

## Introduction

Introduction du plaider coupable, c'est-à-dire du *plea bargaining* à la française, et plus généralement multiplication des alternatives au jugement, encouragement de la transaction en matière civile, rémunération des témoins, application des techniques du management privé à la justice, prime de rendement aux magistrats les plus travailleurs<sup>1</sup>, généralisation du traitement en temps réel des affaires pénales<sup>2</sup> : la justice a été bousculée ces dernières années par des innovations en apparence périphériques – le fond du droit demeurant la plupart du temps inchangé –, mais qui n'en modifient pas moins la culture de l'institution. Ajoutons-y d'autres réformes plus substantielles déjà en vigueur telles que les peines planchers<sup>3</sup>, la rétention de sûreté<sup>4</sup>, le jugement des malades mentaux<sup>5</sup>, l'institution d'un juge des victimes<sup>6</sup> qui remettent peu à peu en cause les fondements de la peine, de la fonction judiciaire et de notre conception classique de la justice. Sans compter les réformes qui s'annoncent mais qui sont encore trop floues, et l'on aura le tableau d'un véritable changement de paradigme en cours.

Ces innovations, qui semblent *a priori* n'avoir rien à voir les unes avec les autres, doivent en effet être lues ensemble. Elles ne peuvent être réduites à des gadgets politiques, ni à une lubie autoritaire et encore moins à une mode passagère parce qu'elles participent d'un mouvement très profond – un véritable changement de la manière de gouverner les hommes et les institutions –, c'est pourquoi elles doivent être prises au sérieux. Comprendre les enjeux aussi bien théoriques que politiques de ce tournant est l'ambition de ce livre qui prendra l'institution judiciaire pour laboratoire. Ce qui sera dit à propos de la justice pourrait en effet s'étendre à d'autres institutions démocratiques comme l'université, la recherche, l'hôpital, la psychiatrie et bien d'autres encore.

Toutes ces innovations trouvent leur rationalité dans un nouveau mode néolibéral de gouverner les hommes et les institutions. Néolibéral : le mot est lâché et il claque le plus souvent comme un slogan, voire comme une insulte. Mais le néolibéralisme mérite cependant mieux qu'une condamnation à l'emporte-pièce qui l'assimile souvent à l'« ultralibéralisme » ; il requiert une analyse plus fine, déjà disponible<sup>7</sup>, qui est un préalable indispensable à toute critique.

C'est sous la plume de Michel Foucault que l'on trouve les commentaires les plus profonds. Il expliquait notamment par une formule saisissante ce qui distingue le néolibéralisme du modèle classique de la souveraineté ; c'est, disait-il, le passage de la raison d'État à la « raison du moindre État<sup>8</sup> » : comment en dire plus en moins de mots ? Tout est dit en effet dans cette expression : elle situe tout d'abord le néolibéralisme

dans le registre qui est le sien, c'est-à-dire celui de la politique. Le néolibéralisme est un mode de gouvernement des hommes avant d'être une doctrine économique. Il ne doit donc pas être compris comme une force adverse de l'État, qui l'affaiblirait de l'extérieur, mais comme une production de l'État, à ceci près qu'il ne sert pas la majesté de l'État, ni son retrait comme certains l'affirment trop vite, mais son *amoindrissement*. Amoindrissement n'est pas synonyme d'affaiblissement : il signale simplement un changement de stratégie qui ne retire rien à son ambition de gouverner les hommes. Bien au contraire, la nouvelle gouvernementalité a compris que l'intérêt lui offrait une emprise beaucoup plus solide que la crainte ou le sens civique comme le croyait le modèle classique de la souveraineté.

Foucault nous fournit avec cette grande économie de mots, une clé pour mieux nous comprendre. Là où beaucoup dénoncent à l'emporte-pièce une victoire de l'idéologie libérale, il bouleverse nos certitudes en affirmant qu'il ne s'agit pas d'une idéologie mais d'un nouveau mode de gouvernement, et qu'elle n'est pas libérale mais néolibérale. Reprenons.

« *Ultralibérale* » ? Non, *néolibérale*

Sans remonter aux origines du néolibéralisme, qui sont aussi vieilles que la modernité elle-même, retenons qu'il ne s'inscrit pas dans la continuité du libéralisme dont il exaspérerait les valeurs (c'est pourquoi il est trompeur de parler d'« ultralibéralisme ») mais en rupture avec lui sur au moins trois points centraux.

1) Tout d'abord en ce qu'il considère que le marché n'est pas naturel et qu'il doit être créé artificiellement

par l'État. Les néolibéraux reprochent aux « manchestériens », c'est-à-dire aux libéraux classiques, leur confiance aveugle dans un marché « naturel » qui confine pour eux à une authentique croyance, de la même catégorie que la foi dans le collectivisme. 2) Si pour les libéraux classiques ensuite, le marché est le meilleur moyen de maximiser les richesses sans autres prétentions pour organiser la vie humaine, le néolibéralisme se caractérise par une extension du modèle du marché à tous les secteurs de la vie humaine : aux institutions, à la justice, au gouvernement. Il devient même aujourd'hui un véritable mode de subjectivation : il faut « gérer » ses relations, entretenir son « capital santé », savoir se vendre, etc. 3) Enfin, c'est moins l'échange qui compte que la concurrence. L'*Homo œconomicus* n'est plus un partenaire à l'échange mais « un entrepreneur de lui-même<sup>9</sup> ». Il s'agit là d'un changement complet : alors que le marché pour les libéraux produit malgré tout un lien, pour les néolibéraux, le moteur de toute action humaine est la concurrence. Le socius se représente pour eux non plus sur le modèle du lien mais de la juxtaposition, comme une rivalité de monades plus que comme une complémentarité comme le suggère l'ajustement de l'offre et de la demande.

*Une idéologie ?*

*Non, une manière de gouverner les hommes*

Le marché représente donc pour les néolibéraux beaucoup plus qu'une régulation du commerce des biens : il accède au statut de mode de gouvernement, ce que Foucault appelait « gouvernementalité<sup>10</sup> ». Le néo-

libéralisme n'est pas une idéologie qui distingue une sensibilité politique voire partisane, mais une « raison gouvernementale », plus implicite et apte à réunir un consensus beaucoup plus large : c'est bien d'ailleurs ce qui s'est passé dans les dernières années en France comme ailleurs, où l'influence montante du management et la rationalisation des choix budgétaires ont été aussi bien l'œuvre de la droite que de la gauche.

La raison néolibérale est un ensemble composite d'institutions et de représentations, de prescriptions positives et de postulats, qui s'éclairent lorsqu'on les réfère à un discours de vérité. C'est en effet sur cette raison que s'appuie *in fine* la contrainte du droit<sup>11</sup>. Cette raison peut varier sous les apparences d'un droit qui n'évolue pas ou peu<sup>12</sup> : c'est pourquoi, pour la saisir, il ne faut s'arrêter ni au contenu juridique des normes, sur lequel se concentrent les juristes, ni aux conditions de leur production, qui intéressent les sociologues. Approcher le droit en termes de gouvernementalité invite à un autre exercice qui n'est ni proprement philosophique ni purement sociologique parce qu'il consiste à retrouver le projet implicite, la cohérence de l'ensemble et la raison sur laquelle s'appuient les règles de droit, ce que François Ewald appelle la « règle de jugement ». La « règle de jugement »<sup>13</sup>, c'est la règle implicite à laquelle tous – professionnels, justiciables et opinion publique – rapportent les pratiques et à partir de laquelle ils jugent la justice. Il s'agit d'un ensemble composite d'aspirations, de sensibilités, de conceptions d'une « bonne justice ». Pour la saisir, il faut lever les yeux des textes de droit et considérer la justice comme un phénomène social total<sup>14</sup>, en l'envisageant « comme

une pratique de la raison, comme raison pratique<sup>15</sup> ». Il revient à Foucault le mérite d'avoir conceptualisé sous le nom de « gouvernementalité » cette réalité intermédiaire, ce « positivisme critique », qui ne peut être déduit ni directement du droit, ni conceptuellement des théories philosophiques mais doit au contraire être construit à partir de l'observation des pratiques.

Le concept de gouvernementalité permet non seulement de découvrir la cohérence sous-jacente du droit mais aussi de faire le lien entre le droit et d'autres dispositifs qui, « en deçà de la loi et plus qu'elle, gouvernent les individus<sup>16</sup> ». Par exemple, il sera aussi important pour la saisir de considérer le travail des juridictions que les transactions privées faites pour y échapper et qui sont fortement encouragées.

#### *Les trois âges de la gouvernementalité*

Foucault s'est d'abord intéressé à la gouvernementalité par la souveraineté qu'il décomposait en deux types : celui de la majesté d'une part et de la discipline de l'autre. Vers la fin de sa vie, il a consacré un cours entier à un nouveau modèle : le néolibéralisme. C'est pourquoi nous suggérons d'identifier trois âges de la gouvernementalité que l'on qualifiera pour la justice de *rituelle*, *disciplinaire* et *managériale*.

Le premier type de gouvernementalité est le plus connu du public car il correspond au modèle classique : c'est celui de la souveraineté. Le crime y est perçu comme une injure à la loi commune, c'est-à-dire à la volonté souveraine et le rôle de la justice est de ramener la paix, de réaffirmer la prééminence de cette volonté et de réparer majestueusement la loi par l'éclat de son rituel.

Le second supplante cette représentation (dans tous les sens du terme) par l'idée de discipline. Il ne s'agit plus de juger au sens classique mais de réinsérer, de rééduquer, ce qui aura pour conséquence directe d'adjoindre à la justice un équipement de mesures permettant un travail social, un soutien psychologique voire un soin psychiatrique en faveur des criminels.

Le troisième modèle, la raison néolibérale, contraste avec les deux précédents en ce qu'il prétend organiser la coexistence entre des volontés libres, non plus en les subsumant sous une souveraineté commune, ni en cherchant à les conformer à une discipline sociale mais en créant du collectif à partir de l'égoïsme individuel, grâce à cet opérateur universel qu'est le marché et plus profondément encore, la compétition. Le droit, qui ne prend plus la forme d'un commandement venant d'en haut mais plutôt d'un choix guidé par la raison, ne vise plus une transformation des individus mais leur contrôle par la conformation à leur propre intérêt ; ses injonctions sont ainsi relayées par l'intériorité des sujets. L'État n'est plus cette instance tutélaire mais « le *point de rencontre* entre des manières de diriger les hommes et des procédures par lesquelles les hommes se dirigent eux-mêmes<sup>17</sup> ». Le néolibéralisme tire donc sa force de cette convergence entre une technique d'organisation de la coexistence et un mode de subjectivation. Ce que Foucault n'avait pu prévoir, c'est le puissant renfort que cette gouvernamentalité allait recevoir de la mondialisation. C'est la raison pour laquelle il faut les traiter ensemble pour mieux faire ressortir la potentialisation de l'interne par le global.

La perspective néolibérale permet de résoudre les deux difficultés contemporaines les plus brûlantes. La première est liée à la pluralité interne de nos démocraties : comment gouverner des sociétés composées d'individus libres ? La seconde tient à la mondialisation : comment accorder non seulement des pays mais aussi des univers hétérogènes, des cultures qui ne sont peut-être pas compatibles, faire commercer des pays de niveaux de développement très différents ?

C'est donc du passage du modèle de la souveraineté à la raison néolibérale que traite ce livre, en se concentrant sur l'institution judiciaire qui lui donnera l'occasion d'entrer dans les détails de la logique néolibérale à l'œuvre dans un champ particulier, et pas n'importe lequel puisqu'il s'agit du droit. Mais il faut commencer par préciser les postulats de cette nouvelle raison, écrire son manifeste en quelque sorte qui ne se rencontre jamais sous une forme explicite.