

RESUME. — Aux Etats-Unis aujourd'hui, la sanction pénale représente l'extrémité, la limite, la frontière du marché libre. Ce dernier est caractérisé par une certaine rationalité économique qui produit un ordre spontané dans les affaires et les échanges dites « volontaires et compensés. » En revanche, c'est le droit pénal qui assure la liberté du marché. D'où la déclaration de Richard Posner que la « fonction » du droit pénal dans une société capitaliste est de prévenir ce qu'il appelle *market bypassing* – le détournement par la fraude ou la coercition du marché, défini comme le moyen le plus efficace pour les échanges commerciaux et sociaux. La sanction pénale joue le rôle d'exception en assurant que personne ne dévie des échanges volontaires. Le pénal ne joue pas un rôle au centre des relations du marché, mais à la limite ; le pénal n'est pas un lieu d'ordre naturel, mais au contraire de la légitime intervention coercitive et assez brutale de l'État.

Il est possible de tracer la généalogie de ce discours néolibéral, en commençant par un contraste très aigu avec la pensée dominante à milieu du XVIII^e siècle en France et en Italie. La « police » du commerce et des marchés était assez intense et, à travers l'œuvre de Cesare Beccaria, devint le modèle même de l'intervention pénale : pénal et marché étaient imbriqués intégralement. Il n'y avait ni règle, ni exception, mais au contraire continuité entre marché et police, fluidité de réglementation. Comment le pénal est-il devenu le domaine de l'exception et à quel prix ? Cet article propose que la source de ce nouveau discours date des années 1760 et de la pensée physiocrate de François Quesnay et Le Mercier de la Rivière. A travers les concepts d'ordre naturel et de despotisme légal, les physiocrates ont transformé la manière de penser l'intervention gouvernementale, la déplaçant du centre des relations sociales et économiques à la frontière ou la limite du marché. En traçant cette généalogie, cet article vise à mieux comprendre la relation entre droit et exception – ou, ce que l'on pourrait aujourd'hui appeler, le droit pénal d'exception.

Mots clé : Droit pénal, pénalité néolibérale, police, despotisme légal, physiocratie, exceptionnalisme, autonomie, pluridisciplinarité,

Cesare Beccaria, Adam Smith, François Quesnay, *law and economics*

ABSTRACT. — In the United States today, the penal sanction forms the boundary of the free market, which is characterized by a certain economic rationality which produces a spontaneous order in commerce and trade – a space of “voluntary and compensated exchange.” In contrast, the penal law surrounds and ensures the free market. Hence the statement of Judge Richard Posner that the “function” of criminal law in a capitalist society is to prevent what he calls “market bypassing” – *i. e.*, diversion by fraud or coercion from market exchange, which is defined as the most efficient way to distribute resources. The penal sanction serves as the exceptional device that ensures that no one deviates from voluntary exchange. The penal law does not play a role at the heart of competitive markets, but only at the periphery; the penal sphere is not a place of natural order, but rather the space of legitimate and coercive – and often rather brutal – intervention by the State.

One may trace the genealogy of this neoliberal discourse, beginning with a very sharp contrast to the dominant way of thinking in 18th century France and Italy. Then the “police” of commerce and markets was normal and, through Beccaria, became the very model of intervention in the penal sphere: the penal and the economic domains were fully imbricated. There was neither rule nor exception, but instead continuity between market and police, a fluid space. How did the penal sphere become the space of exception, and at what price? This article suggests that the source of this new discourse dates to the 1760s and the writings of François Quesnay and Le Mercier de la Rivière. By means of concepts such as natural order and legal despotism, the Physiocrats managed to transform the way we imagine government intervention, displacing the State from the center of social and economic relations to the border or boundary of the market. In tracing this genealogy, this article aims to better understand the relationship between penal law and exception - or what we might now call the penal law of exception.

Keywords: Penal law, neoliberal penalty, police, legal despotism, Physiocracy, exceptionalism, autonomy, pluri-disciplinarity, Cesare Beccaria, Adam Smith, François Quesnay, *law and economic*

Pénalité néolibérale*

Exceptionnalisme, autonomie, et pluridisciplinarité dans le droit pénal

Bernard E. HARCOURT
Université de Chicago

INTRODUCTION

Le droit pénal français serait formel et autonome, par contraste avec la pluridisciplinarité de la pensée pénale aux États-Unis, où sociologie, criminologie, économie, philosophie et théorie critique font part égale dans le discours juridique. Que ce soit les *critical punishment theories*, les *governmentality studies*, le *behavioral law and economics*, voire, auparavant, les *critical legal studies* ou le *law and economics*, ces discours s'opposeraient profondément au formalisme du raisonnement juridique français. Bien entendu, il y a des exceptions qu'illustre bien le récent travail collectif de Michel Massé, Jean-Paul Jean, et André Giudicelli.¹ Mais l'on oppose le plus souvent d'une part, un droit et une recherche juridique française qui ressemble à une science délimitée, avec un discours, des règles et des points de référence unique à la discipline, et d'autre part les recherches pénales américaines qui sont traversées de part en part par l'apport des sciences humaines et sociales. Sans nier les logiques de pouvoir et de savoir qui président à l'idée même d'une autonomie de la profession et du professorat juridique, nous avons tout de même tendance à naturaliser les effets de résistance, ou tout simplement le manque de pluridisciplinarité en France, qui finit par produire une vision assez cohérente du droit et de la recherche juridique comme science indépendante, séparée des autres disciplines telles que les sciences politiques ou l'économie.² Du moins, c'est ce qu'on aime se dire.

C'est une caricature bien entendu. Mais est-elle si exagérée ? Oui et non. Non car elle représente bien une croyance véritable, courante et omniprésente parmi les universitaires. Mais en même temps, les principes pénaux de légalité et de proportionnalité présents au sein même de la pensée juridique française trouvent leur origine dans une intervention – celle du pénaliste *et* économiste Cesare Beccaria – qui représente elle-même l'application d'une logique

* Je voudrais remercier infiniment Pascal Beauvais, Fabienne Brion, Julien Cantegreil, Olivier Cayla, Jean Danet, Michel Danti-Juan, Mireille Delmas-Marty, Jean-Paul Jean, Michel Massé, Laurent Mucchielli, Pierrette Poncella et Sacha Raoult pour maintes conversations et commentaires sur cet article.

1 Massé, Michel, Jean-Paul Jean, & André Giudicelli, *Un droit pénal postmoderne ? Mise en perspective des évolutions et ruptures contemporaines*. Paris, PUF, 2009.

2 Bien entendu, encore une fois, la relation avec les sciences politiques ou économiques est plus complexe, étant donné qu'autrefois, les études juridiques pouvaient déboucher dans ces autres disciplines bien que celles-ci se soient, aujourd'hui en large partie, autonomisées.

d'économie publique au domaine juridique. La réglementation et l'administration rationalisée et autonome du champ pénal remonte à une logique de « police » qui résulte précisément d'une réflexion économique relative à l'organisation des échanges et du commerce. Et dans ce sens-là, la pensée juridique française est pluridisciplinaire, même davantage que ses voisins d'outre-mer, alors que le développement de la pensée pénale américaine représenterait un décalage, si ce n'est une autonomisation du droit vis-à-vis de l'économie politique. Mais cette autonomisation a permis au droit pénal américain d'être en dialogue avec d'autres rationalités, d'autres logiques, et d'autres disciplines – et donc en dialogue plus direct avec le néolibéralisme économique, quitte à être capté par lui.

L'autonomie n'est pas un bien en soi. En France, tout comme aux États-Unis, le droit pénal constitutionnel a validé la rétention de sûreté³ – donc, une détention *post-peine* et effectivement supplémentaire qui dépend d'une dangerosité future et qui ne saurait en aucune manière s'accorder avec un principe de légalité ou de proportionnalité classique. Du point de vue d'une conception traditionnelle ou autonome de la discipline pénale, il n'y a aucun doute que la rétention de sûreté déroge aux principes jurisprudentiels classiques. Et donc, quelle que soit l'autonomie de l'un ou de l'autre modèle pénal, le résultat final n'en a pas pour autant changé. Il ne faut donc pas concevoir ni l'autonomie, ni la pluridisciplinarité comme bonnes ou mauvaises, mais plutôt analyser les relations, résistances, et influences d'une discipline à l'autre pour en évaluer les conséquences. Car comme il apparaît clairement il y a dérive dans les deux cas.

Le tournant du XXI^e siècle en témoigne. Nous avons vu et vécu, des deux côtés de l'Atlantique, des changements radicaux dans la sanction et l'administration pénale. La tendance la plus choquante et la plus évidente, aux États-Unis du moins, a été l'incarcération en masse – l'augmentation exponentielle en nombre et en taux de prisonniers dans les prisons d'État, les prisons fédérales et les centres de détention. Après cinquante ans de relative stabilité, le taux d'incarcération aux États-Unis a commencé à croître de manière exponentielle au milieu des années 1970 au point où, aujourd'hui, un résident sur 100 se trouve derrière des barreaux (voir figure 1). Des tendances semblables bien que d'une moindre ampleur ont été observées en France, où les taux d'incarcération augmentent légèrement depuis quelques années pour atteindre le niveau de 100 pour 100 000, ou encore plus en Belgique et au Royaume-Uni où la tendance est encore plus marquée (voir figure 2).

3 United States Supreme Court, *Kansas v. Hendricks*, 521 U.S. 346 (1997); Conseil Constitutionnel, Décision n° 2008-562 DC du 21 févr. 2008 (Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental).

Figure 1 : Taux de prisonniers (par 100 000 habitants)
dans les prisons fédérales et étatiques aux USA

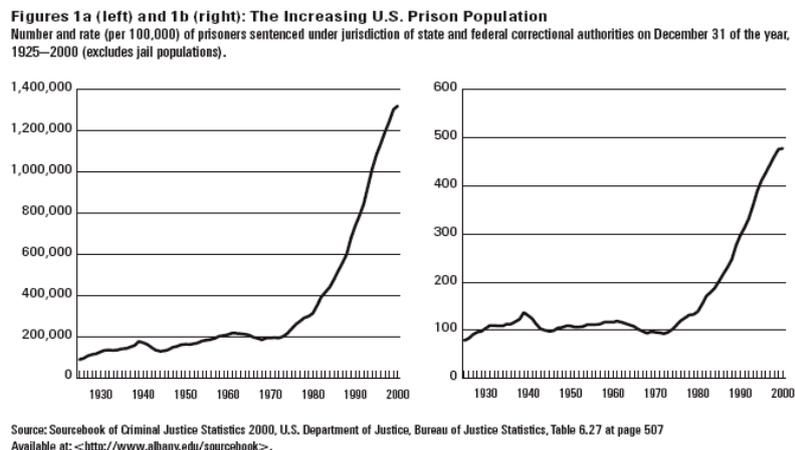
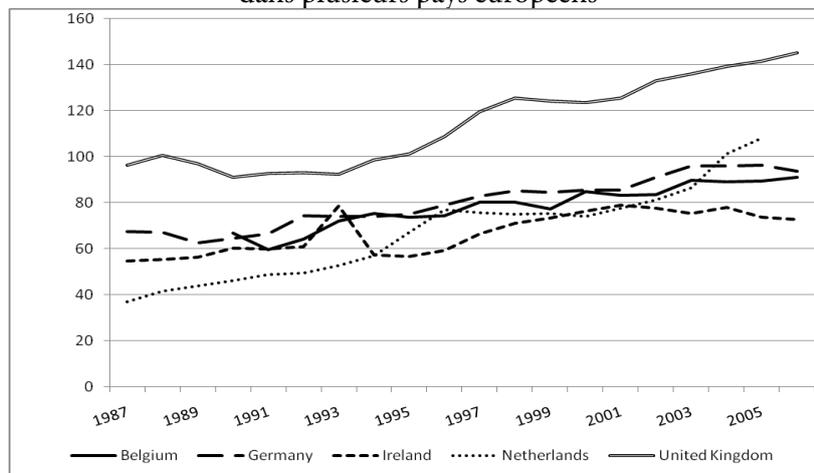


Figure 2 : Taux de prisonniers (par 100 000 habitants)
dans plusieurs pays européens



Autre développement important aux États-Unis : le recours aux méthodes et aux instruments dits « actuariels », c'est-à-dire aux outils d'évaluation du risque pour prédire le succès ou l'échec d'une mise en liberté conditionnelle des détenus, mesurer le potentiel d'une dangerosité future ou identifier les délinquants sexuels violents. Le Canada aussi a commencé à faire usage des instruments actuariels, et la logique de prédiction actuarielle – mais pas nécessairement l'utilisation de ces instruments en tant que tels – s'est infiltrée dans un certain nombre de pays européens comme la France qui a donc accueilli avec enthousiasme la rétention de sûreté en 2007.

Les États-Unis, la France, le Canada, ainsi que d'autres pays européens ont aussi fait l'expérience – à des moments différents et dans des mesures différentes – d'une augmentation de l'utilisation de stratégies du maintien d'ordre, tel que la tolérance zéro et la politique de la fenêtre brisée (*broken-windows policing*) ; le traitement plus dur des délinquants juvéniles ; l'augmentation du recours à la vidéosurveillance, la collecte de données biométriques, le renseignement et le regroupement d'information à travers des initiatives telles que le *total awareness program* aux États-Unis, la mise en place de fichiers ADN en France et en Angleterre, la vidéosurveillance en circuit fermé au Royaume-Uni, et à la fois la recherche de données et le partage de celles-ci ; et des condamnations plus dures, incluant l'adoption de peines planchers obligatoires, les *three-strikes laws* à l'encontre des multirécidivistes, l'alourdissement de peine en cas de présence de drogue ou d'armes à feu, et les recommandations de condamnations à durée fixe et plus longues.

Certes, dans beaucoup de ces domaines, les États-Unis ont exporté leurs idées et leurs technologies, comme la politique des fenêtres brisées et les peines planchers. Mais pas pour tout. La France a été pionnière dans le domaine des forces de sécurité antiémeutes paramilitaires et est un leader, avec le Royaume-Uni, en ce qui concerne la collecte de données ADN. Le Royaume-Uni est en avance dans l'utilisation de la vidéosurveillance en circuit fermé ; et l'Italie est au premier rang en ce qui concerne les procédures judiciaires *bunker-style*. L'instrument actuariel dominant employé aux États-Unis – the *Level of Services Inventory — Revised* (LSI-R) – a en fait été inventé et développé par des chercheurs canadiens.

Maintenant, il est tentant de voir ces développements radicaux comme la preuve de quelque chose de « nouveau » ayant émergé au milieu des années 1970 – d'une nouvelle culture de contrôle, d'une nouvelle pénologie ou d'un nouveau recours au biopouvoir. Le graphique saisissant des taux d'incarcération américains – avec sa courbe exponentielle à partir de 1973 – a marqué notre mémoire collective. Avec simultanément l'effondrement des modes de réhabilitation et la promulgation de mesures d'ordre public, il plaide en faveur d'une explication qui coïnciderait chronologiquement avec le milieu des années 1970.

Mais il ne faut pas donner trop d'importance à ce moment particulier. Après tout, le maintien de l'ordre est une pratique disciplinaire qui remonte au moins au XIX^e siècle.⁴ Les instruments actuariels furent utilisés pour prédire la dangerosité dès le début des années 1930 aux États-Unis.⁵ La collecte de données biométriques et son utilisation ont de tragiques antécédents au début du XX^e siècle en Europe et en Amérique du Nord – avec les stérilisations forcées, l'eugénisme et la phrénologie.⁶ Même l'incarcération en masse n'est pas sans précédent – les États-Unis ont interné des patients souffrant de troubles mentaux dans toutes sortes d'établissements psychiatriques dans les

4 Foucault, Michel, *Sécurité, Territoire, Population : Cours au Collège de France. 1977-78*. Paris, Seuil/Gallimard, 2004, p. 47 et Harcourt, Bernard E., *Illusion of Order : The False Promise of Broken Windows Policing*. Cambridge : Harvard University Press, 2001.

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

6 King, Desmond, *In the Name of Liberalism : Illiberal Social Policy in the United States and Britain*. Oxford, UK : Oxford University Press, 1999.

années 1930, 40 et 50, à des taux comparables aux taux d'incarcération actuels.⁷

Plutôt que de chercher des explications internes aux années 1970, il est important de prendre du recul et d'explorer la courbe pénale sur le long terme et de réexaminer la question de l'autonomie de la pensée pénale. Il faut relier les manifestations récentes et, il faut le reconnaître, radicales à leurs antécédents du début du XX^e siècle, voire plus tôt encore lors de la naissance de la prison au début du XIX^e. Tous ces développements doivent être placés dans un contexte historique plus large, ainsi que dans l'histoire de l'autonomie et de la pluridisciplinarité du droit plus généralement. Car une part importante de la dérive résulte précisément, du moins aux États-Unis, de l'*autonomisation* du pénal durant les XIX^e et XX^e siècles – plus exactement de l'exclusion du domaine pénal de la rationalité économique dominante, ce qui a eu l'effet de transformer le pénal en exception, en zone limite, où l'intervention gouvernementale devient légitime et perçue comme efficace.

Pour comprendre le modèle antérieur pluridisciplinaire fondé sur la notion de « police » – qui, semble-t-il, continue à dominer le champ pénal en France mais pas en Amérique – il faut remonter à la notion d'économie publique étroitement liée qu'elle est à la « police » du milieu du XVIII^e siècle. Ce modèle antérieur comprenait la pénalité comme application des concepts fondamentaux de l'économie publique ; il revient en particulier à Beccaria, l'un des premiers économistes d'Europe, d'avoir fait cette application de la logique économique au droit pénal. Commençons donc là.

I. — MODELE PLURIDISCIPLINAIRE DU DROIT PENAL

Adam Smith et la « police »

Il fut un temps où l'organisation, l'administration et la réglementation, bref, la « police » des marchés, faisaient partie intégrante du champ de l'économie publique. Le jeune Adam Smith l'avait bien compris, et usait en fait d'une rhétorique de « police » pour discourir sur l'économie publique, la réglementation des marchés, les monopoles, l'argent et le commerce : comment, en somme, augmenter la richesse d'une nation.

Dans ses *Lectures on Jurisprudence*, qu'il a prononcées à l'université de Glasgow entre 1762 et 1764 – après la publication de *The Theory of Moral Sentiments* en 1759⁸ mais avant *The Wealth of Nations* en 1776⁹ – le jeune Adam Smith utilisait de façon exclusive le terme « police » pour parler d'économie publique. Il définissait le rôle principal de « police » comme

7 Harcourt, Bernard E., "From the Asylum to the Prison: Rethinking the Incarceration Revolution", *Texas Law Review*, Vol 84, 2006, p. 1751-1786 et Harcourt, Bernard E., "From the Asylum to the Prison: Rethinking the Incarceration Revolution – Part II: State Level Analysis", University of Chicago Law & Economics, Olin Working Paper No. 335 (mars 2007).

8 Smith, Adam, [1759], *The Theory of Moral Sentiments, Théorie des sentiments moraux*, PUF « Quadrige », 2003.

9 Smith, Adam, [1776], *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations, La Richesse des nations*, PUF « Pratiques théoriques », 1995.

facilitant un *bon marché*. Une fois que la sécurité interne d'une nation était assurée et que ses sujets pouvaient jouir de leur propriété privée, d'après un discours de Smith en 1762-1763, l'attention de l'État devrait se tourner vers la tâche de promouvoir la richesse de l'État. « Ceci produit ce que nous appelons la police » dit Smith. « Quelles que soient les réglementations au regard des échanges, du commerce, de l'agriculture, les industries du pays sont considérées comme appartenant à la police ».¹⁰

Le jeune Smith retraçait la notion de police à l'administration française, rappelant au passage que le roi de France exigeait trois services de son *lieutenant général de police* – à savoir qu'il assure la propreté et la sécurité de la nation ainsi que l'abondance et les bas prix des denrées dans les marchés. Smith se référait particulièrement au célèbre lieutenant de police, le marquis d'Argenson, chef de la police de Paris de 1697 à 1718, et à l'histoire racontant qu'au moment d'accéder à son poste, il fut rappelé à d'Argenson que le roi s'attendait à ce qu'il s'occupe de trois choses : « en premier la *netteté* ou propreté, en deuxième l'*aisance* ou sécurité, et en troisième le *bon marché* ou bas prix des provisions ».¹¹ Ainsi, sous l'intitulé de police, Smith déclara dans ses discours de 1763-64 : « nous considérerons l'opulence d'un État », ou plus particulièrement « la considération du bon marché ou de l'abondance, ou bien, ce qui est la même chose, la manière la plus convenable de procurer richesse et abondance ».¹²

Pour les premiers économistes publics, la « police » était ce qui assurait l'approvisionnement en abondance des denrées et marchandises nécessaires. Comme Michel Foucault, Pasquale Pasquino et d'autres l'ont montré, cette première notion de « police » véhiculait un certain nombre de sens, et pas seulement la fonction de faire respecter l'ordre associée au *lieutenant général de police* qui, en quelque sorte, correspond peu ou prou à ce que nous entendons aujourd'hui par une mise en œuvre de la loi et des uniformes bleus.¹³ Le terme de « police » recouvrait aussi, de façon plus large, ce que nous appellerions aujourd'hui « l'administration », mais l'administration limitée aux subdivisions de l'État ; le terme de *gouvernement*, au contraire, recouvrait l'administration de l'État.¹⁴ Plusieurs sens se chevauchaient : l'administration de la subsistance et des marchés tombait sous la juridiction de fonctions de police et était perçue comme une incitation à la surveillance. Comme les premiers discours de Smith le démontrent, l'économie publique et la « police » ne faisaient qu'un.

10 Smith, Adam, *Lectures on Jurisprudence* [1762-63 ; 1766]. Ed. R. L. Meek, D. D. Raphael, and P.G. Stein. Oxford : Clarendon Press, 1978, p. 5 [i.1-2].

11 *Idem* p. 5 [i.1-2].

12 Smith, Adam, *Lectures on Jurisprudence* [1762-63 ; 1766]. Ed. R. L. Meek, D. D. Raphael, and P.G. Stein. Oxford : Clarendon Press, 1978, p. 398 [5] et 487 [205].

13 Olivier-Martin, François, *La Police économique de l'Ancien Régime* [1945], Paris, Éditions Loysel, 1988, p. 13-22 ; Kaplan, Steven L., *Bread, Politics and Political Economy in the Reign of Louis XV*. 2 Volumes. The Hague : Martinus Nijhoff, 1976, Vol. I, p. 11-14 ; Foucault, Michel, *Sécurité, Territoire, Population*, *op. cit.* p. 320-322 ; Pasquino, Pasquale, "Theatrum Politicum : The Genealogy of Capital – Police and the State of Prosperity", in *The Foucault Effect : Studies in Governmentality*, eds. Graham Burchell, Colin Gordon & Peter Miller. Chicago : University of Chicago Press, 1991, p. 109-116 et Napoli, Paulo, *Naissance de la police moderne : Pouvoir, normes, société*. Paris : Éditions La Découverte, 2003, p. 8.

14 Olivier-Martin, François, *La police économique de l'Ancien Régime*, *op. cit.*, p. 13.

Parmi les défenseurs de la *police des grains* – comme le commissaire Nicolas Delamare, auteur du *Traité de la police*¹⁵ – la police des marchés réduisait le prix du pain et assurait donc un *bon marché*. Delamare expliquait qu'il avait vu de près la famine et les pénuries alimentaires. Il favorisait le libre-échange, mais une supervision et une administration étaient nécessaires surtout en temps de pénurie. La vraie liberté nécessitait une organisation du gouvernement. Afin de parvenir au bon marché et à l'abondance – le but central de l'économie publique – il était nécessaire de réguler le marché. Pour ce point de vue d'alors, *police* et bien public économique, encore une fois, ne faisaient qu'un.

Il n'y avait qu'un pas à faire pour étendre directement cette logique au domaine de la sanction pénale. C'est exactement ce que fit Cesare Beccaria, jeune aristocrate milanais, dans son court mais retentissant pamphlet *Dei delitti e delle pene (Des délits et des peines)* publié en 1764.¹⁶ Beccaria vantait que le nouveau champ de l'économie publique avait dompté et civilisé les nations à travers le commerce. « Nous avons découvert les vraies relations entre le souverain et les sujets, déclara Beccaria, et les nations se font une guerre silencieuse par le commerce, guerre la plus humaine et la plus digne d'hommes raisonnables ».¹⁷ Beccaria pensait que les mêmes leçons pourraient dompter et civiliser les pratiques de châtement, et du même coup éliminer les excès brutaux de la pénalité du XVII^e siècle.

Sous l'influence de Beccaria, le champ de l'économie publique coloniserait le domaine pénal et imposerait la même logique de réponses mesurées et proportionnées au même problème de la tendance naturelle de l'homme à s'écarter du droit chemin. Dans la sphère pénale, tout comme dans le domaine économique, la solution que Beccaria proposait était d'administrer convenablement un ensemble rationnel de tarifs et de prix. Pour Beccaria, la « police » faisait partie intégrante de l'économie publique. Par conséquent, les discours de Beccaria sur l'économie publique prononcés à Milan en 1769 – dont les notes furent publiées à titre posthume – recouvraient cinq domaines : l'agriculture, les arts et métiers, le commerce, la finance et la *police*. « De la police » faisait partie intégrante de l'étude de l'économie publique – une section à part entière au même titre que le commerce et la finance – parce qu'elle partageait la même rationalité, à savoir celle de l'administration publique.¹⁸

Le dénominateur commun au jeune Adam Smith et à Beccaria est la continuité entre « police » et économie. Pour l'un comme pour l'autre, les deux sphères se recoupent. Pour Smith, la catégorie générale est la « police », elle subsume le débat de l'économie publique et de la richesse d'une nation. Pour Beccaria et d'autres caméralistes de son époque, la catégorie principale est l'économie publique, à l'intérieure de laquelle la « police » constitue un important secteur – comme le commerce et la finance. Dans les deux

15 Delamare, Nicolas, *Traité de la police*. 1705-1738, Édition augmentée. Paris, J. et P. Cot ; M. Brunet ; et J.-F. Hérisant.

16 Harcourt, Bernard E., « Cesare Beccaria et son traité *Des délits et des peines*, » in Jean-Louis Halperin et Olivier Cayla (eds), *Le Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Paris, Dalloz, 2008.

17 Beccaria, Cesare, *On Crimes and Punishments and Other Writings*, [1764]. ed. Richard Bellamy. Cambridge UK : Cambridge University Press, 1995, p. 8.

18 Beccaria, Cesare, *Edizione Nazionale delle Opere di Cesare Beccaria*. Ed. Luigi Firpo. 7 volumes. Milano : Mediobanca, 1984-1990.

représentations, les deux domaines sont continus et se chevauchent entièrement. Il n'est donc pas étonnant que Beccaria fut nommé titulaire de la chaire des sciences camérales à l'École Palatine de Milan en 1769, où il enseigna l'économie publique – une des seules trois chaires en économie créées au XVIII^e siècle.¹⁹

II. — MODELE DE L'AUTONOMIE ET EXCEPTIONNALISME PENAL

Cette vision continue, cet *overlap* de l'économie publique et du domaine de la « police » – cette pluridisciplinarité qui domine encore, je pense, dans le domaine juridique en France – cède pourtant le pas dans la seconde moitié du XVIII^e siècle à un modèle bien différent, qui influencera le courant de la pensée juridique aux États-Unis. Cet autre modèle se fonde *a contrario* sur une séparation du pénal et de l'économie politique qui s'opère au moment de l'insertion d'une notion d'ordre naturel dans le champ économique. Ici, ce sont les Physiocrates qui ont été décisifs.

Si le *bon marché* et l'abondance étaient le but de l'économie publique et de la *police des grains* au milieu du siècle, il en fut tout autrement ne serait-ce que dix ans plus tard. Le contraste est frappant, et traduit par le nouveau dogme de François Quesnay :

*Abondance et non-valeur n'est pas richesse.
Disette et cherté est misère.
Abondance et cherté est opulence.*²⁰

En d'autres termes, ce n'est plus le *bon marché* qui signifie richesse d'une nation, c'est l'association de l'abondance et des prix élevés qui produit l'opulence. Ce revirement allait radicalement transformer le sens, la connotation et le rôle de la « police » – et ce d'abord dans les écrits des premiers *économistes*. Depuis la première publication de François Quesnay dans le domaine de l'économie publique – son article sur les *Fermiers* au tome IV de l'*Encyclopédie* en 1756 – à ses derniers écrits sur l'économie rassemblés et publiés dans la *Physiocratie* de Du Pont de Nemours en 1768, Quesnay réorienta en profondeur la relation entre économie publique et « police » : sous ce nouvel angle, l'intervention gouvernementale sur les marchés devenait oppressive et interférerait avec le fonctionnement autonome d'un système économique gouverné par les lois et l'ordre naturels. Déjà en 1776, année de publication de *La Richesse des nations*, Adam Smith n'utilisait plus la catégorie « police » pour parler d'économie publique. En fait, le terme « police » n'apparaît que rarement dans tout le texte de *La Richesse des nations* et toujours avec une connotation purement historique.

19 Groenewegen, Peter D., *Eighteenth Century Economics : Turgot, Beccaria, Smith and their Contemporaries*. Routledge Studies in the History of Economics. London : Routledge, 2002, p. 40 n. 2.

20 Quesnay, François, *Œuvres économiques complètes et autres textes*. Ed. Christine Théré, Loïc Charles & Jean-Claude Perrot. 2 vol., Paris, Institut National d'Études Démographiques (Ined), 2005, p. 570.

François Quesnay présenta l'idée d'ordre naturel à ses contemporains dans son *Tableau économique*, publié d'abord dans un volume augmenté de *L'Ami des hommes* du marquis de Mirabeau en 1760. Le *Tableau* était une description imagée de flux d'argent et de marchandises entre les trois principales classes de la société – les cultivateurs, les propriétaires terriens et les fabricants. Au moyen d'un simple graphique couvert de zigzags, Quesnay cherchait à visualiser ses thèses principales, à savoir que la production agricole est l'unique source de toute la richesse de la société, que la richesse ne peut être produite que par le biais d'un système autonome d'échanges, et que par conséquent l'État doit cesser d'intervenir sur les tarifs douaniers, les restrictions de circulation du commerce, et autres régulations.

Le *Tableau économique* de Quesnay reçut beaucoup d'attention parce qu'il essayait de représenter graphiquement et systématiquement un système économique – ce que Louis Dumont appelle « un tout ordonné ».²¹ C'est précisément ce que Marx trouva si génial. Marx écrivit sur le *Tableau* de Quesnay dans ses *Théories de la plus-value*, que « cette tentative de représenter le tout dans un tableau qui ne se compose en fait que de cinq lignes, reliant six points de départ à leur point d'arrivée, dans la seconde moitié du XVIII^e siècle, l'enfance de l'économie publique, fut un coup de génie, et sans doute le plus brillant dans l'histoire de l'économie publique ».²²

Mais ce qui fut encore plus important et influent sur la future pensée libérale n'était pas simplement la notion d'un *système* économique, mais plutôt l'idée d'un *ordre naturel*. Les systèmes peuvent bien fonctionner avec une régulation et une intervention externes : un moteur fonctionne parfaitement dans son ensemble tant qu'on l'alimente en essence. Ce qui est remarquable dans le *Tableau* de Quesnay est que son système est gouverné par un ordre naturel, indépendant de toute intervention externe. Quesnay n'a pas seulement apporté l'idée d'un système, mais aussi celui d'un ordre de la nature – idée qui reçut par la suite son expression la plus élaborée dans le livre de Mercier de la Rivière, *L'Ordre naturel et essentiel des sociétés politiques*, en 1767.

Bien entendu, l'idée d'un ordre naturel n'était pas entièrement neuve. Simone Meyssonnier, dans son histoire des origines de la pensée libérale en France au XVIII^e siècle, fait remonter l'idée à Pierre Le Pesant de Boisguilbert qui écrivit presque cent ans auparavant entre 1695 à 1707.²³ Joseph Schumpeter est connu pour avoir fait remonter cette notion aux Scolastiques, les théologiens des XIV^e et XV^e siècles.²⁴ Et Dupont de Nemours lui-même, le plus grand admirateur et disciple de Quesnay et son principal porte-parole, fit remonter la doctrine physiocratique au marquis d'Argenson, entre autres, à qui l'on doit la maxime « Pas trop gouverner ».²⁵ Mais la véritable originalité

21 Dumont, Louis, *From Mandeville to Marx : The Genesis and Triumph of Economic Ideology*. Chicago : University of Chicago Press, 1977, p. 41.

22 Marx, Karl, *Théories sur la plus-value (Livre IV du Capital)*, 3 tomes. Sous la direction de Gilbert Badia. Paris, Éditions Sociales, 1974, p. 399.

23 Meyssonnier, Simone, *La Balance et l'Horloge. La genèse de la pensée libérale en France au XVIII^e siècle*. Montreuil, France, Les Éditions de la Passion, 1989.

24 Schumpeter, Joseph, *History of Economic Analysis* [1954] New York : Oxford University Press, 1968, p. 97.

25 Dupont de Nemours, « Sur les Économistes » dans *Cœuvres de Mr. Turgot, Ministre d'État, Précédées et accompagnées de Mémoires et de Notes sur sa Vie, son Administration et ses Ouvrages*. Ed. Dupont de Nemours. Tome 3. Paris : Imprimerie de Delance, 1808.

n'est pas la seule source d'influence. L'obsession de Quesnay pour l'ordre naturel était *perçue* comme étant nouvelle – la perception étant souvent ce qui compte le plus. Nouvelle et radicale. Beaucoup ont cru qu'elle inaugurerait, selon les termes de Dupont de Nemours, « une nouvelle science en Europe » et beaucoup soutinrent en Quesnay le père fondateur d'une nouvelle science, comme le démontre pertinemment Emma Rothschild.²⁶

La naissance, ou plus précisément l'émergence et la maturation de l'idée de l'ordre naturel aida à façonner une vision de la sphère économique en tant que système autonome, auto-ajusté et autorégulé qui pourrait atteindre spontanément un équilibre naturel et augmenter la richesse.

Le despotisme légal et le nouveau rôle du pénal

Bien qu'enchantés par une chaire en économie à Milan, les Physiocrates se rendaient bien compte de leur différence fondamentale avec la vision pénale de Beccaria. Dupont annonça bien l'honneur accordé à Beccaria dans ses *Éphémérides* en 1769²⁷; mais pas sans en souligner quelques différences. « Nous nous chargerions volontiers par exemple de démontrer quelques vérités dont M. le Marquis de Beccaria n'étoit pas encore convaincu lorsqu'il a publié son excellent Ouvrage *des Délits & des Peines* », écrit Du Pont.²⁸ Du Pont cibra en particulier la question de propriété privée, soulignant que Beccaria en avait certainement pas compris l'importance : « le droit de propriété *n'est pas* un droit terrible » (*Éphémérides* 1769 (3) : 178) et « la contrebande *n'est point* un vol fait au Fisc » (*Éphémérides* 1769 (3) : 179). Beccaria avait écrit que le contrebandier devait être puni sévèrement. Du Pont, au contraire, indiqua que le vrai criminel n'était point le contrebandier, mais le fisc lui-même : « s'il y a donc relativement à la contrebande un véritable *délit qui mérite la prison & la servitude*, ce n'est pas celui des contrebandiers, mais celui... des *Réglementaires* qui ont proposé, qui proposent, qui ont fait & qui font adopter dans un trop grand nombre de Royaumes des Ordonnances qui gênent le commerce, & une Inquisition fiscale ou *Monopolaire* attentatoire aux droits naturels des Citoyens, à leur propriété, à leur liberté civile, décourageante pour les travaux utiles, & aussi redoutable pour la richesse publique que pour celle des particuliers ».²⁹

En effet, l'ordre naturel dans le domaine économique avait des implications pour le pénal : la naissance même de cette idée d'ordre naturel dans les écrits des Physiocrates conduisit à l'*expansion* de la sphère pénale en tant que seul espace légitime pour l'administration et l'intervention gouvernementales. L'idée d'ordre s'est muée en théorie politique qui associait inactivité en matière commerciale et maintien de l'ordre centralisé et autoritaire ailleurs – ce que les Physiocrates appelaient la doctrine du « despotisme légal ». Sous la rubrique du despotisme légal, François Quesnay et Le Mercier de la Rivière

26 Rothschild, Emma, "Global Commerce and the Question of Sovereignty in the Eighteenth-Century Provinces", *Modern Intellectual History*, Vol. 1, No. 1, p. 3-25 (2004), p. 4.

27 *Éphémérides du citoyen, ou bibliothèque raisonnée des sciences morales et politiques*, 1769, Tome Troisième, Éd. Dupont de Nemours. Paris, Chez Lacombe, 1769, p. 159-181.

28 *Id.*, p. 178.

29 *Id.*, p. 180-181.

ont formulé un idéal politique d'inactivité gouvernementale complète *partout sauf* dans la sphère pénale. Étant donné l'existence de lois naturelles gouvernant le commerce, les *économistes* n'envisageaient aucun autre rôle pour le corps législatif que celui de criminaliser et de punir sévèrement ceux qui avaient dévié de l'ordre naturel.

L'ordre naturel dans l'univers impliquait le despotisme légal dans les affaires humaines. Les physiocrates adoptèrent cette doctrine en 1767 avec la publication la même année de l'essai de Quesnay, *Despotisme de la Chine*, et du livre de Mercier, *L'Ordre naturel et essentiel des sociétés politiques*.³⁰ Leurs écrits économiques les conduisirent, de manière syllogistique, à la conclusion que l'ordre naturel dans la sphère économique autonome exige qu'il n'y ait à la fois aucune intervention humaine (en termes de loi positive) dans le domaine économique, et que la loi positive se limite à punir la déviance à la loi naturelle, en d'autres termes, à réprimer le vol et la violence. La logique était la suivante :

1. Le domaine économique – agricole et commercial – est gouverné par les lois naturelles fondamentales qui promeuvent intrinsèquement les meilleurs intérêts de l'humanité.
2. Les lois positives faites par les hommes peuvent au mieux réfléchir l'ordre naturel et représenter la loi naturelle. Dans le domaine économique, la loi positive dévie habituellement de la loi naturelle, produisant le désordre plutôt que l'ordre.
3. Ainsi le droit positif ne devrait pas s'étendre au domaine des lois naturelles, ou bien, comme l'a formulé Quesnay, « La législation positive ne devrait donc pas atteindre le domaine des lois physiques ». ³¹ Précisément pour cette raison, il n'y a pas besoin d'un corps législatif séparé. Le pouvoir législatif doit être centralisé au sein d'un corps exécutif unifié – un despote légal – qui apprend et applique directement les lois de la nature.
4. Il existe néanmoins des hommes dont les passions sont, selon le terme de Quesnay, « dérégées », ³² et qui n'apprécient, ni ne suivent les lois fondamentales de la nature.
5. Le seul objet légitime des lois positives faites par les hommes est donc de punir sévèrement ces hommes aux passions dérégées afin de protéger la société « des voleurs et des méchants », comme l'écrit Quesnay. ³³

La notion d'ordre naturel est à l'œuvre dans cette argumentation logique, et elle mène inexorablement à une sphère pénale qui est d'un côté marginalisée, mais qui d'un autre côté est débridée et autorisée à s'étendre sans limites. Puisque les passions de certains hommes sont dérégées et que ces hommes ne peuvent apprécier l'ordre naturel, le despote légal dispose de pleins pouvoirs pour réprimer et punir. Le droit positif fait par les hommes n'a qu'une fonction légitime : celle de punir ceux qui violent l'ordre naturel, qui sont dérégés, qui ne respectent pas les lois de la nature. L'ordre naturel va de pair avec le « despotisme légal » dans la pensée physiocratique du XVIII^e siècle,

30 Le Mercier de La Rivière, Pierre-Paul, [1767]. *L'Ordre naturel et essentiel des sociétés politiques*. Londres : Chez J. Nourse (& se trouve à Paris, Chez Desaint), rééd., Paris, Librairie Arthème Fayard, 2001.

31 Quesnay, François, *Œuvres économiques complètes et autres textes*, op. cit., p. 1017.

32 *Idem*.

33 *Idem*.

exactement de la même manière, comme nous allons le voir, dont l'efficacité du marché va aujourd'hui de pair avec la pénalité néolibérale.

De Bentham à l'École de Chicago

Ce nouveau paradigme pénal – autonome, donc, de l'ordre naturel économique – a influencé de manière importante la pensée libérale du XIX^e siècle et la pensée néolibérale moderne. C'est le plus évident dans l'œuvre de Jeremy Bentham. Bien qu'il rejetât, comme Adam Smith, la pensée physiocratique – principalement à cause de la dévotion de Quesnay à l'agriculture comme seul moyen de créer de la richesse au niveau national – il adopta et développa la notion de l'ordre naturel dans ses écrits économiques et reproduisit – en alliant étrangement la théorie libérale économique à la théorie du châtement de Beccaria – la même relation entre les marchés et la sanction pénale : l'ordre naturel dans la sphère économique mais l'intervention du gouvernement dans la sphère pénale. Concernant l'économie publique, comme on peut le voir dans son *Manual of Political Economy*, écrit entre 1793 et 1795, et dans son *Institute of Political Economy*, écrit entre 1800 et 1804, Bentham adopta le libéralisme d'Adam Smith.³⁴ « Be quiet » fut sa règle générale en matières économiques.³⁵ Concernant la sanction pénale, cependant, Bentham adopta Beccaria en bloc. Dans tous les sujets ayant trait au pénal, Bentham s'alignait à la notion de *police* et d'administration de Beccaria – notion d'une sphère d'activité humaine qui doit être entièrement gérée par le gouvernement. En fait, pour Bentham, le code criminel était précisément un « grand catalogue de prix » au moyen duquel le gouvernement administre la déviance. Le code pénal était un menu de prix fixes, tout à l'inverse du *laissez-faire*. L'influence de Beccaria sur les écrits de Bentham sur le châtement a été formatrice.³⁶

Ce même paradigme pénal refait surface, aujourd'hui, dans les travaux des penseurs *law and economics*, tels que Richard Posner ou Richard Epstein. L'idée d'un ordre naturel s'est changée aujourd'hui en la croyance en l'*efficacité du marché compétitif*. Et c'est précisément l'idée d'un ordre naturel qui rend possible cette conviction de Richard Posner :

« La fonction principale du droit criminel dans une société capitaliste est d'empêcher les gens de contourner le système d'un échange volontaire et rémunéré – le « marché », explicitement ou implicitement – dans des situations où, parce que les coûts de transactions sont faibles, le marché est une méthode plus efficace de distribution des ressources que l'échange forcé... Quand les coûts des transactions sont faibles, le marché est, en pratique et par définition, la méthode la plus efficace de distribution des ressources. Les tentatives de

34 Bentham, Jeremy, *Jeremy Bentham's Economic Writings*. Ed. W. Stark. 3 vols. Leicester : The Blackfriars Press Limited, 1952, p. 233-235.

35 Bien sûr, cette interprétation n'est qu'une simplification d'un domaine beaucoup plus compliqué. Voir mon chapitre sur Bentham in Harcourt, Bernard E., *The Illusion of Free Markets : Punishment and the Myth of Natural Order*. Cambridge : Harvard University Press, 2010..

36 Hart, H.L.A., "Bentham and Beccaria", Chapter 2 in *Essays on Bentham : Jurisprudence and Political Theory*. Oxford : Oxford University Press, 1982, p. 45.

contournement du marché seront donc découragées par un système légal porté à promouvoir l'efficacité. »³⁷

En fait, l'efficacité naturelle est tellement essentielle à la pensée de Richard Posner qu'il *définit* le comportement criminel en termes d'efficacité : le comportement criminel *est* un comportement humain qui est inefficace. Comme l'explique Posner : « Je soutiens que ce qui est interdit est une catégorie d'actes inefficaces ». ³⁸ La définition même du crime repose sur la notion d'efficacité naturelle. Les Physiocrates définissaient la criminalité de la même manière, comme un désordre et une déviance par rapport aux lois naturelles ; la pensée néolibérale actuelle reproduit cette séparation de la « police » et de l'économie politique.

En somme, ces idées de l'efficacité du marché et de l'exception pénale remontent, de façon remarquable, à la pensée libérale originelle. La première idée, celle des marchés naturellement efficaces, est liée directement à la naissance, à l'émergence et au triomphe de l'idée d'un ordre naturel en économie – et donc à la pensée physiocratique de François Quesnay, du marquis de Mirabeau, de Dupont de Nemours, de Le Mercier de la Rivière et d'autres économistes français de la période allant de 1756 à 1767. Leur notion d'ordre naturel s'est transformée au fil du temps en la notion économique moderne de l'efficacité du marché qui est au cœur de la pensée néolibérale.

III. — LA PENALITE NEOLIBERALE AUX ETATS-UNIS

Le tournant punitif aux États-Unis a été facilité – non pas causé, mais facilité par cette séparation de l'économie et du pénal, et de cette autonomisation et marginalisation du pénal. C'est précisément cela qui a donné lieu à l'émergence de ce que j'appellerais la *pénalité néolibérale*.³⁹ Par *pénalité*

37 Posner, Richard A., "An Economic Theory of the Criminal Law", *Columbia Law Review*, Vol. 85, No. 6 (October 1985), p. 1195.

38 *Idem.*

39 Le terme de « néolibéralisme », comme la plupart des appellations qui terminent en « isme », est vivement contesté, même parmi ceux qui ont étudié le concept de près (Campbell, John L. & Ove K. Pedersen, eds. *The Rise of Neo-Liberalism and Institutional Analysis*. Princeton, NJ : Princeton University Press, 2001, p. 270). De manière générale, j'emploie le terme « néolibéral » dans un sens légèrement plus large que certains des écrits plus critiques sur le néolibéralisme qui ont tendance à se concentrer plus fortement sur la période suivant les années 1970 – appelant la période précédente « libéralisme enchâssé » (*embedded liberalism*) – et qui portent principalement sur la montée de Ronald Reagan et de Margaret Thatcher, sur la vague de privatisations qui a suivi et sur le « Consensus de Washington » des années 1990 (Harvey, David. *A Brief History of Neoliberalism*. Oxford : Oxford University Press, 2005, p. 11-13 ; Dumézil, Gérard & Dominique Lévy, *Capital Resurgent : Roots of the Neoliberal Revolution*. Derek Jeffers trans. Cambridge, MA : Harvard University Press, 2004, p. 1, p. 205-6 et p. 211 ; Peck, Jamie & Adam Tickell, "Neoliberalizing Space", in *Spaces of Neoliberalism : Urban Restructuring in North America and Western Europe*. Neil Brenner & Nik Theodore, eds, Oxford UK : Blackwell Publishing, 2002, p. 33, 37). J'essaie aussi de le distinguer de la mondialisation, avec laquelle il est si souvent confondu (Peck & Tickell, *id.*, p. 35), et des « néolibéralismes transnationaux » (*Id.*, p. 394). J'emploierai ici le terme pour couvrir au moins trois dimensions particulières. La première et la plus simple est d'aspect chronologique. Elle permet de distinguer les penseurs du XXe siècle tels que Friedrich Hayek, Milton Friedman et George Stigler des premiers penseurs libéraux comme Adam Smith et François Quesnay. La

néolibérale, j'ai à l'esprit une forme de rationalité selon laquelle la sphère pénale est repoussée en dehors de l'économie politique et sert de limite : la sanction pénale se distingue de la logique dominante de l'économie néo-classique en tant que seul espace où l'ordre est légitimement mis en œuvre par le gouvernement. L'essentiel de l'échange économique – le cœur de la société – est considéré comme ordonné, volontaire et tendant vers le bien commun ; la sphère pénale est à la périphérie, où seul le gouvernement peut intervenir, et là seulement.⁴⁰

Le discours de la pénalité néolibérale – né au XVIII^e siècle, développée durant les XIX^e et XX^e siècles, et actuellement en plein essor – facilite la croissance de la sphère pénale. La pénalité néolibérale favorise la résistance à l'intervention du gouvernement sur le marché mais l'approbation de la criminalisation en dehors. Elle facilite l'adoption de nouveaux statuts criminels et

deuxième dimension est plus idéologique. Les premiers penseurs libéraux avaient un ensemble d'idées qui n'avaient pas encore été mises à l'épreuve ; ils étaient, dans ce sens, plus utopiques ou idéalistes. Les néolibéraux contemporains arrivent après des événements historiques d'importance considérable, notamment la crise de 1929, le New Deal et l'effondrement financier de 2008. En ce sens, le néolibéralisme contemporain a une dimension idéologique parce qu'il essaye de minimiser l'échec historique du marché et continue de croire aux mêmes principes que les premiers libéraux. La troisième dimension a à voir avec la conviction ou la foi : le néolibéralisme est ici compris comme la croyance selon laquelle nous vivons réellement dans un système de libre marché au États-Unis et que ce système a triomphé. C'est la croyance que les premiers marchés européens du XVIII^e siècle étaient complètement réglementés et que ceux des États-Unis d'aujourd'hui sont libres ; et que malgré les crises et les plans de sauvetage répétés, les marchés libres l'ont emporté. Ainsi mis en perspective sur la longue durée, il apparaît que le néolibéralisme représente un ensemble de suppositions par défaut en faveur des marchés non réglementés. Il ne correspond pas tout à fait à la position la plus extrême du marché libertaire associé à l'école de Chicago de l'origine. Il s'agit plutôt d'un point de vue plus modéré : le point de vue selon lequel l'intervention du gouvernement dans le domaine économique a *tendance à être inefficace* et devrait donc être évitée. Ce qui caractérise ce point de vue plus modéré est un ensemble de suppositions *a priori* moins tranchées, surtout dans le discours autour du débat économique. Contrastant avec le discours plus extrême des débuts de l'école de Chicago – par exemple, l'argument selon lequel le libre marché est en pratique toujours plus efficace – les néolibéraux du marché suggèrent que l'intervention du gouvernement a *tendance à être moins efficace* ; qu'en général les mécanismes du marché fonctionnent mieux, en partie à cause de coûts de transactions moins élevés, mais aussi parce que les acteurs du marché sont plus habiles à obtenir de l'information et ont tendance à être plus investis dans le résultat final ; et que les agences gouvernementales souffrent de plus gros problèmes entre mandants et mandataires, qu'elles ont moins de souplesse pour s'adapter aux conditions de marché évolutives, perdent de l'importance et deviennent davantage sujettes à la pression des groupes d'intérêt. Ce sont des arguments classiques et, à eux seuls, ils ont tendance à promouvoir une position par défaut approximative qui favorise les mécanismes de marché au détriment de la « réglementation », faisant pencher la balance en faveur des marchés. C'est ce que Jean Comaroff et John Comaroff ont identifié comme « le besoin de supplanter la souveraineté politique par la souveraineté du "marché", comme si ce dernier avait un esprit et une moralité propre » (Comaroff, Jean & John L. Comaroff, eds. 2001. *Millennial Capitalism and the Culture of Neoliberalism*. Durham, NC : Duke University Press, 2001, p. 43).

⁴⁰ Encore une fois, je simplifie pour cette exposition si courte. La relation entre l'économie et le pénal dans les écrits de l'école de Chicago est bien différente que chez les Physiocrates, puisque les théoristes de l'école de Chicago comme Gary Becker essayent explicitement de coloniser le pénal par la rationalité économique. Bien qu'il y ait donc extension de l'économique vers le pénal dans le courant plus moderne, il reste que le pénal demeure exclu entièrement de l'espace ordonné du marché. Il y a donc un glissement dans une seule direction. Voir mon chapitre sur l'école de Chicago in Harcourt 2010, *op. cit.*

l'usage plus libéral de la sanction pénale – *parce que c'est là où l'administration est nécessaire; c'est là où l'État peut légitimement agir; c'est la sphère de gouvernance à proprement parler*. En marginalisant et en repoussant la sanction pénale aux franges du marché, la pénalité néolibérale déchaîne l'État sur la sphère pénale.

Cette vision d'un marché ordonné délimité par la sanction pénale domine l'imaginaire collectif américain actuel. Elle a conduit à une séparation fondamentale entre l'ordre et l'efficacité naturels de l'échange de marché et le besoin d'une intervention gouvernementale décisive dans le domaine pénal. La sanction criminelle tend à être vue aujourd'hui comme l'extrémité exceptionnelle d'un marché autrement ordonné. C'est précisément cette combinaison – l'ordre dans le marché et la police à sa limite extérieure – qui aide à modeler la vision moderne néolibérale de la pénalité. En un mot, l'autonomisation du droit pénal américain du domaine de l'économie politique – et non pas la pluridisciplinarité d'une police économique – produit une pénalité néolibérale aux États-Unis avec des conséquences déplorables.

IV. — L'EXPANSION DU PENAL AUX ETATS-UNIS

On pourrait ici commencer avec la naissance même de la prison aux États-Unis pendant la période dite de la « Révolution du marché » des années 1820⁴¹. Mais passons plutôt tout de suite à une période plus familière, la nôtre, celle des dernières quarante années durant laquelle nous avons assisté à une expansion quasiment sans limite de la sphère pénale. Une étude menée par le *PEW Center on the States* (mars 2008) signale que les dépenses correctionnelles ont coûté aux États américains la somme extravagante de 47 milliards de dollars en 2008, à cause des taux d'incarcération extraordinairement élevés – rappelons ici qu'« un adulte sur 31, soit 7,3 millions d'Américains sont actuellement en prison, en liberté conditionnelle ou en sursis avec mise à l'épreuve ».⁴² Les dépenses liées aux prisons ont dépassé presque tous les autres budgets de dépense comparables. « La dépense affectée aux crimes et délits pénaux est en train de dépasser la croissance budgétaire de l'éducation, des transports et de l'aide sociale, d'après les données d'États et des autorités fédérales. Seule la dépense pour *Medicaid* a augmenté plus rapidement que les dépenses correctionnelles au niveau de l'État, qui ont quadruplé au cours des vingt dernières années ».⁴³ La dernière fois que ces coûts avaient été étudiés, les États avaient dépensé en tout 38 milliards de dollars sur les seuls budgets correctionnels (ceci à l'exclusion des bâtiments pénitenciers).⁴⁴ Le budget correctionnel annuel de la Californie en 2007-2008 était de 10 milliards de dollars en 2007, presque le double de ce qu'il était en

41 Voir chapitre sur la naissance de la prison dans Harcourt 2010, *op. cit.*

42 Moore, Solomon, "Prison Spending Outpaces All but Medicaid", *New York Times*, March 3, 2009.

43 *Idem.*

44 Bureau of Justice Statistics, US Department of Justice, "Special Report: State Prison Expenditures, 2001", June 2004. Accessible sur www.ojp.usdoj.gov/bjs/pub/pdf/spe01.pdf.

2001.⁴⁵ Pour de nombreux États, le budget annuel alloue un financement plus important pour les prisons que pour les universités.⁴⁶ Ces chiffres sont stupéfiants. Avec environ 1 % de la population adulte derrière des barreaux, la taille et le coût de notre sphère pénale sont sans aucun doute plus importants qu'ils ne l'étaient au cours des périodes prélibérales.⁴⁷

Comment lier ces développements à la pénalité néolibérale ? De façons directes et indirectes. Directes, à travers la rhétorique politique des administrations présidentielles qui ont le plus nourri la frénésie sécuritaire. L'administration du président Ronald Reagan durant les années 1980, par exemple, exploita directement la logique paradoxale de la pénalité néolibérale – comme nous l'a montré Katherine Beckett dans *Making Crime Pay*.⁴⁸ Voici, de ses propres mots, le Président Reagan :

“[T]his is precisely what we're trying to do to the bloated Federal Government today : remove it from interfering in areas where it doesn't belong, but at the same time strengthen its ability to perform its constitutional and legitimate functions.... In the area of public order and law enforcement, for example, we're reversing a dangerous trend of the last decade. While crime was steadily increasing, the Federal commitment in terms of personnel was steadily shrinking...”⁴⁹

Reagan articula ici l'idée centrale de la pénalité néolibérale – l'idée que le gouvernement n'a pas de rôle légitime dans le secteur économique, où il a un ordre naturel, et ne devrait agir que dans le secteur pénal, où son action est non seulement légitime, mais efficace. Cette logique lui servit directement.

Mais indirectement aussi. Cette logique de pénalité néolibérale *facilite* les pratiques contemporaines de sanction pénale aux États-Unis en encourageant la croyance que l'espace *légitime* pour l'intervention du gouvernement est la sphère pénale et, par conséquence, en décourageant toute résistance à l'État

45 California Department of Corrections and Rehabilitation. 2007. “2007-08 Budget Overview”, accessible sur www.cdcr.ca.gov/BudgetRegs/budgetOverview0708.html.

46 Massachusetts Taxpayers Foundation. 2003. “Bulletin : State Spending More on Prisons than Higher Education”, Nov 24, 2003, accessible sur www.masstaxpayers.org/data/pdf/bulletins/11-24-03%20Corrections%20Bulletin.PDF.

47 Ce projet se concentre sur un changement progressif d'une rationalité pénale antérieure à la pénalité néolibérale. Par conséquent, il est important de comparer les pratiques pénales néolibérales *modernes* à des périodes plus anciennes dans les *mêmes* pays néolibéraux, qu'il s'agisse des États-Unis, de la France, ou de la Grande-Bretagne. Il est souvent tentant de comparer le néolibéralisme moderne à d'autres discours contemporains – comme les formes de rationalité communiste, fondamentaliste ou autoritaire – et de suggérer que le néolibéralisme produit une sphère pénale plus importante – ou non. Pour ces comparaisons, beaucoup s'appuient sur le fait que les États-Unis ont le niveau d'incarcération le plus élevé du monde. Ces comparaisons entre le néolibéralisme et d'autres discours actuels ne sont cependant pas ce qui motive ce projet. Cette étude est, au sens large, une critique de la direction que *notre* discours a prise, suggérant qu'il est parti dans un sens qui facilite la croissance de la sphère pénale et qu'il aurait pu prendre une toute autre direction. Ce n'est pas, au sens large encore une fois, une critique externe dans la mesure où il n'y a pas de comparaison entre le néolibéralisme et d'autres discours contemporains et qu'il n'y a pas d'évaluation pour chercher à savoir si le néolibéralisme est « meilleur » ou « pire » concernant ses effets sur la sphère pénale.

48 Beckett, Katherine, *Making Crime Pay : Law and Order in Contemporary American Politics*. New York : Oxford University Press, 1997.

49 Ronald Reagan remarks at a fundraising dinner, cité par Beckett, *op. cit.*, p. 51.

dans le domaine carcéral. La clef donc pour comprendre nos pratiques contemporaines repose sur l'émergence au XVIII^e siècle de l'idée d'*ordre naturel* et sur la métamorphose de cette idée par la suite, au cours du XX^e siècle, en concept d'*efficacité de marché*. C'est l'idée d'ordre naturel qui rend cohérente et possible la croyance en des marchés qui s'ajustent et se maintiennent d'eux-mêmes. L'idée de flux internes qui se stabilisent et qui fonctionnent le mieux quand on les laisse faire – cette conceptualisation du bon ordre de la nature, d'un équilibre spontané, d'une harmonie naturelle dans le domaine économique a permis aux penseurs du dix-huitième siècle de réinventer la réalité sociale et de séparer l'économie de la politique et de la sphère pénale.

IV. — QUESTIONS DE METHODES

Une généalogie de la pénalité néolibérale, dont cet article n'est qu'une esquisse, chercherait à explorer comment ce mode de rationalité s'est naturalisé. Comment cette forme dominante de raisonnement est devenue crédible, et à quel prix. Dans ce sens, ce projet s'inscrit dans le sillage d'une longue tradition nominaliste – une pensée qui se retrouve dans les œuvres de philosophes depuis celles du frère franciscain Guillaume d'Occam jusqu'aux *Essais* de Michel de Montaigne, ou aux polémiques de Friedrich Nietzsche. Cette pensée commence par conceptualiser l'« ordre naturel » ou l'« efficacité de marché » en ce que Guillaume d'Occam aurait appelé des « universaux », et explore ensuite l'œuvre accomplie par ces universaux. Elle remet en cause l'existence même de ces catégories universelles afin de découvrir, premièrement, ce que recouvre cette appellation, et deuxièmement ce qu'elle cache concernant l'aspect unique des entités individuelles – dans le cas présent, des formes individuelles d'organisation sociale et économique.

La réponse que je développe ici reflète cette influence nominaliste : nous avons développé et utilisé ces catégories ou universaux pour donner un sens à des phénomènes qui sont en fait irréductiblement singuliers, pour placer des pratiques uniques et divergentes dans un même ensemble cohérent, pour employer de simples ruses heuristiques ou des stéréotypes afin de hâter notre jugement. En procédant ainsi, nous avons créé des structures de sens qui marchent pour nous – *au prix fort*.

L'historien Paul Veyne, dans son *Foucault : Sa pensée, sa personne*,⁵⁰ met à jour une influence nominaliste semblable dans l'œuvre de Foucault, attirant tout particulièrement l'attention sur l'introduction des cours magistraux de Foucault en 1979, *Naissance de la biopolitique*.⁵¹ La méthode de Foucault consiste à analyser les concepts mêmes que nous élaborons afin d'apprendre quelque chose de nous-mêmes dans notre temporalité.⁵² Dans la même veine, cette brève généalogie pose la question suivante : supposons que « l'ordre naturel » ou « l'efficacité du marché » n'existent pas. À quel prix est-ce que nous avons pu croire à la vérité de ces concepts ? Et quel travail font-ils donc ?

50 Veyne, Paul, *Foucault : Sa pensée, sa personne*. Paris, Albin Michel, 2008.

51 Harcourt, Bernard E., "Supposons que la discipline et la sécurité n'existent pas ~ Rereading Foucault's Collège de France Lectures (with Paul Veyne)", *Carceral Notebooks*, Vol. 4 (2008), et Veyne Paul, *supra*, p. 19.

52 Foucault, Michel, *Dits et écrits IV – 1980-1988*. Paris, Gallimard, 1994, p. 726.

En fin de compte, mon argument part du principe que nous n'avons aucun moyen de savoir si nos pratiques contemporaines sont plus ou moins libérales, plus ou moins vectrices de liberté, plus ou moins régulées. Nous disposons de plus d'administration aujourd'hui qu'on pourrait imaginer, ou qu'on voudrait bien reconnaître, au moins aux États-Unis. Mais le fait est que nous qualifions ces pratiques contemporaines de plus libérales – et c'est bien là que ces concepts commencent à faire leur travail. C'est précisément dans ce sens que John Campbell et Ode Pederson peuvent conclure que « la vérité est entre les deux, enracinée dans la notion que le néolibéralisme n'implique pas tant la *dérégulation* que la *re-régulation* de l'activité économique ». ⁵³

CONCLUSION

« Le marché est le meilleur mécanisme qui ait jamais été inventé pour distribuer efficacement des ressources afin de maximiser la production... Je crois aussi qu'il existe un lien entre la liberté de marché et la liberté de manière plus générale ». ⁵⁴ Il est en effet surprenant que ce ne soient pas les paroles de Friedrich Hayek ni celles de Milton Friedman, bien qu'elles fassent écho à Friedman qui affirme que « la liberté économique est également un moyen indispensable pour atteindre la liberté politique ». ⁵⁵ Non, ce sont celles de Barack Obama, prononcées à un moment où, pendant l'été 2008, la débâcle financière s'abattait sur nous, après l'effondrement de Bear Stearns et du marché de titrisation des hypothèques. Et même après l'effondrement du système bancaire américain – après la chute de Lehman Brothers, le *renflouement* de Fannie Mae, Freddie Mac et A.I.G., et l'adoption d'un plan de sauvetage du TARP de 700 milliards de dollars en faveur de l'industrie financière – le ministre des finances du Président Obama, Timothy Geithner, pourrait encore déclarer que : « nous avons un système financier dirigé par des actionnaires privés, géré par des institutions privées, et nous aimerions faire de notre mieux pour préserver ce système » ⁵⁶ – sans tenir compte que le peuple américain, en conséquence de la première nationalisation partielle de 350 milliards de dollars des plus grandes banques, était à ce moment-là les plus gros actionnaires de Citibank, avec 7,8 % de son capital, et les plus nombreux détenteurs d'actions Bank of America, avec 6 % du sien.

L'obstination de cette rhétorique d'efficacité du marché est absolument remarquable. L'obstination à la fois de la confiance dans les marchés et l'utilisation de cette dichotomie clef – libre/contraint, privé/contrôlé par le gouvernement – est tout simplement remarquable. Et elle a un impact sur la sphère pénale. En marginalisant et en repoussant la sanction pénale aux limites

⁵³ Campbell & Pedersen, *op. cit.*, p. 3.

⁵⁴ Leonhardt, David, "[Advanced] Obamanomics", in *New York Times Magazine*, August 24, 2008, p. 32.

⁵⁵ Friedman, Milton, *Capitalism and Freedom*. Chicago IL : University of Chicago Press, 1962, p. 8.

⁵⁶ Krugman, Paul, "Bailouts for Bunglers", *New York Times*, February 1, 2009 (accessible à <http://www.nytimes.com/2009/02/02/opinion/02krugman.html?scp=4&sq=krugman%20&st=cse>).

du marché, la rationalité néolibérale renforce de manière impressionnante la sphère pénale.

Le problème le plus fondamental, en fin de compte, est que les catégories d'« ordre naturel », d'« efficacité du marché » ou de « marché libre » d'un côté, et d'un autre côté « régulation excessive », « inefficacité gouvernementale » ou « discipline » sont des catégories illusoires et fallacieuses qui ne rendent pas compte des phénomènes irréductiblement singuliers des différentes formes d'organisation de marché. Dans tous les marchés, l'État est présent. Bien entendu, il est présent quand il fixe le prix d'une marchandise. Mais il est également présent quand il subventionne la culture ou la production, quand il accorde une charte privée à la *Chicago Board of Trade*, quand il permet l'échange d'un instrument tel qu'un contrat à terme, quand il protège les droits propriétaires des grossistes, quand il criminalise l'alignement des prix, quand il permet la fusion de compagnies, quand il régule la saisonnalité des échanges, etc. Tous les marchés sont fortement régulés. En même temps, dans tous les marchés, il y a de la liberté. Même dans une économie contrôlée où les prix sont fixés, il y a des variations dans la qualité des biens vendus, ainsi que d'autres variables, qui font que les produits sont différents. C'est ce qui fait qu'il y aura la queue dans certains magasins et pas dans d'autres. Dans la sphère économique, il y a liberté et il y a contrainte. Ce que nous voyons nous reflète nous, pas le marché. Le plus important est de retenir que les catégories que nous employons pour organiser, comprendre, débattre, catégoriser et comparer les différents principes organisateurs ne sont que ça – des étiquettes. Elles ne reflètent pas la véritable individualité des objets décrits. Et elles ont le triste effet d'obscurcir plutôt que d'éclairer. Elles obscurcissent en faisant apparaître un ensemble d'objets naturel et nécessaire, et un autre naturellement inutile.

Cet article forme un ensemble de prolégomènes, un premier pas nécessaire dans la direction d'une évaluation adéquate des formes modernes d'organisation sociale, économique et pénale. Nécessaire à cause du discours assourdissant et dominant de l'ordre naturel et de l'efficacité du marché. L'idée même que nous puissions employer le terme « libre » pour décrire notre système de marché actuel aux États-Unis – un système régulé de part en part – est révélatrice du travail qu'il reste à faire. Il serait juste d'affirmer que le néolibéralisme a si profondément déformé la relation entre le droit pénal et la pensée économique qu'il nous faut désormais faire beaucoup d'efforts pour être de nouveau capable d'évaluer adéquatement les alternatives possibles pour l'administration des marchés et de la sanction pénale, et démanteler notre pénalité néolibérale. Et sur ce chemin, nous aurons besoin de plus, non pas de moins, de pluridisciplinarité.

harcourt@uchicago.edu