

Le sens de la mesure

René Sève

Directeur des Archives de philosophie du droit

Le mouvement général de l'économie, de la science et de la technologie, porteur de ce qu'il est convenu d'appeler le « droit global »¹, engendre, comme toutes les grandes évolutions historiques, un réajustement, - on le verra, progressif -, des grandes fonctions anthropologiques, - penser, communiquer, agir -, comme des organisations sociales, privées et publiques, toutes ces notions, réajustement oblige, tendant d'ailleurs à voir leurs contours se flouter. Le développement des ordinateurs et des réseaux permettrait en particulier une extension sans limites des pratiques de classement et de comptabilité transformant pour ainsi dire la formule de Protagoras, « L'homme est la mesure de toute chose » en « L'homme est la chose de toute mesure ». L'individu quantifié dans sa biologie, sa psychologie, sa vie professionnelle et sociale n'étant pas ainsi loin, comme l'esclave de l'Antiquité², de se voir réduit à un prix sur un marché, c'est donc logiquement que l'on trouve plutôt « à gauche » les études critiques de cette réification numérique de l'humain et de cette analytique chiffrée qui dissout les collectifs traditionnels, et donc le Droit, dans un ensemble d'interactions entre petites monades connectées. Ce processus n'étant pas mené par une gigantesque I.A. de science-fiction, il s'exerce, à l'Ouest, au profit d'une infime minorité (les « super-riches ») qu'en utilisant les mêmes méthodes quantitatives, les États servent pour garantir le bon fonctionnement des marchés par un droit et des services publics instrumentés au service de l'économie³, selon la logique dépolitisante (sinon déhumanisante) prêtée au néolibéralisme. À l'Est, c'est naturellement au bénéfice d'un *Big Brother* étatique que cette mainmise sur les vies fonctionne⁴.

¹ V. par ex., Benoit Frydman, *Petit manuel pratique de droit global*, Bruxelles, 2014, et, avec J-Y. Chérot, *La science du droit dans la globalisation*, Bruxelles, 2012. Sur la distinction entre droit global et droit mondial, voir l'observation d'Alain Supiot dans l'entretien clôturant ci-après les contributions thématiques.

² Voir sur les liens entre esclavage et démocratie à Athènes, Paulin Ismard, *La démocratie contre les experts*, Paris, 2015.

³ Antoine Vauchez notamment souligne bien (*cf.* note suivante) que le néolibéralisme ne démantèle pas l'État, comme l'aurait fait le libéralisme, - la croissance de certains budgets publics le montre -, mais le conduit à faire fonctionner la sphère publique comme une entreprise et pour les entreprises (les vraies).

⁴ Dans ce courant de pensée, ici présenté de manière simplifiée, car argumenté souvent sur des données très détaillées, on peut citer Isabelle Bruno et Emmanuelle Didier, *Benchmarking. L'État sous*

Inversement, remettant bien en perspective le débat, Pierre Moscovici, citant Philippe Seguin, fait observer que « la comptabilité a précédé l'écriture ». L'affirmation est en effet très documentée à la fin du néolithique, au Proche et au Moyen-Orient, grâce aux centaines de milliers de jetons comptables et de tablettes cunéiformes dont disposent les archéologues et les historiens⁵. Plus précisément, cette comptabilité, dont les toutes premières formes ont précédé la monnaie⁶ ou l'apparition d'institutions religieuses et politiques significatives⁷ (qui l'ont bien sûr développée ensuite à des fins fiscales), était une « comptabilité marchandises », au sens fort, liée à la production agricole et utilisant des « nombres concrets » attachés à leur objet : au IV^e millénaire, le jeton désignant « 5 moutons » est distinct de celui désignant « 5 mesures d'huile », le chiffre abstrait 5 n'étant pas dégagé comme tel mais existant « dans les choses », avant sa nomination propre. Il demeure que cette comptabilité répandue dans les hameaux puis les agglomérations d'une vaste zone géographique montre que le besoin de nombres, même crypto-mathématiques, est substantiellement inhérent au vivre-ensemble, un point confirmé également par les études ethnologiques⁸. En effet, si l'on considère que les idées de droits et de devoirs (sans être abstraitement formulées) sont à la base de toute coopération sociale, ces dernières sont indissociables, sur un plan privé ou public, horizontal ou vertical, de celle de redevabilité mutuelle⁹, donc de mesure et de proportion¹⁰ : on pourrait ainsi dire avec Jennifer Bardy que, sous les mots, toute norme juridique est une norme comptable. Et,

pression statistique, Paris, 2013 ; Valérie Charolles, *Se libérer de la domination des chiffres*, Paris, 2022 ; Corine Eyraud, *Le capitalisme au cœur de l'État, Comptabilité publique et action publique*, Belleme-en-Bauges, 2013 ; David Graeber, *Bureaucracy*, New York, 2015, trad. franç. *Bureaucratie*, Paris, 2015 ; Albert Ogien, *Désacraliser le chiffre dans l'évaluation du service public*, Versailles, 2012 ; Antoine Vauchez, *The New Republic*, Ithaca et Londres, 2021 ; *Public*, Paris, 2022. Dans un style moins universitaire, voir également Christian Deslandes, *Erotique de l'administration*, Paris, 2023.

⁵ L'hypothèse s'est précisée tout au long du XX^e siècle au fur et à mesure des fouilles et a été systématisée en 1992 par l'archéologue française Denise Schmandt-Besserat dans *Before writing*, Texas University Press, 1992, traduction condensée en français, *La Genèse de l'écriture*, Paris, 2000, cité également ci-après par Jennifer Bardy.

⁶ Contrairement au postulat du pourtant remarquable *Le droit comptable au service de l'homme*, de René Savatier, Paris, 1969, rééd. Paris, 2006, avec une préface de Daniel Gutmann, p. 15.

⁷ Sur la capacité des humains à établir des organisations sophistiquées, donc pourvues d'une comptabilité au moins implicite, sans l'État et même avant l'agriculture, au stade des chasseurs-cueilleurs, voir David Graeber et David Wengrow, *The Dawn of everything. A New History of Humanity*, Londres, 2021, trad. franç. *Au commencement était... Une nouvelle histoire de l'Humanité*, Paris, 2023.

⁸ Voir Thomas Crump, *The Anthropology of Numbers*, Cambridge, 1990, trad. franç., *Anthropologie des nombres*, Paris, 1995, p. 67-68.

⁹ Dans leur ouvrage préfacé par Pierre Moscovici, Adeline Baldacchino et Camille Andrieu, *Servir pour ne pas s'asservir*, Paris, 2023, p. 27, écrivent ainsi : « L'*accountability* anglaise est sans doute plus claire sur ce double sens de la comptabilité et de la responsabilité qui lui est associé. Être redevable, c'est à la fois devoir quelque chose, en l'occurrence des comptes [le passage et l'ouvrage traitent essentiellement de la Cour des comptes mais le raisonnement est transposable au droit en général] et assumer la responsabilité de ce devoir ».

¹⁰ Les nombres du droit sont souvent explicites pour définir les objets techniques et les personnes morales, cf. l'ouvrage de René Savatier cité *supra* n.7 ; sur le droit des sociétés, voir par ex. le toujours remarquable ouvrage dirigé par Jean Prieur et Pierre Goyard, *Seuils légaux et dimensions de l'entreprise*, Paris, 1990 (nous remercions M. Aristide Lévi d'avoir attiré notre attention sur cet ouvrage). Pour les personnes physiques, le nombre est essentiel pour définir l'âge et les degrés de parenté (cf. en préparation pour 2025, Damien Viguier, « Nombres du parent, degrés et diagramme du droit civil »).

puisque l'on peut considérer, avec Didier-Roland Tabuteau, que le juge analyse des fonctions mathématiques, on pourrait ainsi résumer : « *Ibi societas, ibi jus, ibi numerus* ».

Dans cette perspective, Bruno Deffains peut donc rappeler quelques auteurs-clés de la tradition juridico-comptable, en accordant notamment une place particulière à Leibniz, le philosophe par excellence du droit par les nombres.

Ce livre aspire donc à ne pas céder à des visions trop apocalyptiques et monistes, considérant toute quantification d'envergure comme une menace à terme pour la liberté. Au demeurant, le monisme critique de la science et de la technologie comptables s'est déjà fissuré au regard de l'obligation de quantification universellement reconnue en matière d'environnement et, en particulier, de réchauffement climatique. Indépendamment même de cette problématique, le risque de technocratisation du droit, d'effacement du dialogue politique, social, processuel qui le fait vivre, doit être envisagé avec plus de nuances, comme le fait ici Sonia Desmoulin-Canselier, prolongeant la pensée d'Alain Supiot (l'auteur le plus cité dans cet ouvrage) : « Les ordres juridiques et leurs normes sont pris dans cette (r)évolution majeure, soit qu'ils soient sommés d'encadrer ces innovations technologiques et leurs usages, soit qu'ils soient amenés à se transformer sous la poussée d'un nouveau rapport aux faits et aux décisions. L'idée même de droit, telle que conçue en Occident depuis la fin du XVIII^e siècle, c'est-à-dire comme une normativité reposant sur le langage naturel, l'émission de règles générales, la désignation d'autorités légitimes en charge d'édicter ces règles et l'intervention de tiers départiteurs pour veiller sur leur interprétation et leur application, pourrait en être affectée ». C'est le même équilibre auquel appelle Valérie Lasserre : en dénonçant le mythe d'une société post-décisionnelle, aux régulations automatisées grâce à de vastes batteries d'indicateurs, mises au point par des experts privés, elle appelle également à « reprendre le contrôle du système » sur un plan politique et démocratique, ce qui ne signifie pas qu'il faille le faire sans les nombres. Dans cette approche méthodique et rationalisée, cet ouvrage se propose donc de chapitrer, de traiter par thèmes, la problématique du Droit et des Nombres, en montrant que la norme juridique et les chiffres sont parfois en relation de tension mais plus souvent d'appui mutuel, à des degrés divers cependant selon les domaines¹¹. À travers cette approche, nous espérons pouvoir faire mieux dialoguer, sinon converger méthodo-

¹¹ Cette approche thématique et analytique, impliquant un nombre très important de contributeurs, observateurs et acteurs, distingue ce tome des *Archives de philosophie du droit* d'autres travaux, cependant stimulants, parmi lesquels récemment, sous la direction de Manon Brosset Briand, Antonin Crinon, Élodie Delacoure et Émilie Delcher, le livre *Le Nombre et le Droit*, Paris 2020, et, dans le numéro 2023-91 de la *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, le dossier coordonné par Norman Vander Putten et Thibaut Slingeneier, « Quand le droit politise le nombre », pages 59 à 188. On pourra consulter également, coordonné par Olivier Beaud, le hors série n° 4 de *Droit et Philosophie* (en ligne), « La responsabilité face au raisonnement probabiliste. Regards croisés entre droit et sociologie », et, par analogie avec la problématique du droit et des nombres, le très stimulant « La représentativité de l'échelle comme substitut aux classifications » de Xavier Dupré de Boulois, Jeanne Darracq, Laura Dufour, Julien Lancelin, Adèle Lejeune et Silvere Texier, in Xavier Dupré de Boulois (dir.), *Les classifications en droit administratif*, Paris, 2021, pages 341 à 358.

Sur le plan des finances publiques, et dans une vision très systématique, avec de très nombreux contributeurs, on se reportera évidemment à Céline Husson-Rochcongar (dir.), *La Légitimité en finances publiques*, Paris, 2022. Pour le droit pénal, l'ouvrage coordonné par Ludvine Richefeu, *Humanisme et droit pénal*, Paris 2023, présente d'intéressantes analyses de contexte. Parmi les essais plus personnels, on citera, dans le domaine de la Justice, Olivia Dufour, *La Justice en voie de déshumanisation*, Paris, 2021.

logiquement, différentes branches du droit et disciplines universitaires, notamment le droit et l'économie comme y appellent Bruno Deffains et Régis Lanneau.

Signalons, pour conclure cette première approche, sur un plan terminologique, celui de la différence entre « chiffres » et « nombres », que nous considérerons ici, conformément à l'usage courant, qu'à l'intérieur d'un processus de mesure et de quantification, les « chiffres » désignent soit la transcription graphique des nombres¹², soit un ensemble de données quantitatives, les chiffres du commerce extérieur, du chômage, de l'enfance maltraitée, et les « nombres » des quantités déterminées, le nombre de procédures de redressement judiciaire ou de divorces, chiffres et nombres étant également datés. Enfin, nous précisons que cette introduction est inductive et présente *ex post* des contributions rédigées indépendamment les unes des autres et qui ne cherchaient donc pas à confirmer une approche commune concertée *ex ante*¹³.

Il faut rappeler en premier lieu, comme le font de nombreuses contributions, que, d'un point de vue intellectuel, voire aussi juridique et moral, les nombres sont le résultat d'un travail situé dans l'espace et le temps et relèvent donc d'une objectivité construite. Comme le souligne Didier-Roland Tabuteau, citant Galilée, même si la science moderne postule que la réalité est écrite en langage mathématique (rappelons que dans la tradition pythagoricienne, celle de Platon, Plotin, Proclus, Leibniz..., les Idées divines sont des Nombres¹⁴) il demeure que ce langage ne nous est pas donné mais doit être reconstitué par la communauté des scientifiques, dans une logique de recherche jamais achevée. En ce sens, les nombres sont issus de conventions, de conventions raisonnées, ce qui éloigne à la fois du fétichisme du nombre, - le fameux « nombre qui ne ment pas », souvent dénoncé¹⁵ -, mais aussi d'un scepticisme exagéré, - le nombre « manipulé par le pouvoir » -, lui aussi pas toujours désintéressé.

Adoptant un point de vue méthodologique, plusieurs contributions, rendant hommage aux travaux précurseurs d'Alain Desrosières¹⁶ ou de Théodore M. Porter¹⁷, rappellent dans cette perspective que les nombres ne se lisent pas directement dans la nature ou la société, dans la réalité en général, mais qu'ils sont le résultat d'une élaboration progressive et continue, très encadrée dans son domaine par le droit de la statistique publique¹⁸, d'autant plus s'ils peuvent servir à des scénarios de projection et de décision : comme le résume Régis Lanneau, les nombres sont sur la carte mais pas sur le territoire, ou, comme l'exprime Félicien Pagnon, « les

¹² Sur ces points, voir par ex., Olivier Martin, *L'Empire des chiffres*, Paris, 2020, p. 7-8. Les chiffres étant la transcription graphique des nombres, ceci explique que le développement de la comptabilité et des premières analyses économiques a été facilité par l'utilisation des chiffres arabes en remplacement des chiffres romains.

¹³ La position institutionnelle des auteurs est indiquée dans chaque article. Nous la précisons dans cette introduction seulement pour ceux « en responsabilité » hors d'un cadre académique.

¹⁴ Avec beaucoup de nuances....

¹⁵ V. not. les nombreux exemples étudiés par Lorraine Data (nom d'un collectif), *Le grand trucage*, Paris, 2009.

¹⁶ V. not. *La Politique des grands nombres. Histoire de la raison statistique*, Paris, 1993 ; *Prouver et gouverner. Une analyse politique des statistiques publiques*, Paris, 2014.

¹⁷ *Trust in Numbers*, Princeton, 1995, trad. franç. *La Confiance dans les chiffres*, Paris, 2017.

¹⁸ Voir sur ce point l'article détaillé d'Isabelle Anxionnaz et Françoise Maurel, « Le Conseil national de l'information statistique (CNIS). La qualité des statistiques publiques passe aussi par la concertation », INSEE, *Courrier des statistiques*, n° 6, juin 2021, p. 123-142.

données ne sont pas données ». Cyril Hédoin considère ainsi, en « revisitant » la dichotomie webérienne du Savant et du Politique, que les scientifiques, notamment quand leurs chiffreages sont intégrés dans des travaux de modélisation (par exemple récemment le modèle britannique « CovidSim »), opèrent des choix méthodologiques, qui ne sont pas totalement « neutres en valeur », mais pas pour autant facilement contestables. Dans un secteur particulier mais structurant pour l'ensemble des sciences humaines et sociales, celui de la démographie, Hippolyte d'Albis montre que des variations d'hypothèses (sur les séparations des couples par exemple) impliquent d'importantes variations dans les scénarios d'évolution de la population et propose donc de raisonner en termes d'ordres de grandeur raisonnables, plutôt que de chiffreage exact, caressé naguère. Il en va de même, dans les exemples envisagés par Régis Lanneau, de la mesure du PIB, du coefficient de GINI, du chômage¹⁹, de la délinquance, de la performance des universités, etc. Dans son étude sur l'analyse des dépenses de santé au sein de l'OCDE, Constantin Brissaud, d'un point de vue empirique, montre aussi que derrière la construction de chiffreages élaborés opère, active au fil des ans, une microsociologie peu visible d'engagements individuels, de groupes de travail, de réunions, d'agendas politiques et d'arbitrages qui finissent par aboutir à des données, imparfaites, mais suffisamment robustes pour permettre d'asseoir des politiques publiques, qui elles-mêmes, à leur tour, seront révisées en fonction de l'élaboration de nouvelles méthodes et de nouveaux chiffreages.

Comme le rappelle Régis Lanneau, puisque c'est le politique qui a renforcé la place des nombres dans le droit, ce qu'il faut évaluer ce n'est pas tant le rapport théorique des nombres au droit mais plutôt l'usage politique du nombre, qui, parfois, « fait problème ». On doit d'ailleurs élargir l'angle de vision, car, comme le montre la contribution de Véronique Louwagie, Vice-Présidente de la Commission des Finances de l'Assemblée nationale, l'élé national ou local n'est pas un *deus ex machina* mais dépend fortement lui aussi de l'environnement institutionnel et administratif dans lequel il évolue. C'est donc l'écosystème du nombre que d'autres contributions viendront interroger.

La prégnance, au moins supposée, du nombre, étant liée à la recherche de l'efficacité, de l'efficience, de l'optimisation du rapport coûts/bénéfices, elle induit une réflexion approfondie sur l'évaluation des politiques publiques, développée ici par Gilles de Margerie, ancien Commissaire général de France Stratégie. Or, pour simplifier, l'exercice se heurte à des difficultés intrinsèques et extrinsèques. Intrinsèquement, il faut, pour bien évaluer, comparer la situation réelle à une situation contrefactuelle dans laquelle la mesure étudiée n'aurait pas été appliquée, ce qui suppose souvent des approches complexes accessibles aux scientifiques mais peu parlantes pour les commanditaires. Extrinsèquement, il s'agit d'opérer une évaluation complète, incluant les effets de second tour, et portant donc sur une durée suffisamment longue, trop parfois pour des ministres ou des administrations soucieuses de justifier rapidement des succès. Thomas Perroud dans son article consacré aux études d'impact est conduit à des constatations analogues, montrant que les études accompagnant les projets de lois sont souvent insuffisantes *ab initio*, comme l'indique aussi André Ferragne pour certaines lois pénales, et rendues en partie caduques par le jeu des amendements. Il propose de nombreuses

¹⁹ Sur le chômage, en termes de construction statistique de la société, voir également les analyses intéressantes d'Olivier Martin dans son ouvrage cité n. 12, p. 96 et s.

pistes d'améliorations, notamment inspirées par les institutions et procédures opérantes aux États-Unis.

Comme le souligne Gilles de Margerie, sur la base d'études portant sur l'usage effectif des évaluations dans la conduite des politiques publiques²⁰, - mais cette appréciation peut être généralisée notamment grâce à la « Plateforme des évaluations des politiques publiques » mise en ligne en mai dernier par la Cour des comptes²¹ -, nous nous trouvons encore loin d'une gouvernance par les nombres même si nous évoluons très progressivement vers une gouvernance avec les nombres. Cette situation n'est toutefois pas étonnante, si l'on se place d'un point de vue historique et en fonction du « temps long » : les changements structurels de modes de mesure et de normes d'actions sont toujours lents et, à titre d'illustration, en France, pourtant sa patrie d'invention, le système métrique a mis environ un siècle à être pleinement adopté. Pour un passé plus récent, Véronique Louwagie rappelle que le rapport des parlementaires aux nombres dans la V^e République, soit donc sur plus de soixante ans, a bénéficié de plusieurs révisions constitutionnelles, permettant des évolutions utiles mais, comme elle le précise, encore loin d'être achevées.

Le paysage global est donc finalement assez lisible : le *New Public Management*, la politique basée sur l'évidence scientifique, la gouvernance objectivée par les nombres, etc., n'ont pas eu les brillants résultats annoncés, ce qui explique leurs critiques. Mais ces dernières sont à leur tour trop souvent tentées de jeter le bébé avec l'eau du bain, dans des analyses opposant des visions du monde ou des grands systèmes épistémiques, alors qu'une approche d'ingénierie sociale (*piecemeal engineering*²²) améliorative, comme la pratiquent notamment les spécialistes des pays en développement, serait plus féconde.

Les autres chapitres de l'ouvrage détaillent, en le modulant, ce constat général dans différents domaines.

Sur le plan des institutions démocratiques elles-mêmes, le cœur du réacteur juridique, si l'on peut dire, Jean-François Laslier montre que des notions de base, comme celle de représentation, restent ambiguës, tant au niveau national qu'europpéen, même si elles sont examinées avec plus de rigueur à Bruxelles ou à Strasbourg. Les systèmes électoraux des pays démocratiques, sauf certaines exceptions comme le vote unique transférable irlandais ou australien et de rares expériences de vote à la Borda, apparaissent ainsi comme moins issus d'une approche rationnelle d'expression des préférences collectives (un sujet de recherche d'ailleurs en évolution, comme le rappelle également Jean-François Laslier²³) que de traditions juridiques et de circonstances politiques, ces dernières n'étant pas forcément négatives : par exemple, les systèmes de vote allemand et japonais d'après-guerre peuvent sembler « sur le papier » plus démocratiques que le système français actuel. On peut donc formuler l'hypothèse que ce flottement relatif dans l'application du principe de représentation ne facilite pas toujours la détermination par les élus de leurs priorités et de leurs méthodes de

²⁰ Adam Baiz, *Quelles évaluations de politiques publiques pour quelles utilisations?*, France Stratégie, juin 2022.

²¹ Cf. l'article de Pierre Moscovici, ci-après page 404.

²² Le terme a été utilisé par Karl Popper dans sa critique des grandes théories « holistes » de la société et de l'histoire.

²³ Voir également son ouvrage, *Voter autrement*, Paris, 2019.

travail, donc de leur rapport aux nombres, problème structurel signalé également par Véronique Louwagie. En tout cas, donner au politique une prééminence sur l'administratif et le gestionnaire, - ce qui de plus ne va pas forcément de soi pour les domaines dans lesquels des politiques de long terme doivent être poursuivies (voir ci-après) -, suppose que le politique soit autant que possible solidement légitimé et organisé. Dans ce souci de rationalisation même relative, Norman Vander Putten présente ainsi l'obligation de chiffrage des programmes politiques instaurée en Belgique et de leur contrôle par le Bureau fédéral du Plan, l'État administratif jouant ici le rôle de tiers de confiance. Tout en rappelant les limites de ce système récent, il montre que cette réforme contribue à une progressive rationalisation du débat public, sans constituer une solution à toutes les difficultés institutionnelles (le système n'est évidemment pas compatible avec une dissolution et la convocation imprévue des électeurs).

Jean-Philippe Vachia, Président de la Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques (CNCCFP), présente un système français, construit à partir de plafonds et de pourcentages, qui illustre, sur un point certes plus particulier que le système de vote en général, une qualité certaine dans l'atteinte par les chiffres d'objectifs politiques et juridiques légitimes, illustrant en ce domaine l'excellence de l'expertise comptable nationale. Il demeure que, même sur ce point, - une approche d'ingénierie institutionnelle, même sérieuse, n'étant en effet jamais définitive -, l'auteur, renvoyant au Rapport d'information Braun-Pivet-Gosselin et aux travaux de Julia Cagé, peut proposer des pistes de progrès substantielles, portant sur le financement des campagnes par les partis politiques, la transparence financière de leur fonctionnement ainsi que sur les avantages fiscaux accordés aux donateurs particuliers.

La contribution de Julien Martin sur « Les nombres grands absents du droit des collectivités territoriales », - un sujet assez épisodiquement abordé dans la théorie du droit depuis Althusius²⁴ -, conclut ce chapitre sur les institutions démocratiques, en rappelant à l'époque révolutionnaire l'échec des nombreux projets portés par les rationalistes, comme Condorcet, pour définir les collectivités locales sur des bases mathématiques de superficie et de taille de la population. Les analyses de Julien Martin sur des périodes plus récentes peuvent faire considérer que la situation s'est prolongée jusqu'à nos jours, où les chiffrages pourtant nombreux portant sur les moyens accordés par l'État (*cf.* les calculs de la DGCL et de la DB) ou, plus prosaïquement, sur les indemnités de fonctions, restent au service d'une sociologie historique (et électorale) jamais vraiment remise en cause. L'application de la loi de février 2022 portant notamment sur la différenciation possible et proportionnée des compétences entre collectivités permettra de tester cette hypothèse, comme le développement futur des travaux d'évaluation par les Chambres régionales des comptes, souligné par Pierre Moscovici.

Parmi les arguments des critiques de la gouvernance par les nombres, se trouve à juste titre la crainte d'un péril réductionniste, au moins théorique, faisant de l'individu, au mépris de son unicité et de sa dignité, un simple panel d'indicateurs impersonnels, alors que « seul l'humain est attentif au cas particulier », selon l'expression de Valérie Lasserre. Inversement, il semble difficile de mener des politiques collectives ou d'édicter et d'interpréter des normes sur des

²⁴ *Politica methodice digesta*, 1603, troisième édition augmentée 1614.

bases purement intuitives, voire empathiques. Le chapitre sur les droits de la personne humaine envisage différents aspects de cette problématique.

Félicien Pagnon dans son article « Peut-on quantifier la dignité humaine ? » étudie, notamment sur le plan international, les différents dispositifs mis en place en remarquant en général que la quantification des atteintes à la dignité est plus aisée, ou moins conflictuelle, que celle de la dignité elle-même, ainsi lorsque l'on attribue à des fins indemnitaires une valeur monétaire à la vie humaine. Il examine la diffusion des travaux d'Amartya Sen et d'Anthony Atkinson à l'origine des indicateurs portés par le PNUD, comme l'Indice de développement humain ou l'*Human Freedom Index*, cette approche se développant avec les Objectifs du millénaire pour le développement (OMD) puis les objectifs de développement durable (ODD), déployés en 17 objectifs, 169 cibles et 244 indicateurs, pour tous les pays y compris les pays développés. L'auteur remarque néanmoins que ces objectifs, consensus international oblige, portent avant tout sur des données physiques, ceux de l'objectif 16, sur la paix, la justice et l'efficacité des institutions, concernant la réduction des violences ou l'accès à la justice, mais pas les libertés d'expression ou d'association, celles-ci renvoyant sans doute à une conception trop occidentale des droits de la personne humaine. Sur ces points, on pourrait, selon nous, envisager à titre complémentaire une autre piste d'analyse, certes naturaliste, de la mesure du respect de la dignité humaine, s'effectuant à partir des indicateurs internationaux de santé mentale négative et positive²⁵.

Vincent-Arnaud Chappe se place dans une approche non agonistique du rapport des droits et des nombres, soutenant ainsi, à la suite de Jacky Fayolle, la nécessité d'une bonne articulation entre raisons statistique et juridique, à partir de la notion « d'espace des outils de quantification ». Il montre ainsi l'évolution des indicateurs en matière d'égalité professionnelle, dans leurs différentes phases, du Rapport de situation comparée (1983) à l'Index d'égalité professionnelle actuel, et considère que, même ce dernier, pourtant critiqué pour son caractère technocratique (bien qu'il facilite les sanctions), peut s'avérer utile, mais selon l'appropriation qu'en font les acteurs.

Dans le domaine sensible de la mesure de la performance du travailleur, Céline Teyssier rappelle que le besoin d'objectivation et de quantification des rapports de travail sous-tendait dès l'après-guerre la mise en place avec les syndicats de grilles de qualification corrélées aux salaires. Elle montre dans la période récente que la tendance à évaluer la performance du travailleur, y compris par des algorithmes, reste cependant dynamiquement cadrée par la norme générale (*cf.* le RGPD et l'*A.I. Act*) et la jurisprudence de la Cour de cassation, y compris pour que l'employeur n'exclut pas le salarié des dispositifs d'évaluation aux dépens de ses droits à voir évoluer sa carrière ou ne mette pas en place des dispositifs biaisés (*in fine* contre-productifs aussi pour l'employeur).

La contribution de Christian Rodriguez, Directeur général de la Gendarmerie nationale, éclaire, mais dans le domaine des droits à la sécurité et à la liberté, la même notion d'espace juridique de la quantification, incluant ici fortement les données géographiques, envisagé dans l'histoire (depuis le XVII^e siècle) jusqu'aux opérations les plus récentes. Cet espace apparaît ici, pour ainsi dire, comme une sphère dont la surface et la taille sont définies par les limites au

²⁵ Voir les indications d'Olivier Martin, *op.cit.*, pages 144-146.

traitement des informations déterminées par la loi (par exemple la loi de 2018 transposant la directive Police/Justice de 2016) et la jurisprudence²⁶, et dont le contenu est occupé par une ingénierie extrêmement complexe (bien qu'exposée avec clarté), évoluant en permanence en fonction des ressources technologiques (et, pourrait-on, budgétaires). En privilégiant les vastes enjeux de sécurité (cérémonies de l'anniversaire du Débarquement, Jeux Olympiques, Tour de France, lutte contre l'orpaillage illégal en Guyane), l'article montre que les intuitions et les souhaits du citoyen ou du juriste ordinaires ne sont ni démentis ni desservis, mais nécessitent pour s'accomplir une approche de juris-ingénierie²⁷.

Le chapitre consacré au droit de l'environnement montre cependant que cet autre secteur du droit représente une exception, mais une exception qui montre le chemin, dans la réconciliation des approches qualitatives et quantitatives du droit, puisqu'ici l'idée de fonder le droit sur la science ne relève pas, en première approche tout au moins²⁸, d'une fiction entretenue par des intérêts privés cachés.

La contribution de Laurent Fabius, Président du Conseil constitutionnel, expose comment le droit de l'environnement, qu'on pourrait considérer comme un droit du monde²⁹, modifie nos conceptions traditionnelles du droit, puisqu'il s'agit d'un droit interdisciplinaire, international et intergénérationnel. Sur ce dernier aspect, il faut comprendre, comme y invite l'auteur, que, puisque nos actions ont des effets certains et identifiables dans l'avenir, les générations présentes sont déjà les générations futures, de même, pourrait-on ajouter, que les générations passées sont toujours présentes, en raison du devoir de mémoire qui nous lie à elles. Ce changement structurel a été permis par une constellation, inédite dans cette ampleur, réunissant, autour des États, le GIEC, l'OCDE, l'AIE et l'IPBES (le GIEC de la biodiversité), permettant d'éclairer les choix politiques sur une base scientifique partagée, étant entendu, ce faisant, que leurs marges discrétionnaires s'en trouvent limitées, comme l'illustre une décision récente de la CEDH, soulignée par l'auteur³⁰. Cette nouvelle configuration impacte ainsi les fonctions du juge, Laurent Fabius montrant, à travers l'analyse de jurisprudences française et étrangères que le juge devient juge de la trajectoire, qu'il exige si elle n'est pas fournie, dont il vérifie l'efficacité (mais pas nécessairement l'efficacité) et qu'il sanctionne dans le cas contraire.

Dans la même approche globale, Jennifer Bardy considère que cette nouvelle configuration implique en amont une nouvelle conception de la norme juridique, pour elle en son fond comptable, comme on l'a signalé. L'auteure analyse notamment, dans un contexte de conciliation, les approches économiques, sociales et environnementales de la directive CSRD (*Corporate Sustainability Reporting Directive*) et ses exigences de double matérialité.

²⁶ L'auteur évoque en particulier la décision du Conseil constitutionnel du 12 juin 2018 portant sur les modifications de la loi Informatique et Libertés.

²⁷ Pas extrêmement répandue, cf. *infra* note 51.

²⁸ En deuxième approche, on peut considérer que la transition environnementale et énergétique correspond à des intérêts privés, fabricants, importateurs, installateurs d'équipements, producteurs et distributeurs de produits, etc. et, en troisième approche, plus complexe dans ses principes, à ceux des associations et partis politiques « verts ».

²⁹ Voir sur ce point l'entretien avec Alain Supiot à la fin de ce volume.

³⁰ La CEDH, dans sa décision du 9 avril 2024 sur les *Aînées suisses*, a considéré que « la démocratie ne saurait être réduite à la volonté majoritaire, au mépris des exigences de l'État de droit ».

Le changement d'époque introduit par le droit de l'environnement n'est pas pour autant une fin de l'histoire, guidée par une quantification idéale. Le droit de l'environnement n'est qu'un édifice en construction : comme le soulignent ainsi Corinne Lepage et Christian Huglo, le droit de la biodiversité ou le droit de la santé environnementale ne bénéficient pas de la même richesse d'études et de calculs que le droit climatique. Les contributions de Marie-Paule Grevêche sur les seuils en général et d'Ilyana Aït Ahmed et Solène Kerisit sur l'élevage illustrent en quelque sorte la formule amusante d'Adeline Paradeise : « La problématique d'une législation fondée sur les détails, c'est que le diable s'y cache »³¹. C'est ici en quelque sorte le pendant technique et multiple, donc opaque pour le citoyen, du chiffre politique magique dénoncé par Lorraine Data. Ilyana Aït Ahmed et Solène Kerisit montrent ainsi en détail que les seuils chiffrés officiels, positifs, réglementant l'élevage (production et importation) cachent aussi d'autres chiffres, ceux des externalités négatives de l'élevage intensif sur l'environnement et le bien-être animal. On ne se trouve donc pas encore ici dans un espace des outils de quantification arrivé à maturité, comme celui mentionné dans le domaine du droit du travail, en raison sans doute d'une sociologie de la production et de la distribution très spécifique qui est évoquée par les auteures en conclusion de leur article³².

Dans ce même chapitre, Claude Imauven, Président du Conseil d'administration d'Orano, fait entendre le point de vue du destinataire de la norme environnementale. Dans un contexte mondialisé où, selon l'auteur, la différence entre système de *common law*, « plus chiffré », et système civiliste, « plus littéraire » se floute, la multiplication des contentieux climatiques³³ déploie son voile d'incertitude sur les acteurs économiques engagés dans des projets de long terme. L'auteur propose ainsi de progresser sur plusieurs fronts, notamment celui de la qualité de la norme, incluant la cohérence des normes entre elles, au niveau régional et mondial, ainsi que sur l'équilibre à trouver entre législatif, exécutif et judiciaire, dans la suite des travaux du GIP-Justice³⁴.

Enfin, Benoît Cœuré, Président de l'Autorité de la concurrence, rappelle, - un point souvent méconnu dans les descriptions institutionnelles classiques -, que l'atteinte des objectifs collectifs, - dans ce chapitre environnementaux -, surtout s'ils sont structurels et à long terme, peut relever d'un quatrième acteur, l'Autorité administrative indépendante, quand des objectifs précis (quantifiables et modélisables) et de long terme doivent échapper aux aléas court-termistes du jeu politique³⁵, et donc à la manipulation, la dissimulation ou simplement la non-qualité voire l'absence de production des chiffres. L'auteur montre ainsi, dans son champ de responsabilité, que ce rôle indispensable s'exerce tant au niveau du contrôle des concentrations que des sanctions³⁶ ou des avis du Conseil.

³¹ « La gouvernance par les nombres en matière de qualité de l'air : des nombres en l'air ? », in Marion Brosset Briand *et alii*, *op. cit.*, p. 233.

³² Dans le même esprit, voir l'observation d'Alain Supiot sur le paramètre du « rendement à l'hectare » des politiques de développement agricole.

³³ 2 666 selon le *Sabin Center for Climate Change Law* (données juin 2024).

³⁴ *Les dynamiques du contentieux climatiques, usages et mobilisations du droit pour la cause climatique*, 2019.

³⁵ Sur ce point capital, voir Agnès Benassy-Quéré, Benoît Cœuré, Pierre Jacquet et Jean Pisani-Ferry, *Politique économique*, 5^e éd., Bruxelles, 2021, p. 91 et s.

³⁶ Dans les exemples cités, les industriels sanctionnés se sont, en substance, entendus pour dissimuler des chiffres pourtant utiles aux décisions des acheteurs.

Le domaine des finances publiques constitue un terrain privilégié pour l'étude du rapport entre le Droit et les Nombres, ce que Céline Husson-Rochcongar précise en analysant, à travers une riche littérature, les rapports entre droit des finances publiques, sciences sociales et économie. La contribution de Philippe Josse, ancien Directeur du Budget, confirme, sous un angle différent, ces analyses en distinguant bien le droit budgétaire, organisé dans les détails de sa technicité par le principe de sincérité, et le droit des finances publiques structuré par le principe de soutenabilité. Le paradoxe, rappelé par l'auteur, est que la soutenabilité suppose une perspective de long terme, exprimée dans les lois pluriannuelles de programmation des finances publiques, introduites par la révision constitutionnelle de 2008, mais finalement sans valeur contraignante de supra-annualité, puisque « la révision constitutionnelle envisagée en 2010 et adoptée par les deux chambres du Parlement » n'a pas été « soumise au Congrès », tout se passant comme si le « Politique » (un mot facile pour désigner un écosystème instable) n'avait pas été au bout de sa propre rationalité.

La contribution de François Ecalle, Président de FIPECO, développe les conséquences de cette situation dans l'ordre externe quant aux risques pesant sur la souveraineté budgétaire nationale. À travers une analyse détaillée, jusqu'aux nouvelles règles ayant modifié au printemps 2024 le Pacte de stabilité et de croissance, il montre que la contrainte exercée sur l'État potentiellement défaillant proviendra sans doute moins du système de contrôle et de sanctions internes à l'Union que de la pression des marchés et de la BCE. Comme le suggère Alain Supiot dans l'entretien final, si le « quoi qu'il en coûte » est un marqueur d'une autorité juridique supérieure à la gouvernance par les nombres, alors le droit budgétaire et le droit des finances publiques, au-delà de la proximité ordonnée de leurs chiffres, se situent dans la tradition d'un droit public, irréductible à des modèles privés (ce qui se manifeste, ajouterions-nous, également sous d'autres traits : absence de budget glissant, de comptabilité analytique développée, budgétisation spécifique des dépenses de personnels, *etc.*).

Mutatis mutandis, le rôle de quatrième acteur, mentionné à propos de l'Autorité de la concurrence, est tenu, dans le domaine de la gouvernance des finances publiques, par la Cour des comptes. La contribution de Pierre Moscovici, Premier président de la Cour des comptes, outre une remise en perspective historique (*cf.* également l'article de Gilles Miller), détaille ici les différents volets du plan de modernisation *Juridictions financières 2025*. Ce dernier est notamment axé sur la publication systématique des rapports, l'ouverture aux alertes et aux sollicitations citoyennes, le développement des travaux d'évaluation selon une méthodologie rigoureuse, les partenariats avec le monde de la recherche. L'ensemble de ce dispositif, qui, à rebours et du point de vue de l'observateur abstrait, peut-être lu comme désignant certaines des imperfections, compréhensibles, de la gouvernance financière antérieure, montre positivement que les approches chiffrées doivent permettre une narration rétrospective et prospective accessible au citoyen, selon le chaînage vertueux, compter puis conter³⁷.

Complète enfin ce chapitre une étude de Daniel Gutmann sur l'impôt confiscatoire, une notion d'inspiration sûrement plus lockienne que rousseauiste, qui pose la question d'un *quantum* (ce qui reste après la perception de l'impôt) pour définir une qualité, un droit, celui

³⁷ Pierre Moscovici renvoyant ici à l'ouvrage pré-cité d'Adeline Baldacchino et Camille Andrieu.

d'un citoyen à supporter une part équitable des charges publiques ou à disposer de ressources proportionnelles à son activité et à son patrimoine. Comme le montre l'auteur, les réponses de la jurisprudence sont variables et souvent contextuelles et dépendent donc moins d'une théorie des droits fondamentaux que des calculs conjoncturels du juge dans une situation donnée (« conjoncturels » ne signifiant pas « illégitimes » ou « opportunistes »).

Le chapitre consacré à l'administration de la justice illustre sur un champ privilégié la dialectique complexe entre les données chiffrées et les évolutions de l'administration de la justice et du droit lui-même, dans un progrès qui, sur le temps long³⁸, est réel mais non linéaire, car exigeant des travaux techniques parfois complexes, des collaborations administratives pas toujours spontanées, une continuité stratégique soumise aux évolutions des carrières ou aux priorités politiques. Toutefois, dans le domaine de la justice, l'indépendance des magistrats, en miroir de celle des universitaires, apparaît comme un atout épistémologique puissant au sens où elle permet sans doute d'assurer une stabilité plus forte des hypothèses de travail et une appropriation plus systématique des conclusions dégagées.

Christophe Soulard, Premier président de la Cour de cassation, présente ainsi les grandes évolutions du système judiciaire français ainsi que les statistiques nécessaires à son pilotage. Il souligne néanmoins que la qualité du droit, par opposition, - pourrait-on ajouter -, à la vision naïve des initiateurs de la LOLF, axée sur les délais et les stocks, repose aussi sur des indicateurs « non productivistes », par exemple la densité de la motivation, la sérénité des débats, l'effectivité de la collégialité, qui, comme tous les indicateurs, ne sont pas des normes mais des références pour organiser les réflexions collectives. L'auteur montre ainsi que les tensions que peut occasionner la pression par les chiffres renvoient à un défaut de pertinence de ces chiffres eux-mêmes, livrés par des systèmes informatiques *ab initio* mal formatés. Il souligne *a contrario* le travail, commandité par Chantal Arens, de Nouvelle nomenclature des affaires orientées dans les chambres civiles (NAO) implantée dans le SI de la Cour depuis janvier 2023. Dans la même logique de progrès continu de la qualité du droit par la recherche de données enrichies, l'auteur indique que des travaux doivent être prolongés ou initiés sur la pondération/complexité des affaires ou le taux de saisine des cours d'appel après cassation (*vs* le règlement non contentieux du litige entre les parties). Enfin, Christophe Soulard rappelle que, l'an passé, la Cour de cassation a mis en place un Observatoire des litiges, permettant en collaboration avec les juridictions du fond, de développer, sur plusieurs thématiques, une vision très novatrice, car anticipatrice et collective, des besoins de justice.

Thomas Lyon-Caen, Président de l'Ordre des Avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, éclaire, parallèlement à la contribution du Premier Président, une approche apaisée et rationalisée par les chiffres de la qualité de la justice, en examinant le sujet très sensible, - et que nous n'avons pas abordé dans notre tome 64 (2023) sur les avocats -, de la régulation du nombre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, depuis 2015 sur la base d'une évaluation par l'Autorité de la concurrence. Il corrèle sur le fond ce *numerus clausus* révisable avec la quantité mais aussi la qualité du travail spécifique réalisé par les avocats de l'Ordre, incluant tant les rapports avec les justiciables qu'avec les magistrats.

³⁸ Christophe Soulard rappelle ainsi dans sa contribution que le rapport Berton, marquant le souci d'améliorer le fonctionnement de la justice pour le justiciable, date de...1967.

Sonya Djemni-Wagner, Avocate générale à la Cour de cassation et membre français de la CEPEJ³⁹, souligne que les travaux de cette dernière (en premier lieu son célèbre rapport bien-nal et très chiffré sur les différents systèmes judiciaires européens) doivent être placés dans une perspective large, dans le temps et dans l'espace. Sur le premier plan, les liens initiaux entre les indicateurs de la CEPEJ et les objectifs du *New Public Management* ne peuvent être déniés mais, outre leur enrichissement notamment concernant la prise en compte de la satisfaction du justiciable ou l'usage des TIC, ils ont servi de base pour un dialogue inédit entre les pays les plus développés, repris au sein de l'UE, et, aussi en lien avec l'UE, de soutien et de mesure des réformes pour les pays qui (re)construisent leur État de droit. Sur ces données chiffrées, a pu donc se constituer un écosystème de coopération aboutissant à la publication de nombreuses lignes directrices sur les sujets les plus déterminants, la cyber-justice mais aussi la culture du travail collectif entre les juges, l'égalité de genre dans les carrières, la pondération des affaires, la visioconférence, etc.

Le tableau présenté par André Ferragne, Secrétaire général du Contrôleur général des lieux de privation de liberté, présente des objets d'analyse moins en synergie. Les statistiques sur les personnes privées de liberté sont en effet produites selon des méthodologies perfectibles, orientées sur les actes et non sur les personnes (on ne peut savoir directement si plusieurs mesures d'hospitalisation psychiatrique concernent à travers le temps plusieurs personnes différentes ou plusieurs fois la même), selon des échanciers distincts (souvent annuels mais mensuels pour l'administration pénitentiaire) et avec, - ce qui est normal -, des préoccupations métiers différentes de chacun des producteurs comme de leurs ministres. Le paradoxe, souligné par l'auteur, est que l'on sait par ailleurs que ce sont en grande partie les mêmes personnes que leur parcours de vie va conduire pour ainsi dire du Centre éducatif fermé (CEF) en prison pour mineurs, puis pour majeurs, puis en soins psychiatriques, puis à nouveau en prison, etc. En ce sens, on pourrait déplorer une absence de gouvernance (une gouvernance incluant la prévention) causée par une absence de chiffres orientés sur les personnes et pas seulement sur les actions des services à leur égard.

Fadela Houari montre, en quelque sorte dans le même esprit qu'André Ferragne⁴⁰, dans les « Chiffres cachés du droit de la famille », une insuffisance des chiffres et/ou une mauvaise interprétation de ceux-ci, au détriment des plus faibles, les mères seules et les enfants⁴¹. Ces derniers sont dans une large mesure invisibles dans la réalité concrète et multifactorielle de leur détresse, faute de données intégrées centrées sur les individus et pas seulement disjointes, en fonction des diverses procédures les concernant. L'auteure examine ainsi les cas du divorce, de la résidence alternée, des pensions alimentaires. Elle souligne cependant des évolutions législatives (création de l'ARIPA⁴², loi du 18 mars 2024 sur les enfants co-victimes des violences intra-familiales) ou jurisprudentielles favorables (reconnaissance de l'existence du contrôle coercitif par la Cour d'appel de Poitiers). Elle relève également que le précédent

³⁹ La Commission européenne pour l'efficacité de la justice, créée en 2002 par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe.

⁴⁰ Il s'agit d'une concomitance et non d'une causalité.

⁴¹ Voir sur ce sujet, illustrant un stactivisme vertueux, l'ouvrage de Lucie Peytavin, *Le Coût de la virilité*, Paris, 2021.

⁴² Agence de recouvrement et d'intermédiation des pensions alimentaires.

gouvernement s'est engagé sur des suivis de cohorte améliorés dans son *Plan de lutte contre les violences faites aux enfants*.

Comme l'indique Sonya Djemni-Wagner, la CEPEJ distingue bien l'administration de la justice, qu'elle évalue, et la « décision de justice elle-même qui doit être sanctuarisée ». La dernière partie du volume rentre donc dans le sanctuaire, si l'on peut dire, en examinant la place des nombres dans le raisonnement du juge et son rapport au calcul.

Rémy Heitz, Procureur général près la Cour de cassation, présente la vaste constellation de données chiffrées, au milieu de laquelle évolue le Magistrat, ici le procureur de la République, dans un contexte permanent de tension entre rapidité et qualité de la réponse pénale. Il souligne toutefois que la foisonnance des chiffres ne garantit pas leur cohérence ou leur complétude : services statistiques divers (ici ceux de la justice, de la police et de la gendarmerie), applications de gestion, applications métiers n'utilisent pas les mêmes catégories, qui doivent de plus être complétés par des enquêtes auprès de la population générale ou auprès de comités d'usagers. La « juste performance » en matière judiciaire doit donc intégrer des contraintes quantitatives et qualitatives (place du contradictoire, écoute, pédagogie), liées au contexte et peu réductibles à des critères techniques.

Giovanni Tuzet envisage une nouvelle approche du raisonnement judiciaire, en prenant pour base la structure syllogistique défendue par Beccaria contre les raisonnements arbitraires des juges, une manière de minimiser les écarts entre les décisions et par rapport à la loi. Il montre que le travail du juge consiste essentiellement en amont à identifier la norme applicable, la majeure du syllogisme, et à qualifier les faits, la mineure, avec des variations dans ces différentes étapes. Dans les deux cas, s'exerce, en lien avec les avocats, une pondération non strictement déductive des arguments ou des faits. La justification en droit est en effet rendue difficile car le corpus juridique peut-être lu de différents points de vue (littéral, historique, téléologique...), le juge devant se livrer alors à une conjecture pour déterminer les meilleurs arguments, ceux qui minimiseront le risque que sa décision soit infirmée en appel ou en cassation⁴³, approches déductive, argumentative et économique n'étant donc pas incompatibles.

Leïla Schneps et Alexandre Lochak montrent, sur des exemples précis, un décalage structurel entre les capacités de jugement et de raisonnement ordinaires et les véritables informations fournies par le calcul des probabilités des mathématiciens, un point aussi relevé par Bruno Deffains et, pourrait-on ajouter, par les études sociologiques⁴⁴. Le problème pour les auteurs est que ce décalage ne concerne pas seulement les jurés et les magistrats mais aussi les experts médicaux qui eux-mêmes peuvent, dans les exemples mentionnés, surestimer certaines probabilités d'ordre biologique, alors qu'ils sont censés en être les pédagogues. De plus, ces mauvaises compréhensions des probabilités, au-delà d'une affaire particulière, peuvent parfois se sédimenter dans des études publiées, qui vont servir sur une période longue de références pour beaucoup d'autres décisions, contribuant ainsi à cristalliser une jurisprudence faussée à la base. Cette configuration, examinée ici en matière pénale, mais qui peut connaître des

⁴³ Ce qui explique que Beccaria soit à la fois un inspirateur du positivisme et un utilitariste.

⁴⁴ Voir le rapport commun INSEE, IGESR, IGAC, *La Culture statistique des Français : constats, enjeux et perspectives*, mars 2023.

conséquences ou des analogies en matière civile, semble aux auteurs d'autant plus pré-occupante qu'elle se situe dans un contexte général où la sophistication d'un raisonnement mathématique vrai peut être écartée parce que semblant entraîner vers la Justice par Intelligence artificielle aux dépens de l'Humain. Cette situation, à laquelle les auteurs esquissent toutefois quelques remèdes, confirme *mais au second degré*, la critique du fétichisme des nombres, non parce qu'ils seraient réducteurs de la complexité sociale et humaine, comme dans la critique courante, mais parce qu'en rendant compte de cette complexité, ils ne sont plus accessibles à une intelligence humaine normale, à l'aise seulement dans des représentations plus facilement exprimables dans les catégories du langage ordinaire.

La contribution de Sophie Harnay présente une réflexion sur le calcul du juge, - il s'agit du juge constitutionnel en l'espèce, mais les raisonnements menés en ce domaine peuvent être généralisés -, en quelque sorte au second degré, tel que vu par l'analyse économique du droit. Le juge peut ainsi opérer dans sa décision des calculs, par exemple d'une trajectoire d'émissions de gaz à effet de serre, ou de reconstitution d'un préjudice financier significatif, dans le cas de la Chambre du contentieux de la Cour des comptes, envisagé par Gilles Miller. Toutefois, pour l'analyse économique du droit, le choix de ce calcul et les conséquences juridiques qui en sont tirées sont aussi le fruit d'un calcul, d'un méta-calcul, pourrait-on dire, optimisant tout un ensemble de paramètres d'intérêts matériels, rémunération, calcul des droits à la retraite, loisirs mais aussi intellectuels et politiques, réputation⁴⁵, qualité du travail collectif, influence indirecte sur la nomination d'un successeur, etc. Sophie Harnay montre cependant que l'analyse économique du droit ne correspond pas à un modèle figé mais a connu au cours des trente dernières années des évolutions de ses analyses, en fonction du nombre croissant de paramètres pris en compte. L'économie comportementale a montré en particulier que le juge supposé maximisateur était soumis aussi à des biais et à des limites dans sa capacité de calcul, son choix s'écartant alors de l'optimum théorique. La très importante littérature académique étudiée par l'auteure, consacrée à la Cour suprême américaine, jette cependant pour toute la période une lumière analytique sur les ressorts cachés des décisions de la juridiction, en contrepoint des célèbres analyses de Dworkin, selon lesquelles chaque juge est le co-auteur d'un roman collectif et inachevé. Dans cette approche économique du droit, on ne nie pas toutefois l'intérêt des analyses narratives, à l'instar des travaux de François Ost, évoqués à la fin de ce volume, selon lesquelles le juge conte, - un conte sérieux avec une conclusion conative-impérative -, mais l'on considère que l'auteur du conte reste un agent intéressé dans le monde des interactions stratégiques.

Didier-Roland Tabuteau, Vice-Président du Conseil d'État, replace le calcul du juge au sein du système juridique envisagé méthodologiquement dans ses principes et fonctionnements propres, donc sans considération du « marché des juges » de l'analyse économique

⁴⁵ On observera que les études sur le souci de réputation personnelle du juge, dans un contexte où les opinions dissidentes peuvent être publiées, est mesuré en nombre des citations de la décision ou du point de vue dissident, sous-entendant ainsi son intérêt pour la doctrine. On remarquera alors, comme Leibniz critiquant les disciples de la Rochefoucauld, que le souci de la bonne réputation est louable et en l'espèce que, si le juge agit pour ce but personnel, il contribue aussi à la qualité et à l'évolution du droit.

du droit, ni, inversement, dans un rappel pertinent de la tradition chrétienne⁴⁶, du dépassement possible du droit par la charité (un autre thème leibnizien également⁴⁷). Dans le cadre du droit vu donc dans ses principes, les lois et règlements sont des axiomes et les décisions judiciaires des théorèmes. Les axiomes comportent une multitude de nombres qui définissent notamment des délais ou des seuils, avec de fréquents raffinements techniques. Les décisions judiciaires reposent à leur tour sur des calculs, par exemple en matière économique, fiscale, en droit de l'urbanisme ou en matière sanitaire, dans ce dernier cas, pour évaluer les mesures de police pendant une épidémie ou l'indemnisation d'une victime d'accident médical. Si l'on peut considérer que toutes les normes juridiques définissent une fonction⁴⁸, le juge peut donc opérer un calcul de trajectoire, comme le montrait aussi Laurent Fabius, manifestant l'incompatibilité entre deux normes donc deux fonctions, ainsi, en matière de gaz à effet de serre, celle portant des mesures de réduction et celle exprimant des objectifs de réduction, comme dans la célèbre décision *Commune de Grande-Synthe*. Enfin, l'auteur considère, qu'englobant les déductions et les calculs particuliers, le juge doit trouver la source ultime de sa décision dans l'intérêt général qui correspond à la fonction primitive dont la norme particulière est la fonction dérivée.



On peut conclure cette présentation sur trois plans.

Sur le plan théorique, les positions et les analyses développées dans ce volume concernent plusieurs champs de problématiques sous-jacentes, qu'on se contentera de mentionner ici. D'un point de vue épistémologique et philosophique, on peut évidemment s'interroger sur les limites de nos raisonnements, conduits en langage ordinaire sur la base de nos états mentaux. C'est la problématique de la philosophie de l'esprit et de l'autonomie de ce dernier par rapport à des états fonctionnels ou biologiques⁴⁹. Sur le plan scientifique, on peut chercher à approfondir la sous-rationalité de notre rationalité (une explication biologique à la lenteur de l'Histoire) en approfondissant le fonctionnement de notre « cerveau paresseux », champ d'élection des sciences cognitives⁵⁰. Enfin, les questions de valeur abordées dans ce volume renvoient à l'opposition entre absolutisme et conséquentialisme ou déontologie et téléologie, bien documentée dans l'histoire de la théorie du droit⁵¹.

⁴⁶ Illustrée ici par François Mauriac. Peu exploités par les adversaires de la gouvernance néo-libérale, mais qui ne cherchent pas à faire œuvre d'historiens des idées, les Évangiles fournissent pourtant (quoique pas univoquement) un florilège de la critique du droit comptable: fils prodigue, ouvriers de la dernière heure, brebis égarée..., cette opposition construisant celle de la Loi ancienne et de la Loi nouvelle, la Loi de l'Amour.

⁴⁷ Pour Leibniz, le monde de la grâce est aussi mathématique, la charité étant un calcul portant sur des paramètres plus nombreux et de plus long terme que ceux du droit.

⁴⁸ On pourrait alors comparer le juge de cassation au correcteur d'une copie de mathématiques.

⁴⁹ Pour une vue d'ensemble, cf. Michael Esfeld, *La Philosophie de l'esprit*, Paris, 2015.

⁵⁰ Cf. récemment Charles Findling et Valentin Wyart, « Computational noise in human learning and decision-making: origin, impact, function », *Current opinion in behavioral sciences*, vol. 38, avril 2021, p. 124-132. Nous remercions M^{me} Charlotte Jacquemot, Directrice du Département d'études cognitives (DEC) de l'École normale supérieure, de nous avoir indiqué cet article.

⁵¹ V. par ex. les références dans notre ouvrage, *Philosophie et Théorie générale du droit*, Paris, 2017.

Sur un plan empirique, tant dans le domaine de la fabrique de la loi que de son application, beaucoup de contributions invitent à conclure que l'arbre de la LOLF cache la forêt de pratiques et de normes encore artisanales, illustrant moins un État-ingénieur à la Condorcet⁵² qu'une sociologie à la Montesquieu (pour ne pas remonter aux débats Platon *vs* Aristote...). Les modes d'élaboration de la loi, à commencer par la loi électorale elle-même, restent assez éloignés de l'idéal de la décision basée sur des faits et les statistiques qui permettraient de la construire ou d'en suivre l'application sont souvent ignorées, incomprises ou lacunaires. Le sociologue de la vie politique, de l'administration, du système judiciaire, y trouvera son bonheur en considérant que derrière les institutions abstraites de l'État de droit se dissimulent sur le terrain, au niveau central ou local, routines et arrangements coutumiers. Mais l'économiste pourra aussi faire remarquer que beaucoup dépend finalement des incitations et donc de la valeur indubitable et donc suffisamment partagée d'un objectif : quand il faut gérer la dette, lutter contre une pandémie, assurer la sécurité des grands événements, veiller à l'application uniforme de la loi, les bons chiffres sont, parfois dans l'urgence, mis en place et continuellement améliorés.

Enfin, *sur un plan plus académique*, concernant les métiers du droit ou faisant recours au droit, beaucoup de contributeurs, observateurs et acteurs, constatent, à l'Université ou au CNRS, et donc, - peut-on ajouter -, également dans l'édition ou la presse, une certaine rigidité des frontières disciplinaires, entre mathématiques, sciences cognitives, économie, sciences de gestion, sciences politiques, sociologie, droit public et droit privé, ces derniers dans leurs différentes branches. Cette séparation peut-être constatée tant dans la formation initiale générale, que dans les formations appliquées (ENM, INSP, Écoles du Barreau) ou la formation continue (mais souvent facultative), y compris à destination des parlementaires ou des magistrats⁵³, et ce pourtant, dans un contexte général « de défi concurrentiel » où les initiatives privées et certains dispositifs publics automatisent les fonctions juridiques les plus simples grâce à l'IA. On peut donc espérer que ce volume, comme d'autres tomes qui l'ont précédé, contribue, notamment dans le domaine de la recherche, à encourager encore davantage les travaux inter- ou pluri-sectionnels, au sens des sections du CNRS ou du Conseil national des Universités, les recherches embarquées dans les organisations publiques ou privées, voire, dans le respect du principe hiérarchique et du droit syndical, l'expression des acteurs du terrain.

reneseve@philosophie-droit.asso.fr

⁵² Rappelons que, pour certains critiques, l'idéologie du néo-libéralisme et, concrètement, les rémunérations du privé ont dépouillé l'État de ses ingénieurs (voir des analyses et des exemples dans Alexandre Moatti, *Technocratisme. Les grands corps à la dérive*. Paris, 2023 ; des chiffres de rémunérations sont aussi fournis par Antoine Vauchez, *The New Republic*, chapitre 2 (cité *supra*).

⁵³ Même si les problématiques environnementales peuvent servir de *stimulus* pour rebattre les cartes.