible en ligne à l'adresse :

<https://www.cairn.info/revue-esprit-2008-11-page-98.htm>

Distribution électronique Cairn.info pour Éditions Esprit.

© Éditions Esprit. Tous droits réservés pour tous pays.

La reproduction ou représentation de cet article, notamment par photocopie, n'est autorisée que dans les limites des conditions générales d'utilisation du site ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Toute autre reproduction ou représentation, en tout ou partie, sous quelque forme et de quelque manière que ce soit, est interdite sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, en dehors des cas prévus par la législation en vigueur en France. Il est précisé que son stockage dans une base de données est également interdit.

Un nouveau modèle de justice : efficacité, acteur stratégique, sécurité

Antoine Garapon*

LE néolibéralisme, qui consiste en une extension du paradigme économique à tous les domaines de la société et de la vie individuelle¹, n'a pas épargné le secteur juridique, à en croire l'engouement pour l'approche économique du droit – le mouvement *law and economics* ne se limite pas aux universités nord-américaines – qui applique la théorie micro-économique à tous les aspects de la vie du droit privé²; ou encore la prime de rendement dont sont gratifiés les magistrats les plus travailleurs³. Des gadgets? Nous postulons au contraire qu'ils participent d'une transformation profonde accompagnant des innovations aussi différentes que l'application de la LOLF à la justice, la généralisation du traitement en temps réel des affaires pénales⁴, l'introduction du *plea bargaining* à la française (c'est-à-dire de la possibilité pour un prévenu d'acquiescer voire de négocier sa peine avec le procureur) ou la multiplication des alternatives au jugement.

On pourrait y ajouter les peines planchers, la rétention de sûreté, le jugement des malades mentaux, l'institution d'un juge des victimes: loin d'être périphériques, tous ces éléments en apparence disparates dessinent les contours d'un nouveau modèle de justice⁵. Ces innovations n'ont donc rien d'une lubie autoritaire ou d'un gadget

* Secrétaire général de l'Institut des hautes études sur la justice.

1. Il doit être soigneusement distingué du libéralisme classique en ce que, pour lui, le marché n'a rien de naturel mais doit être au contraire organisé artificiellement par l'État.

2. Thierry Kirat, « La qualité des décisions de justice au prisme de la science économique », dans *la Qualité des décisions de justice*, CEPEJ, Conseil de l'Europe, 2008, p. 79.

3. Cette réforme postule que c'est la maximisation de leur intérêt privé qui motive les magistrats, ce que ces derniers ont ressenti comme une négation de leur fierté professionnelle.

4. Le TTR introduit une continuité entre l'enquête de police et son jugement par la justice, en chassant les temps morts; à l'issue de l'enquête, l'intéressé comparaît immédiatement devant un juge ou reçoit une convocation à une audience prochaine.

5. Nous prolongeons ainsi les analyses de Maximo Langer, "The Rise of Managerial Judging in International Criminal Justice", *The American Journal of Comparative Law*, n°4, 2005.

électoral. Elles se présentent comme la pointe de la modernité ou même comme une révolution, face à laquelle les juristes classiques font figure de conservateurs. C'est bien d'ailleurs ce qui trouble ces derniers : ils sentent que cette transformation se fait au nom de valeurs qu'ils partagent, comme l'efficacité, la transparence, la responsabilité ou la liberté, mais ils ne se reconnaissent pas dans le résultat.

Trois nouveaux critères de justice

Dans ce nouveau modèle de justice néolibéral, les justifications classiques de l'acte de juger se voient doublées par trois nouveaux critères extérieurs au périmètre traditionnellement reconnu à la justice : l'*efficacité*, une métavaleur qui prime désormais toutes les autres, le respect des *choix* du sujet justiciable considéré comme un acteur rationnel vers lequel se déplace le centre de gravité de la justice et, enfin, la *sécurité* qui donne au tout une référence substantielle, prête à sidérer les procédures judiciaires.

L'efficacité : une valeur incontestable

Ces innovations sont des réactions à l'explosion de la demande de justice des années 1980. La massification des affaires d'une part, et le reproche lancinant de lenteur de l'autre, ont obligé la justice à se penser en termes de flux. La justice étant devenue un bien de consommation courante, il faut répondre à cette augmentation quantitative, qui se double d'une exigence de qualité : non seulement chaque délit doit être suivi d'une réponse de l'institution mais la réponse doit encore être « sur mesure ». Le management judiciaire doit relever un triple défi d'efficacité, d'effectivité et de personnalisation.

- La formalisation, préalable à toute mesure de l'efficacité

Le management est l'empire de la forme. Le premier geste du management consiste à formaliser toute activité de façon à la rendre homogène et donc propice à un pilotage stratégique. Un tel paramétrage de l'activité judiciaire consiste donc en une « sur-formalisation » de la justice de façon à l'universaliser et à la rendre comparable à n'importe quelle autre activité humaine, entrepreneuriale ou non. C'est ainsi que l'on a assisté ces dernières années à une homogénéisation de la prestation des juges : citons pêle-mêle la « barémisation » de certains contentieux comme en matière familiale et de réparation du préjudice corporel⁶ ou l'instauration de « protocoles » qui régissent

6. Proposé par le rapport de la commission Guinchard, *les Annonces de la Seine*, n°44, 30 juin 2008.

les circuits institutionnels notamment entre la police et les parquets sous la forme du fameux traitement en temps réel.

Si le ressort du modèle néolibéral, c'est la création, au besoin artificielle, de la concurrence, considérée comme le régulateur le plus efficace des activités humaines et le meilleur médiateur de la coexistence, les réformes actuelles en offrent de nombreux exemples. Comme la récente proposition du rapport Guinchard⁷ de réguler les honoraires par la mise en place d'une véritable concurrence entre avocats (publication de barèmes indicatifs et obligation de remettre une proposition de convention d'honoraires avant toute intervention d'avocat). Une telle disposition banalise la prestation de l'avocat qui est ramenée à un service comme un autre, au risque de méconnaître le bien singulier qui est échangé dans ce marché⁸. La compétition doit également pénétrer la fonction publique et à son plus haut niveau : suivant l'exemple des préfets classés pour le nombre d'étrangers qu'ils ont renvoyés chez eux, la garde des Sceaux a récemment réuni les procureurs généraux qui présentaient les moins bons chiffres en matière de prononcé de peines planchers⁹.

La question n'est plus tant de savoir si la justice a bien jugé mais si elle a efficacement évacué les flux d'affaires qui lui sont soumis. Autrefois l'institution judiciaire, qui traitait les affaires avec une majestueuse lenteur, se souciait peu de son impact social. C'est ce que font valoir avec raison les partisans du traitement en temps réel : la justice intervenait longtemps après les faits et n'était pas comprise tant ses jugements paraissaient arbitraires, non dans leur contenu mais dans leurs modalités (et l'exécution était de surcroît un jeu de hasard). Dans cette nouvelle approche, l'action de la justice doit intervenir « en temps réel » et s'emboîter dans le travail de la police, en instaurant une continuité entre le délit et son traitement par la justice, quitte à ce que cette chasse aux temps morts emporte avec elle la nécessaire distance qui doit caractériser l'intervention de la justice. La justice doit s'inscrire dans « une chaîne de compréhension » qui rende l'utilité de son action évidente aux yeux du public. L'opinion, par médias interposés, doit pouvoir vérifier cette cohérence de façon immédiate.

L'efficacité redéfinit l'acte de justice qui devient un « produit » dans cette immense entreprise de services à laquelle est désormais assimilé l'État. Une telle valorisation des chiffres risque d'avoir un effet pervers : rapatrier toute évaluation de la justice sur ce qui est mesurable, c'est-à-dire sur le temps et sur l'argent (ou s'agissant des prisons sur le nombre de douches, le nombre de m² par prisonnier, les

7. Rapport de la commission Guinchard, *les Annonces de la Seine*, op. cit.

8. Voir Lucien Karpik, *L'Économie des singularités*, Paris, Gallimard, 2007.

9. Dépêche du 30 septembre 2008.

kilomètres promenade, etc.) au détriment de ce qui n'est pas mesurable, à commencer par le patient travail de réinsertion. Ce qui n'est pas mesurable est immédiatement reversé dans le domaine du non-vérifiable, donc du secondaire.

- Une contrainte moins sur la règle
que sur les conditions d'application de la règle

Un des instruments favoris de la régulation néolibérale est l'idée de « bonnes pratiques » (*best practises*), qui tentent de définir des standards de comportement auxquels doivent se conformer les professionnels. Très répandues dans le domaine médical, les conférences de consensus ont fait leur apparition dans la justice, notamment après l'affaire d'Outreau. Elles décident de manières de faire qui ne sont pas obligatoires mais fortement recommandées et garantissent à ceux qui les appliquent une protection en cas de mise en cause disciplinaire. Ce nouveau type de règle est à mettre en parallèle avec la montée en puissance du thème de la déontologie des magistrats, et la revendication concomitante de les voir plus souvent sanctionnés¹⁰.

La dévalorisation voire la disqualification des institutions démocratiques par le pouvoir politique est d'ailleurs chose de moins en moins rare dans nos démocraties¹¹. Les juges sont ouvertement critiqués par les gouvernants (comparés par exemple à des petits pois) au même titre que les professeurs, les diplomates, voire les militaires. L'homme politique néolibéral prend parti de la victime des institutions contre l'institution.

Traitement en temps réel, barèmes, peines planchers, guide de bonnes pratiques : tous ont en commun de concerner moins la règle elle-même que la manière dont elle sera appliquée. L'approche néolibérale tire argument du contraste entre la sophistication de la règle de droit d'une part, et l'arbitraire qui règne pour déterminer son application de l'autre. Son objectif est donc moins d'introduire de nouvelles règles que de normaliser de manière très pragmatique l'application des règles existantes. Le domaine de prédilection du management judiciaire, c'est cette rationalisation des interstices laissés à l'appréciation des acteurs, de ce que Foucault appelle « l'enforcement », c'est-à-dire cette « série d'instruments réels qu'on est obligé de mettre en œuvre pour appliquer la loi¹² ».

10. La disqualification des élites par le pouvoir étant une autre caractéristique du néolibéralisme.

11. Wendy Brown, *les Habits neufs de la politique mondiale. Néolibéralisme et néoconservatisme*, trad. de l'américain par Christine Vivier, préface de Laurent Jeanpierre, Paris, Les Prairies ordinaires, 2007, p. 113.

12. Michel Foucault, *Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France, 1978-1979*, éd. établie sous la direction de François Ewald et Alessandro Fontana, par Michel Senellart, Paris, Gallimard/Le Seuil, coll. « Hautes Études », 2004, p. 259.

- De l'émetteur au destinataire :

la migration du centre de gravité de la justice

La justice néolibérale accélère un renversement de perspective en germe depuis des décennies voire des siècles : elle déplace le point de vue à partir duquel est envisagé le droit. Alors qu'il était précédemment aperçu d'en haut, depuis le pouvoir ou l'intérêt général, c'est désormais à partir du sujet qu'il est considéré. L'arbitre de la qualité n'est plus le souverain mais le consommateur, la référence n'est plus l'émetteur de droit mais son destinataire.

Les exemples d'un tel renversement abondent. Foucault insiste sur la rupture introduite par Becker qui ne définit plus le crime comme un comportement réprimé par la loi mais comme « toute action qui fait courir à un individu le risque d'être condamné ». Même évolution dans le droit économique, comme l'illustre un rapport de la Banque mondiale sur l'attractivité économique du droit – connu sous le nom de *doing business*¹³ : celui-ci, qui comparait les droits nationaux en fonction de leur compétitivité, a ému les juristes français en classant fort médiocrement notre pays. La loi générale y est évaluée selon des intérêts privés. Le droit y est réduit à un instrument à la disposition de l'investisseur ; désormais « l'outil juridique est mis au service d'une seule partie, l'entrepreneur¹⁴ » et les indicateurs comparatifs sont destinés à évaluer les avantages qu'ils procurent à ce dernier, la procédure contentieuse étant considérée comme une gêne et un coût¹⁵. Le droit n'est plus le cadre formel assurant la prééminence de la volonté générale, ni l'ensemble des garanties tendant à neutraliser le déséquilibre des parties (quitte parfois à protéger la partie la plus faible comme le salarié ou le consommateur) pour trancher entre des intérêts contradictoires.

Ce nouveau modèle néolibéral aborde le droit non plus de l'intérieur, comme une règle exprimant la volonté d'un peuple, mais de l'extérieur, en adoptant le point de vue du consommateur pour lequel le droit est une information qui doit intégrer son choix. Le rapport *doing business* se place ainsi du point de vue de l'investisseur *étranger*. Le droit y est donc délié de la citoyenneté : si, dans un espace national, le droit des investisseurs nationaux est contrebalancé par les droits des travailleurs, qui appartiennent à la même sphère juridique, dans le contexte mondialisé, en revanche, les raisons de l'investissement sont strictement économiques et n'ont plus aucune raison d'ac-

13. C'est-à-dire littéralement « faire des affaires » : on ne saurait être plus explicite.

14. Bertrand du Marais, « Entre la Jamaïque et le Kiribati. Quelques réflexions sur l'attractivité du droit français dans la compétition économique internationale », dans *Sécurité juridique et complexité du droit. Rapport annuel du Conseil d'État*, Paris, La Documentation française, 2006, p. 377-389.

15. *Ibid.*, art. cité.

cepter d'être contrebalancées par des droits sociaux, investisseurs et travailleurs n'ayant aucun espace politique en commun.

Dans la mondialisation, les différents systèmes juridiques se trouvent dans une situation de concurrence, qui sera arbitrée par les plaideurs. Ceux-ci pratiquent le *forum shopping*, c'est-à-dire qu'ils portent l'affaire devant la juridiction dont la jurisprudence leur est le plus favorable. C'est d'ailleurs aussi vrai pour les plaideurs institutionnels, c'est-à-dire les multinationales, que pour les victimes de crime contre l'humanité à qui la compétence universelle offre une possibilité analogue¹⁶.

Une telle mise en concurrence transforme les différences juridiques en désavantages ou en avantages comparatifs. La mondialisation réduit le droit à sa stricte fonction économique. Les marchés étant de plus en plus intégrés, dans certains types de contentieux, comme celui de la propriété intellectuelle, les entreprises ont le choix d'aller aussi bien en France qu'en Allemagne ou en Angleterre. Garder le contentieux chez soi constitue un nouvel enjeu stratégique pour son industrie, pour ses avocats, pour préserver sa sensibilité juridique et plus profondément encore pour maintenir la diversité des cultures juridiques dans le monde. Parce que cette concurrence des droits menace le perdant de perte d'influence, voire de disparition. Dans certains dossiers, le juge national est partagé entre la stricte application du droit et le risque de mettre un secteur entier en difficulté, en neutralisant sa compétitivité.

Efficacité économique et concurrence accrue parasitent le jugement judiciaire car elles lui imposent des paramètres étrangers à son raisonnement. Les juges ne peuvent cependant pas les ignorer tant l'enjeu est parfois capital : il peut engager la survie d'un secteur économique (une telle radicalité de l'enjeu vital fait écho au thème de la sécurité, songeons au nucléaire ou au terrorisme). Alors que la justice doit comparer les points de vue, soupeser les prétentions rivales, évaluer les mérites de chaque cause, au regard des principes du droit, voici que le juge est sommé de prendre en compte des considérations extérieures au procès. La mondialisation en tant que système de mise en présence des hommes, des biens et des cultures a pour conséquence de modifier en profondeur les conditions mêmes du jugement.

Le choix rationnel des justiciables : un critère sans appel

La standardisation de la production judiciaire n'a pas pour seul objectif l'efficacité : elle vise également une certaine prévisibilité qui incite le justiciable à faire des choix en toute connaissance de cause.

16. La compétence universelle donne en effet compétence à tous les tribunaux qui signent certains traités pour juger de crimes particulièrement graves.

La justice néolibérale transfère en effet le poids de la décision sur le justiciable, considéré comme un acteur rationnel. L'institution judiciaire doit s'organiser de façon à ce que le sujet puisse y exercer dans chaque situation sa faculté de choix, c'est-à-dire maximiser son avantage, compte tenu des ressources dont il dispose. Même celui qui aura commis un crime devra toujours avoir la possibilité de retrouver la maîtrise de son sort moyennant un prix consenti par lui, une servitude non plus imposée mais intégrée par son choix dans une stratégie individuelle : accepter un bracelet électronique pour échapper à la prison par exemple. Ces choix se résument à deux principalement : l'acquiescement et la transaction.

Les néolibéraux ont une confiance absolue dans la force de leur modèle, à tel point qu'ils estiment qu'il n'y a pas de question – y compris les dilemmes de la justice – que ce modèle ne puisse résoudre. Ce faisant, le néolibéralisme double chaque logique institutionnelle qui poursuit des objectifs spécifiques (la santé publique, la culture ou la défense par exemple), d'une logique commune – celle de l'efficacité déduite de marqueurs universels – qui relègue la mission initiale au second plan. Pour la justice, ce nouveau modèle fait perdre à la loi son caractère normatif : celle-ci devient une simple *information* qui entre dans le choix rationnel du sujet. On assiste ainsi moins à une colonisation de différentes « sphères de justice¹⁷ » par une autre, qu'à une sidération de toutes par une logique a-morale.

Les exemples abondent : en matière familiale, les couples candidats au divorce doivent pouvoir réaliser leur objectif en limitant le recours au juge. Ils ont moins besoin d'un juge qui leur fasse la morale et leur rappelle la loi, que d'un notaire pour consigner la loi qu'ils se donnent à eux-mêmes. Même tendance dans le domaine pénal – censé pourtant être plus « autoritaire » – comme en témoigne la mesure du plaider coupable. Dans les deux cas, il ne s'agit pas d'une contrainte mais d'une possibilité ; demeurent le divorce pour faute et le jugement correctionnel.

Tous ces phénomènes traduisent une véritable révolution, au sens physique du terme, entre le pouvoir et les sujets. Alors qu'autrefois, la justice, comme toute institution, n'avait pas à rechercher l'adhésion des intéressés, puisqu'elle se rangeait derrière l'application de la loi commune, voici qu'elle se légitime à présent par *l'effectivité* du service qu'elle rend aux individus. L'institution doit être orientée non seulement vers la satisfaction des besoins des justiciables mais elle doit aussi augmenter leur capacité d'agir, leur permettre de se réaliser, d'atteindre leurs objectifs. Les individus, leur histoire, leurs problèmes, leurs aspirations sont devenus le nouveau centre de gravité

17. Michael Walzer, *Sphères de justice. Une défense du pluralisme et de l'égalité*, trad. de l'américain par Pascal Engel, Paris, Le Seuil, 1997.

des institutions. D'une justice entièrement à la main des juges, on en vient à une justice qui met le justiciable au centre. On n'attend plus des juges qu'ils individualisent leurs décisions mais qu'ils les homogénéisent au contraire pour permettre aux justiciables de prévoir le comportement de l'institution.

C'est un nouveau modèle de justice, qui succède à la justice administrée puis à la justice de proximité. Alors que dans la première, l'autorité découle d'un modèle vertical, où l'application de la loi incarnant la volonté générale se suffisait à elle-même, que dans la deuxième elle se propageait horizontalement, à présent, elle va plutôt du bas vers le haut, de l'action des citoyens vers une décision arbitrale. Le lieu de justice passe insensiblement d'une manifestation de la puissance de l'État à un espace qui se tait pour écouter la plainte de la victime (la loi faisant mine de se retirer pour laisser les parties s'expliquer entre elles), voire à un terrain de jeu où le justiciable peut déployer ses stratégies procédurales. Ces différentes vocations de la justice ne s'excluent pas mutuellement : tout au contraire, le pouvoir se met désormais en scène dans le privé, il se délocalise dans le foyer des victimes ; il se signale par son attention aux personnes, sa diligence, sa compassion à l'égard de tous. Il s'assigne pour objectif non plus d'administrer leurs vies de manière paternaliste, mais de mettre chacun en position de régler la sienne, de rendre sa volonté performative, d'exploiter à son avantage les ressources juridiques, de se battre, d'argumenter, voire de mettre l'État en demeure de tenir ses promesses politiques (comme en témoigne le succès du « droit opposable » qui transforme l'institution judiciaire en un lieu d'exigibilité démocratique).

• Vers une disparition de l'audience ?

La latitude d'action ainsi reconnue au sujet invalide la critique de ceux qui ne veulent voir dans la justice néolibérale qu'un durcissement autoritaire. On constate plutôt une expansion concomitante du traitement en temps réel (qui accélère la répression) et de la troisième voie (qui accroît l'offre de médiation), des peines planchers (qui automatisent les peines) et du plaider coupable (qui les personnalise). La justice néolibérale multiplie les aiguillages, les bifurcations, les options, les « voies » – la voie rapide et la voie longue du rapport Woolf, la « troisième voie » en France, c'est-à-dire les alternatives douces à la résolution judiciaire des conflits –, le *plea bargaining* ou la poursuite, le divorce à l'amiable ou le divorce pour faute, etc. Cette multiplicité des voies est indispensable à l'application du modèle néolibéral à la justice, pour permettre au sujet de se conduire en acteur rationnel.

La forme optimale de la justice est, pour les néolibéraux, la transaction, c'est-à-dire l'accord entre les parties ; d'où l'explosion d'une

justice « dealatoire », que le consentement des intéressés purge de toute suspicion. La valorisation de la liberté du sujet semble l'emporter sur tout, y compris sur les garanties du procès équitable. Qui connaît mieux ses intérêts que soi-même ? Ne s'est-on pas battu pour que chacun retrouve la maîtrise de ses conflits¹⁸ et n'en soit pas dépossédé par l'État ? L'audience est aujourd'hui « en option », et celui qui la choisit en supporte les conséquences aussi bien en termes d'incertitude, de temps que de coût. « Vers une justice sans audience » : c'est par ces mots provocateurs que la ministre de la Justice accueillait récemment le rapport de la commission Guinchard¹⁹. Il est vrai que l'audience est menacée, sinon de disparaître, au moins de voir son importance réduite tant le moment qu'elle incarne – celui d'une délibération publique, l'échange réglé d'arguments, une « cérémonie de parole » disait Ricœur – paraît aujourd'hui contre-productif aux yeux de l'idéologie néolibérale. Elle est engloutie dans le *process* judiciaire, sa saveur étant émoussée par les multiples interventions en amont et peut-être en aval, qui en réduisent considérablement l'enjeu. L'audience ne structure plus le processus judiciaire en distinguant clairement un avant et un après le procès. Et puis, elle coûte cher et pour des raisons d'économie, il faut l'éviter autant que possible.

On assiste en effet, aux États-Unis, à une raréfaction des procès aussi bien civils²⁰ que pénaux, qui ne représentent pas plus de 5 % des affaires. En France, cette évolution semble plus espérée qu'accomplie. Le rôle de l'avocat s'en trouve complètement transformé également. Ce n'est pas le même exercice de soulever des points de droits et d'échafauder une argumentation juridique, que de conseiller une partie sur des options à lever ou des engagements à prendre, qui sont souvent des choix très personnels.

• Un contrôle par la liberté

N'est-ce pas la dissimulation suprême du pouvoir que de se cacher derrière le choix des intéressés eux-mêmes ? Désormais le contrôle ne se fait plus par des contraintes explicites mais par la liberté ! La liberté devient un instrument de domination – les sujets devant assumer les conséquences de leurs décisions : quand un prévenu consent à la peine proposée par le procureur, il acquiesce en même temps à cette décision : comment pourra-t-il se révolter ensuite ? « L'État conduit et contrôle les sujets sans en être responsable²¹. » Le néolibé-

18. On songe à un article qui a fait date : Nils Christie, "Conflicts as property", *The British Journal of Criminology*, n° 1, 1977.

19. Rapport de la commission Guinchard, *les Annonces de la Seine*, *op. cit.*

20. Voir Judith Resnik, "Migrating, Morphing, and Vanishing: The Empirical and Normative Puzzles of Declining Trial Rates in Courts", *Journal of Empirical Legal Studies*, novembre 2004.

21. Thomas Lemke, "The Birth of bio-politics": Michel Foucault's Lecture at *College de France* on neo-liberal Governmentality", *Economy and Society*, 2001, 30-2, p. 202 cité par W. Brown, *les Habits neufs de la politique mondiale...*, *op. cit.*, p. 57.

ralisme se caractérise par ces « techniques de contrôle d'autrui et de soi, par accroissement plutôt que par diminution de la liberté, ou plutôt par accroissement des choix (et réduction de la liberté à l'acte de choisir²²) ».

La « barémisation », les grilles de peine et autres *guidelines* procèdent d'une même volonté du pouvoir de contrôler ce qui ressortissait dans le modèle classique de la seule liberté du juge. Ce pouvoir s'exerce d'une bien singulière façon : non pas par des consignes ou des directives émanant du pouvoir politique, ministère ou législateur, mais en renvoyant à chacun ses propres engagements. Par exemple, les grilles de peine aux États-Unis – les *guidelines* – furent établies en faisant la moyenne par cour d'appel des dommages attribués ou des peines effectivement prononcées ; ces règles « d'enforcement » se présentent comme la simple rationalisation des décisions des juges. Elles ont un caractère réflexif puisqu'aucun pouvoir n'en revendique la paternité, elles se contentent de formaliser les pratiques. Ces normes plus ou moins grises n'ont pas d'auteur identifiable, et lorsqu'elles en ont un, comme pour la LOLF, il s'agit d'un texte consensuel qui a été préparé par un député de la majorité et par un député de l'opposition.

La normalisation par le *benchmarking* – c'est le nom branché de cette formalisation – prend les professionnels « à leur propre mot » en les liant à leurs propres décisions²³. La gouvernementalité néolibérale est un gouvernement par l'autonomie : le pouvoir est invisible car il se niche au cœur de la capacité des acteurs à se doter eux-mêmes de règles. C'est le cas de ces juges auxquels on renvoie leur propre pratique, du sujet qui est mis en situation de prendre une décision, de l'entreprise qui définit un code de conduite qui lui sera ensuite opposable. Ils sont pris à leur propre mot parce que, comme le remarque Dominique Memmi à propos des soins palliatifs ou de l'avortement, faire parler devient une nouvelle technique de contrôle des corps²⁴. À chaque fois, l'emprise du contrôle siège dans le rapport des individus avec eux-mêmes. Le point d'emprise de cette gouvernementalité est la formalisation de cette règle que l'on se donne à soi, mais qui ne peut avoir d'effet qu'à la condition d'être énoncée publiquement.

Ces techniques sont *à la fois* une rationalisation du travail de la justice et un instrument de contrôle. C'est d'ailleurs là une caractéristique de la gouvernementalité néolibérale : par la réponse managériale, le pouvoir satisfait une nouvelle attente de justice des citoyens

22. Laurent Jeanpierre, « Qui a éteint la démocratie ? », préface à W. Brown, *les Habits neufs de la politique mondiale...*, *op. cit.*, p. 21.

23. C'est encore accéléré par l'informatique dont on a montré qu'elle avait pour effet de révéler aux propres juges leurs décisions.

24. « Faire parler : une nouvelle technique de contrôle des corps ? L'exemple de l'avortement », *Justices*, n° 1, Paris, Dalloz, p. 78.

en même temps qu'il institue un nouveau contrôle des juges. Le meilleur exemple en est offert par la LOLF qui renforce le fonctionnement vertical de l'administration française et qui, comme le remarque Renaud Epstein, loin de servir ses objectifs initiaux d'autonomisation des acteurs publics, installe au contraire un nouveau mode de contrôle²⁵ d'autant plus insidieux qu'il ne se présente pas comme tel. Elle est *indissociablement* un instrument de rationalisation et de recentralisation.

Cette nouvelle gouvernementalité ne peut être réduite à l'un de ces deux aspects sans être dénaturée : elle n'est pas qu'une ruse du pouvoir, elle est aussi le produit de la démocratisation de la justice. C'est là l'ambiguïté de la LOLF comme du *New Public Management* en général, et c'est pourquoi il est si difficile de les critiquer en bloc : ils répondent pour partie à une nécessité démocratique – comme la rationalisation de la dépense publique – et pour une autre à une emprise du pouvoir. C'est pourquoi ces innovations doivent être soumises à une double analyse : en termes de politique publique, car elles répondent à une nouvelle demande de justice, mais aussi en termes de rapports entre le pouvoir et ses juges.

La sécurité : une valeur absolue

L'art de gouverner, estime Foucault, est passé

du souci de conduire les gens au salut dans l'autre monde à l'idée qu'il faut l'assurer ici-bas. Et dans ce contexte, le mot « salut » prend plusieurs sens : il veut dire santé, bien-être (c'est-à-dire niveau de vie correct, ressources suffisantes), sécurité, *protection contre les accidents*²⁶.

Si l'État-providence se concentrait naguère sur la santé et le bien-être, le pouvoir néolibéral se polarise sur la sécurité.

• Le juge comme *risk manager*

Point n'est besoin d'insister sur l'importance de la sécurité et du risque²⁷ qui inspirent une « nouvelle pénologie²⁸ » axée sur la gestion des groupes à risques, leur surveillance et leur contrôle, afin de régler les niveaux d'une délinquance considérée comme normale. Dans le modèle socio-préventif qui en est une version radicalisée²⁹,

25. Renaud Epstein, « L'éphémère retour des villes. L'autonomie locale à l'épreuve des recompositions de l'État », *Esprit*, février 2008.

26. M. Foucault, cité par Christian Laval, *L'Homme économique. Essai sur les racines du néolibéralisme*, Paris, Gallimard, 2007, p. 353 (nous soulignons).

27. Je me permets de renvoyer aux articles « La victime plutôt que le droit » (avec Denis Salas), *Esprit*, novembre 2006, et « La lutte antiterroriste et le tournant préventif de la justice », *Esprit*, mars-avril 2008.

28. Pour une remarquable synthèse sur cette question, voir la note de veille du Centre d'analyse stratégique, n° 106, juillet 2008.

29. Michael Petrunik, *les Modèles de dangerosité : analyse des lois et pratiques relatives aux délinquants dangereux dans divers pays*, Rapport remis au Solliciteur général du Canada, 1994.

la justice n'exige pas que l'on considère les effets de la peine sur les délinquants, pas plus qu'elle ne cherche à trouver le châtiment qui convient à leur crime, mais elle doit surtout se soucier des êtres innocents qui seront les prochaines victimes. Ce modèle procède donc d'une insatisfaction aussi bien à l'égard du modèle thérapeutique que du modèle rétributif, et se concentre sur la dangerosité.

Le juge n'est plus censé apprécier la gravité d'un acte, ni prendre la mesure la plus appropriée à la réinsertion, il doit désormais apprécier les chances de récidive d'un individu. Le rapport Burgelin³⁰ par exemple propose que des équipes de ressources interrégionales soient chargées d'évaluer la dangerosité d'un individu ; elles seraient composées d'experts psychiatres et « de magistrats et membres de l'administration pénitentiaire agissant en qualité d'experts³¹ ». Le juge est ainsi reclassé dans une nouvelle fonction d'expert en dangerosité : il doit abandonner sa mission classique de pondérer les droits de celui qui est accusé et de la société qui l'accuse, pour se muer en *risk manager*. La gestion du risque n'appelle plus un raisonnement de proportionnalité mais un calcul hypothétique, en rapportant une situation réelle à une probabilité ou à une intuition ; il est à proprement parler « dé-mesuré ». On entre dans la « tyrannie du probable³² ». La possibilité d'un dommage l'emporte sur la réalité du crime, la vérification de ce jugement ne pouvant être donnée que dans la survenue de la récidive, qu'il faut conjurer à tout prix. Mieux vaut pour le juge, de toute façon, en faire trop que pas assez, et ne jamais prendre le risque de voir cette dangerosité s'exprimer.

La dangerosité est cette notion mystérieuse, qualité immanente à un sujet, mais dont l'existence reste aléatoire puisque la preuve objective n'en est jamais donnée que dans l'après-coup de sa réalisation³³.

• La criminologie « actuarielle »

La criminologie actuarielle applique aux comportements humains les techniques statistiques mises au point par la finance et les assurances pour calculer les risques, d'où son nom emprunté au domaine de l'assurance. Appliquant aux comportements humains, les mêmes techniques de prévision que celles mises au point pour analyser les risques, elle postule que les criminels aussi doivent être considérés comme des êtres rationnels (le meilleur exemple en est le toxicomane qui doit être appréhendé comme un acteur de marché). Foucault parle

30. Rapport Burgelin, « Santé, justice et dangerosités : pour une meilleure prévention de la récidive », remis en juillet 2005.

31. Rapport Burgelin, proposition n° 11.

32. Philippe Raynaud, « Sciences, loi, droit et morale. Un nouvel hygiénisme », *la Civilisation tribulaire de sa passion du bien-être*, Bruxelles, Entre-Vues & Labor, 1997, p. 53.

33. Robert Castel, *la Gestion des risques. De l'anti-psychiatrie à l'après-psychanalyse*, Paris, Minuit, 1981, rééd. 2006, p. 146.

du « gommage anthropologique du criminel³⁴ » pour caractériser ce postulat néolibéral qui entraîne des conséquences : tout d'abord, il conduit à ne plus faire de différence entre les crimes graves et les autres³⁵ ; il induit ensuite que, plutôt que de chercher à réformer le criminel, mieux vaut s'adresser à sa part rationnelle.

Pour cette nouvelle anthropologie criminelle, le sujet est considéré en lui-même, séparé des autres : il n'est compris que « par le biais, l'aspect, l'espèce de réseau d'intelligibilité de son comportement qui fait que c'est un comportement économique³⁶ ». Non parce que l'approche néolibérale pense qu'on puisse le réduire à cette dimension économique mais parce qu'elle est « ce par quoi l'individu va devenir gouvernementalisable, ce par quoi on va avoir prise sur lui³⁷ ». Il vaut mieux, en d'autres termes, s'adresser à ses intérêts qu'à son sens moral.

La différence entre ce sujet entrepreneur de lui-même du néolibéralisme et le partenaire de l'échange du libéralisme classique, c'est la solitude qui est postulée d'emblée. Celui-là n'a même plus la ressource de la relation marchande : il est réduit à ses peurs, à ses passions tristes les plus désocialisantes, sur lesquelles s'appuient les politiques contemporaines de sécurité. C'est curieusement sous la plume de Jacques Lacan que l'on trouvera la prédiction la plus exacte de ce destin :

Il est clair que la promotion du moi dans notre société aboutit, conformément à la conception utilitariste qui la seconde, à réaliser toujours plus avant l'homme comme individu, c'est-à-dire dans un isolement de l'âme toujours plus parent de sa déréliction³⁸.

La solitude, et donc la désocialisation du sujet néolibéral, se trouvent dans le postulat même de la rationalité néolibérale. D'où ce curieux précipité du modèle « libéral-autoritaire » qui ne doit pas être compris comme un simple paradoxe mais comme une évolution inéluctable. La juxtaposition de ces deux termes, aussi insolite soit-elle, n'est pas un oxymore : le lien entre ces deux termes est causal, le néolibéralisme favorise par la désocialisation du sujet et un maniement des peurs, une emprise inédite sur les individus.

Cette nouvelle pénologie se fonde sur la criminologie actuarielle qui consiste à repérer les caractéristiques récurrentes d'un comporte-

34. M. Foucault, *Naissance de la biopolitique...*, op. cit., p. 264.

35. « On va donc passer du côté du sujet individuel en le considérant comme *homo œconomicus*, avec ceci pour conséquence, que si on définit ainsi le crime comme l'action que commet un individu en prenant le risque d'être puni par la loi, vous voyez qu'il n'y a alors aucune différence entre une infraction au code de la route et un meurtre prémédité. Ça veut dire également que le criminel n'est aucunement, dans cette perspective, marqué ou interrogé à partir de traits moraux ou anthropologiques » (*ibid.*, p. 258).

36. *Ibid.*

37. *Ibid.*, p. 257-258.

38. Jacques Lacan cité par C. Laval, *L'Homme économique...*, op. cit., p. 344.

ment humain de façon à mieux le prévoir. Si le prédateur sexuel est prédéfini par une dizaine de caractéristiques objectives, la police va se concentrer sur ces profils (autre maître mot) et relâcher la surveillance sur les autres. C'est de la saine économie institutionnelle, quitte à concentrer la pression policière sur la catégorie cible et à la stigmatiser comme le souligne Bernard Harcourt. Les techniques actuarielles permettent en effet d'individualiser les comportements³⁹ en renvoyant une image beaucoup plus affinée des trajectoires individuelles. On retrouve la dimension spéculaire du néolibéralisme qui se cache en prétendant se borner à renvoyer de manière plus fine la réalité du comportement des individus. La criminologie actuarielle homogénéise et particularise en même temps. Les outils statistiques qu'elle utilise promeuvent la dimension scientifique et sociologique de cette « nouvelle pénologie », au détriment de l'humanisme.

- Une clinique post-humaniste

L'institution judiciaire néolibérale n'a plus l'ambition de réhabiliter les criminels. Peut-être parce que la perspective d'une transformation de l'individu est étroitement liée à un espoir collectif. Ainsi, les Révolutionnaires croyaient que la liberté rendrait les hommes meilleurs et qu'elle tarirait un certain nombre de comportements vicieux. Ainsi en a-t-il été du modèle thérapeutique fondé sur l'espoir d'une guérison. Même l'idée de droits de l'homme semble à bout de souffle, du moins celle qui était portée par un certain espoir placé en l'homme ; le modèle néolibéral lui préfère l'autre tradition, celle de l'utilitarisme précisément, qui voit dans l'intérêt le véritable moteur des droits de l'homme. Ce second modèle voit dans le déclin des grands systèmes de sens et dans le pluralisme moral de la société démocratique, un signe de sa supériorité sur l'autre.

On traite désormais les problèmes humains par du non-humain, comme le remarque Wendy Brown⁴⁰, c'est-à-dire par des médicaments, par des puces techniques. Cela s'illustre dans le champ pénal par les espoirs mis par l'administration pénitentiaire dans le bracelet électronique, qui est censé résoudre l'équation infernale entre une répression accrue et le souci de garder des prisons vivables, donc pas trop surpeuplées. Mais l'équipement d'un bracelet électronique, s'il permet la traçabilité du détenu libéré, fait néanmoins passer la relation au second plan : celle-ci n'est plus le support naturel de la réinsertion.

Au lieu de la recherche d'une totalité sensée – retrouver, au-delà de l'épisode pathologique, le sens d'une trajectoire individuelle par rap-

39. Bernard E. Harcourt, *Against Prediction. Profiling, Policing, and Punishing in an Actuarial Age*, The University of Chicago Press, 2007.

40. W. Brown, *les Habits neufs de la politique mondiale...*, op. cit., p. 117.

port à l'histoire du sujet ou le sens de son inscription dans son milieu social – se profile une totalité nouvelle, qui ne serait plus que la somme d'autant de point de vue sur l'homme qu'il peut exister de savoirs positifs qui la parcellisent⁴¹.

Désormais, c'est dans les sciences cognitives et le capital génétique que l'on cherche la vérité d'un homme, sa prédestination à la violence, « car il n'y a de destin que là où il n'y a plus d'histoire⁴² ». Le modèle néolibéral est caractéristique d'une criminologie de la fin de l'histoire, c'est-à-dire d'une période qui a perdu tout espoir de changer le monde mais qui demande aux individus de s'y adapter.

La peine n'a plus aucune fonction rétributive : elle n'est que le prix de certaines actions, particulièrement risquées, prix qui doit être affiché pour permettre au délinquant de se déterminer (parfois d'ailleurs il sera possible de convertir une peine en argent, comme pour les amendes, les *punitives damages* ou la caution). Dans les transactions judiciaires, comme le plaider coupable, la justice résulte de l'accord des volontés de la même manière que la valeur est fixée dans le marché par la rencontre de l'offre et de la demande.

En postulant qu'il n'y a pas de bien qui puisse être soustrait au marché et qui donc ne puisse trouver un prix, qui ne soit pas symbolisable par l'argent et donc négociable ou adjudicable, la rationalité néolibérale nourrit l'ambition de gommer toute dimension symbolique en se résignant à ce que certains soient sacrifiés (ce que n'accepte pas l'autre conception des droits de l'homme qui pose des socles indérogeables⁴³). Le droit pénal néolibéral relève donc de la sécularisation des sociétés démocratiques dont le droit doit pouvoir transformer toute dette, de quelque nature que ce soit, et tout préjudice également de quelque nature qu'il soit, en argent.

La dette tend à être totalement laïcisée, c'est-à-dire comptabilisée ; elle devient un problème technique. Donner un prix sur un marché, c'est affirmer un monde contrôlé, strictement humain, fonctionnel. Pour toute perte, pour toute offense, pour toute faveur, il y a une réponse qui transforme la dette symbolique en dette financière. Le responsable du dommage ou de l'offense – ou bien sa compagnie d'assurances – paie parfois des sommes considérables et la dette est close⁴⁴.

Et d'ajouter :

Les États-Unis, où ce système est le plus développé, sont aussi le dernier pays occidental où la peine de mort est maintenue et se trouve appliquée de la manière la plus sévère. On peut supposer

41. R. Castel, *la Gestion des risques...*, *op. cit.*, p. 113.

42. *Ibid.*, p. 211.

43. Jean-Pierre Dupuy, « Le détournement et le sacrifice. Ivan Illich et René Girard », *Esprit*, mai 2001.

44. Marcel Hénaff, *le Prix de la vérité. Le don, l'argent, la philosophie*, Paris, Le Seuil, 2002, p. 316.

ceci : ce maintien sert d'ultime refuge à la dette symbolique ; on demande en somme aux condamnés à la peine capitale de témoigner par leur mort, du hors-de-prix de la vie quand par ailleurs ce prix est constamment défini et négocié sur le marché⁴⁵.

Il n'est pas possible de séparer cette nouvelle perception de l'individu de son double. À l'individu pensé comme totalement libre, comme *absolument* rationnel puisqu'il se résume à ce choix, correspond comme double l'individu *absolument* irrationnel, sous la figure du pédophile, inaccessible à une quelconque raison puisque réduit à ses pulsions. Ce qui justifie des mesures d'enfermement à vie, et toute cette panoplie de mesures attentatoires aux libertés.

Le modèle néolibéral substitue insidieusement aux principes de justice classiques, d'autres critères comme l'efficacité, les avantages comparatifs ou la sécurité. Dans cette compétition entre le droit et l'efficacité, cette dernière tient un avantage certain, parce qu'elle est *métamorale*. En effet, elle contient en elle-même son principe de justice :

[L]e principe d'intérêt ou le principe d'utilité se présente comme le principe normatif suprême, comme le seul naturel, le seul possible, le seul évident. Il s'impose aux sociétés et aux hommes et doit devenir le guide de la réforme générale des institutions⁴⁶.

Ces critères néolibéraux, qui ont pour eux la force de l'évidence, se posent comme une *condition* de la justice. S'il n'y a pas de sécurité physique, à quoi bon se voir reconnaître des libertés ? Même chose pour l'efficacité : un jugement qui intervient plusieurs mois après et qui est prononcé par défaut, c'est-à-dire en l'absence de l'accusé – voire qui n'interviendra pas du tout, faute d'un minimum de management –, quelle utilité a-t-il ?

Ces nouveaux critères ne convoquent aucune transcendance, ils n'ont plus besoin de s'adosser à des valeurs traditionnelles. L'idéologie managériale, aussi bien que la sécurité a quelque chose à voir avec la *laïcisation* de nos sociétés démocratiques. La rationalité néolibérale entraîne inéluctablement une désacralisation des institutions, réévaluées à l'aune d'une rationalité qui leur est totalement étrangère – la concurrence et l'entreprise.

Une radicalisation de l'idée démocratique

Le modèle néolibéral ne peut être réduit à une privatisation de la justice, parce qu'il met en œuvre des valeurs démocratiques d'efficacité, de transparence et d'*accountability* (remarquons au passage la

45. M. Hénaff, *le Prix de la vérité...*, *op. cit.*, note 71.

46. C. Laval, *l'Homme économique...*, *op. cit.*, p. 23.

métaphore comptable). Le souci de rationaliser le travail des juges cherche en effet à garantir une égalité de traitement à tous et à économiser les ressources publiques : qui s'en plaindrait ? Il met en œuvre également une liberté promise depuis longtemps à l'individu, mais toujours repoussée. Il se présente donc comme un stade supérieur de démocratie qui émancipe l'individu de toute autorité.

Ce modèle doit donc s'interpréter non comme une régression anti-démocratique mais comme une *radicalisation* de l'idée démocratique. Radicalisation parce qu'il met en œuvre une certaine version de l'idée démocratique en excluant toutes les autres : le point de vue d'une partie est systématiquement valorisé dans un conflit d'intérêt au détriment de l'autre alors que la justice est une pondération des droits de chacun ; la liberté y est réduite à l'un de ses versants – la recherche du bonheur privé – au détriment de l'autre, l'autonomie politique ; une conception utilitariste des droits de l'homme y est promue aux dépens de la conception classique qui garantit des droits fondamentaux à chacun ; une vision instrumentale de la justice marginalise voire disqualifie la dimension symbolique et délibérative. Et, à chaque fois, c'est la politique qui perd, c'est la démocratie comme aventure collective qui est évacuée.

La prise en compte exclusive de certains intérêts

La politique néolibérale demande à la justice d'adopter *exclusivement* le point de vue d'une des parties (de la victime au détriment du coupable, de l'investisseur au détriment du travailleur), au risque de perdre de vue que le rôle de la justice est précisément la pondération de droits contradictoires et solidaires. Une telle radicalisation heurte à l'évidence le sens de la justice la plus élémentaire qui consiste à prendre en considération le point de vue de l'autre partie : *audi alteram partem*...

La victime a bien évidemment des droits, et les néolibéraux n'ont pas tort d'affirmer qu'ils ont été négligés dans le passé et qu'ils continuent de l'être pour les victimes ordinaires mais, ici, ils érigent la condition de victime en référent absolu pour la justice. Or cette séparation radicale entre les victimes et les agresseurs est une abstraction dangereuse : nous pouvons tous nous retrouver d'un côté ou de l'autre de la barre, l'agresseur n'est pas l'autre, il peut être notre proche, ou nous-mêmes. Rawls a nommé cette indétermination de principe, le « voile d'ignorance » qui est, à ses yeux, la condition d'entrée dans les institutions. La fréquentation des tribunaux montre que les victimes et les agresseurs sont souvent les mêmes, qu'ils viennent le plus souvent des mêmes catégories sociales et des mêmes quartiers. Une opposition binaire des victimes et des agresseurs, comme s'ils étaient

de nature différente, ne peut que diviser une société, la cliver davantage et donc diffuser un sentiment de peur. La réassurance qu'elle prétend procurer se révèle rapidement illusoire.

Si nous sortons d'une période où l'on accumulait les droits de chacun sans se soucier de leur possible antagonisme, le néolibéralisme exaspère les droits de chacun contre les droits de tous.

Un choix radical en faveur de la liberté privée contre l'autonomie politique

L'importance accordée à la sécurité, le souci d'efficacité et le nouveau rôle donné au sujet, tous ces éléments convergent vers une nouvelle conception de la liberté. Celle-ci est désormais moins comprise comme autonomie politique que comme liberté de se consacrer à son bonheur privé. L'important est que les rues soient sûres pour nous laisser vaquer à nos occupations. La citoyenneté est « réduite à la capacité de s'occuper de soi⁴⁷ ». La liberté ne s'entend plus comme liberté d'être à la fois l'auteur et le destinataire de la loi, mais comme l'absence d'entraves à la possibilité de mener nos vies comme nous l'entendons, c'est-à-dire, pour les néolibéraux, de calculer. Pour ces derniers,

la valeur d'usage des libertés publiques est consommée dans la jouissance de l'autonomie privée [...] [Ils] ne considèrent pas l'autonomie politique comme une dimension supplémentaire de la liberté⁴⁸.

Lorsqu'on définit la liberté comme la liberté de faire des choix, de conduire sa vie privée avec le moins d'interférences et le plus de prévisibilité possible dans le comportement des institutions, on ne favorise pas nécessairement la liberté politique comme participation à l'orientation des choix collectifs⁴⁹. Il y a bien une délibération mais elle se fait au niveau individuel comme un calcul coût/avantages et non plus au niveau collectif. Dans la conception classique de l'autonomie politique, je ne peux être libre que si tous les citoyens le sont avec moi. Mais lorsque la liberté a pour destination l'autonomie privée, on accepte qu'il y ait des gagnants et des perdants ; c'est même l'aboutissement logique d'une représentation de la coexistence humaine comme un rapport de concurrence. Honneur aux gagnants et compassion ou filet humanitaire (dans le meilleur des cas) pour les perdants. La dépolitisation commence dans ce clivage à l'intérieur

47. W. Brown, *les Habits neufs de la politique mondiale...*, op. cit., p. 100.

48. Habermas, cité par W. Brown, *les Habits neufs de la politique mondiale...*, op. cit., p. 116.

49. L'École de Francfort et Platon « ont théorisé la compatibilité évidente entre le choix individuel et la domination politique, et ils ont décrit les sujets démocratiques comme ceux qui acceptent la tyrannie ou l'autoritarisme politique précisément *parce qu'ils* sont absorbés dans le registre du choix et de la satisfaction des besoins, qu'ils confondent avec la liberté » (W. Brown, *les Habits neufs de la politique mondiale...*, op. cit., p. 119).

même de l'idée de liberté et dans l'expulsion de sa dimension politique.

Un tel clivage est d'ailleurs étonnamment bien accepté dans les sociétés anciennement démocratiques, probablement par égoïsme et par peur. Comment expliquer autrement la relative passivité de l'opinion publique face à des attaques majeures contre les libertés – comme le *Patriot act* aux États-Unis ou la rétention de sûreté en France ? Ces mesures affectent sans doute les libertés publiques au sens classique, mais elles protègent la liberté des « honnêtes gens » qui ne sentent donc pas concernés. En augmentant leur sécurité, elles augmentent aussi la liberté de la majorité des citoyens qui ne sont pas suspectés de sympathie pour les terroristes. La majorité ne voit donc pas de contradiction entre sécurité et liberté, contrairement à la présentation qu'en font nombre de commentateurs, qui n'ont pas saisi ce changement de sens accordé à la liberté.

Dans les pays en « transition » vers la démocratie, cette approche néolibérale permet de promouvoir les libertés formelles (vote, cour de justice et constitution, soit le kit de la *Rule of law*), au détriment de la représentation politique (ce qui évite de promouvoir un changement de régime). Au mieux, elle crée un État minimal, au pire un régime illibéral.

Une conception utilitariste des droits de l'homme contre les droits fondamentaux

Une telle promotion de la liberté individuelle, entendue comme la réduction maximale des risques pour la majorité des citoyens, ne nie pas les droits de l'homme, bien au contraire, mais elle les réinterprète dans un sens utilitariste. Elle met le doigt sur l'ambiguïté des droits de l'homme (masquée aussi bien par leurs zéloteurs que par les contempteurs du « droit-de-l'hommeisme ») : ceux-ci ne garantissent pas contre les dérives néolibérales car ils peuvent fort bien être analysés « comme les habits juridico-moraux des intérêts individuels quand ils cherchent à se faire reconnaître dans l'espace public⁵⁰ ». Christian Laval expose les termes de l'opposition entre une conception des droits de l'homme-utilité, illustrée par Jeremy Bentham, et celle de Durkheim⁵¹. Ainsi, il ne suffit pas aujourd'hui d'invoquer Beccaria pour conjurer les réformes pénales faites au nom de la dangerosité ou les peines fixes : il est le père de ces notions. Les néolibéraux font d'ailleurs une lecture sélective de Beccaria, ne retenant que

50. C. Laval, *l'Homme économique...*, op. cit., p. 338.

51. Id., *l'Ambition sociologique. Saint-Simon, Comte, Tocqueville, Marx, Durkheim, Weber*, Paris, La Découverte/MAUSS, 2002 (notamment la partie : « Durkheim : les deux individualismes »).

la certitude des peines et oubliant les passages sur la modération⁵². Le néolibéralisme promeut les droits de l'homme « épée » au détriment des droits de l'homme « bouclier⁵³ ». Il s'éloigne de l'idée de droits fondamentaux, c'est-à-dire d'un socle infranchissable de droits garantis à tous les hommes, au bénéfice des droits des « gens qui se lèvent tôt ». C'est au nom du droit des potentielles victimes qu'est justifiée par exemple la rétention de sûreté qui bafoue non seulement le principe de la légalité des peines mais aussi la présomption d'innocence et l'interdiction de détenir une personne en l'absence de toute infraction à lui reprocher. Une telle promotion du droit des victimes se paie par l'enfermement abusif de quelques-uns⁵⁴. Lorsque les droits de l'homme sont réduits à leur utilité, ils se retournent contre une conception de l'homme, celle-là même qui inspire l'autre tradition, celle de Durkheim, plus sensible à la dignité humaine.

En prenant farouchement le parti de l'individu, le néolibéralisme doit s'interpréter comme une radicalisation de l'idée démocratique. Ce faisant, il induit une vision de la cité politique comme une collection d'individus libres mais isolés les uns des autres. Ce n'est pas un hasard si les sociétés qui adoptent ce modèle génèrent

une sous-classe irréductible, et même une classe criminelle permanente, ainsi qu'une classe composée d'étrangers et de non-citoyens [qui] sont présentés et acceptés comme le coût inévitable de ce type d'organisation sociale⁵⁵.

Une réduction de la justice à sa fonction utilitariste (au détriment de sa fonction délibérative)

Selon la conception classique, la justice recherche une équivalence entre un acte et la réaction sociale. Cette logique de l'équivalence se voit ici encore radicalisée dans la perspective néolibérale qui veut rendre cette équivalence à la fois arithmétique (les grilles de peines par exemple) et automatique (comme en matière de peine plancher). Par cette réponse automatique, la peine doit copier la réaction de la nature et s'abattre sur le délinquant avec la même certitude que celle de se brûler lorsque l'on approche sa main du feu.

52. Notamment lorsqu'il affirme que « pour que n'importe quelle peine ne soit pas un acte de violence exercé par un seul ou plusieurs contre un citoyen, elle doit absolument être publique, prompte, nécessaire, la moins sévère possible dans les circonstances données, proportionnée au délit et déterminée par la loi » (Conclusion du *Traité des délits et des peines* mis en italiques par Beccaria, cité par Michel Porret, *le Droit de punir*, Paris, Michalon, coll. « Le bien commun », 2003, p. 86).

53. Yves Cartuyvels (avec H. Dumond et F. Ost), *les Droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal ?*, Cachan, Éditions médicales internationales, 2007.

54. On estime à douze ceux qui pourraient être visé par une mesure de rétention de sûreté en France.

55. Y. Cartuyvels, *les Droits de l'homme...*, op. cit., p. 100.

Une telle automaticité exprime une défiance à l'égard de la délibération, que l'on retrouve dans toute la pensée néolibérale. Les *guidelines* de peines aux États-Unis et, en France, les peines planchers, tentent de neutraliser la faculté délibérative de la justice ; il devient insupportable dans une démocratie d'opinion que l'on puisse tergiverser sur une peine. Pour le modèle néolibéral, il n'y a plus à délibérer, il suffit d'appliquer le tarif.

À partir du moment où la justice est rabattue sur sa prestation effective, elle cesse d'être une référence commune et devient un prestataire de services. L'idée néolibérale d'efficacité contrarie nécessairement celle de symbolique, mais ce n'est pas en invoquant la nécessité d'une fonction symbolique, ce qui cache parfois une crispation antimoderne, que l'on aidera la justice à inventer sa nouvelle place. C'est en comprenant au contraire que la dimension symbolique de la justice doit signifier la transcendance de la discussion, le surplomb d'un droit commun à toutes les parties, l'infranchissable des droits fondamentaux. Une institution symbolique est précisément celle qui introduit une rupture dans l'espace et dans le temps, qui suspend la réaction pour prendre le temps de la réflexion.

Contre la tentative néolibérale de réduire la justice à une dimension instrumentale, il faut soutenir que la justice est « un doute qui décide⁵⁶ ». Comme le rappelle Ricœur, ne devons-nous pas nous méfier de

notre penchant naturel à nous satisfaire de la logique de l'équivalence qui préside à tout notre droit pénal ? Ne sommes-nous pas invités à discerner, jusque dans la punition la plus juste, l'inquiétante figure de la colère et de la vengeance⁵⁷ ?

Et, serions-nous tentés d'ajouter, de la froide équivalence ? Le propre du juge n'est-il pas de disposer d'une certaine liberté pour adapter la généralité de la loi à la particularité des situations individuelles ? En homogénéisant la prestation judiciaire au motif – au demeurant légitime – d'assurer l'égalité de tous devant la loi, ne risque-t-on pas de dénaturer le travail de la justice ?

Que la justice soit rapide est une excellente chose, à condition qu'elle ne cesse jamais d'être considérée comme un *momentum*, comme une trêve, comme la réaffirmation de la supériorité de la parole sur l'automaticité qui ne réclame qu'un calcul. Dans cette nouvelle configuration, la justice doit avoir à cœur d'offrir un havre à ce sujet acculé à faire des choix essentiels, c'est-à-dire un espace et un temps pour qu'il puisse reprendre ses esprits, souffler, s'entourer de conseils.

56. L'expression est de Jean Carbonnier.

57. Paul Ricœur, « Équivalence et surabondance. Les deux logiques », *Esprit*, mars-avril 2006, p. 168.

Une telle instrumentalisation de la justice pose la question de l'indépendance du juge en des termes nouveaux. Dans ce modèle managérial, le juge découvre une nouvelle source de pression : celle du chiffre et celle du *process*, ce que les sociologues appellent la *path dependency*, c'est-à-dire le jugement suggéré et induit par le chemin obligé que suit une décision. Les flux risquent de décider tout seuls : il faut « sortir » le maximum d'affaires, c'est le mouvement qui commande. Le flux devient sa propre justification ; les formes de la domination sont moins à chercher dans la majesté que dans la vitesse : alors que l'enjeu était, il y a quelques années, de fluidifier une institution trop rigide en introduisant des poches d'informalité, l'enjeu de la justice contemporaine pourrait bien être inverse : suspendre ces flux, les ponctuer par des moments de justice, casser les automatismes, faire une pause, prendre de la distance. La perspective d'une disparition de l'audience, c'est-à-dire du moment délibératif de la justice, est le meilleur signe de la « dé-démocratisation⁵⁸ » qu'induit le modèle libéral.

Une dépolitisation

Ce que produit cette radicalisation de la démocratie, c'est une dépolitisation par évacuation de toute perspective *collective* d'émancipation. Tout se passe désormais au niveau individuel. Elle consacre une certaine version des droits de l'homme – celle-là même que critiquait Marx, c'est-à-dire celle d'un individu solitaire ; elle fait son miel d'une certaine lecture de Beccaria, d'un Beccaria amputé de son versant humaniste ; elle réduit l'homme à une utilisation froide de la raison instrumentale : bref, elle dessine un individu qui aurait oublié l'homme, elle repose sur une liberté individuelle qui aurait oublié celle des autres, sur une politique qui croit pouvoir se libérer de toute délibération, sur un droit qui n'inquiéterait pas l'ordre établi par ses principes fondamentaux, sur un temps qui ne fait plus histoire, sur un sujet qui ne pense qu'à lui, sur un réel qui refoule toute dimension symbolique.

En épousant avec autant de radicalité un parti pris, le modèle de justice néolibéral prétend mettre un terme prématuré à la tension, inéluctable en démocratie, entre des points de vue opposés ; il apaise à trop bon compte l'inquiétude concernant les institutions de la justice, inquiétude qui caractérise pourtant une société démocratique. L'évidence de l'efficacité, l'universalité de l'intérêt, la précision de la mesure chiffrable, fournissent aux institutions, et à l'opinion, un anxiolytique, qui inhibe la fonction délibérative de la démocratie. On ne peut reprocher à une école de pensée de faire des choix idéolo-

58. L'expression est de Wendy Brown.

giques, de prendre parti en faveur d'une version au détriment d'une autre, on peut en revanche lui faire grief de masquer ces choix et de les présenter comme des évidences indiscutables et de les soustraire ainsi à la discussion démocratique.

Contre les fausses évidences qu'assène le discours néolibéral, il faut rouvrir des choix. Prenons l'exemple de la libération conditionnelle régulièrement accusée d'être trop laxiste. On sait que les sorties préparées par des permissions préalables génèrent moins de récidive que celles qui ne sont pas préparées. Il est établi par ailleurs que 1 % des permissions de sortie donnent lieu à des récidives parfois très graves (c'est le cas dans l'affaire Crémel⁵⁹). Il faut donc s'efforcer de limiter au maximum les risques de récidive sans se priver du bénéfice des libérations anticipées. La solution néolibérale, à l'inverse, consiste à supprimer toute permission au nom de ce risque très faible, quitte à perdre le bénéfice des permissions préparatoires. Elle préconise de maintenir les individus en détention dès qu'il existe le moindre risque de récidive, en assortissant cette mesure d'une mise en garde contre les juges qui prendraient des décisions malheureuses ; le tout au mépris *in fine* de notre sécurité collective.

Si le néolibéralisme est le signe d'une disparition de tout transcendant, il tente de lui substituer de nouveaux absolus : ceux de la sécurité, de la liberté du sujet, de l'efficacité, de l'utilité qui se justifie elle-même. C'est en cela qu'ils sont antipolitiques. Non qu'ils doivent être congédiés *a priori* mais parce qu'ils doivent être soumis au crible de la discussion. La dépolitisation commence lorsqu'une valeur prétend être juste en elle-même sans avoir à se justifier. C'est manifeste à propos de la sécurité : personne ne peut être contre une amélioration de la sécurité mais celle-ci ne doit pas être présentée, comme le rappelle Dworkin, comme un absolu⁶⁰. Même les choix du sujet n'offrent pas de critère *absolu* de justice.

Pour une nouvelle critique politique

Il faut dénoncer le passage en force de cette version radicale de la démocratie qui se fait passer comme la réalisation absolue de la démocratie, et sa seule version possible : il est exact que la liberté est le droit de poursuivre son bonheur privé mais elle n'est pas que cela ! Il est exact que la sécurité est une condition du vivre-ensemble, mais pas à n'importe quel prix ; il est vrai qu'il y a toujours un calcul coût/avantages, mais il ne se situe pas seulement comme veulent le

59. Il s'agit de cette femme tuée alors qu'elle faisait son *jogging* par un homme en liberté conditionnelle.

60. Ronald Dworkin, "Terror and the Attack on Civil Liberties", *New York Review of Books*, vol. 50, n° 17, 6 novembre 2003.

faire croire les néolibéraux au niveau individuel, mais aussi au niveau collectif. À ces évidences assénées, il faut rappeler avec Lefort qu'en démocratie, rien ne peut échapper à une mise en question, que celle-ci nous condamne à une inquiétude permanente.

Ce qui manque à ce modèle à la fois spéculaire, sans finalité externe, et transcendantal, c'est précisément d'être soumis à la délibération. Dans ce modèle néolibéral, ce sont donc moins les instruments qui sont en cause (marqueurs d'efficacité, traitement en temps réel) que leur canonisation comme des critères incontestables. C'est en effet dans les postulats de la rationalité néolibérale que l'on trouve les déplacements de sens les plus critiquables. Puisqu'il se pose comme une radicalisation et non une contestation de la démocratie, l'antidote n'est pas à chercher ailleurs que dans un rappel des vertus du libéralisme politique.

Comment critiquer ce qui n'est pas une idéologie mais une technique de conduite? Celle-ci se caractérise par une *ambivalence constitutive*. Dans ces mesures, on peut relever à la fois un nouvel art de gouverner et la consécration d'un nouveau vocabulaire démocratique, mieux : une interprétation inédite et radicale de valeurs anciennes. Une critique sans nuances de ce modèle de justice néolibérale fait vite verser dans une position antimoderne, refusant les moyens offerts par la technique, ce qui conforte les néolibéraux dans leur prétention avant-gardiste. Il n'est pas raisonnable de refuser *a priori* la criminologie actuarielle : cela serait irresponsable, tant elle permet de dépister et donc d'économiser le bien public. Il n'est donc pas souhaitable de rejeter le management qui bouscule les habitudes et le confort des professionnels, y compris des juges. Mieux vaut rectifier les mauvaises interprétations que le néolibéralisme fait de l'idée démocratique et signaler ses choix implicites, là où il se présente comme une évidence.

La critique de ce nouvel art de gouverner oblige à prendre parti à l'intérieur de la démocratie libérale et non à se réfugier dans un alter-système politique. C'est dans le libéralisme politique que l'on trouve les antidotes au néolibéralisme, et non pas dans une position illibérale ou antilibérale. Mieux, c'est au nom de ses propres valeurs que le néolibéralisme doit être critiqué.

Il n'y a par exemple aucune objection de principe à l'évaluation avec son cortège de notions nouvelles, mais à la condition de soumettre cette évaluation à une autre évaluation. Il faut prendre le modèle néolibéral à son propre mot : il se prétend plus pragmatique? Regardons concrètement ce qu'il produit⁶¹! Il se vante d'avoir congé-

61. On peut notamment s'interroger sur la réalité du contrôle que procurent les indicateurs ; voir à ce sujet : « Des indicateurs pour les ministres au risque de l'illusion du contrôle », par Anne Pezet et Samuel Sponem recensé par Maya Beauvallet (www.laviedesidees.fr).

dié tout transcendant ? Dénouons ce qu'il charrie d'artificialisme et de nouveaux absolus. Il se veut amoral ? Traquons ce qu'il a de normatif. Puisque le modèle néolibéral est artificialiste et normatif, il est crucial de l'évaluer dans la pratique concrète des institutions.

Notre siècle est en attente d'un nouvel humanisme pénal qui reste à inventer : il ne trouvera ses références ni seulement dans les Lumières de Beccaria, ni dans l'utopie thérapeutique qui a connu son âge d'or avec la psychanalyse, ni dans un certain paternalisme des institutions, qui était aveugle au tragique de la condition humaine et aux problèmes de sécurité, bien réels ; non, il doit commencer par dénoncer le nouveau normativisme du modèle néolibéral mais sans rejeter l'idée d'une responsabilisation des individus, pour se pencher au contraire sur les *conditions concrètes* de sa réalisation. Il découvrira que le sujet rationnel que postule ce modèle néolibéral est une fiction : il n'a rien à voir avec les hommes en chair et en os que l'on peut croiser tous les jours dans les tribunaux de France et de Navarre. Beaucoup d'entre eux, en effet, n'ont pas accès à cette capacité calculante et se démêlent avec leurs passions et tentent avec plus ou moins de bonheur d'inscrire leurs actes dans l'histoire de leur vie. Comme nous tous.

Antoine Garapon