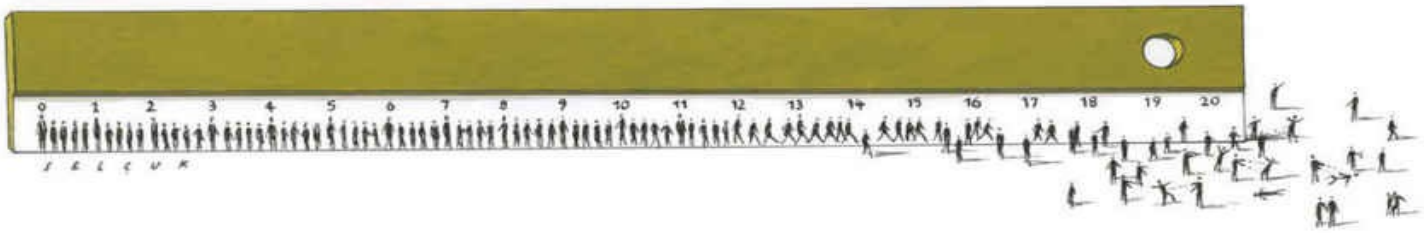
Alain Supiot

La Gouvernance par les nombres

Cours au Collège de France (2012-2014)



FAYARD
POIDS ET MESURES DU MONDE

Alain Supiot

La Gouvernance

par les nombres

Cours au Collège de France

(2012-2014)

2015

Institut d'études
avancées de Nantes

POIDS ET MESURES DU MONDE

Le temps n'est plus où nous pensions pouvoir juger du monde entier à l'aune de nos propres manières de penser. La fin de la domination occidentale sur le monde est une chance de retrouver ce « regard persan », ce regard de l'autre sur sa propre culture, qui est plus que jamais indispensable pour accéder à ce qui tient lieu d'objectivité dans la connaissance de l'humain. Aucune civilisation ne saurait se comprendre elle-même sans faire ce pas de côté et apprendre à connaître ce qui la rapproche et la distingue de toutes les autres.

Placée sous l'égide de l'Institut d'études avancées de Nantes, cette collection est ouverte à des auteurs de tous les continents, qui ont en commun de considérer la diversité des systèmes de pensée, non pas comme un reste d'irrationalité dans un monde destiné à devenir uniforme, transparent et gérable, mais comme un support indispensable à l'institution de la raison dans un monde destiné à demeurer divers et imprévisible.

Alain SUPIOT

Table des matières

Page de titre

Page de Copyright

Du même auteur

Introduction

PREMIÈRE PARTIE
Du règne de la Loi
à la gouvernance par les nombres

Chapitre 1 – En quête de la machine à gouverner

Poétique du gouvernement

L'homme machine

Du gouvernement à la gouvernance

Chapitre 2 – Les aventures d'un idéal : le règne de la loi

Le *nomos* grec

La *lex* en droit romain

La révolution grégorienne

Common law et droit continental

La tradition juridique occidentale

Chapitre 3 – Autres points de vue sur les lois

L'ordre rituel

Afrique : hétérogénéité de la loi

Chine : l'École des lois

Chapitre 4 – Le rêve de l'harmonie par le calcul

Les accords parfaits du nombre

La fonction instituante de la discorde

Chapitre 5 – L'essor des usages normatifs de la quantification

Rendre compte

Administrer

Juger

Légiférer

Chapitre 6 – L'asservissement de la Loi au Nombre : du Gosplan au Marché total

Le renversement du règne de la Loi

Le droit, outil de la planification

L'hybridation du communisme et du capitalisme

Chapitre 7 – Calculer l'incalculable : la doctrine Law and Economics

La théorie des jeux

La théorie de l'agence

Le « théorème de Coase » et la théorie des *property rights*

La *New Comparative Analysis* et le marché

du droit

Chapitre 8 – La dynamique juridique de la gouvernance par les nombres

La gouvernance individuelle

La gouvernance de l'entreprise

La gouvernance étatique

La gouvernance européenne

La gouvernance mondiale

SECONDE PARTIE
De la gouvernance par les nombres
aux liens d'allegeance

Chapitre 9 – Les impasses de la gouvernance par les nombres

Les effets de structure de la gouvernance par les nombres

La perte de l'objet : la carte substituée au territoire

La perte du sujet : la réaction substituée à l'action

La résistance du Droit à la gouvernance par les nombres

Le principe de démocratie

L'obligation de sécurité physique et mentale

Chapitre 10 – Le dépérissement de l'État

La sacralité de la chose publique

La direction « scientifique » des hommes

L’inversion de la hiérarchie public/privé

La loi pour soi et soi pour loi

Sans foi ni loi : la société insoutenable

Chapitre 11 – La résurgence du gouvernement par les hommes

La logique binaire : amis/ennemis

Les liens d’allégeance

L’inféodation des personnes

La concession des choses

Chapitre 12 – Un « régime de travail réellement humain » I. De la mobilisation totale à la crise du fordisme

Le compromis fordiste

La déconstruction du droit du travail

Les voies d’un nouveau compromis

Chapitre 13 – Un « régime de travail réellement humain » II. De l’échange quantifié à l’allégeance des personnes

La mobilisation totale au travail

Disponibilité : l’indétermination des conditions de travail

Réactivité : l’indétermination des opérations de travail

Les « nouveaux droits » attachés à la personne

Le renouveau de la prévoyance collective

Le marché contre la solidarité civile

Chapitre 14 – La structure des liens d'allégeance

L'allégeance dans les réseaux d'entreprises

L'allégeance des multinationales aux États impériaux

Conclusion : Comment en sortir ?

Notes

Index des noms propres

Index des matières

Introduction

Nos institutions, comme toute œuvre humaine, donnent à voir les images qui ont présidé à leur conception. Le droit, comme la technique, la religion ou les arts, est un fait de culture, qui inscrit dans la durée les représentations du monde qui dominent une époque donnée. Bien sûr, ces représentations – technique, juridique ou artistique – possèdent chacune leur propre système de références. L'avion incorpore dans un objet technique le rêve humain de s'élever dans les cieux, mais son efficacité dépend du degré de *vérité* des connaissances scientifiques qui ont présidé à sa construction. Cet adossement aux vérités scientifiques distingue les objets techniques modernes de ceux de l'Antiquité, qui n'étaient, selon l'expression de Jean-Pierre Vernant, que des « pièges tendus aux points où la nature se laisse prendre[1] », c'est-à-dire des recettes fondées sur l'efficacité. L'œuvre d'art est au contraire totalement émancipée de l'impératif de vérité et peut donc s'évader complètement de la pesanteur du monde tel qu'il est. Mais elle ne sera (en principe !) considérée comme une œuvre d'art que si elle a une valeur *esthétique* et c'est à l'aune de cette référence esthétique qu'elle sera jugée.

Le Droit occupe quant à lui une position à mi-chemin entre l'art et la technique. Sa référence ultime n'est ni la vérité, ni l'esthétique, mais la *justice*. De même qu'un zeppelin peut se révéler dangereux et qu'une peinture peut être une croûte, une règle de droit peut être injuste. Mais dire qu'elle est injuste, c'est justement la référer à ce qu'elle devrait être. Comme l'art, le Droit évolue dans un monde fictionnel – par exemple, celui d'une République où règnent la liberté, l'égalité et la fraternité. Mais comme la technique, il vise à agir sur le monde réel et doit donc en tenir compte. Ces différentes représentations interagissent, participant chacune de ce que Cornelius Castoriadis a appelé l'institution imaginaire de la société[2]. Parler d'institution « imaginaire » ne veut pas dire que nos institutions soient l'expression de purs fantasmes, de ce magma de représentations qui nous habitent de notre vie fœtale à notre mort. Bien au contraire, l'institution sociale de l'individu consiste à l'arracher à ce magma pour le faire « accéder au monde social et au monde des significations comme monde de tous et de personne[3] ». Cela veut dire que

ce monde de significations communes, que l'institution impose à la psyché, est lui-même le fruit d'un imaginaire, mais d'un imaginaire social qui doit, pour que la société survive, être compatible avec ses conditions physiques et biologiques d'existence.

Participant de cette institution imaginaire de la société, l'ordre juridique ne peut donc être ni séparé des conditions matérielles d'existence où il s'inscrit, ni déduit de ces conditions. Il se présente en effet toujours comme l'une des réponses possibles aux défis que ces conditions posent à l'espèce humaine[4]. C'est pourquoi il est aussi vain de vouloir le fonder sur des bases transcendantales que de vouloir l'expliquer par sa base matérielle ou l'analyser comme un objet technique vide de toute signification. En deçà de ce qui les oppose, le jusnaturalisme, les différents avatars du matérialisme juridique (biologisme, sociologisme et économisme) et le positivisme kelsenien procèdent tous de la dichotomie sujet/objet, c'est-à-dire d'une manière proprement occidentale de se représenter notre rapport au monde. Nous devons beaucoup à cette façon de penser (notamment l'essor des sciences exactes), cependant elle risque – si nous n'y prenons garde – de nous rendre aveugles à la singularité foncière de l'être humain : les paroles et les outils de cet animal dénaturé projettent sur le monde les images qui l'habitent, mais sa survie dépend de sa capacité à ne pas perdre pied avec les réalités de son écoumène[5], c'est-à-dire de son milieu vital[6].

C'est un même imaginaire industriel[7] qui a donné le jour aux usines électriques, au film *Metropolis* et au droit du travail : un imaginaire dominé par les lois de la physique classique, qui nous donnent à voir l'univers comme une vaste horlogerie mue par un jeu implacable de poids et de forces. Poids et forces qui tout à la fois s'imposent aux hommes et peuvent être mises à son service. Conçu lui-même comme une machine destinée à corriger les déséquilibres engendrés par le progrès industriel, l'État social n'a jamais visé à éradiquer les formes nouvelles de déshumanisation du travail, mais plutôt à en compenser les effets et à les rendre ainsi humainement supportables. Né avec le monde industriel, il ne correspond plus à l'imaginaire cybernétique qui domine aujourd'hui les esprits et porte avec lui l'idéal d'une gouvernance par les nombres. Or, ce n'est pas seulement l'État social qui se trouve remis en cause par cette nouvelle façon de se représenter le fonctionnement de l'homme et de la société. Plus profondément, c'est la figure même de l'État moderne, de cet

Être transcendant et immortel inventé par la Révolution grégorienne aux XIe-XIIe siècles[8] et dont l'État-providence n'aura été que l'une des manifestations, qui est atteinte. L'hypothèse dont procède ce livre, est que la « crise de l'État-providence » est le révélateur d'une rupture institutionnelle beaucoup plus profonde, qui affecte cette manière proprement occidentale de concevoir le gouvernement des hommes. C'est pourquoi l'État, la loi ou la démocratie ne seront pas considérées ici comme des cadres de l'analyse juridique, mais comme des catégories qu'il faut réinterroger pour comprendre les mutations institutionnelles de grande ampleur à l'œuvre sous couvert de « globalisation ».

Pour essayer de démonter les ressorts de cette rupture institutionnelle, on partira d'une notion beaucoup plus compréhensive : celle de « gouvernement » et son avatar contemporain, la « gouvernance ». Aborder ainsi le droit et les institutions en terme de gouvernement des hommes n'a, à vrai dire, rien de neuf. Dans le *Traité du gouvernement civil* (première édition en 1690) de Locke, la notion d'État n'apparaît que sous les formes de *State of Nature* et de *State of War*, autrement dit pour définir des formes de pouvoir non soumises au règne du Droit. Pour désigner ce dernier, Locke parle de *Commonwealth* (République) et non de *State*. Il se démarque ainsi de Hobbes qui use de *State* comme d'un synonyme de *res publica* ou de *Commonwealth.* La généralité et l'évidence que nous sommes enclins à prêter au concept d'État se trouvent ainsi démenties aussitôt traversée la Manche. Beaucoup plus récemment, Michel Foucault a usé de la notion de « gouvernement », ou plus exactement de « gouvernementalité », comme d'une catégorie compréhensive des formes d'exercice du pouvoir[9]. À l'argument tiré de l'autorité de ces grands auteurs s'en ajoute un autre, beaucoup plus décisif : les entreprises transnationales occupent dans le monde institutionnel en train de naître une place comparable à celle des États. Or, depuis l'ère industrielle, les modes de gouvernement des hommes par les États et par les entreprises n'ont cessé de s'influencer. Recourir à la notion de « gouvernement » permet d'observer ces influences réciproques et d'envisager dans leur unité les transformations institutionnelles des temps présents.

Cette prise de recul vis-à-vis du concept d'État est nécessaire, mais non suffisante pour analyser la dimension juridique de la « globalisation ». Les autres notions juridiques auxquelles nous recourons doivent elles aussi être réinterrogées dans cette perspective globale, car elles sont, au même titre que l'État, des produits de l'histoire occidentale. Y compris donc celle de

gouvernement. Nous sommes en effet habitués à penser que gouverner et exercer le pouvoir sont une seule et même chose. Or, rabattre ainsi le gouvernement sur le pouvoir – serait-ce le « biopouvoir », comme on le voit chez Michel Foucault – est quelque chose qui ne va pas de soi. Ou plus exactement ce raplatissement est assez symptomatique d'une culture et d'une époque – la culture occidentale et l'époque contemporaine –, dont il serait puéril de prétendre sortir puisque c'est la nôtre, mais qu'il faut s'efforcer de situer par rapport à d'autres façons de concevoir l'organisation juridique des sociétés humaines.

Si la première exigence de méthode consiste à faire ainsi retour critique sur nos catégories de pensée, ce n'est pas pour s'en défaire, mais pour les situer et prendre la mesure de leur enracinement dans l'histoire de la pensée juridique occidentale. Autrement dit, pour s'en servir au lieu de les laisser penser à notre place. La référence à l'Occident a dans ce contexte un sens précis. Elle renvoie à l'histoire longue de nos institutions et plus précisément à la matrice juridique romaine de notre culture. La division de l'Empire romain en deux – ceux d'Orient et d'Occident – n'a pas seulement été d'ordre politique et religieux, elle a eu aussi une importance décisive dans l'histoire du droit. La chute de l'Empire d'Occident a ouvert en 476 un vide institutionnel que l'Église catholique a été amenée à combler, ouvrant la voie aux montages romano-canoniques de la période médiévale, d'où est sortie notre concept moderne d'État. L'Empire romain d'Orient a, quant à lui, survécu jusqu'en 1453, c'est-à-dire près de mille ans, à la chute de Rome. Une symbiose s'est opérée dans le monde orthodoxe entre le sacerdoce (*hiérôsinè*) et l'Empire (*basileia*), donnant naissance à la figure d'un monarque qui est aussi un prêtre[10]. L'ignorance abyssale de la spécificité institutionnelle du monde orthodoxe par les gouvernants occidentaux est la source de malentendus millénaires, dont les conditions d'entrée de la Grèce – vue par les pays ouest-européens comme héritière directe de la démocratie athénienne – dans l'Union européenne ou leur difficulté d'établir des rapports pacifiés avec la Russie contemporaine ne sont que les plus récents témoignages.

Le droit dit continental et la *common law* sont deux rameaux de cette culture juridique occidentale, certes rivaux dans le projet d'occidentalisation du monde, mais tous deux confrontés depuis l'entreprise coloniale à des montages institutionnels différents, avec lesquels ils ont été et demeurent plus que jamais obligés de composer[11]. La notion acritique de *globalisation* exprime un mot d'ordre, doublé d'une foi

naïve dans une inévitable expansion de la culture occidentale à l'échelle du globe. Au contraire, la notion de *mondialisation* nous oblige à ne pas perdre de vue la diversité des civilisations, qui sont autant de façons différentes d'habiter la planète, c'est-à-dire de la rendre humainement vivable. Le monde s'oppose en effet à l'immonde, comme le cosmos s'oppose au chaos[12]. Ainsi entendu, le processus de mondialisation implique non l'uniformisation du monde sur le modèle occidental, mais bien au contraire la remise en question de ce modèle par d'autres façons de penser l'institution de la société. Façons de penser qui ont été et continuent d'être elles-mêmes bousculées par la modernité occidentale. Il faut donc renoncer aussi bien aux illusions d'un essentialisme qui considérerait les cultures juridiques comme des structures invariantes persistant dans leur être, qu'à celles de la fin de l'histoire et du triomphe de la culture occidentale sur toutes les autres.

Ces jeux d'influences réciproques sont particulièrement puissants dans le cas du droit social. Dans l'Europe du XIXe siècle, les systèmes de solidarité traditionnelle furent broyés par la dynamique du capitalisme. Fondés sur des affinités familiales, religieuses, paroissiales ou professionnelles, ces solidarités ont été remises en cause à des degrés divers dès la première industrialisation, puis avec non moins de brutalité dans le cadre de la colonisation et de la traite négrière. Aujourd'hui, ce sont les formes étatiques de solidarité qui sont à leur tour déstabilisées, celles qui ont été édifiées à l'échelle nationale précisément pour pallier à cet affaiblissement des solidarités traditionnelles. Le projet de globalisation est celui d'un Marché total, peuplé de particules contractantes n'ayant entre elles de relations que fondées sur le calcul d'intérêt. Ce calcul, sous l'égide duquel on contracte, tend ainsi à occuper la place jadis dévolue à la Loi comme référence normative.

Cette nouvelle utopie n'a pas plus de chance de prospérer que celles dont elle est l'héritière, qui avaient prétendu trouver dans les lois de la biologie ou de l'histoire la Référence fondatrice du politique et ont rencontré au XXe siècle leur limite catastrophique avec la défaite du nazisme et l'effondrement du communisme réel. La pression que la globalisation exerce aujourd'hui sur toutes les civilisations suscite en retour de puissants mouvements de réidentifications religieuse, ethnique, régionaliste ou nationaliste, dont le trait commun est de chercher ailleurs que dans l'État ou dans la tradition les bases de solidarités nouvelles : solidarités de combat reposant sur l'opposition binaire « ami/ennemi »,

chère à Carl Schmitt[13], et donnant lieu à des relectures fondamentalistes des corpus dogmatiques sur lesquelles elles cherchent appui.

En quoi et sous quelles conditions l'*analyse juridique* peut-elle contribuer à éclairer ces transformations ? Le droit occupe une place ambiguë dans le champ des connaissances. Pour des raisons qui tiennent aux origines médiévales du droit moderne, les juristes occidentaux sont enclins à l'appréhender comme un système clos sur lui-même, qui n'a rien à apprendre des autres domaines du savoir et rien à leur apprendre.

Le droit est l'équivalent séculier des systèmes de règles impératives qui, en d'autres temps ou cultures, ont procédé ou procèdent encore de croyances ou de rituels religieux. Tout système juridique repose ainsi sur ce que la Déclaration d'indépendance des États-Unis appelle des « vérités évidentes pour elles-mêmes », c'est-à-dire sur une base dogmatique qui confère un sens à ce système et autorise son interprétation :

> Nous tenons pour évidentes pour elles-mêmes les vérités suivantes : tous les hommes sont créés égaux ; ils sont doués par le Créateur de certains droits inaliénables ; parmi ces droits se trouvent la vie, la liberté et la recherche du bonheur. Les gouvernements sont établis parmi les hommes pour garantir ces droits, et leur juste pouvoir émane du consentement des gouvernés. Toutes les fois qu'une forme de gouvernement devient destructive de ce but, le peuple a le droit de la changer ou de l'abolir et d'établir un nouveau gouvernement en le fondant sur les principes et en l'organisant en la forme qui lui paraîtront les plus propres à lui donner la sûreté et le bonheur.

Ce texte fondateur est de facture logico-déductive. Il commence par postuler l'existence de droits individuels, dont la nature est explicitement dogmatique. Relevant, à l'instar du Créateur, de vérités « évidentes pour elles-mêmes », ils n'ont pas besoin d'être démontrés, mais doivent être affirmés et célébrés. Cette base dogmatique fonde le pouvoir du gouvernement en même temps qu'elle lui assigne une double limite : il doit reposer sur le consentement des gouvernés et il doit être utilisé pour garantir leurs droits. Si le gouvernement manque à cette mission, le peuple dispose du droit – droit collectif cette fois – de le destituer pour en fonder un autre qui lui assurera la sécurité et le bonheur. Le mot « bonheur » apparaît deux fois dans cette Déclaration : d'abord comme l'objet d'une recherche individuelle, que chacun doit pouvoir conduire librement ; ensuite comme le bonheur du peuple tout entier lorsqu'il est régi par un

bon gouvernement.

D’un côté donc, le droit repose sur des affirmations de type dogmatique, mais d’un autre côté, il se présente comme une technique de gouvernement, dont les hommes peuvent user comme bon leur semble. Cette ambivalence explique le fossé qui s’est creusé entre, d’une part, les tenants d’un positivisme juridique, qui entendent exclure du champ de la science du droit la prise en considération de sa base axiologique, et, d’autre part, les tenants d’un fondement naturel des systèmes juridiques, qui entendent au contraire juger ces systèmes à l’aune d’un ordre transcendant ou immanent qui s’imposerait à tous et dont le droit positif devrait se faire l’instrument.

Il n’est en réalité pas d’analyse juridique sérieuse qui puisse ignorer l’une ou l’autre de ces deux dimensions – technique et axiologique – du droit. L’analyse juridique ne doit certainement pas viser à dissoudre le texte dans son contexte, comme tend à le faire le sociologisme ou l’économisme, mais elle ne doit pas davantage couper le texte de son contexte historique, anthropologique ou socio-économique. C’est à cette double condition qu’une analyse juridique sérieuse peut contribuer à l’intelligibilité de phénomènes dont aucune science ne peut prétendre détenir toutes les clés. La règle de droit, à la différence de la norme biologique ou économique, ne procède pas exclusivement de l’observation des faits. Elle ne donne pas à voir le monde tel qu’il est, mais tel qu’une société pense qu’il devrait être, et cette représentation est l’un des moteurs de sa transformation.

La tâche propre de l’analyse juridique n’est donc pas d’appréhender directement le monde des faits, celui de l’être, mais celui du *devoir être*. Il ne s’agit pas de négliger la dynamique qui relie dans l’action des hommes ces deux univers de l’être et du devoir être – auquel il faudrait du reste ajouter celui du pur imaginaire –, mais bien au contraire de dire qu’on ne peut saisir cette dynamique sans identifier les systèmes de représentations qui irriguent le droit dans une société donnée. Beaucoup de choses se jouent en effet dans l’écart entre ces représentations formelles et l’état réel du monde. Si cet écart est trop grand ou s’élargit, la réalité disqualifie l’ordre normatif et sape sa crédibilité. C’est ce qui risque d’advenir par exemple si, derrière la façade d’une loi égale pour tous, règne en fait un système de passe-droits et d’allégeances personnelles. L’implosion du communisme réel est un cas de cette perte totale de crédit de la chose publique et du triomphe du chacun pour soi et des arrangements négociés

dictés par le seul calcul d'intérêt individuel. Mais, inversement, un système normatif peut faire advenir au moins partiellement dans les faits la représentation du monde qu'il promeut. Il suffit de lire Tocqueville pour comprendre par exemple la dynamique du principe d'égalité, une fois qu'il a acquis une valeur constitutionnelle. Il est certain que le principe d'égalité des hommes et des femmes ne donne pas, aujourd'hui encore, une image fidèle de la réalité, encore marquée par de nombreuses inégalités de fait. Un écart subsiste entre faits et droit. Mais il est non moins incontestable que cet écart s'est réduit en raison de la force normative du principe d'égalité.

Pour être féconde, l'analyse juridique doit donc prendre acte de la *relativité* historique et géographique du droit, qui n'est pas une donnée intemporelle et universelle dans l'organisation des sociétés humaines. Elle doit également prendre acte de la *centralité* de la normativité juridique, qui est dans nos cultures la seule normativité délibérée et consciente d'elle-même, la seule aussi à nous obliger tous[14]. Dès lors que l'analyse juridique tient compte de cette relativité et de cette centralité, elle peut contribuer à mettre en lumière la normativité à l'œuvre dans les disciplines scientifiques. Celles-ci mobilisent, le plus souvent à leur insu, les catégories du droit tout en leur prêtant une valeur heuristique universelle. De telles catégories, souvent issues du droit romain – telles que civilisation, contrat, loi, religion – abondent en économie et en sociologie, tandis que d'autres – comme le patrimoine ou l'hérédité – ont irrigué la biologie.

Saisir le droit comme fait de culture expose à deux types de critiques. Celles des sciences sociales, qui reprocheront à ce type d'analyse de prêter crédit à des constructions idéologiques au lieu de s'en tenir aux faits. Et celles du positivisme juridique, qui lui reprocheront au contraire de trahir l'intégrité du droit en l'inscrivant dans son milieu. Évalués à cette aune, Montesquieu, Portalis ou Carbonnier n'auraient rien apporté à la science du droit. Mais c'est précisément en prenant appui sur cette tradition intellectuelle que l'étude du droit peut nous aider à comprendre les bouleversements du monde contemporain.

Ainsi envisagée, l'analyse juridique pose, il est vrai, de sérieux problèmes de méthode. Les liens complexes qui relient texte et contexte ne peuvent être identifiés et compris qu'en s'appuyant sur des travaux susceptibles de nourrir leur étude historique et comparative. La qualité de

l'analyse juridique dépend alors de sources puisées dans d'autres champs de compétences. Le juriste risque ainsi de se trouver à son corps défendant pris au piège des controverses qui parcourent ces autres disciplines.

À cette première série de difficultés méthodologiques, liées à la nécessité de mettre le texte en contexte, s'en ajoute une seconde, interne au droit. Son prodigieux essor quantitatif depuis le début des Temps modernes, encore accéléré dans la période contemporaine, conduit à une spécialisation de plus en plus étroite du travail des juristes, praticiens comme chercheurs. Or, on ne peut aborder les questions de fond, qui affectent l'évolution du droit dans son ensemble, sans devoir sortir du confort d'une branche du droit déterminée. Il faut donc pratiquer une « intradisciplinarité », rendue difficile par la croissance exponentielle des sources juridiques et la division du travail de recherche entre des spécialités de plus en plus étroitement définies.

La division du droit en branches est un produit relativement récent de la dogmatique juridique, puisqu'elle n'a commencé de s'établir qu'au XVIe siècle avec les juristes humanistes de la Renaissance et les théoriciens du droit de la Réforme. C'est seulement à partir de cette époque que le droit fut conçu comme un ensemble ramifié en branches et sous-branches, distinguées à raison des matières qu'il s'agit de réglementer. Cette façon de penser le droit – qu'on a appelé l'*usus modernus* – participe d'un mouvement intellectuel plus vaste qui affecte aussi la théologie et la philosophie[15]. Il y a des raisons de penser que la période alors ouverte est en train de se clore et certains indices montrent une résurgence des façons de faire des juristes médiévaux. Pour eux, l'ordre juridique n'était pas composé de compartiments juxtaposés et les opérations de qualification ne consistaient donc pas à ramener un cas à une matière. Ils pouvaient puiser pour le résoudre dans des principes généraux ou des règles empruntés à des matières différentes.

Cette ramification du droit s'est considérablement accrue depuis un siècle, pour des raisons d'ordre plus pratique (l'inflation des sources) qu'épistémologique. L'importance professionnelle de cette ramification est indéniable, mais sa valeur heuristique est faible et peut-être même de plus en plus faible. Cette faiblesse est particulièrement grande dans le cas du droit social, branche historiquement récente, à cheval sur le droit privé et le droit public, dont le diamètre varie d'un pays à l'autre – souvent au gré de l'organisation judiciaire ou administrative. Une recherche avancée peut

donc difficilement ne pas transgresser cette division, mais elle oblige ainsi à s'aventurer sur des terres moins familières pour le chercheur que celles de sa discipline d'origine, avec ici encore une prise de risque non négligeable.

Malgré toutes ces difficultés, l'analyse juridique peut aider à s'orienter dans les multiples crises qui s'étendent avec la globalisation et affectent à des degrés divers tous les continents. Montée des périls écologiques, creusement vertigineux des inégalités, paupérisation et migrations de masse, retour des guerres de religion et des replis identitaires, effondrement du crédit, qu'il soit politique ou financier… Nous sommes loin de l'avenir radieux prophétisé par les chantres de la fin de l'Histoire et de la mondialisation heureuse. Toutes ces crises s'enchevêtrent et se nourrissent les unes les autres comme autant de foyers d'un même incendie. Elles ont un facteur en commun : le délabrement des institutions, qu'elles soient nationales ou internationales. Les bases institutionnelles sur lesquelles avait été édifié un nouvel ordre mondial à la fin de la Seconde Guerre mondiale sont profondément ébranlées, qu'il s'agisse des États ou des organisations internationales. Dès lors, on cherche un garant susceptible de répondre de l'état de la planète, de la valeur de la monnaie ou de la justice entre les hommes. Dieu et le Marché sont convoqués à cette fin, et souvent les deux en même temps, car le monothéisme et la foi dans le Marché total font bon ménage dans l'esprit des fondamentalistes, de quelque religion qu'ils se réclament. La main invisible du Marché n'est-elle pas la version sécularisée de la divine Providence[16] ?

Que l'on se réfère ainsi à Dieu ou au Marché pour faire face aux crises qui nous assaillent, on est toujours conduit à assujettir le droit et les institutions à des forces échappant à la délibération des hommes. Autrement dit, à abandonner ou à trahir l'idéal d'une cité régie par des lois qu'elle se donne librement à elle-même. Hérité des Grecs, cet idéal repose sur des bases fragiles et a connu bien des vicissitudes au cours de l'histoire. Mis à mal au XXe siècle par les régimes totalitaires et leur normativité scientiste, cet idéal a été solennellement réaffirmé en 1948, dans la Déclaration universelle des droits de l'Homme, dont le Préambule affirme qu'« il est essentiel que les droits de l'Homme soient protégés par un régime de droit [*rule of law*] pour que l'homme ne soit pas contraint, en suprême recours, à la révolte contre la tyrannie et l'oppression ». Cet idéal demeure officiellement le nôtre, et nous commencerons par en retracer dans la première partie de ce livre les multiples avatars historiques, pour

prendre la mesure de la crise profonde qu'il traverse depuis un siècle. Cette mise en perspective est indispensable pour comprendre comment la promesse d'un gouvernement impersonnel qui était déjà la sienne en est venue à prendre aujourd'hui la forme d'une gouvernance par les nombres[17].

Ayant partie liée avec la souveraineté des États, le règne de la loi est entraîné dans leur déclin. Critiqué par ceux qui y voient une figure archaïque et oppressive, l'État se trouve à nouveau relégué au rôle instrumental que lui avaient dévolu les régimes totalitaires. Non plus instrument d'un parti unique incarnant le sens de l'Histoire, mais instrument d'un Marché total engageant tous les individus dans une compétition sans fin et réglant tous les aspects de la vie humaine sur le calcul économique. Dans ce contexte, la loi devient elle-même un objet de calcul, un produit législatif en compétition sur un marché mondial des normes. Cet asservissement de la loi au calcul d'utilité avait été préparé par l'expérience de la planification soviétique. À la faveur des retrouvailles du communisme et du capitalisme – dont le point de départ furent les réformes économiques chinoises engagées par Deng Xiaoping en 1979 –, cet asservissement a pris la forme d'une gouvernance par les nombres qui s'étend à tous les échelons de l'organisation de la société, depuis la relation individuelle de travail jusqu'aux mesures d'ajustement structurel promues au niveau européen ou international.

Le renversement du règne de la loi au profit de la gouvernance par les nombres s'inscrit dans l'histoire longue du rêve de l'harmonie par le calcul, dont le dernier avatar – la révolution numérique – domine l'imaginaire contemporain. Cet imaginaire cybernétique conduit à penser la normativité non plus en termes de législation mais en termes de programmation[18]. On n'attend plus des hommes qu'ils agissent librement dans le cadre des bornes que la loi leur fixe, mais qu'ils réagissent en temps réel aux multiples signaux qui leur parviennent pour atteindre les objectifs qui leur sont assignés. La façon de penser le travail occupe une place centrale dans ce renversement et c'est pourquoi une large place est faite dans la seconde partie de ce livre aux formes nouvelles que prend aujourd'hui le mot d'ordre de « mobilisation totale », apparu sous sa forme taylorienne lors de la Première Guerre mondiale. La mise en œuvre de ce mot d'ordre montre aussi les impasses auxquelles se heurte toute forme de normativité fondée sur la dénégation de ce qui spécifie l'être humain : sa capacité à penser et à agir avec ses propres idées en tête. Ceci était vrai

hier du taylorisme et ne l’est pas moins aujourd’hui de la gouvernance par les nombres. Face au dépérissement de l’État et aux formes nouvelles d’aliénation qu’il engendre, une structure juridique réapparaît, de facture typiquement féodale : celle des réseaux d’allégeance, au sein desquels chacun cherche la protection de plus fort que soi ou le soutien de moins fort que soi.

C’est donc un double mouvement que décrit ce livre. En premier lieu, celui de la quête d’un pouvoir impersonnel, dont le modèle serait une machine à gouverner et qui a abouti à la gouvernance par les nombres. Et en second lieu, celui du retour de l’allégeance personnelle comme réponse aux impasses de cette gouvernance.

Première Partie

Du règne
de la Loi à la gouvernance
par les nombres

1

En quête de la machine à gouverner

« Traiter un homme en chose ou en pur système mécanique n'est pas moins, mais plus imaginaire que de prétendre voir en lui un hibou. »
Cornelius CASTORIADIS

L'état de délabrement institutionnel où se trouve plongée l'Europe procède d'une certaine façon de penser le gouvernement des hommes, qui est apparue à l'aube des temps modernes et continue de dominer son imaginaire normatif. Cet imaginaire consiste à se représenter le gouvernement comme une technique de pouvoir, comme une machine dont le fonctionnement doit être indexé sur la connaissance scientifique de l'humain. Or, rabattre ainsi le gouvernement sur le pouvoir est quelque chose qui ne va pas de soi. Ou, plus exactement, cet aplatissement est assez symptomatique d'une culture et d'une époque qu'il faut s'efforcer de situer par rapport à d'autres façons de concevoir la conduite des sociétés humaines. En dévoilant la dimension esthétique et poétique du gouvernement des hommes, cette mise en perspective permettra de mieux saisir la portée de l'imaginaire de la machine à gouverner et les raisons du passage contemporain du gouvernement à la gouvernance.

Poétique du gouvernement

Gouvernement est un mot qui nous vient du grec *kybernan* (*κυβερναω*), *via* le latin *gŭberno*, c'est-à-dire du vocabulaire nautique. Gouverner, c'est tenir le gouvernail et diriger d'un même mouvement le navire et son équipage. Toutes les civilisations n'ont pas pensé ainsi l'organisation des communautés humaines, sur le modèle du commandement et d'une contrainte exercée à la fois sur les hommes et sur les choses. Selon l'ethnobotaniste André Haudricourt, ce serait plutôt un trait typique des cultures à prédominance pastorale[1]. À la métaphore du berger ou du

timonier – de celui qui conduit les hommes avec un bâton, en exerçant sur eux une action directe – s'oppose dans les pays à dominante horticole celle du jardinier, qui agit indirectement en créant les conditions les plus favorables à l'éclosion du génie propre de chaque espèce de plante. Dans la tradition confucéenne, par exemple, le gouvernement est garant de l'harmonie, en vertu de laquelle chacun remplit au mieux sa fonction. Mérite donc de l'exercer celui dont la vertu irradie : « Il est droit, tout marche sans qu'il doive rien commander. Il n'est pas droit, il a beau commander, nul ne le suit[2]. »

Réduire le gouvernement à l'exercice du pouvoir est typique de la pensée occidentale. On peut faire l'hypothèse que cette réduction procède de ce qu'Ernst Kantorowicz, dans son étude de la genèse médiévale des institutions modernes, appelle la désintégration de l'idéal de la royauté liturgique[3]. Date de cette époque la dissociation des figures du pouvoir et de l'autorité, qui a fini par faire oublier que leur articulation était une condition d'un gouvernement durable. Déjà Cicéron notait dans son dialogue sur la République, que « s'il n'y a pas équilibre, dans la cité, et des droits et des fonctions et des charges, de telle façon que les magistrats aient assez de pouvoir, le conseil des grands assez d'autorité, le peuple assez de liberté, le régime ne peut avoir de stabilité[4] ». Dans un très bel essai[5], Quentin Skinner a montré que cette tradition est celle qui imprégnait encore la pensée politique des préhumanistes médiévaux, telle qu'elle s'exprime dans les célèbres fresques allégoriques du *Buon Governo* et de la Tyrannie, peintes par Ambrogio Lorenzetti vers 1338 sur les murs de la salle du conseil du Palais public de Sienne. Ces fresques se présentent comme deux scènes opposées d'un même théâtre politique. Alors que l'allégorie du mauvais gouvernement est dominée par un acteur unique – le Tyran –, le Bon Gouvernement se présente comme un équilibre entre la figure masculine du Pouvoir politique et celle féminine de la Justice. C'est sous cette double égide du pouvoir et de l'autorité que les honnêtes citoyens sont unis par la Concorde (symbolisée par la corde qui les relie à ces deux figures) et pourront contribuer à la prospérité de la Cité, ainsi qu'il est montré sur un autre mur de la salle.

Cette fresque est un exemple particulièrement frappant du besoin vital pour tout gouvernement de se mettre en scène, qu'il s'agisse du gouvernement d'une Cité, d'un État, d'un parti ou d'une entreprise. Pierre Legendre a montré la place nodale de cette dimension esthétique dans le

phénomène institutionnel[6]. En droit public ou en droit du travail, la « représentation » conserve cette signification théâtrale. Dire qu'un gouvernement est représentatif, c'est dire que les gouvernés peuvent *s'y reconnaître*. Et il en va de même de cette scène des relations collectives que le droit du travail a échafaudée entre le droit civil et le droit public. Si les gouvernés ne s'y reconnaissent plus, le théâtre tourne au guignol, c'est-à-dire à un spectacle auquel on ne peut plus ni se fier, ni s'identifier. On ne peut qu'en rire, pour prendre son mal en patience, d'où l'humour ravageur des blagues qui, dans les régimes autoritaires, permettaient aux gouvernés de dire et partager leur défiance envers les gouvernants et de souder ainsi entre eux des formes souterraines de solidarité. Les peuples auxquels on a dénié le droit de se constituer librement en communautés politiques ont pu trouver dans leurs poètes ou leurs musiciens (par exemple, dans la musique de Chopin ou la poésie de Mahmoud Darwich) des figures d'identification collective plus puissantes et durables que celles de leurs leaders politiques.

L'un des traits les plus remarquables de la représentation collective, entendue dans ce sens à la fois juridique et théâtral, est qu'elle institue, qu'elle fait naître à la vie juridique la collectivité des gouvernés. C'est la raison pour laquelle le théâtre n'était pas dans la Grèce antique un divertissement réservé aux riches, mais une cérémonie civique qui participait de l'établissement de la démocratie et du règne de la loi. Louis Gernet a montré, ainsi que le note Jean-Pierre Vernant, que « la matière véritable de la tragédie, c'est la pensée sociale propre à la cité, spécialement la pensée juridique en plein travail d'élaboration[7] ». À l'appui des lois qui régissent la cité, le théâtre, mais aussi la musique ou la poésie font vibrer à l'unisson le public. Ils soudent, ils solidarisent ce public en lui faisant partager un même imaginaire. Il en va de même des diverses formes juridiques de représentation collective. Chaque institution représentative des salariés institue ainsi une communauté particulière, que ce soit celle du personnel de l'entreprise ou de l'établissement, ou celle des cadres ou encore celle des métallurgistes. Alors que, dans un mandat en droit civil, c'est le représenté qui institue le représentant, c'est l'inverse qui advient en matière de représentation collective[8]. L'institution représentative donne un corps, une identité collective à ce qui n'était auparavant qu'un agrégat d'individus.

Ce qui soude les collectivités ainsi formées, ce sont des liens de droit, c'est-à-dire les textes qui tout à la fois les régissent et les définissent. Mais ces liens juridiques ne prennent corps que par le recours à ces autres

formes d'imaginaire social que recouvre la notion d'esthétique. Ce point est important à comprendre si l'on veut saisir la position spécifique du droit dans l'institution des solidarités humaines. En général, on n'a pas de mal à percevoir les liens qui unissent le droit avec la technoscience. Le droit social donne ainsi force juridique à des solidarités « objectives » créées par la technique (par exemple, l'exposition d'un ensemble de salariés à des rayonnements ionisants[9]) ; ou bien des solidarités « objectives » découvertes par les sciences sociales au sein de groupes d'individus déterminés (par exemple, les « jeunes âgés de seize à vingt-cinq ans révolus qui résident en zone urbaine sensible[10] »). Mais le droit participe aussi à l'établissement de solidarités « subjectives », du même type que celles unissant les auditeurs d'un concert de musique rock ou baroque. L'admission d'un jeune diplômé dans un grand corps de l'État n'est pas seulement un acte administratif répondant à une rationalité organisationnelle, c'est aussi un acte symbolique, qui va insuffler chez l'impétrant un esprit de corps, c'est-à-dire une solidarité de type confrérique dont on sait la puissance dans le fonctionnement concret de l'État dans notre pays. De même, la qualification juridique de « jeune qui réside dans une zone urbaine sensible » n'est pas seulement l'instrument neutre de mise en œuvre d'un savoir supposé sur les causes du chômage : elle est aussi une marque d'appartenance à un groupe social. Cette marque est aussi une forme de stigmatisation, de renvoi à une sous-culture. C'est seulement de façon subconsciente qu'une administration « rationnelle » utilise ces effets symboliques des qualifications juridiques. Par exemple, lorsqu'elle use de sigles comme ATER ou DUST pour désigner des positions professionnelles ou des diplômes situés au bas des hiérarchies universitaires : à terre, dans la poussière. Dans une approche purement instrumentale des catégories juridiques, on se cache cette dimension subjective, ce qui rend, par exemple, incompréhensible que tant d'allocataires potentiels du revenu de solidarité active (RSA) s'abstiennent d'en demander le bénéfice au motif qu'ils s'estiment « capables de se débrouiller seuls » et ne veulent pas « dépendre de l'aide sociale[11] ».

La dimension esthétique du droit s'étend bien sûr aux énoncés juridiques eux-mêmes. L'autorité et la pérennité d'une règle dépendent beaucoup de la qualité de sa frappe littéraire. La remarque en a souvent été faite pour le code civil, mais elle vaut pour n'importe quel visa de la Cour de cassation ou n'importe quel ouvrage doctrinal[12]. Leur force dépend de la qualité de leur style. Lointain héritage de la scholastique, les plans en

deux parties et sous-parties que s'imposent aujourd'hui encore les juristes français disent d'avance l'équilibre et donc la justesse de leur argumentation. Aujourd'hui plus ou moins enfouie, cette conscience de la force normative de l'esthétique éclate dans la formule célèbre qui ouvre le *proemium* des Institutes de Justinien : « La majesté impériale doit non seulement être ornée d'armes, mais elle doit également être armée de lois, pour être à même de gouverner justement en tout temps, en paix comme en guerre. » Kantorowicz a mis en lumière la fortune singulière que cette formule *armis decorata-legibus armata* a connue au XVIe siècle, les Lettres remplaçant les Lois dans certains de ses emplois, pour signifier que le bon gouvernement doit s'appuyer autant sur les arts que sur la force[13]. Au XVIIIe siècle encore – à rebours du rationalisme de son temps –, Vico a méthodiquement exploré les liens entre lois et poésie. Selon lui, « les érudits accordent que les premiers poètes furent aussi les premiers écrivains, mais ils n'ont pas reconnu le fait pourtant voisin que la langue poétique fut la première langue des peuples, qui fonda leurs premières lois et leurs premières religions[14] ». Le rapprochement du droit et de la poésie semble incongru pour un esprit moderne, mais il s'éclaire si l'on veut bien se souvenir qu'en grec ancien le mot *ποίησις* (*poíêsis*) désigne l'action créatrice, celle qui fait surgir du neuf, et que c'est seulement dans un sens second qu'il en est venu à désigner l'œuvre ou l'art poétique[15]. Par le recours à l'esthétique, la poésie concilie les contraires et exerce une action à la fois créatrice et ordonnatrice. Elle participe ainsi de l'établissement ou du rétablissement de l'harmonie entre les hommes.

Une telle façon de pensée était familière au Japon, dont le cas est particulièrement intéressant puisqu'il s'agit du premier pays à être parvenu à assimiler la culture juridique occidentale sans renoncer à ses propres traditions. À partir de l'ère Meiji, cette assimilation a donné lieu à un énorme travail linguistique, consistant à incorporer les concepts juridiques occidentaux tout en réactivant des concepts proprement japonais, issus de la tradition impériale, dont le concept de gouvernement[16].

Sous le shogunat, le gouvernement des guerriers (*bushis*) était désigné de façon métonymique comme « *bakufu* », 幕府. Originellement, « *baku* », 幕 , désignait un voile qui entourait le lieu, « *fu* » 府 , ou se trouvait le « *shogun* », le général en chef, dans le camp des armées en campagne, et donc le « *bakufu* » signifiait à l'origine le siège du commandement militaire. Au XIIe siècle, il a fini par désigner le pouvoir que le Shogun

exerce sur ses vassaux, les grands féodaux. En revanche, d'autres mots étaient employés pour désigner l'empire du « *Tenno* », 天皇 , le roi du ciel, le très-haut, dont la fonction était d'un autre ordre. Ces mots furent eux aussi métonymiques et non pas métaphoriques : « *Gosho* » ou « *Chotei* » désignent ainsi le siège impérial, le palais du *Tenno*. On pourrait rapprocher de ces expressions celle de « Saint-Siège » ou de « Siège apostolique », qui désigne le gouvernement des papes. Selon le canon 361 du code de droit canonique aujourd'hui en vigueur, « sous le nom de Siège apostolique ou de Saint-Siège on entend […] non seulement le Pontife romain, mais encore, à moins que la nature des choses ou le contexte ne laisse comprendre autrement, la Secrétairerie d'État, le Conseil pour les affaires publiques de l'Église et les autres Instituts de la Curie romaine ». Le siège par excellence du gouvernement de l'Église est la personne même du pontife. Ce rapprochement aide à comprendre la terminologie adoptée par les juristes japonais lors de la restauration du pouvoir impérial au milieu du XIXe siècle. Jusqu'aux années 1870, il n'y a pas eu en japonais de traduction consacrée du mot « gouvernement ». Comme le pape, le *Tenno* est infaillible. Sa toute-puissance ne repose donc pas sur ce que, après Max Weber, on appelle en Occident le monopole de l'usage légitime de la violence, mais sur l'influence mentale exercée sur ses sujets. Comme le pape, il ne gouverne pas par les armes, mais par les âmes. Tandis que le Shogun assumait la réalité du pouvoir, l'Empereur organisait des concours de poèmes.

C'est cette figure qu'au milieu du XIXe siècle les auteurs de la révolution Meiji ont cherché à réactiver politiquement, tout en conférant à l'Empereur la réalité du pouvoir. Exercice, on en conviendra, assez difficile, dont ils se sont acquittés en recourant à des notions hermétiques pour les juristes occidentaux. Selon l'article 1er de la Constitution Meiji, « l'empire du Japon est placé sous le pouvoir de *Tôchi* d'une lignée d'empereurs ininterrompue depuis l'éternité ». Selon Inoue Kowashi (1844-1895), principal rédacteur de la Constitution, le sinogramme « *Tôchi* » signifiait originellement la faculté de refléter la vérité comme un miroir. La position céleste du *Tenno* lui permet à la fois de tout savoir et de faire savoir, et donc d'ordonner le monde. Autrement dit, elle désigne une toute-puissance exercée sans violence. L'un des rédacteurs de la Constitution avait critiqué l'idée occidentale de gouvernement qui, dans son sens nautique premier, déshumanisait selon lui la population en la traitant comme un objet technique. Afin de tenir compte de cette critique, l'on recourut au concept

de « *tôchi* » pour désigner l'office de l'empereur.

C'est seulement dans les années 1880 que les traductions de « gouvernement » se sont fixées, avec les notions de « *sei-ji* » et « *sei-fu* ». « *Sei-ji* », 政治 , a servi à désigner l'*action de gouverner*. Issu de textes antiques chinois, ce mot désigne la politique en Chine et au Japon. Dans le Japon d'avant Meiji, il signifiait aussi la direction des rites. Quant à « *sei-fu* », 政府 , ce mot a été employé pour traduire l'*organisation du gouvernement*. Il est lui aussi d'origine chinoise et n'était guère employé dans le Japon d'avant la modernisation. Mais, comme indiqué dans le cas du « *baku-fu* », on a souvent usé du mot « *fu* » pour désigner à la fois la résidence et la fonction du dirigeant. Dans les années 1870-80, on adopta le mot « *sei-fu* » comme traduction de « gouvernement », parce que l'on voulait insister sur le fait que l'empereur et son « *fu* » étaient les dirigeants du « *sei* », c'est-à-dire non seulement de la politique, mais aussi des rites étatiques.

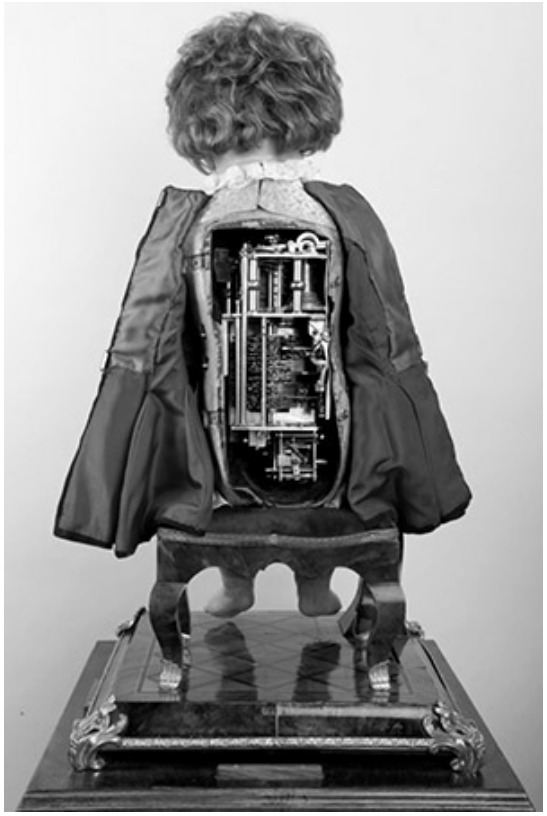
L'homme machine

À de rares exceptions près[17], cette dimension esthétique et poétique du gouvernement a été perdue de vue par ceux qui n'y voient qu'un instrument de domination des uns par les autres. Elle n'a pas en effet de place concevable dans l'imaginaire rationaliste et mécaniciste qui a dominé la philosophie politique des temps modernes à nos jours. Dès lors que l'on se représente les institutions sur le modèle de la machine, il est difficile de comprendre la place centrale de l'esthétique dans l'art de gouverner. Comme on ne peut se cacher les mises en scène inhérentes à tout gouvernement, on veut n'y voir que des techniques de manipulation et de communication, c'est-à-dire les faire entrer de force dans le paradigme mécaniste. Ce paradigme, et le souci d'objectivité qui le justifie, nous portent à regarder les hommes comme on regarde les choses, « comme des "particules" qui sont sous l'empire de forces d'attraction, de répulsion, etc., comme dans un champ magnétique » disait ainsi Pierre Bourdieu[18]. Dans cette perspective, le gouvernement se présente comme une immense machine, régie par un jeu de forces, de rouages, de poids et de contrepoids.

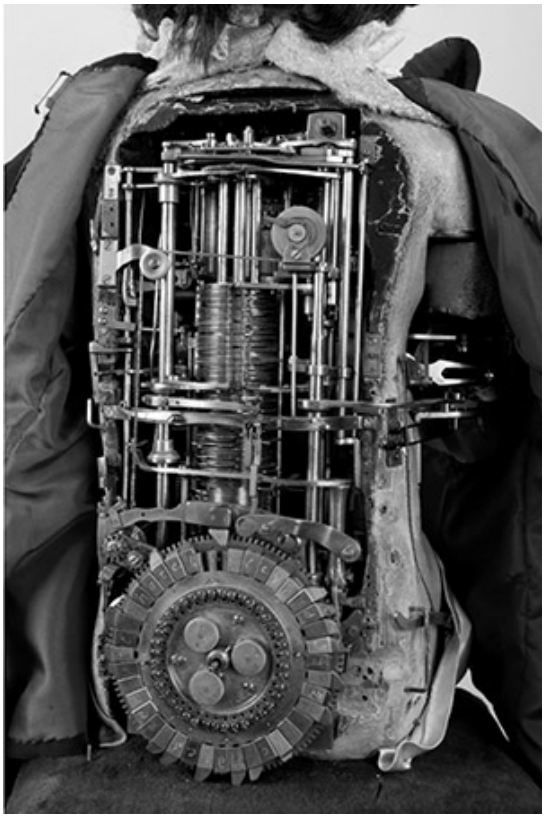
C'est sans doute chez Hobbes, au milieu du XVIIe siècle, que cette conception a été exprimée avec le plus de clarté. Dès les premières lignes du *Léviathan*, celles qui précèdent et justifient le plan de ce classique de la

pensée juridique européenne, se trouve à l'état chimiquement pur cette façon de penser le gouvernement sur le modèle de la machine[19]. Le point de départ de Hobbes, le premier mot du livre, est celui de « nature » : « La nature (l'art par lequel Dieu a fait le monde et le gouverne) est si bien imitée par l'*art* de l'homme, en ceci comme en de nombreuses autres choses, que cet art peut fabriquer un animal artificiel. » Hobbes n'est pas le premier ni le dernier à vouloir ancrer le droit dans la nature, mais il voit celle-ci comme l'expression d'une technique divine qui a permis sa fabrication et préside à son fonctionnement. L'homme, fait à l'image de Dieu, se peut et se doit d'imiter cette technique, et d'user des arts mécaniques pour fabriquer à son tour des êtres artificiels, plus précisément des « animaux artificiels », c'est-à-dire des automates, qui imitent le vivant et sont capables de se mouvoir eux-mêmes. De la fin du Moyen Âge jusqu'à l'ère industriel, les automates ont fasciné et donné lieu à des prouesses techniques de la part des meilleurs horlogers d'Europe, comme par exemple

ce groupe de trois figures : l'écrivain, le dessinateur et la musicienne, réalisées vers 1775 par Pierre et Henri Jaquet-Droz, aujourd'hui exposées au musée de Neuchâtel.



© Musée d'art et d'histoire, Neuchâtel
Le dessinateur
Œuvre d'Henri Louis Jaquet-Droz, 1774
(inv. AA3)
Il dessine en déplaçant sa main sur un papier qui est fixe. Il souffle à plusieurs reprises sur son dessin pour en chasser les poussières laissées par la mine du crayon.



© Musée d'art et d'histoire, Neuchâtel

L'écrivain
Œuvre de Pierre Jaquet-Droz, 1774 (inv. AA2)
Le mécanisme est le plus complexe des trois automates. Programmable, il peut écrire n'importe quel texte de quarante signes sur trois lignes.

« Étant donné, poursuit Hobbes, que la vie n'est rien d'autre qu'un mouvement de membres, dont le commencement est en quelque partie principale intérieure, pourquoi ne pourrions-nous pas dire que tous les automates (des engins qui se meuvent eux-mêmes, par des ressorts et des roues, comme une montre) ont une vie artificielle ? »

« Comme une montre », écrit Hobbes. L'automate par excellence, celui qui va occuper l'imaginaire occidental de la fin du Moyen Âge jusqu'à l'ère industrielle, est en effet l'horloge, qui reproduit à l'échelle humaine la création du Dieu horloger[20]. Au point de proposer à la contemplation des fidèles des horloges astronomiques dans le chœur même des cathédrales, comme on peut le voir à Strasbourg. La création toute entière se présente alors comme un immense mécanisme d'horlogerie, mu par un jeu de masses et d'énergie que la physique classique va s'efforcer de déchiffrer.

© David Iliff

Horloge astronomique de Strasbourg
Construite au XVIe siècle en remplacement de celle du XIVe et rénovée dans la première moitié du XIXe siècle.

© Fryderyk

Détail du mécanisme du comput ecclésiastique (situé en bas à gauche de l'horloge).

Parvenu à ce point, Hobbes opère un retournement : si l'homme, imitant l'œuvre divine, crée des automates, c'est parce qu'il est lui-même un automate créé par le Grand Horloger : « Car qu'est-ce que le cœur, sinon un ressort, les nerfs, sinon de nombreux fils, et les jointures, sinon autant de nombreuses roues qui donnent du mouvement au corps entier, comme cela a été voulu par l'artisan. » Ce retournement est du même type que celui de nos contemporains qui, se fondant sur le fait que l'ordinateur aurait été conçu sur le modèle de certaines facultés cérébrales, en viennent à concevoir le cerveau humain sur le modèle de l'ordinateur. À la base de ce fameux *Traité de la matière, de la forme et du pouvoir de la république ecclésiastique et civile* (sous-titre du *Léviathan*), se trouve donc, non pas une métaphore, mais une véritable anthropologie physique : celle de l'homme machine. L'image de l'homme machine est déjà présente au XVIe siècle, par exemple dans l'œuvre médicale d'Ambroise Paré. De La

Mettrie en présentera deux siècles plus tard une version radicalisée, en affirmant que « nous sommes dans le cas d'une montre qui dirait : "Quoi ! c'est ce sot ouvrier qui m'a faite, moi qui divise le temps ! moi qui marque si exactement le cours du soleil ; moi qui répète à haute voix les heures que j'indique ! Non, cela ne se peut pas"[21]. »

Une fois ainsi établi un *continuum* entre l'homme, l'animal et la machine, Hobbes franchit le dernier pas qui le conduit à concevoir l'État comme un automate fabriqué par l'homme à sa propre image :

> L'art va encore plus loin, imitant cet ouvrage raisonnable et le plus excellent de la Nature, l'homme.
>
> Car par l'art est créé ce grand LÉVIATHAN appelé RÉPUBLIQUE, ou ÉTAT (en latin, *CIVITAS*), qui n'est rien d'autre qu'un homme artificiel, quoique d'une stature et d'une force supérieures à celles de l'homme naturel, pour la protection et la défense duquel il a été destiné, et en lequel – la souveraineté est une âme artificielle, en tant qu'elle donne vie et mouvement au corps entier, – où les magistrats et les autres officiers affectés au jugement et à l'exécution sont des jointures artificielles,
>
> – la récompense et la punition (qui, attachées au siège de la souveraineté, meuvent chaque jointure, chaque membre pour qu'il accomplisse son devoir) sont les nerfs, – et [tout] cela s'accomplit comme dans le corps naturel : – la prospérité et la richesse de tous les membres particuliers sont la force, – le *salus populi* (la protection du peuple) est sa fonction,
>
> – les conseillers, qui lui proposent toutes les choses qu'il doit connaître, sont la mémoire, – l'équité et les lois sont une raison et une volonté artificielles, la concorde est la santé, la sédition est la maladie, et la guerre civile est la mort.
>
> En dernier, les pactes et les conventions, par lesquels les parties de ce corps politique ont en premier lieu étaient faites, réunies et unifiées, ressemblent à ce *Fiat* ou au *Faisons l'homme* prononcé par Dieu lors de la création.

Ce texte séminal de la pensée juridique européenne conjugue ainsi la religion, le droit, la science et la technique pour exprimer un imaginaire normatif qui est encore largement le nôtre : celui qui se représente le gouvernement des hommes sur le modèle de la machine.

Les Européens ne se sont pas contentés d'exposer des horloges astronomiques dans certaines cathédrales, comme images de la création divine. L'installation des horloges sur les beffrois et les clochers a aussi été le point de départ médiéval d'une nouvelle organisation du temps de travail, cadencée par leur mouvement mécanique et s'écartant progressivement des rythmes de la nature[22]. C'est-à-dire d'un nouveau modèle de gouvernement, dont le taylorisme sera une sorte de point d'aboutissement. L'ouvrier des *Temps modernes* se trouvera réduit à un jeu de forces physiques asservi à la cadence de la chaîne de production[23]. Son corps devra se plier au modèle de l'horloge cher à Hobbes et à La Mettrie[24]. « Les manœuvres sur machines, observait Simone Weil, n'atteignent la cadence exigée que si les gestes d'une seconde se succèdent d'une manière ininterrompue et presque comme le tic-tac d'une horloge, sans rien qui marque jamais que quelque chose est fini et qu'autre chose commence. Ce tic-tac dont on ne peut supporter d'écouter longtemps la morne monotonie, eux doivent presque le reproduire avec leur corps[25]. » Devenu l'objet d'une « organisation scientifique », le travail est réduit à une succession de gestes simples et mesurables. La qualification professionnelle et ses mystères doivent se fondre dans le fonctionnement exotérique et transparent de l'usine[26]. Dans un tel univers industriel, le travail est ramené à sa plus simple expression de travail de bête de somme. L'ouvrier est privé à l'usine de l'expérience proprement humaine du travail, qui consiste à réaliser quelque chose qu'on a d'abord imaginé[27].

À ce modèle physique de l'horloge, qui conduisait à voir dans l'homme lui-même une machine, s'est ajouté au XIXe siècle le modèle biologique de la sélection naturelle, qui a inspiré le darwinisme social et continue de sévir sous les espèces de l'ultralibéralisme et de la compétition de tous contre tous. À ces représentations, qui ne s'annulent pas mais se superposent, s'ajoute aujourd'hui celle de l'homme programmable portée par la cybernétique et la révolution numérique. Son modèle n'est plus l'horloge et son jeu de forces et d'engrenages, mais l'ordinateur et son traitement numérique des signaux. L'ordinateur obéit à des programmes plutôt qu'à des lois. Autorisant une extériorisation de certaines facultés cérébrales de l'être humain, il ouvre une ère nouvelle dans notre rapport aux machines, aussi bien que dans le contenu et l'organisation de notre travail[28].

Il y a dans cette conception réifiée du travail l'expression d'un

imaginaire social typique de la modernité, dont Cornelius Castoriadis a magistralement dévoilé la dimension potentiellement délirante : « Traiter un homme en chose ou en pur système mécanique n'est pas moins, mais plus imaginaire que de prétendre voir en lui un hibou, cela représente un autre degré d'enfoncement dans l'imaginaire ; car non seulement la parenté réelle de l'homme avec un hibou est incomparablement plus grande qu'elle ne l'est avec une machine, mais aussi aucune société primitive n'a jamais appliqué aussi radicalement les conséquences de ses assimilations des hommes à autre chose, que ne l'a fait l'industrie moderne de sa métaphore de l'homme-automate. Les sociétés archaïques semblent toujours conserver une certaine duplicité dans ces assimilations ; mais la société moderne les prend, dans sa pratique, au pied de la lettre de la façon la plus sauvage[29]. »

Bien qu'elle ait toujours soulevé la critique des esprits les plus clairvoyants[30], cette fascination pour la rationalisation technique du travail a dominé la gauche depuis un siècle et constitué un socle idéologique partagé avec la droite libérale. Non seulement elle a majoritairement adhéré à cet imaginaire de l'homme automate et à la pseudo-rationalisation techno-scientifique du travail, mais encore elle a fait sien le projet d'extension à la société toute entière du modèle de gouvernement de l'entreprise. Lénine voyait dans le taylorisme un « immense progrès de la science[31] » et la Révolution bolchevique aurait selon lui atteint son but le jour où la « société toute entière ne sera plus qu'un seul bureau, un seul atelier[32] ». Cette base idéologique commune projette un modèle d'homme dépeint par Bruno Trentin comme un « nouveau sujet, conscient des limites que la "technique" et l'organisation du travail imposent, et capable de les assumer volontairement ; capable aussi, pour cette raison même, d'être en quelque sorte plus conscient et plus libre[33] ». Cette évocation ne peut manquer de faire penser à la figure du travailleur dessinée par Ernst Jünger après la Première Guerre mondiale : ce travailleur héritier de la gestion industrielle des hommes expérimentée dans les tranchées et dont la seule liberté est de se sacrifier totalement sur l'autel du Parti ou du Marché[34]. Cet imaginaire partagé éclaire les noces actuelles du capitalisme et du communisme, tant en Chine que dans l'Europe élargie. Il permet de comprendre aussi le consensus qui entoure l'importation dans la sphère publique de techniques d'organisation venues du management des entreprises.

Du gouvernement à la gouvernance

La volonté d'étendre au gouvernement de la société toute entière ce que l'on imagine être une organisation scientifique du travail n'a, en effet, nullement disparu de nos jours. Elle a seulement changé de modèle. Le modèle physico-mécanique de l'horloge[35], qui avait partie liée avec l'idée de règne de la loi, a été supplanté par le modèle cybernétique de l'ordinateur. Dès lors, l'organisation du travail n'est plus conçue comme un jeu de poids et de forces dont le travailleur ne serait qu'un engrenage, mais comme un système programmable faisant communiquer entre elles des unités capables de rétroagir aux signaux qu'elles reçoivent en fonction de cette programmation. Ce modèle a été importé dans la sphère publique par la doctrine du *New public management*[36], dont la mise en œuvre fait l'objet d'un large consensus politique, et que n'auraient pas répudié les théoriciens du Gosplan.

C'est l'un des pères de la cybernétique, Norbert Wiener, qui a été le premier à avoir l'idée de projeter ce mode de fonctionnement sur l'ensemble de la société, dans un ouvrage publié en 1950, intitulé *Cybernétique et Société* et dont le sous-titre était déjà lui-même tout un programme : « L'usage humain des êtres humains ».

> Ma thèse est que le fonctionnement de l'individu vivant et celui des nouvelles machines de communication sont précisément parallèles dans leurs efforts identiques pour contrôler l'entropie par l'intermédiaire de la rétroaction [*feed-back*]. Chez l'un comme chez l'autre, il existe un appareil spécial pour rassembler l'information provenant du monde extérieur à de faibles niveaux d'énergie et pour la rendre utilisable en vue du fonctionnement de l'individu ou de la machine. Ces messages extérieurs ne sont pas assimilés à l'état pur, mais transformés par les organes intérieurs de l'appareil, qu'il soit vivant ou non. L'information prend alors une forme nouvelle afin de pouvoir être utilisée en vue des stades ultérieurs du fonctionnement [*performance*].
>
> Qu'il s'agisse de l'homme ou de la machine, ce fonctionnement a pour fin d'exercer un effet sur le monde extérieur et c'est l'action exercée [*performed*] sur le monde extérieur et non pas simplement l'action projetée [*intended*] qui est rapportée en retour à l'appareil régulateur central.
>
> Ce complexe du comportement est ignoré de l'homme moyen, et en

particulier, il ne joue pas le rôle qu'il devrait tenir dans notre analyse habituelle de la société, car de même que les réponses physiques individuelles peuvent être envisagées selon cette conception, de même peuvent l'être les réponses organiques de la société elle-même[37].

Ce texte est particulièrement éclairant pour comprendre le passage du gouvernement à la gouvernance (ou de la réglementation à la régulation) dans le vocabulaire institutionnel de ces trente dernières années. Le propre de la gouvernance est en effet de reposer non pas sur la légitimité d'une loi qui doit être obéie, mais sur la capacité commune à tous les êtres humains d'adapter leur comportement aux modifications de leur environnement pour perdurer dans leur être.

Apparu en français au XIIIe siècle pour désigner l'art de gouverner, le mot *gouvernance* est passé à l'anglais avant de nous revenir chargé d'un sens nouveau[38]. Dans ce sens moderne, il a d'abord servi à remettre en cause le pouvoir acquis par les cadres dirigeants des entreprises, remise en cause qui est à la base de la doctrine de la *Corporate governance*. Le grand économiste Ronald Coase avait déjà établi en 1937, dans un article célèbre sur la nature de l'entreprise[39], les bases théoriques de cette doctrine. Ses principes ont été posés par le rapport Cadbury en 1992[40], puis par l'OCDE en 1998[41], et enfin par la Commission européenne[42]. Ils ont été relayés en France par le rapport Viénot (1992) qui a inspiré les réformes du droit des sociétés adoptées à la fin des années 1990[43]. Indexant les formes d'organisation du travail sur l'impératif de « création de valeur » pour les actionnaires, la *Corporate governance* a fait de la performance financière le moteur de l'action des dirigeants des entreprises et a ainsi substitué le calcul d'intérêt à la rationalité technique dans la conduite de ces dernières.

En liant la rémunération des dirigeants aux performances financières de l'entreprise, la *Corporate governance* a porté un coup d'arrêt à l'autonomisation du pouvoir de ce que John Galbraith nommait la technostructure[44]. L'entreprise de type « fordiste » se présentait comme une structure intégrée et hiérarchisée, pourvoyeuse de sécurité économique pour ses salariés. À ce modèle, qui a dominé les Trente Glorieuses, la *Corporate governance* a substitué celui d'un réseau d'unités de création de valeur[45]. Réseau informationnel donc, où chacun est mu par la maximisation de son propre intérêt.

Le travail n'a aucune place dans cette nouvelle conception de l'entreprise, qui ne connaît que des *shareholders* et des *stakeholders* – des actionnaires et des « parties prenantes ». Les salariés font partie de ces « parties prenantes », en tant que détenteurs d'une « ressource humaine » ou d'un « capital humain » et non plus en tant que travailleurs, mot banni du vocabulaire de la gouvernance[46]. Cette « forclusion du travail », pour reprendre une notion employée dans un autre contexte par Augustin Berque[47], succède à la réification dont il avait fait l'objet dans l'univers industriel. Le taylorisme divisait le travail entre un petit nombre de personnes payées pour penser et une masse ouvrière qui devait s'interdire de penser et se contenter d'obéir mécaniquement aux ordres. Une telle division du travail disparaît dans l'univers cybernétique de la gouvernance, où tout travail est métamorphosé en *fonctionnement* (*functioning*[48]) : fonctionnement d'une machine à communiquer, programmée pour optimiser ses performances. Et ce sont ces performances réelles, mesurées à l'aune quantitative des résultats financiers, qui sont le critère de la bonne gouvernance, et non plus le respect des lois.

Ainsi redéfinie, la notion de gouvernance a ensuite été adoptée à la fin du siècle dernier par les organisations économiques internationales (Banque mondiale[49] et FMI[50]) qui ont imposé ce modèle de gestion aux pays dits en voie de développement dans le cadre des plans d'ajustement structurel, puis de lutte contre la pauvreté. La « bonne gouvernance » promue par ces organisations s'est traduite par une réduction drastique du périmètre de l'État, notamment dans le domaine social et culturel, au profit de l'initiative privée et de la « société civile ». Ainsi que le confessa Joseph Stiglitz, qui fut vice-président et économiste en chef de la Banque mondiale de 1997 à 2000, les plans d'ajustement culturels ont en fait toujours consisté à assujettir les politiques des pays en développement aux intérêts des financiers des pays industrialisés[51].

La notion de gouvernance a aussi conquis à la même époque le vocabulaire de la Communauté, puis de l'Union européenne[52]. Elle est employée aussi bien au sujet du système normatif européen dans son ensemble que de la politique économique, la politique fiscale, les statistiques, les institutions internationales, les relations avec les pays en développement, l'aviation, les nouvelles technologies, l'environnement, etc. Couronnement de ce processus, le concept de gouvernance a été

consacré au plus haut niveau de la hiérarchie des textes européens avec l'adoption du Traité pour la stabilité, la coordination et la gouvernance dans l'Union économique et monétaire, entré en vigueur le 1er janvier 2013. Traité, que le candidat à la présidence de la République française, M. Hollande, avait promis de ne jamais ratifier en l'état, et qu'il ratifia cependant aussitôt élu… Mais il est vrai que la gouvernance reposant sur la capacité de rétroagir en temps réel aux signaux qu'on reçoit, n'est guère compatible avec le respect de la parole donnée.

D'une manière générale, la gouvernance occupe une position centrale dans un champ sémantique qui congédie le vocabulaire de la démocratie politique au profit de celui de la gestion[53], ainsi que le donne à voir ce petit tableau :

GOUVERNEMENT	GOUVERNANCE
peuple souveraineté territoire loi liberté morale justice jugement règle réglementation représentation travailleur qualification syndicats négociation collective	société civile subsidiarité espace programme flexibilité éthique efficacité évaluation objectif régulation transparence capital humain employabilité partenaires sociaux dialogue social

Animée par l'imaginaire cybernétique, la gouvernance ne repose plus, contrairement au gouvernement, sur la *subordination* des individus, mais sur leur *programmation*. Ce déplacement est déjà visible dans le texte cité de Norbert Wiener, lorsqu'il oppose la performance (*performed action*) à l'intention (*intended action*) comme moteur de l'action. Le travailleur subordonné agit conformément aux règles qui lui ont été prescrites, tandis que le travailleur programmé réagit aux informations qui lui parviennent de son environnement. Ce passage de la *subordination* à la *programmation* est tout à fait central dans la représentation contemporaine de l'agir humain. À la différence du plan, qui impliquait l'intervention hétéronome d'un planificateur, le programme permet de penser des systèmes homéostatiques et autoréférentiels. D'ou son succès en biologie (où le

programme génétique a remplacé avantageusement le plan divin), comme en gestion (où il permet de faire l'économie de la figure du gouvernant). Pour expliquer l'action d'un homme ou d'un parti politique, on ne se réfère plus dans la langue journalistique à son idéologie ou à ses principes, mais à son « logiciel », son « ADN » ou son « code génétique », voire à son « disque dur ».

Le mythe d'un être créé par l'homme à son image pour assouvir ses besoins ou ses désirs n'est pas nouveau. Mais c'est seulement dans l'Occident des temps modernes que cet imaginaire est devenu un moteur du développement technique, de la construction des premiers automates jusqu'à l'invention de l'informatique en passant par l'univers industriel dépeint par Fritz Lang ou Charlie Chaplin. Dans un livre très éclairant, l'historien de la technique Philippe Breton a retracé la généalogie des créatures à l'image de l'homme, depuis Pygmalion et Galatée dans la mythologie grecque ou le Golem dans la tradition talmudique, jusqu'aux ordinateurs et robots contemporains[54]. Le Léviathan ne figure pas dans ce tableau, mais il y aurait tout à fait sa place parmi les premiers automates androïdes de la Renaissance. Tout y est : l'identification de la réglementation juridique à la régulation biologique d'un « corps politique » ; la réduction de ce corps à une machine. Pourrait également figurer dans ce tableau la nombreuse descendance de cette machine à gouverner : celle de la République jacobine, celle, monstrueuse, de l'État totalitaire, qui telle la créature du Dr Frankenstein, massacre les innocents ; celle, bienfaisante de l'État-providence, appareil domestique appelé à satisfaire tous les besoins des hommes ; celle enfin, résolument contemporaine, d'une machine homéostatique, programmée *ab initio* et capable de rétroaction (par le jeu de ces « nerfs » que sont les punitions et les récompenses). La machine à gouverner n'est alors plus conçue sur le modèle de l'horloge, mais sur celui de l'ordinateur. Machine acéphale où le pouvoir n'est plus localisable et où la régulation remplace la réglementation et la gouvernance le gouvernement. La révolution numérique va ainsi de pair avec celle qui se donne à voir en matière juridique, où l'idéal d'une gouvernance par les nombres tend à supplanter celui du gouvernement par les lois.

Calquée sur le modèle de l'automate, la machine à gouverner imaginée par Hobbes était régie par des lois inflexibles, du même type que celles découvertes par son contemporain Galilée dans le domaine de l'astrophysique. Conçue aujourd'hui sur le modèle cybernétique, la

machine à gouverner n’est plus régie par des lois, mais par des programmes assurant son fonctionnement homéostatique[55]. Autrement dit, elle est censée se réguler elle-même, à l’instar d’un organisme biologique ou d’un ordinateur. C’est ce nouvel imaginaire qu’exprime la substitution de la notion de gouvernance à celle de gouvernement. Cette substitution marque à la fois une rupture et une continuité avec l’idéal du règne de la loi : une rupture, parce que la loi perd sa souveraineté pour se faire l’instrument de réalisation d’un programme ; une continuité, parce que l’idéal d’une cité dont le fonctionnement échapperait à l’arbitraire de la volonté humaine est rendu plus impérieux avec la gouvernance, qui conduit à soustraire la programmation de la société à la volonté de la majorité, c’est-à-dire à la démocratie. En cela, elle est fidèle à un autre rêve qui a porté l’histoire de l’Occident : celui de l’harmonie par le calcul. Il faut donc commencer par revenir sur ces deux sources pour saisir la dynamique et la portée de la gouvernance par les nombres et comprendre les impasses auxquelles elle nous conduit.

2

Les aventures d'un idéal : le règne de la loi

« Que, dans une cité, la loi soit assujettie et sans force, et je vois sa perte toute proche ; mais où elle règne sur les chefs et où les chefs se font les esclaves des lois, c'est le salut que je vois arriver là, et, avec lui, tous les biens que les dieux accordent aux cités. »

PLATON, Les Lois.

Pour se libérer de tout lien de dépendance personnelle, les hommes doivent se soumettre au règne des mêmes lois générales et abstraites. À l'orée des révolutions américaine et française, cet idéal du règne de la loi a trouvé en Jean-Jacques Rousseau son défenseur le plus éloquent : « Un peuple libre obéit, mais il ne sert pas ; il a des chefs et non pas des maîtres ; il obéit aux Loix, mais il n'obéit qu'aux Loix et c'est par la force des Loix qu'il n'obéit pas aux hommes. Toutes les barrières qu'on donne dans les Républiques au pouvoir des Magistrats ne sont établies que pour garantir de leurs atteintes l'enceinte sacrée des Loix : ils en sont les Ministres, non les arbitres, ils doivent les garder, non les enfreindre. Un peuple est libre, quelque forme qu'ait son Gouvernement, quand dans celui qui le gouverne il ne voit point l'homme, mais l'organe de la Loi. En un mot, la liberté suit toujours le sort des Loix, elle règne ou périt avec elles ; je ne sache rien de plus certain[1]. » Moins de vingt ans plus tard, cette volonté d'être gouverné par des lois et non par des hommes a fourni l'une des pierres angulaires des premières constitutions modernes. Par exemple, celle, pionnière, de l'État du Massachusetts (1780), qui impose au gouvernement le principe de séparation des pouvoirs afin qu'il soit régi par les lois et non par les hommes (« *to the end it may be a government of laws and not of men* »). Elle continue d'irriguer la Constitution de la République française, sous la forme que lui a donnée en 1789 la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen : « La Loi est l'expression de la volonté générale. Tous les Citoyens ont droit de

concourir personnellement, ou par leurs Représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. »

Cette aspiration au règne de la loi n'était pas nouvelle. Elle s'inscrivait dans l'histoire beaucoup plus longue du vieil idéal grec d'une cité dans laquelle, comme l'avait écrit Platon deux mille ans avant Rousseau, les gouvernants sont les serviteurs des lois : « Si j'ai appelé serviteurs des lois ceux que l'on nomme aujourd'hui gouvernants, ce n'est pas pour le plaisir de forger des termes nouveaux ; c'est qu'à mon avis de cela dépend plus que tout le reste, le salut de la cité ou sa ruine. Que dans une cité la loi soit assujettie et sans force, et je vois sa perte toute proche ; mais où elle règne sur les chefs et où les chefs se font les esclaves des lois, c'est le salut que je vois arriver là, et, avec lui, tous les biens que les dieux accordent aux cités[2]. » La machine à gouverner est le fruit d'un long travail de sédimentation et de réinterprétation de cet idéal grec du règne de la loi. Travail dont il faut se remettre en mémoire les principales étapes pour comprendre le point où nous en sommes aujourd'hui : celui où la loi ne règne plus, car elle est à son tour asservie au fonctionnement d'une machine à calculer.

Le *nomos* grec

À juste titre, Marcel Détienne a dénoncé il y a quelques années le caractère souvent mythique de l'invocation de nos racines grecques[3]. Sans nier le bien-fondé de cette mise en garde, force est de reconnaître que c'est en Grèce que s'est affirmé pour la première fois l'idéal de lois qu'une cité se fixe librement à elle-même[4].

C'est avec l'écriture que naît la possibilité de fixer dans des lois les règles de vie en commun qui, jusqu'alors, reposaient sur une mémoire orale et n'offraient pas les garanties d'opposabilité de l'écrit. Les lois constitutives qui furent données aux cités grecques par de grands législateurs, comme Lycurgue ou Solon, étaient qualifiées de *rhétra* (ῥήτρα) à Sparte et de *thesmos* (θεσμός) à Athènes. *Rhétra* se rattache au verbe « dire » et *thesmos* au verbe « poser », « instituer ». C'est seulement avec l'avènement de la démocratie que *thesmos* disparaît au profit de *nomos* (νόμος) dans le vocabulaire athénien. Intervenu au tournant des VIe-Ve siècles avant J.-C., ce changement terminologique marque le passage d'une loi imposée du dehors à une loi que les citoyens se donnent à eux-

mêmes. Autrement dit, avec *nomos* advient l'idée d'un règne de la loi, synonyme pour les Grecs de démocratie[5]. C'est cet idéal que défendra plus tard Platon, évoquant un gouvernement où « c'est la loi qui régnait souverainement sur les hommes, au lieu que les hommes fussent les tyrans de la loi[6] ». *Nomos* – qui dérive du verbe *nemô*, « partager » – désignait antérieurement une grande variété de règles observées dans des pratiques rituelles ou artistiques. Son nouvel emploi est le lieu d'une tension entre le prescrit (la représentation d'un ordre idéal) et le décrit (la fixation d'habitudes observées en pratique). Cette tension semble inhérente à l'idée même de loi humaine et nous la voyons courir tout au long de l'histoire jusqu'à nos jours.

Contrairement aux modernes, devenus incapables de penser le politique autrement qu'en termes de pouvoir, les Grecs l'ont d'abord conçu en termes d'ordre juste. Au VIe siècle avant J.-C., la pensée politique s'ordonne ainsi autour du concept de *nomos* et l'on oppose l'*eunomie* (Εὐνομία) – l'idéal du bon ordre de la cité – à la *dysnomie* (Δυσνομία) – le règne de l'injustice et de la démesure –, chacune étant incarnée par la déesse du même nom sous l'égide de laquelle vit la cité. L'égalité des citoyens en tant que citoyens s'est affirmée progressivement comme partie intégrante de l'ordre juste, donnant naissance au concept d'*isonomie* (ἰσονομία)[7]. Au siècle suivant se fit jour l'idée selon laquelle l'ordre d'une cité est fixé par qui la gouverne et la déesse Eunomia se fait progressivement concept. C'est alors qu'apparaît le vocabulaire « cratistique » qui distingue les cités selon la forme du pouvoir (*cratos*) qui s'y exerce : monarchie, oligarchie, aristocratie, démocratie. Selon Christophe Meier, ce changement terminologique correspond à la découverte que l'ordre juste n'est pas quelque chose de donné d'avance et sur lequel on n'a pas de prise, mais que les citoyens peuvent décider eux-mêmes dans quel type d'ordre ils entendent vivre[8]. *Nomos* prend à partir de cette époque le sens de « loi », dans son acception moderne, c'est-à-dire d'une loi faite par et pour les citoyens.

La question qui se pose à cette loi proprement humaine est alors de savoir d'où elle tire sa force obligatoire, autrement dit à quelle autorité on peut la référer, quel est son garant. C'est un problème qui ne se pose évidemment pas quand la loi est imputée à une source divine. Cependant, dès lors qu'elle est conçue comme une œuvre humaine, elle se trouve privée de garant et exposée aux risques de versatilité et de relativité. Très

vite, une question surgit, qui n'a cessé de hanter la pensée juridique : n'existe-t-il pas des lois supérieures, non écrites, que tout homme doit observer quand bien même elles seraient contredites par un législateur humain ? C'est tout le thème d'Antigone qui oppose à Créon le respect des rites funéraires dû à tout être humain en raison des « lois non écrites, inébranlables des dieux ».

De nos jours, on n'invoque plus les dieux, mais les droits imprescriptibles et sacrés attachés à la condition d'être humain pour poursuivre ceux qui, sous couvert du droit positif, ont concouru à leur violation et aussi pour fonder un droit de résister à l'oppression. Proclamé par la Déclaration d'indépendance américaine de 1776, ce droit a également été consacré à l'article 2 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 et fait donc toujours partie de notre socle constitutionnel. Toutefois, on ne peut s'empêcher de remarquer que les auteurs de la Déclaration américaine s'accommodaient très bien de législations raciales et n'entendaient pas conférer à leurs esclaves le droit à la résistance qu'ils se reconnaissaient à eux-mêmes. Autrement dit, ils admettaient la légitimité de règles que l'article 7 du statut de Rome instituant la Cour pénale internationale qualifie aujourd'hui de crimes contre l'humanité. On pourrait dire la même chose du régime d'indigénat que la République française a imposé dans ses colonies ou des législations eugénistes qui ont été maintenues en vigueur dans les pays nordiques bien après la fin de la Seconde Guerre mondiale. Quand bien même elles prétendent poser des règles éternelles, sacrées et imprescriptibles, les lois humaines manquent donc d'un garant indiscutable et apparaissent aussi inconstantes que diverses. Leur légitimité n'est que relative.

Montesquieu a consacré, on le sait, à la relativité des lois une bonne part de son œuvre. Bien avant lui, Hérodote – qui a sur le droit comparé d'incontestables titres de paternité – faisait déjà le même constat. Tout au long des pérégrinations qui fournissent la matière de son *Enquête*, il note – à la fois au sens descriptif et évaluatif du verbe « noter » – la diversité des lois des pays qu'il traverse. Il fait toutefois cette observation fondamentale : les mêmes qui ont coutume de manger leurs pères morts se révulsent à l'idée de les incinérer. Et réciproquement[9]. *La relativité des lois va ainsi de pair chez les humains avec l'universalité de l'Interdit*. Si le droit a une fonction anthropologique, c'est en raison de cette universalité de l'interdit dans les sociétés humaines.

Le constat de la relativité des lois est en tout cas une brèche dans laquelle se sont engouffrés les sophistes pour opposer à ces lois artificielles les vraies lois : celles de la nature. Et après eux des générations de philosophes et de juristes n'auront de cesse de vouloir mesurer la légitimité de l'ordre juridique à l'aune d'un ordre naturel. La nature, mais quelle nature ? Est naturelle, écrit ainsi Aristote pour la distinguer de la justice légale, la justice « qui possède en tout lieu même valeur et qui ne dépend en rien du fait que l'opinion publique lui accorde ou lui refuse cette valeur[10] ». Mais qu'est-ce qui a partout la même force et ne dépend pas de l'opinion ? Est-ce un ordre du monde, un ordre cosmique qui dépasse la volonté humaine et s'impose à elle ? Est-ce la nature de l'homme, celle qui le pousse à vouloir imposer ses vues et à dominer ses semblables ? Ou bien ces deux natures n'en font-elles qu'une, la seule loi réellement universelle étant la loi du plus fort ?

Toutes ces questions, qui agitaient les esprits des Grecs, sont encore les nôtres. Ceux qui, croyant en l'existence d'un « ordre spontané du marché », dénoncent aujourd'hui le « mirage de la justice sociale » pourraient reprendre, sans y changer un mot, la critique des lois positives développée par Calliclès dans le *Gorgias* de Platon : « Le malheur est que ce sont, je crois, les faibles et le plus grand nombre auxquels est due l'institution des lois[11]. » Fondée sur l'égalité, la loi humaine est donc l'arme des faibles et des moins capables, celle qui leur permet non seulement de ne pas se soumettre aux plus forts et aux plus capables, mais de se les soumettre. Contre cet artifice, Calliclès en appelle à la Nature, dans une affirmation darwinienne avant la lettre qui sera promise à une longue postérité intellectuelle : « Or, d'elle-même la nature, au rebours, révèle, je pense, que ce qui est juste, c'est ce que celui qui vaut plus ait le dessus sur celui qui vaut moins et celui qui a une capacité supérieure, sur celui qui est davantage dépourvu de capacité[12]. »

Il faut se garder de confondre les nombreux avatars contemporains de cette idée selon laquelle la loi du plus fort est la seule conforme à l'ordre de la nature. Sade, Nietzsche et Hitler ne peuvent pas être mis dans le même sac, pas plus qu'Adam Smith, Darwin et Milton Friedman ou Friedrich Hayek. Mais cette diversité même montre la séduction exercée par la projection sur le droit de ce que l'on pense être un ordre naturel.

C'est Sade, dont le rapport à la loi a inspiré plusieurs travaux récents[13], qui l'a portée d'une certaine manière à incandescence en en dévoilant la

potentialité mortifère. « S'il est vrai, écrit-il, que nous ressemblons à toutes les productions de la nature, si nous ne valons pas mieux qu'elles, pourquoi persister à nous croire mus par des lois différentes ? Les plantes et les bêtes connaissent-elles la pitié, les devoirs sociaux, l'amour du prochain ? Et voyons-nous, dans la nature, d'autre loi suprême que celle de l'égoïsme ?[14] »

De la philosophie dans le boudoir aux massacres de masse, il y a tout de même un pas, que le XXe siècle a vu franchir. Notamment par Hitler, selon lequel « les richesses naturelles, par la vertu d'une loi immanente, appartiennent à celui qui les conquiert […]. Ceci est conforme aux lois de la nature […]. La loi de sélection justifie cette lutte incessante en vue de permettre aux meilleurs de survivre[15]. » Ce qu'Hitler ajoute à Sade, c'est la référence à Darwin, c'est-à-dire à un sens biologique de l'histoire. Sade n'est toutefois pas le premier à avoir qualifié l'égoïsme de « loi suprême » de la nature et à avoir défendu la thèse des prospérités du vice et des malheurs de la vertu. Cette thèse avait déjà été avancée par Bernard de Mandeville dans la *Fable des abeilles*, bref conte philosophique publié en 1714 avec un sous-titre explicite : « Vices privés, bénéfices publics ». Louis Dumont a souligné l'importance de ce texte dans la genèse et l'épanouissement de l'idéologie économique contemporaine[16]. Et plus récemment Dany-Robert Dufour a montré de façon convaincante que Sade n'avait fait que dévoiler la vérité normative de cette thèse qui, croyant pouvoir se passer de l'impératif catégorique kantien, érige l'amour de soi et l'instrumentation des autres en loi suprême d'un ordre juste[17].

Comment les Grecs ont-ils essayé de surmonter la crise de légitimité de la loi démocratique ? Cette loi ne pouvant plus compter sur la garantie des dieux, comment éviter qu'elle ne soit livrée aux passions et aux appétits des hommes et ne finisse par être un simple instrument entre les mains des plus forts ? De Socrate à Aristote, les réponses à cette question ont été diverses, mais on peut dire qu'*elles ont eu en commun de faire appel à la raison humaine comme substitut de la raison divine.*

Pour Socrate, ce qui est raisonnable, c'est de voir dans la loi une convention. Convention non point arbitraire, mais nécessaire pour que la Cité se maintienne. Contrairement aux philosophes des Lumières ou à John Rawls, il ne postule pas un Contrat social originel, sorte de *big bang* normatif d'où serait sortie la loi. Pour lui, l'adhésion à la loi – fut-elle

injuste – est un engagement quotidien, contracté du seul fait qu'on vive dans la cité qu'elle régit. Car à défaut de cette adhésion, la Cité court à sa perte. Et l'on peut dire que Socrate place cet engagement au-dessus de sa propre vie, puisque cette réponse, il la donne dans le *Criton*, au moment de décider s'il se soumettra ou se soustraira à la peine de mort à laquelle il a été condamné. Ayant été témoin de cette injustice, Platon ne peut plus adhérer sans réserve à l'idéal d'un gouvernement par les lois. Pour lui, ce qui est raisonnable, c'est d'admettre que la loi est un mal nécessaire : un instrument imparfait, mais indispensable. Dans un monde idéal il n'y aurait pas besoin de lois, car un tel monde serait gouverné par la science, une science parfaite, une science royale qui permettrait d'accorder le monde des faits à celui des idées. La description de cet ordre idéal forme la matière du *Politique*, en même temps qu'une critique en règle des imperfections de la loi, incapable de saisir la diversité des cas particuliers et l'évolution des situations. En revanche, la défense de la souveraineté des lois forme la matière des *Lois*, le dernier traité rédigé par Platon[18]. Il y examine les conditions sous lesquelles les lois peuvent jeter un pont entre le monde des idées et celui des humains : elles doivent être fondées sur l'intérêt commun de la cité et s'inspirer du modèle divin qui se révèle à l'homme dans l'exercice de sa raison. Ainsi comprise, la loi est ce qui doit régner sur la cité et les gouvernants n'en sont que les gardiens, et même les esclaves.

Pour Aristote, ce qui fonde l'autorité des lois, c'est leur longévité. L'usage sanctionné par la cité dans le temps donne au *nomos* sa solidité. Ceci conduit Aristote à récuser l'assimilation de l'art législatif à une technique de gouvernement. Car les règles techniques doivent changer en fonction d'un critère d'efficacité alors que l'efficacité des lois est suspendue à leur stabilité : « L'exemple de ce qui se passe dans les arts [mécaniques] est fallacieux, écrit-il, car il n'existe aucune ressemblance entre modifier la pratique d'un art et modifier une loi : la loi n'a aucun pouvoir de contraindre à l'obéissance en dehors de la force de la coutume, et celle-ci ne s'établit qu'après un laps de temps considérable, de sorte que passer facilement des lois existantes à de nouvelles lois toutes différentes, c'est affaiblir l'autorité de la loi[19]. » Rien donc de plus étranger à Aristote que l'idée d'une machine à gouverner. Le droit n'est pas pour lui soluble dans la technique.

L'idée selon laquelle l'autorité des lois dépend de leur stabilité a elle aussi couru jusqu'à nous. Alors même qu'il œuvrait à refonder le droit

français, Portalis l'a réaffirmée dans un passage fameux du *Discours préliminaire au Code civil*. « Il faut être sobre, écrit-il, de nouveautés en matière de législation, parce que, s'il est possible, dans une institution nouvelle, de *calculer* les avantages que la théorie nous offre, il ne l'est pas de connaître tous les inconvénients que la pratique seule peut découvrir ; […] au lieu de changer les lois, il est presque toujours plus utile de présenter aux citoyens de nouveaux motifs de les aimer[20]. » Cette mise en garde contre l'asservissement des lois au calcul d'intérêt témoigne d'une prémonition de la gouvernance par les nombres, dans cette période révolutionnaire déjà influencée par les premières applications du calcul des probabilités aux questions sociales[21]. Comme Platon, mais aussi comme Ulpien avant lui[22], Portalis voit dans l'art législatif un sacerdoce, une médiation entre, d'une part, le monde des idées et de la connaissance pure et, d'autre part, celui de l'expérience de la diversité des caractères et de la force des habitudes. Le premier porte à « calculer les avantages que la théorie nous offre », tandis que la seconde incite à « ne toucher aux lois que d'une main tremblante[23] ». Ce thème de la peur, qui devrait habiter le législateur au moment d'exercer son office, était lui aussi déjà présent chez les Grecs. Démosthène donnait en exemple aux Athéniens l'usage locrien selon lequel « quiconque propose une loi nouvelle le fait la corde au cou. La proposition paraît-elle louable et utile, l'auteur se retire, la vie sauve. Sinon, on sert la corde, et c'est la mort[24] ». C'est plutôt son contraire que donne à voir l'inflation contemporaine des lois, l'injonction du *publish or perish* semblant frapper indistinctement les savants et les gouvernants.

L'apport grec à notre idée de loi est généralement négligé par les juristes contemporains. De la Grèce, ils ne retiennent au mieux que les pages qu'Aristote consacre à la justice particulière dans l'*Éthique à Nicomaque*. Tout le reste est censé relever de la philosophie politique, autrement dit se trouve frappé d'excommunication juridique[25]. Cette position intégriste ne peut masquer l'extraordinaire fortune *juridique* qu'a connue l'idéal grec du règne de la loi dans l'histoire des institutions occidentales. Cet idéal transpire dans les premières constitutions et déclarations des droits qui ont posé à la fin du XVIIIe siècle les bases d'un ordre juridique qui est encore en principe le nôtre. Expulser cet héritage grec de la « science du droit » n'est donc pas très… scientifique. On ne peut ici que souscrire à l'observation d'Harold J. Berman, selon laquelle le positivisme juridique, tout comme le

jusnaturalisme, l'École historique ou l'école sociologique du droit (il faudrait ajouter à cette liste la doctrine *Law and Economics*) ne peuvent en aucun cas *expliquer* le droit, car ils en sont une partie intégrante. « L'histoire de la tradition juridique occidentale, observe Berman, est pour partie le récit de l'émergence et des heurts de ces différentes écoles de philosophie du droit. Elles n'expliquent pas l'histoire, car c'est l'histoire qui les explique, pourquoi elles apparurent et pourquoi diverses écoles ont prédominé en tel ou tel endroit, à telle ou telle époque[26]. » La rétroprojection sur l'héritage grec d'une conception « pure » du droit, vidée de toute interrogation politique ou philosophique, est en réalité un legs du droit romain.

La *lex* en droit romain

De Rome, ou plus exactement du latin, nous vient tout d'abord le mot « loi », issu de *lex*. L'étymologie de *lex* a donné lieu à de nombreuses controverses. Le mot n'a pas de correspondants dans les autres langues indo-européennes et l'on peut raisonnablement penser que *lex* est issu du verbe *legere*, qui signifiait originellement « cueillir », avant de prendre le sens de « lire » (lire, c'est récolter des yeux le sens porté par l'écrit). André Magdelain adopte cette étymologie qui a notamment le mérite d'éclairer ce qui distingue la *lex* du *ius*[27]. Le sens premier du mot *ius* en latin est celui d'une formule faisant autorité. Le verbe de *ius* est *iuro* : « jurer », « prêter serment » ; *ius dicere* désigne la formule prescrivant ce à quoi l'on doit se conformer[28]. Dans la Rome archaïque, la nature première du *ius* était d'être secret : il est une science réservée aux pontifes qui sont les gardiens du *mos*, c'est-à-dire de la coutume des ancêtres. La Cité romaine était originellement dotée de deux collèges de hiérarques (experts sacrés) : les six augures, chargés d'interpréter les signes que les dieux envoyaient aux hommes par oiseaux interposés ; et les cinq pontifes (*pontifices*). Chargés de superviser le montage et démontage des ponts sur le Tibre, ces derniers étaient d'abord des ingénieurs, connaissant les secrets des mesures et des nombres ; ils avaient donc aussi le devoir d'annoncer le calendrier public. Leur aptitude à discerner les jours fastes des jours néfastes est à l'origine de leur expertise juridique. À ces deux premiers collèges vint ensuite s'adjoindre celui des vingt féciaux (*feciales*). Mémoire vivante des traités passés avec les cités voisines, les féciaux occupaient pour le *ius gentium* (droit international) une fonction

semblable à celle des pontifes pour le *ius civilis*. Si prestigieuses que soient leurs positions respectives, les pontifes, les augures et les féciaux étaient de simples consultants, dépourvus de *potestas* (pouvoir), qui ne donnaient leur réponse que si on les interrogeait[29]. Les pontifes prescrivaient les rites, notamment les rites sacrificiels, qu'il convenait d'observer pour maintenir la paix avec les dieux et entre les hommes. Ces préceptes concernaient donc aussi bien le domaine du sacré (*fas*) que celui du droit (*ius*), domaines qui s'enchevêtraient[30]. Les pères de famille qui voulaient connaître le *ius* à suivre dans une circonstance donnée, autrement dit connaître l'attitude et les paroles rituelles à observer pour l'accomplissement efficace d'un acte déterminé (par exemple, revendiquer ou aliéner un bien, ou souscrire un engagement), s'adressaient donc aux pontifes qui leur répondaient sous une forme oraculaire et non motivée : celle des *responsa*, toujours formulées à l'impératif. Ces réponses ne valaient en principe que pour le cas considéré, mais leur mémoire était conservée par les pontifes, selon une méthode casuistique, donnant autorité à des précédents qu'ils étaient les seuls à connaître.

Comme les *responsa*, les *leges* étaient formulées à l'impératif et participaient de la catégorie générique du *ius*. Elles étaient cependant un *ius* rendu public, proclamé ou affiché, ou les deux à la fois. Le rite de la lecture était une condition de validité de la *lex*, qu'il s'agisse de promulguer un édit royal (*lex dicta*), de consacrer un temple (*lex templi*) ou de publier un traité (*lex* du *foedus*). Ce n'est qu'avec le temps que *lex* en vint à désigner, non pas l'action de lire un texte, mais le texte lui-même. Et c'est seulement avec la naissance de la République, à la fin du VIe siècle avant J.-C., que le mot *lex* a servi à importer à Rome le modèle grec du *nomos*, c'est-à-dire le modèle d'une cité régie par les lois et le principe d'isonomie. L'adoption de la Loi des XII Tables en 450 avant J.-C. et leur inscription dans le bronze sur le *Forum Romanum* marque ce tournant juridique et démocratique.

Toutefois, ainsi que l'a montré Aldo Schiavone[31], cette greffe du modèle grec n'a pas pu prendre vraiment à Rome, car le règne de la loi a dû compter avec l'existence de l'expertise juridique des pontifes. Ces derniers devinrent les gardiens de ces lois dont ils n'étaient pas les auteurs et les firent passer au filtre de leur pouvoir herméneutique. Puis ce pouvoir passa aux mains de jurisconsultes laïcs après que, au milieu du Ve siècle, le scribe affranchi Gnaus Flavius eut divulgué le savoir jusqu'alors secret des

pontifes, c'est-à-dire le droit applicable ainsi que les formules à employer et le calendrier à respecter pour le mettre en œuvre[32].

C'est ainsi que le *ius* absorba et incorpora la *lex* et put s'affirmer comme une technique délavée de ses origines religieuses et susceptible de servir les formes d'organisation politique les plus diverses. Cette technique remplit ce qu'on pourrait appeler une fonction digestive. Elle permet au *corpus iuris* de digérer le contenu de n'importe quelle loi. Elle est entre les mains d'experts professant leur neutralité à l'égard de ce contenu et le mettant en œuvre dans des conditions rigoureusement codifiées. La loi ne pouvait être source d'un droit individuel que sous réserve de pouvoir être actionnée par une formule dûment accréditée par le juge[33].

Véritables codes d'accès à la loi, ces formules procédaient d'une typologie des cas litigieux, d'une abstraction de la diversité des situations de fait. Elles se présentaient donc comme une sorte d'algèbre sociale. « Un homme du peuple romain, écrit Girard, eût été aussi embarrassé pour appliquer les XII Tables à une situation donnée, qu'un homme ordinaire le serait aujourd'hui pour se servir d'une table de logarithme[34]. » Certainement exacte, cette comparaison ne doit pas conduire cependant à projeter sur le passé notre distinction entre le fond et la forme. Le droit romain ignorait la claire distinction que nous établissons entre règles de fond et règles de procédure. Le *ius* mêle encore l'un et l'autre : le droit se définit d'abord comme le *droit d'agir* dans un cas déterminé. Et le respect des formes correspondant à chaque cas procède d'un souci d'efficacité rituelle, même s'il prépare l'avènement d'une conception technique du droit, comme pure forme, capable de traiter n'importe quel contenu.

Ces formules obéissaient à des règles de composition strictes. Leur structure peut être décomposée en parties principales (dont la liste varie selon le type d'action) et parties accessoires (dont la liste dépend des caractéristiques concrètes du cas). Les parties principales sont la *nominatio* du juge, la *demonstratio* (clause indiquant à quel titre on agit), l'*intentio* (la prétention du demandeur), l'*adjudicatio* (donnant au juge, dans le cas des actions en partage, le pouvoir de transférer la propriété) et la *condemnatio* (la réponse attendue du juge). Voici un exemple très simple, ne comprenant que les trois éléments de base d'une action, tiré du Digeste et cité par Marie Therese Fögen[35] :

> [*Nominatio*] Un tel doit être juge. [*Intentio*] S'il doit s'avérer que A (le plaignant) a confié en dépôt une table en argent à B, et que, par la

perfidie de B, la table n'a pas été rendue, [*Condemnatio*] toi, juge, tu dois condamner B en faveur de A pour la somme que vaut l'objet. Si cela ne s'avère pas, tu dois l'acquitter.

Ces formules s'imposent aux plaideurs, mais le préteur (magistrat) peut les retoucher pour en étendre le champ d'application à des situations non prévues à l'origine. Il le fait en ajoutant un paramètre permettant de distinguer des précédents le cas qui lui est soumis. Il peut, par exemple, recourir à la notion de bonne foi (*bona fides*) dans l'hypothèse où le dépositaire excipe d'une bonne raison de n'avoir pas restitué la table. Ou bien, recourir à une transposition de personne pour accorder à l'usufruitier (U) l'action initialement accordée au seul propriétaire (P) d'une chose endommagée par autrui : U est admis à la place de P, donnant naissance à une nouvelle formule. Un autre procédé consiste à faire *comme si* une condition de la formule était remplie, c'est-à-dire à recourir à une fiction. On aboutira alors à une *actio fictitiæ* du type suivant :

Un tel doit être juge. Le thème du procès est que A (le plaignant) a confié en dépôt une table en argent à S, l'esclave de B. Il te revient à toi juge, de dire ce que S – s'il était libre – doit donner à A ou réaliser pour lui sur la base de la bonne foi, et condamner B en faveur de A.

Le droit individuel s'identifie dans un tel système au droit d'agir au sens procédural du mot : en l'absence d'une formule correspondant au cas litigieux, il n'est pas de droit opposable. Pour employer un concept forgé dans un tout autre contexte par Louis Dumont[36], le droit romain est donc né d'un englobement de la *lex* par le *ius*, donnant naissance à un paradigme institutionnel promis à une extraordinaire carrière : celui d'un ordre juridique qui tout à la fois s'impose aux gouvernants et est un instrument de leur pouvoir. Cet ordre s'impose à eux, car il autonomise la forme juridique et investit les gouvernés de droits individuels opposables. Et il est un instrument de leur pouvoir car, à la différence de la loi religieuse ou scientifique, la loi civile donne force normative à la volonté humaine et peut être modelée et transformée par elle.

Ce paradigme est bien celui d'un règne des lois, mais à la différence de l'original grec, il ne s'identifie pas à un régime politique précis. Devenue technique de gouvernement, la loi est susceptible de servir aussi bien une monarchie ou une oligarchie qu'une démocratie. Issue du droit romain historique, cette technique a été réélaborée à la fin du XIe siècle par le pape Grégoire VII, lorsqu'il revendiqua d'être la source vivante de lois qui

s'imposent à toute la chrétienté, en tant que vicaire du Christ (et non plus seulement vicaire de Pierre).

La révolution grégorienne

Contrairement aux idées reçues, le droit moderne ne surgit pas à la Renaissance, mais en plein Moyen Âge. Les travaux d'Ernst Kantorowicz[37], de Pierre Legendre[38] et d'Harold J. Berman[39] ont mis en évidence son origine médiévale et tout ce qu'il doit à la redécouverte du droit romain et à son hybridation avec le droit canonique. Les XIIe-XIIIe siècles ont été le théâtre de ce que Berman a appelé la révolution grégorienne. Il en situe le premier acte en 1075, lorsque le pape Grégoire VII proclama dans son *Dictatus papae* : a) la source divine de l'autorité de l'Église et du Pontife ; b) la suprématie pontificale sur l'Église entière ; c) le pouvoir législatif du Pontife ; d) son pouvoir judiciaire suprême ; e) son indépendance à l'égard du pouvoir temporel ; f) la supériorité de son autorité[40]. Depuis la chute de l'Empire, la Papauté était, ainsi que le note Élie Faure, « le prolongement abstrait de l'administration romaine en Occident[41] ». L'Église d'Occident était le pont qui reliait la féodalité aux institutions impériales[42]. Ainsi, elle put s'affirmer comme entité transnationale, jouissant de sa propre autonomie et personnalité juridique, émancipée de toute domination, qu'elle fût impériale, royale ou féodale.

Cette révolution grégorienne a fait naître une nouvelle conception de l'ordre juridique, marquée par la distinction du pouvoir temporel et de l'autorité spirituelle. Car en affirmant son pouvoir souverain sur l'administration de l'Église et sur la vie spirituelle du peuple chrétien, Grégoire VII sortait de l'intrication antérieure du spirituel et du temporel et ouvrait ainsi la voie à la reconnaissance corrélative d'un pouvoir temporel et à l'avènement de l'État moderne. Il serait cependant inexact de voir dans le Saint-Siège lui-même le premier État occidental moderne. Son autorité n'est pas limitée à un territoire déterminé. Elle est bornée à ce qui touche le salut des enfants de Dieu (et donc, à l'origine, au statut personnel des personnes), autrement dit à une partie seulement de la vie humaine ; tout le reste est abandonné aux pouvoirs séculiers. Ces derniers reprirent à leur compte le modèle de gouvernement dont Grégoire VII avait posé les bases, celui d'un souverain juge et législateur, dont le pouvoir s'impose à

tous et transcende la succession des générations.

Dans ce nouveau modèle de gouvernement, la loi n'est pas un simple instrument d'un pouvoir souverain, mais son élément constitutif[43]. Dès le XIIIe siècle, Bracton avait déjà affirmé que « c'est la loi qui fait le roi, car il n'y a pas de *rex* là où règne la volonté plutôt que la *lex*[44] ». *Ce n'est donc pas parce que la volonté du gouvernant est souveraine qu'elle est source de la loi : c'est au contraire parce qu'elle est source de la loi que sa volonté est souveraine.* Le souverain ne peut donc violer la loi sans disqualifier par là même sa souveraineté. C'est un thème que Mozart a mis en musique dans *L'Enlèvement au sérail* : bien qu'il la désire et la tienne à sa merci, le pacha Sélim Bassa ne pourrait prendre la belle Constance de force sans ruiner par là même sa position souveraine[45].

Déjà à l'œuvre dans la *lex* romaine, l'articulation de la loi et du droit a ainsi été réemployée à partir de la révolution grégorienne pour donner naissance à ce que, depuis le XIXe siècle, nous appelons l'État de droit. Depuis deux siècles, ce montage institutionnel a été le fer de lance de la « mission civilisatrice » de l'Occident, qui l'a exporté sous les bannières successives de la colonisation, des politiques de développement puis de la globalisation. La première occurrence historique d'une telle exportation intervint dès les XIIe-XIIIe siècles, lorsque les juristes au service des princes temporels reprirent à leur compte le modèle de gouvernement inventé par Grégoire VII. C'est ainsi que naquirent les premiers États modernes, à commencer, dans l'ordre chronologique, par l'Angleterre et la France. Cette histoire est bien connue, mais il faut souligner la communauté d'origine des deux grandes cultures juridiques de l'Occident : celle de la *common law* du côté anglais puis américain, et celle du droit continental, dite parfois romano-germanique.

Common law et droit continental

Contrairement à certaines idées reçues, la culture juridique de *common law* est celle qui a le plus de traits communs avec la Rome antique. La *common law* est née de l'invasion et la conquête normandes du royaume d'Angleterre, en 1066. Suivant une recette juridique commune aux colonisateurs, Guillaume le Conquérant conserva leur droit coutumier aux indigènes anglo-saxons. Il importa en revanche, à l'usage des nouveaux maîtres de l'Angleterre, le droit en vigueur dans leur Normandie natale. Ce

droit était appliqué dans sa langue originale, le *Law French*, par sa *Curia regis*. Les successeurs de Guillaume, tout spécialement Henri II (1133-1189), dotèrent l'Angleterre d'institutions juridiques largement inspirées des innovations grégoriennes. L'assimilation du roi d'Angleterre au Pape est, par exemple, explicite dans l'œuvre du grand juriste Bracton (*circa* 1210-68), qui désigne le roi comme le « vicaire du Christ », soumis à personne sauf à Dieu, et qui affirme que, « aussi longtemps qu'il fait justice, il est le vicaire du Roi éternel[46] ». Car, contrairement à ce qui est advenu en France, c'est sur la fonction de juger qu'a d'abord été fondé en Angleterre le pouvoir normatif du monarque[47]. L'accès – très recherché – à la juridiction royale était limité par un système d'actions en tous points comparables aux *actiones* romaines. La juridiction royale ne pouvait être saisie que moyennant l'obtention d'une ordonnance délivrée par le chancelier du roi, court ordre écrit dit *writ* ou *bref*, d'après le latin *breve*, ou bien, forme développée ultérieurement, par une autorisation délivrée par le juge lui-même, dite action *on the case* ou *super casum*. Chaque type d'action correspondait à un type précis de cas et obéissait à des conditions de formes – les *forms of actions* – qui déterminaient la procédure à suivre (mots à employer ; modes de preuve et de comparution, modes de jugement, etc). Ainsi que l'exprime l'adage *Remedies precede rights*, on ne pouvait donc faire valoir son droit que s'il existait une action déterminée (un remède) qui corresponde au cas d'espèce. Comme à Rome, l'évolution du droit a donc pendant très longtemps dépendu de la reconnaissance de nouveaux cas ouvrant une action, sortes de bourgeons greffés sur ceux antérieurement reconnus. La règle selon laquelle une seule *form of action* correspond à un cas est restée en vigueur au Royaume-Uni jusqu'en 1854.

Dans un tel système, la loi est d'abord identifiée à l'autorité des précédents, dont les motifs décisoires (la *ratio decidendi*) s'imposent au juge saisi d'un nouveau cas (contrairement aux autres motifs, les *considerations*, qui ne sont pas le soutien nécessaire de la décision et sont dites *obiter dictum*). Comme celui du préteur romain, le pouvoir créateur du juge suppose donc d'admettre des *distinctions* nouvelles qui permettent d'identifier la nouveauté d'un cas et d'en déduire une nouvelle règle. La loi est donc d'abord la *case law*, ce que nous appelons la jurisprudence, censée exprimée la prudence et la sagesse immémoriale des juges. Le souverain, qu'il s'agisse du monarque ou du peuple représenté par le Parlement, peut aussi faire la loi. Cette loi s'impose aux juges, mais ces

derniers passent cette *statute law* au filtre de la *common law*, ou plutôt l'y incorporent et la digèrent, obligeant le législateur à se faire lui-même casuiste s'il ne veut pas voir sa volonté détournée ou contournée. D'où la difficulté des juristes de *common law* à reconnaître une force juridique aux formulations ramassées sous forme de principes qui donnent au Droit son ossature dans la tradition continentale. Tocqueville, dans le portrait incisif qu'il brosse des juristes de *common law*, résume ainsi cette différence de tournure d'esprit avec les continentaux : « Le légiste anglais ou américain recherche ce qui a été fait ; le légiste français ce qu'on a dû vouloir faire ; l'un veut des arrêts, l'autre des raisons[48]. »

Cet enracinement de la *common law* dans la casuistique permet de comprendre pourquoi l'ordre juridique y est conçu de façon plus réticulaire que pyramidale. Cet ordre se dégage de façon inductive, à partir des actions des individus, et non pas de façon déductive, à partir d'un intérêt général incarné par l'État. Dans un tel ordre, il n'y a pas vraiment de place pour ce que nous appelons le Droit, au sens d'un droit national, identifié à un État et à un territoire. Dans le vocabulaire d'Europe continentale, la distinction romaine du *ius* et de la *lex* se retrouve dans celle que le français marque entre « droit » et « loi », ou l'allemand entre *Recht* et *Gesetz*. Avec toutefois des déplacements de sens qu'il ne faut pas négliger : « droit » est un mot forgé dans la période médiévale à partir du latin *directum*. Il se distingue doublement du *ius* romain. En premier lieu, par l'ajout de l'idée de rectitude et de direction : le droit inscrit la vie humaine dans un temps orienté et lui prescrit une voie à suivre. En second lieu, par le fait que cette voie n'est plus seulement la voie procédurale qui permet d'actionner la loi – c'est-à-dire le droit individuel et subjectif –, mais aussi la direction que s'assigne une société toute entière : le Droit avec un D majuscule. Ces deux versants, minuscule et majuscule de la notion de droit sont, on le sait, étroitement liés. C'est parce qu'il est assujetti à un cadre normatif commun que l'individu peut agir comme sujet de droit et se réclamer de la loi. Cette intrication de l'individuel et du social n'est pas propre au français et se retrouve dans toutes les langues de l'Europe continentale, avec des mots comme *Recht*, *diritto*, *derecho*, etc. Cette intrication interdit de penser l'individu indépendamment de la société dont il est sujet, dans les deux sens de ce mot : tout à la fois sujet assujetti, *sub-jectum* (jeté dessous), et sujet parlant, titulaire de droits et de libertés. Cet assujettissement de l'identité humaine à une appartenance collective se retrouve dans la notion d'état. L'*état civil* des personnes (notion absolument intraduisible en

anglais) a pour garant l'État majuscule, et l'État social a étendu cette garantie à leur état professionnel.

Toutes ces articulations sémantiques ne se retrouvent pas dans la langue anglaise. *Ius* y a bien donné *right*, de même racine que *Recht* ou *droit*, mais sous le sens subjectif du droit individuel. Il y manque donc la notion continentale du grand Droit, celui qui porte et encadre les petits droits dans un ordre juridique. On serait tenté de traduire Droit par *Law*, mais ce mot d'origine nordique (du vieux norrois *lag*, « ce qui est posé, fixé », proche donc de la *Gesetz* allemande et de la *lex* romaine) combine en réalité nos idées de Loi et de Droit. D'où l'embarras des éditeurs anglais lorsqu'ils ont dû traduire, par exemple, le titre de la *Rechtsphilosophie* de Hegel : les uns ont opté pour *Philosophy of Law*, les autres pour *Philosophy of Right*, ce qui n'a pas grand sens pour une oreille anglaise[49].

Derrière ces problèmes de traduction, c'est la loi de la langue qui se profile[50]. Le concept de *common law* est largement indépendant d'un État déterminé, et se trouve du reste partagé par beaucoup d'entre eux. Il conserve une partie de la vocation universelle du *ius civilis*, ainsi que celle de la charge impériale, d'où est sortie notre notion de *civilisation*. Au contraire, la notion de Droit majuscule est liée à celle d'État ; elle appelle un adjectif qui en précise l'emprise territoriale : Droit allemand, belge, italien, etc. *Rule of law* se suffit à lui-même alors que son pendant d'origine germanique – *Rechtsstaat* – postule la figure de l'État[51].

C'est pour rendre l'universalité du *rule of law* que la version française du Préambule de la Déclaration universelle des droits de l'Homme (1948) a dû recourir à la notion peu familière de *régime de droit* pour affirmer qu'« il est essentiel que les droits de l'Homme soient protégés par un régime de droit pour que l'homme ne soit pas contraint, en suprême recours, à la révolte contre la tyrannie et l'oppression ». Mais là où l'Anglais dit « *the* rule of law », le Français parle d'*un* régime de droit. L'article indéfini trahit l'idée d'une inévitable pluralité des ordres juridiques, tandis que le *the* trahit le rêve d'une loi commune à tous les peuples de la Terre. Cet exemple illustre l'enjeu politique considérable que représente la question des langues de travail dans la recherche universitaire comme dans la rédaction des lois au niveau international. Travailler en une seule langue conduit nécessairement à un alignement sur la culture juridique qu'elle véhicule. Cela est particulièrement vrai en ce qui concerne le droit européen, où l'adoption progressive de l'anglais comme

seule langue de travail est allée de pair avec l'abandon du projet d'une entité politique territorialement définie.

Pour réelles qu'elles soient, ces différences ne doivent pas toutefois être exagérées. Tant qu'il ne s'ouvre pas aux cinq continents, le droit comparé peine en effet à reconnaître tout ce qui unit ces deux versants de la tradition juridique occidentale et lui donne son visage propre face aux systèmes normatifs des autres cultures. L'architecture de la *common law*, tout en étant formellement très différente de celle du droit continental, s'en révèle fonctionnellement très proche. L'un des piliers de cette architecture, c'est par exemple l'*equity*, dont la distinction avec la *common law* (au sens étroit) est aussi importante pour un juriste anglais que celle du droit public et du droit privé pour un français. La notion d'*equity* fait écho à celle d'*æquum* dont usaient les préteurs romains pour pallier la rigidité des formules du *ius* et éviter que leur observance mécanique ne débouche sur une injustice[52], selon le proverbe *summum ius, summa iniuria*[53]. Il en est allé de même du recours à l'*equity* pour faire face à la sclérose des cours de Westminster et aux injustices auxquels elle conduisait. Les victimes de ces injustices en appelèrent donc au sens de l'équité du monarque, qui confia l'instruction de leurs demandes à son chancelier, qui était aussi son confesseur et le « gardien de la conscience du Roi ». Le développement au sein de la *Court of Chancery* de cette nouvelle branche du droit anglais, à compter du XVe siècle, aurait pu conduire à un basculement du système britannique vers le modèle juridique continental et à l'affirmation de la souveraineté du roi face à l'autorité du Parlement. Mais il n'en a rien été et c'est au contraire la *common law* qui a finalement absorbé l'*equity* au XVIIe siècle, comme un antidote à ses propres insuffisances. Dans l'introduction du *Léviathan*, Hobbes affirme que « l'équité [*Equity*] et les lois sont une raison et une volonté artificielles », marquant ainsi à la fois leur différence et leur complémentarité. Au fond, l'*equity* a joué un rôle comparable à celui de nos principes généraux du droit, qui permettent au juge continental d'interpréter une règle technique à la lumière d'un principe qui le transcende et permet d'en corriger les effets injustes. Cette complémentarité entre la *common law* et l'*equity*, ou entre les articles des *codes* et les *principes* généraux à la lumière desquels on les interprète, montre que, dans l'un et l'autre système, le droit ne peut durablement se couper de toute considération de justice. On peut même dire que le critère de son efficacité en tant que technique est de satisfaire les critères de justice qui animent une société donnée à une époque donnée. Ceux qui

prétendent le contraire sont obligés de retenir du droit une définition dogmatique qui correspond à l'imaginaire mécaniciste occidental, mais à aucune expérience historique durable.

Le droit continental et la *common law* sont en réalité deux rameaux d'une même tradition juridique occidentale, qui présente un certain nombre de caractéristiques dont Harold Berman a fait l'inventaire[54]. La principale est d'avoir institué le droit en système autonome. Cette autonomie de la sphère juridique se manifeste aussi bien vis-à-vis de la sphère politique que de la sphère religieuse. Dans les autres civilisations du Livre, l'interprétation des lois est nécessairement référée à un Texte révélé, qui confère à l'ordre juridique son fondement et sa légitimité. La révolution grégorienne a au contraire séparé le droit de la théologie. Et cette autonomisation de la sphère juridique s'est transmise aux premiers États séculiers nés de cette révolution. Dès lors, le droit s'est affirmé comme une technique placée entre les mains d'experts qui n'ont pas besoin de s'interroger sur la raison des lois.

La tradition juridique occidentale

« On trouve tout dans le corps du Droit » écrivait déjà Accurse (*circa* 1182-1260), pionnier de l'enseignement juridique universitaire, répondant ainsi par la négative à la question : « Le juriste doit-il s'instruire en théologie ?[55] » Dans leur grande majorité, les juristes sont restés fidèles à cette conception purement technicienne et autoréférentielle de leur savoir. Elle les conduit à considérer que la *ratio legis* n'est pas de leur ressort. Aussi renvoient-ils toujours à d'autres la question de la raison et de la légitimité des lois qu'ils étudient. Ils conçoivent leur tâche comme celles d'honnêtes plombiers-zingueurs, chargés de veiller à une tuyauterie compliquée où circulent des créances et des dettes.

La question de la raison d'être des lois n'en continue pas moins de se poser. À partir des temps modernes, et avant l'expansion du modèle des sciences de la nature sur la science juridique, ce sont surtout les théologiens et les philosophes qui ont pris en charge cette question délaissée par les juristes. En terre catholique, il faut mentionner tout particulièrement l'École de Salamanque et l'œuvre de François Suarez qui, après la Contre-Réforme, a élaboré une théorie générale des lois dans son traité *Des lois et du Dieu législateur*. En terre protestante, le *Léviathan* de

Hobbes procède d'un même effort, consistant à « poser l'art de gouverner comme un savoir sur la nature[56] ». Cet effort sera poursuivi par les philosophes des Lumières, au premier rang desquels Locke en Angleterre, et Montesquieu et Rousseau en France. À partir du XIXe siècle, c'est plutôt du côté de la biologie et des sciences sociales naissantes qu'on a pensé pouvoir découvrir les fondements naturels du gouvernement[57]. Aujourd'hui, on prétend fonder le droit sur l'économie, conformément à la doctrine *Law and Economics*, qui est devenue le paradigme de la science juridique normale aux États-Unis[58].

En séparant le droit de la théologie, la révolution grégorienne a laissé la place libre à ce qu'on a pu appeler des théologies politiques ou des religions séculières, dont le trait commun est d'assujettir l'ordre juridique à la force normative de certaines idées. D'où cette caractéristique essentielle de la modernité occidentale, qui consiste à ériger les idées en idoles[59] et à prétendre façonner la société à leur image. On pourrait être tenté de faire remonter cette toute-puissance des Idées à Platon. Et il ne fait pas de doute que le platonisme n'a cessé de hanter les sciences, à commencer par les mathématiques. Mais tandis que, pour Platon, la contemplation de l'ordre cosmique visait à y insérer l'homme, les théories des modernes ont pour objet de façonner un ordre à l'image de leurs représentations. C'est qu'entre la représentation grecque de la nature et la nôtre, une rupture s'est opérée, que Robert Lenoble décrit en ces termes :

> Pour un chrétien, la Nature n'est pas éternelle : Dieu l'a jetée dans l'Être quand il a voulu et il l'escamotera au Dernier Jour comme un immense décor. Elle n'est pas le tout, mais une chose entre les mains de Dieu. Et l'homme s'habituera ainsi à se situer non plus dans la Nature, mais devant elle, à concevoir sa destinée indépendante de l'histoire du monde. Machine entre les mains de Dieu, la Nature, osera-t-il un jour déclarer, n'est en elle-même qu'une machine, dont lui aussi pourra manier les leviers[60].

C'est la croyance vétéro-testamentaire dans la Création, sécularisée depuis sous la forme du *Big Bang*, qui nous sépare de la vision qu'avaient les Grecs de notre rapport à la nature. À l'instar de beaucoup de cultures non occidentales, ces derniers voyaient dans la Nature une donnée éternelle, livrée à un temps cyclique et non pas linéaire. Un objet de contemplation religieuse et non pas une ressource économique. En revanche, pour les modernes, la connaissance de la nature est avant tout un

moyen d'en exploiter les ressources. La croyance judéo-chrétienne en une nature créée par Dieu a amené avec elle la dichotomie sujet/objet, si prégnante dans notre représentation scientifique du monde[61]. Le monde physique sort de l'entendement divin et se conforme à ses plans. De là procède le projet cartésien de se rendre « maître et possesseur de la nature » et de modeler le monde à notre image, en usant à notre profit des lois que Dieu a inscrites dans la nature.

Ce basculement de la science, du registre de la contemplation à celui de la transformation du monde, a ainsi eu pour corollaire un changement de statut de la technique. La technique n'a jamais dépassé chez les Grecs le stade d'un « *système de recettes traditionnelles et d'habiletés pratiques*[62] ». À compter du XVIIe siècle, elle devient l'instrument de mise en œuvre de la science, en même temps que sa première raison d'être. Ainsi qu'on le lit chez Hobbes, la même mutation s'opère en même temps dans l'ordre juridique : le Droit est conçu comme une vaste machinerie dont les juristes sont, dit-il, l'une des « jointures artificielles ». Nous dirions plutôt aujourd'hui les techniciens ou les agents d'entretien. D'un même mouvement, la technique juridique met en œuvre et met à l'épreuve les Idées autour desquelles est censée s'ordonner la marche du monde. Ces Idées fonctionnent dès lors comme des idoles, images auxquelles on prête la puissance de la divinité qu'elles représentent. Le Roi, la Nation, la Patrie, la Race, la Classe, le Gène, le Marché, la Globalisation sont autant d'exemples de ces mots fétiches, censés tout à la fois nous dévoiler un ordre de la Nature et nous permettre de la mettre à notre service. Dès lors, les lois positives doivent être accordées à ce que ces Idées nous révèlent.

Ce serait succomber à notre tour à l'idolâtrie des Idées que d'y voir autant de manifestations équivalentes d'une « Idée d'idée » et de les mettre toutes dans un même sac, étiqueté « théologie politique » ou « dogmatique ». Toutes ces Idées ont bien sûr en commun de servir à enraciner l'ordre humain dans un ordre naturel. Mais leur diversité même suffirait à montrer que l'idée de Nature est elle-même susceptible d'abriter tout et son contraire. Les lois de la nature d'Aristote, de Cicéron ou de Rousseau ne sont évidemment pas celles de Calliclès ou du marquis de Sade.

Du point de vue du rapport à la loi, il faut donc distinguer parmi ces différentes Idées, *selon qu'elles sont ou non compatibles avec l'existence d'un ordre juridique autonome*. L'un des traits caractéristiques des

expériences totalitaires du XXe siècle a été de reposer sur des idéologies scientistes qui ne reconnaissaient justement aucune place à cette autonomie. Dès lors que l'on pense avoir trouvé dans la science la réponse à la question du sens de la vie humaine (dans la double acception du mot « sens », à la fois signification et direction), la loi se trouve réduite à une pure technique de pouvoir et rien ne justifie plus qu'on reconnaisse son autonomie. Ces expériences sont là pour rappeler que l'autonomie de la forme juridique et le gouvernement par les lois n'ont rien d'intemporel ni d'universel et ont déjà subi de sévères attaques en Occident même.

3

Autres points de vue sur les lois

« Un sage souverain modifie les lois en fonction des exigences des temps et adapte les rites à l'évolution des mœurs. Vêtements et ustensiles doivent être adaptés à l'usage qui en est fait, de même que la législation doit être appropriée à la société[1]. »
Les Écrits de Maître Wen.

Chaque civilisation prête spontanément à ses catégories de pensée une universalité qu'elles n'ont pas. Les Occidentaux y sont d'autant plus enclins que, grâce à leur technoscience, ils ont dominé depuis trois siècles le reste du monde. Cette période est en train de se clore, il leur faut désormais compter avec d'autres manières de concevoir l'organisation des sociétés humaines. Certains ont du mal à s'y faire, comme le montrent le retour du biologisme le plus obtus et la disparition corrélative de l'étude comparative des civilisations dans les priorités de la recherche en sciences humaines. Comme si la recherche des « bases neuronales du religieux » pouvait nous dispenser de nous mettre à l'écoute d'autres systèmes de pensée que le nôtre, ne serait-ce que pour comprendre ce qui spécifie ce dernier. Procédant de la dogmatique propre à l'Occident, une telle fuite en avant ruine toute chance d'accéder à un véritable universalisme, lequel ne consiste pas à faire passer le monde entier au filtre de nos concepts, mais tout au contraire à faire passer nos concepts au filtre des autres civilisations[2]. Face à l'émergence de continents qui ont dû, quant à eux, assimiler la civilisation occidentale sans renoncer pour autant à la leur, il serait sage d'accorder un minimum d'attention à leur façon de voir le monde et de penser son organisation. On se donnerait ainsi une chance de percevoir ce qui relie et ce qui distingue les différentes traditions institutionnelles aujourd'hui confrontées à la globalisation.

Penser l'ordre, qu'il soit cosmique ou social, en termes de lois n'a en effet rien d'universel. Plutôt que d'entreprendre un tour du monde des civilisations pour le démontrer, ce chapitre évoquera brièvement deux cas très différents mais complémentaires : celui de l'Afrique noire et celui de

la Chine. Le cas de l'Afrique est particulièrement éclairant dans la mesure où la loi y est arrivée avec la colonisation et demeure hétérogène aux systèmes de pensée africains. Le cas de la Chine sera évoqué plus longuement, car l'idée d'un gouvernement par les lois y a éclos à la même époque que dans la Rome antique, mais sous une forme passablement différente. Les civilisations chinoise et africaines sont elles aussi très différentes, mais dans chacune d'elles le gouvernement par les lois est venu bousculer un ordre social réglé par des rites. Il n'est donc pas inutile de commencer par rappeler très brièvement en quoi consiste un ordre rituel et ce qui le distingue d'un ordre légal.

L'ordre rituel

Le ritualisme constitue sans doute la forme d'organisation des rapports sociaux la plus ancienne, et pendant longtemps la plus répandue dans l'humanité. La place des rites dans les sociétés africaines a été très étudiée par les anthropologues, qui ont mis en lumière la façon dont ils permettent d'accorder monde visible et forces invisibles. Toutefois, en raison de leur grande diversité (notamment linguistique) et de l'oralité qui préside à leur transmission, les systèmes de pensée africains peuvent difficilement être caractérisés en termes généraux. Plus unifié – et codifié par des sources écrites[3] –, le ritualisme de facture chinoise a en revanche fait l'objet de comparaisons avec le légalisme de type européen[4] et se prête donc plus facilement à une présentation sommaire.

L'ordre rituel prescrit des façons de se comporter ajustées à la diversité des relations interpersonnelles qui tissent la société, à commencer par celles qui sont tenues pour cardinales – père/fils, souverain/sujet, époux/épouse, aîné/cadet, collègue/compagnon –, d'où dérivent ensuite les rites à observer dans tous les autres types de rapports : des plus proches (le voisinage, l'école) aux plus éloignés (la patrie, voire l'humanité entière). Selon le *Mémorial des rites* :

> Celui qui fait grand cas des rites et qui les observe, s'appelle un personnage réglé ; celui, au contraire, qui n'en fait aucun cas et ne les observe point, s'appelle un homme sans règle. [Les rites] procèdent du respect et de la modestie ; si on les observe dans le temple des ancêtres, il y a respect ; si on les observe en entrant à la cour, les personnages élevés et ceux qui le sont moins ont leur place respective ; si on les observe à la

maison, il y a amour entre père et fils, et bonne harmonie entre aînés et cadets ; si on les observe dans son village, il y a la distinction voulue entre les personnes âgées et celles qui le sont moins[5].

Comme le montre la vie de ce « personnage réglé », la règle n'a pas le même sens dans l'ordre rituel et dans l'ordre juridique. Dans une société régie par le droit, elle se présente comme donnée objective, extérieure à l'individu, tandis que dans l'ordre rituel elle se présente comme une manière d'être, incorporée par lui. Le ritualisme repose, dans la tradition confucéenne, sur un travail d'ascèse consistant à « vaincre son ego[6] ». Chacun doit intérioriser la primauté de la société sur l'individu dans la régulation des relations humaines. L'harmonie résulte d'un principe de répartition, qui est d'abord une répartition des places, chacun devant ajuster son comportement à celle qu'il occupe[7]. Cette primauté de la forme sur le fond et de la société sur les individus permet de comprendre pourquoi l'ordre rituel repose sur des devoirs et non sur des droits individuels. Léon Vandermeersch note à cet égard qu'à l'identité du terme « droit », qui désigne chez nous aussi bien le Droit objectif que les droits subjectifs, correspond celle du terme *yi*, qui désigne en chinois aussi bien la forme rituelle que le devoir de respect[8]. Il cite à ce propos les *Mémoires sur les rites*, selon lesquels « ce qui résulte de la discipline des attitudes par l'application des rites, c'est le respect. C'est du respect que résulte le prestige[9] ». Autrement dit, le respect est d'abord l'objet d'un devoir qui s'exprime dans les formes rituelles et seul celui qui se conduit de façon respectueuse sera à son tour respecté lui-même. Au-delà de leur diversité, les formes rituelles expriment toutes ce même impératif de *respect* d'autrui, impératif qui est l'équivalent fonctionnel de ce que nous appelons dignité.

Dans les deux cas, il s'agit bien d'imposer des règles à la vie en société, mais ce ne sont pas des règles de même nature. Dans un ordre régi par le droit civil, la violation de la règle est sanctionnée par la nullité de l'acte ou bien, lorsque celle-ci est impraticable, par la réparation du dommage que cette violation a causé. Ce principe de responsabilité a été doté en France d'une valeur constitutionnelle, sur le fondement de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen, aux termes duquel « la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes

droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi[10] ». La responsabilité ne peut être définie en ces termes dans un ordre rituel, car celui-ci ne vise pas l'objet des actes, mais la façon d'accomplir ces actes eux-mêmes. Celui qui s'est mal conduit ne peut pas plus annuler sa mauvaise conduite que réparer un dommage, qui n'est pas appréciable monétairement. La sanction encourue est alors d'un autre ordre : c'est la honte, ce qu'en Orient on appelle la perte de la face[11].

Ce serait sombrer dans le culturalisme que de penser avoir trouvé là un trait propre à l'Orient et inconnu en Occident. Nous n'ignorons nullement ce type de sanctions qui sont attachées chez nous aux manquements aux règles de savoir-vivre. Celui qui, invité à dîner chez des amis, se répand en grossièretés après avoir trop bu, ne pourra se tirer d'affaire en proposant d'indemniser les convives. Le savoir-vivre étant constitutif de la personnalité sociale, manquer à ses règles expose à la déchéance de cette personnalité. S'en tiendrait-on même aux seules règles de droit, elles ne sont pas séparées du ritualisme par un fossé infranchissable. Le droit romain est né des consultations données par des experts en formes rituelles[12] et le formalisme juridique conserve quelque chose de cette origine[13]. Quant au couple droit/devoir, il est inséparable : le droit subjectif implique le devoir d'être respecté par autrui, de même que le devoir de respect appelle le droit d'être respecté. Il y a là deux faces indissociables des rapports entre les êtres humains. Il est cependant symptomatique que, dans nos sociétés, la « lutte pour la reconnaissance », en laquelle certains auteurs voient le deuxième âge de la justice sociale[14], se traduise par une revendication de *droit*. Le respect est alors revendiqué comme un droit individuel plutôt que comme un devoir inhérent à la vie en société. Des inflexions comparables s'observent dans les sociétés dominées par le ritualisme : la loi n'y est pas ignorée, mais elle se présente chargée d'autres colorations.

Afrique : hétérogénéité de la loi

Les civilisations africaines ont pensé l'ordre de la société autrement qu'en termes de lois. D'où la difficulté que rencontrèrent les colonisateurs quand il s'est agi de traduire cette notion. Cette difficulté, et la façon dont on l'a surmontée, a été étudiée récemment par Danouta Liberski-Bagnoud dans le cas des langues voltaïques[15]. La langue moore, qui avec six

millions de locuteurs est la plus pratiquée des 61 langues du Burkina Faso, distinguait trois types de normes : en premier lieu, les interdits, les observances rituelles, qui sont hétéronomes et échappent à la volonté humaine (en moore, *kigsu*) ; en second lieu, les édits (*noorè*, dont le premier sens est « bouche ») prononcés par des autorités humaines telles que le roi ou le doyen de lignage ; en troisième lieu, la catégorie intermédiaire des prescriptions imputées à des ancêtres proches, qui avaient introduit dans un rituel une modification ayant acquis la même autorité que celui-ci. Désireux de maintenir en vigueur celles de ces règles qui régissaient les alliances matrimoniales, les successions ou la transmission des terres, le colonisateur les regroupa sous l'appellation de « droit coutumier ». Il fallait donc trouver d'autres termes pour traduire l'idée européenne de loi. On eut recours à deux mots qui avaient servi à désigner les règles que les conquérants mossi, avant la colonisation européenne, avaient imposées aux populations locales : *tilaï* (l'obligation) et *panga* (la force). Or, ces deux mots désignent une contrainte imposée par la force et dénuée de légitimité. D'où la difficulté, une fois le pays devenu indépendant, de traduire l'idée d'une loi devant s'imposer à tous, car émanant de la volonté du peuple. Soucieux d'affirmer l'intangibilité de la Constitution, face à l'habitude prise par les dirigeants de la modifier pour se maintenir indéfiniment au pouvoir, des journalistes utilisèrent pour désigner la Loi fondamentale du pays le terme moore *tengkugri*, qui désigne une forme particulièrement redoutée de l'Instance Terre : il renvoie à la face sacrée de l'Interdit[16]. Cette terminologie leur a été reprochée comme antidémocratique, car visant à soustraire à la volonté humaine le nombre de renouvellements possibles du mandat présidentiel.

L'Afrique noire avait d'une société bien ordonnée une conception si différente de l'idéal occidental d'un gouvernement par les lois que, aujourd'hui encore, rares sont ceux qui comprennent qu'elle aurait beaucoup à apporter à la pensée juridique dans le contexte de la mondialisation[17]. Elle n'a pas attendu, par exemple, la colonisation pour avoir recours à des « assemblées de parole », à des procédures délibératives ouvertes permettant de s'accorder sur des normes communes, qui sont autant de formes de ce que nous nommons la loi en démocratie[18]. Sans considération pour cette tradition, la consigne donnée aux États africains depuis trente ans a été d'importer le modèle démocratique européen, mais l'expérience de la colonisation avait été celle d'une trahison de cet idéal. La leçon qu'en a retenue une bonne partie de ses

élites est que cette loi importée (et souvent rédigée par des juristes occidentaux) n'est au fond rien d'autre que la loi du plus fort (moore : *panga*). Il en est advenu de même du concept d'État. La « mission civilisatrice » de l'État colonial a d'abord consisté à exploiter les populations et les ressources locales. Cet État arrogant et prédateur ne pouvait en aucun cas être perçu par les colonisés comme étant à leur service. L'indépendance venue, les nouveaux dirigeants ont occupé la place des anciens administrateurs coloniaux et l'État a conservé cette face prédatrice[19]. Ainsi que l'observait Simone Weil dans une note sur la colonisation rédigée en 1943 pour le gouvernement français en exil à Londres, « le poison du scepticisme est bien plus virulent dans un terrain naguère indemne. Nous ne croyons malheureusement pas à grand-chose. Nous fabriquons à notre contact une espèce d'hommes qui ne croit à rien. Si cela continue, nous en subirons un jour le contrecoup, avec une brutalité dont le Japon [de 1943] nous donne seulement un avant-goût[20] ». On ne comprend pas les difficultés de nombreux pays africains à se doter d'un État si l'on oublie que le modèle d'État que leur a légué la colonisation est celui d'un État prédateur. Un grand partie des couches dirigeantes issues de la décolonisation a repris à son compte ce modèle, précipitant l'avènement de ce que Joseph Tonda appelle le Souverain moderne[21]. Et ce qui est vrai des institutions l'est aussi des individus colonisés, qui ont incorporé une part de l'identité du colonisateur, devenu leur « ennemi intime[22] ».

Il n'y a donc pas une « essence » africaine qui rendrait le continent noir incapable de s'approprier l'État de droit. Les pays africains ne souffrent pas d'un « trop d'État », mais d'un manque criant d'État, au sens d'un garant de la paix civile et des droits fondamentaux des populations[23]. Ce n'est pas en imposant de l'extérieur des « modèles de gouvernance » conçus en Europe ou aux États-Unis qu'on pourra combler ce manque, mais en créant les conditions propres à ce que ces pays puissent prendre appui sur le meilleur de leur tradition pour inventer leur propre modèle de gouvernement. En Afrique comme ailleurs, le choix n'est pas de se fondre dans une culture « globale » ou bien de se figer dans une culture « locale » essentialisée et victimaire. Car en Afrique comme ailleurs, la tradition doit être considérée comme une ressource pour la modernité, et non pas comme un obstacle à faire sauter ou un refuge où s'enfermer.

La loi et le rituel ne doivent pas en effet être pensés sur le mode binaire

d'une opposition, car ils se combinent en pratique dans toutes les cultures[24]. Ce fait nous échappe car nous sommes enclins à les opposer, et même à voir dans le ritualisme une forme archaïque et dépassée. Autrement dit, nous inscrivons spontanément leur relation dans une histoire linéaire, qui aurait vu la légalité succéder à la ritualité. Histoire d'un « progrès » qui se traduirait en matière d'actes juridiques par un recul du formalisme au profit du consensualisme. L'histoire du droit romain offre une sorte de prototype de cette lecture historique et successive du rituel et de la loi : les pontifes sont d'abord ceux qui définissent de manière oraculaire les rituels à observer avant de devenir les gardiens des lois. L'intangibilité de la loi, qui marque les débuts du légalisme en Occident, n'a cessé depuis d'être un idéal tendu au Législateur[25]. La défendre était une manière de conserver quelque chose de la stabilité des rituels. Il y a en effet dans la mise par écrit ce que Marie Therese Fögen a justement appelé une « force explosive[26] ». Cette force se donne à voir dans le bourgeonnement des gloses qui donnent au texte original l'aspect d'un noyau atomique ayant déclenché une réaction en chaîne d'interprétations. Cette réaction devient incontrôlable lorsque le libre jeu des interprétations n'est plus encadré par la fixité du texte. Or, lorsque la loi elle-même, y compris la loi constitutionnelle, réduite au rôle d'outil de gouvernance ou de « produit législatif », perd toute espèce de stabilité, c'est alors l'idée même de loi qui se trouve menacée. Au lieu d'être un cadre stable qui confère un sens commun à l'activité des hommes, elle les entraîne dans une dérive de non-sens, un peu comme le ferait une maison dont le sol deviendrait mou et dont les murs ne cesseraient de se déplacer. Tous les grands législateurs, depuis Solon – qui quitta Athènes pendant dix ans après lui avoir donné des lois, pour échapper à la tentation de les modifier – jusqu'à Portalis, ont été très conscients de ce danger d'une *hybris* législative, qui finit par ruiner l'idée même de loi. C'est contre cette *hybris* qu'entendent lutter les Burkinabés qui choisissent de traduire la notion de Constitution par un terme – *tengkugri* – désignant un Interdit échappant à la volonté humaine.

On peut douter qu'une société puisse survivre longtemps à la fois sans règles stables et sans rituels. Dans les États totalitaires du XXe siècle, le mépris du légalisme est allé de pair avec un usage exacerbé de rituels fabriqués de toutes pièces, mettant en scène une histoire mythifiée ou un avenir radieux. Les grandes entreprises sont elles aussi très friandes de rituels. Parfois empruntés à la tradition, comme les rites de fondation

observés par les firmes japonaises sur les lieux d'une nouvelle implantation[27], ils sont le plus souvent fabriqués en série par des prestataires spécialisés dans l'« événementiel ». L'on peut voir ainsi Bill Gates danser sur scène, lors du meeting organisé chaque année par Microsoft pour célébrer ses résultats financiers[28]. Et à vrai dire, même des sociétés aussi déritualisées que les nôtres n'ont pas encore renoncé aux rituels funéraires, fussent-ils devenus d'une extrême rusticité.

Chine : l'École des lois

Nul ne penserait intimer aujourd'hui au gouvernement chinois de faire table rase de sa culture pour devenir moderne. La Première République de Chine instaurée en 1911 avait entrepris, comme le Japon un demi-siècle plus tôt, de se doter d'une législation qui réponde aux canons occidentaux tout en s'inscrivant dans sa propre tradition[29]. Après avoir fait disparaître la forme juridique sous l'ère Mao, elle a renoué depuis 1978 avec ce travail d'assimilation du droit occidental[30]. Dès la fin de l'Empire, cette assimilation avait été l'occasion de redécouvrir la synthèse du légalisme et du ritualisme qui avait marqué ses commencements[31]. Car l'art de gouverner ne se résume pas dans la tradition chinoise au confucianisme et à son modèle de « gouvernement par les hommes ». Cette tradition véhicule aussi une forme de « gouvernement par les lois », qui a joué un rôle majeur dans la fondation des institutions impériales chinoises et continue d'éclairer l'actualité la plus brûlante. On ne saurait en effet comprendre la place singulière de la Chine dans la globalisation sans prendre un aperçu de ce qui a été appelé en Chine « l'École des lois » (*Fa-kia*, 法家) et qui continue d'irriguer la pratique institutionnelle chinoise, aussi bien au niveau du gouvernement que des grandes entreprises.

L'École des lois s'est développée en Chine à l'époque des Royaumes combattants (VIe-IIIe siècles avant J.-C.), c'est-à-dire dans une période de désordres et de luttes féodales. La doctrine des légistes a été à la base de la fondation du premier empire (dynastie des Qi) par l'empereur Qin Shi Huang (221-210). Cet empereur a laissé un mauvais souvenir aux lettrés confucéens, dont il aurait fait brûler un grand nombre au milieu de leurs livres. Mais il a aussi été le premier à organiser en Chine un pouvoir bureaucratique centralisé, gouverné par des lois uniformes, dont on peut dire sans trop d'exagération qu'il est demeuré un modèle de gouvernement

jusqu'à la période contemporaine. Les principaux théoriciens du légisme – Shang-Yang, Shen-Dao et surtout Han-Fei-tse[32], sont aussi célèbres en Chine que Confucius et Lao Tseu. Leurs œuvres sont connues en France grâce notamment aux travaux érudits des sinologues[33], au premier rang desquels ceux de Léon Vandermeersch sur la formation du légisme[34]. La conception de la loi mise en œuvre par cette école plonge ses racines dans le taoïsme, selon lequel la seule loi est celle de la nature : le *Tao*[35]. L'univers est perçu dans le taoïsme comme un système autorégulé par un jeu de forces de création et de destruction, si bien que ni les rites ni les ordonnances royales n'ont de fondement moral. La doctrine légiste s'est ainsi constituée contre le confucianisme et son idéal d'un gouvernement par les hommes, fondé sur le ritualisme et la culture de la vertu[36]. Mais c'est une hybridation de ce légalisme et du ritualisme des confucéens qui a présidé en Chine à l'enracinement des institutions impériales, dont on sait l'exceptionnelle longévité (du IIe siècle avant J.-C. au début du XXe siècle). Cette symbiose est à l'œuvre dans de nombreux classiques chinois consacrés à l'art de gouverner, qui se sont efforcés de tempérer par le ritualisme la dimension proprement totalitaire du légisme[37]. Aujourd'hui encore, le légisme continue de percer sous le vernis confucianiste qui enduit l'économie socialiste de marché de la République populaire de Chine.

Les légistes pensaient qu'il est vain de tabler sur la vertu, car seul existe l'égoïsme. Les confucianistes auraient donc tort de prétendre que l'harmonie sociale résulte de la diffusion – au moyen de l'observation des rites – de la vertu du Prince dans le cœur de ses sujets. Contre Mencius affirmant que « la nature humaine, comme l'eau, coule de haut en bas », ils affirment que « le peuple suit son intérêt, comme l'eau suit sa pente[38] ». La question du gouvernement consiste donc à se demander plutôt comment mettre l'égoïsme au service du Prince. Un bon exemple de ce problème est celui qui se pose sur un champ de bataille. L'intérêt individuel de chaque soldat est de prendre ses jambes à son cou et de s'enfuir. Pour qu'ils ne le fassent pas, il faut, d'une part, déplacer la peur des soldats sur un autre objet que l'ennemi, en châtiant leur fuite d'une manière à la fois certaine et cruelle ; et, d'autre part, exciter leur engagement au combat en récompensant leurs exploits. Ainsi parviendra-t-on, disaient les légistes, à donner du courage aux couards. La loi est ainsi conçue comme une technique de conditionnement des réflexes d'intérêts. Rejetant les rites

comme moyen d'assurer ordre et unité, les légistes s'appuyent sur ce qui, chez les confucéens, n'a qu'une fonction subsidiaire, et ne vise que les êtres trop frustres pour se gouverner eux-mêmes : la loi pénale et le châtiment, *xing* 形. En chinois, le mot *xing* signifiait à la fois le châtiment et la forme. Le châtiment est entendu comme ré-forme, qui peut être soit physique (marques physiques : castration, amputation, nez coupé, etc.), soit symbolique (par exemple, port de vêtements rouges). Le mot *fà* 法, d'où les légistes tirent leur nom, désignait en revanche dans les textes anciens la Loi du Ciel, le modèle que doit imiter le roi saint : autrement dit, la loi universelle. Dans sa graphie archaïque, le sinogramme *fà* se composait de trois éléments représentant :

– l'eau (parfaitement plane, symbolisant l'idée du droit et du juste) ;

– un élément signifiant « expulser » (ce qui n'est pas droit) ;

– un pictogramme représentant une licorne, dotée du pouvoir de détecter ceux qui n'ont pas agi de façon droite.

La constitution de la doctrine légiste a résulté d'un rapprochement du *xing* et du *fà*, et a pris ce nom lorsque cette loi devenue universelle n'a plus seulement été assortie de châtiments mais aussi de récompenses. L'art du gouvernement consiste à user de ces « deux manipules » que sont les récompenses et les châtiments. « Le Prince, écrit ainsi Han-Fei-tse, n'a besoin que de deux manipules pour contrôler ses sujets : les châtiments et les récompenses. Ce que j'entends par là : les premiers signifient la mort, les secondes les honneurs et les richesses. La nation redoutant les châtiments et tirant avantage des largesses du Souverain, il suffit à celui-ci d'en user judicieusement pour que tous craignent la rigueur et se tournent vers le profit qu'il consent à octroyer[39]. » La loi se présente ainsi chez les légistes comme une machine placée entre les mains du Souverain, qui lui permet de faire régner l'ordre en jouant sur les seuls moteurs de l'agir humain que sont la cupidité et la peur. Cela n'exige pas de sa part de faire preuve de ruse ou d'intelligence, ni d'exhiber son pouvoir, mais bien au contraire d'occulter celui-ci afin de mieux faire corps avec cette loi impersonnelle et abstraite. Pour qu'elle fonctionne, il doit pouvoir compter sur les yeux et les oreilles de tous ses sujets qui s'épient mutuellement et se rendent ainsi transparents à ses yeux, tandis que lui-même demeure inaccessible aux regards[40]. Plutôt qu'un Prince, le Souverain légiste est un Principe : le principe d'une loi qui convertit l'égoïsme en facteur d'ordre. Le rapprochement s'impose ici évidemment avec la foi contemporaine

dans la main invisible du Marché. Dans les deux cas, l'indexation de l'ordre sur des réflexes d'intérêts s'accompagne de l'occultation des lieux de pouvoir, ou plus précisément de l'immersion du pouvoir dans un système généralisé de conditionnement des comportements. L'on pourrait dire de notre marché autorégulateur ce que Jean Lévi dit du Souverain légiste : qu'il ne présente jamais à autrui que le miroir poli du néant[41]. Mais, selon les légistes, l'ordre ne procède pas spontanément de la libre poursuite par chacun de son intérêt individuel, mais bien au contraire de la contrainte implacable que le Prince fait peser sur chacun en usant de la loi pénale. Pour devenir cet instrument de conditionnement des réflexes d'intérêts, qui président à toute espèce de comportement de tout être humain, la loi doit nécessairement satisfaire deux conditions : l'objectivité et la généralité.

L'objectivité suppose que les lois soient rendues publiques. Les premiers codes chinois datent du VIe siècle avant J.-C. Ils sont alors gravés sur des vases tripodes et non plus consignés dans des annales accessibles aux seuls magistrats. Cette publication doit soustraire la loi aux interprétations subjectives. Ce mouvement de codification est comparable à celui qui se produit à Rome un siècle plus tard avec l'adoption et la promulgation de la loi des XII Tables. À cette différence essentielle près que la publication des lois par les légistes ne visait pas à satisfaire une revendication de la plèbe, mais à restaurer l'autorité de l'État. Aussi n'a-t-elle pas donné le jour à un Droit au sens occidental du mot, c'est-à-dire à un Droit porteur de droits subjectifs. Le chinois classique ne connaît pas cette notion de droit subjectif. On le traduit par *quán* 权, qui désignait le pouvoir exercé au moyen de la Loi par le Prince seul. 权, ce sont justement les deux manipules décrites par Han-Fei-tse : les châtiments et les récompenses. Les légistes les ôtent des mains des fonctionnaires lettrés pour les confier au seul Souverain.

Autre différence importante, cette publicité de la loi ne va pas de pair avec une quelconque intangibilité de la Loi. Celle-ci étant un pur instrument de pouvoir entre les mains du Souverain, elle se trouve soumise à un impératif d'efficacité et non pas de justice. Elle ne tire pas sa valeur de principes moraux, qui ne sont jamais que des impostures masquant les intérêts personnels de ceux qui les professent, ni bien sûr de la volonté du peuple, mais de la connaissance des choses. Aussi doit-elle évoluer au fil du temps, pour tenir compte des changements de conjoncture et de l'expérience de sa mise en œuvre. Un fameux traité de gouvernement

recommande en ces termes au souverain de modifier les lois en fonction des exigences des temps : « Vêtements et ustensiles doivent être adaptés à l'usage qui en est fait, de même que la législation doit être appropriée à la société. C'est pourquoi il n'est pas toujours mauvais de changer les règles anciennes, ni toujours judicieux de les conserver[42]. » Jamais en Occident, jusqu'à l'époque contemporaine, la loi n'a été aussi totalement assimilée à un outil de pouvoir, à un ustensile de la même espèce qu'une scie ou un marteau. Ainsi fondée sur l'efficacité, la loi des légistes n'admet pas en revanche la contradiction : ce qui est plus efficace exclut nécessairement ce qui est moins efficace. C'est une idée que l'on retrouvera chez Condorcet et, bien sûr, dans la doctrine contemporaine du *Law and Economics*[43]. Cette efficacité suppose non seulement que la loi soit connue de tous, mais qu'elle puisse être comprise par tous. L'ordre légiste s'adresse d'abord aux êtres les plus frustes et ne prête aucune intelligence au peuple : « Le peuple est facile à gouverner, car il est bête. La loi peut y pourvoir. Qu'elle soit claire et facile à comprendre et elle fonctionnera nécessairement[44]. »

Ainsi conçue comme technique de conditionnement par les peines et les récompenses, la loi pénale est généralisée à toutes les personnes et à tous les domaines de la vie sociale. Contre la tradition confucéenne, qui exempte les nobles des peines mutilatoires (car ce sont les rites qui les forment) et affirme que « les rites ne descendent pas jusqu'aux gens du commun, la loi pénale ne monte pas jusqu'aux nobles[45] », les légistes vont au contraire affirmer l'absolue généralité de la Loi : « Les châtiments, lit-on dans le *Tao du Prince*, doivent s'appliquer aux plus hauts dignitaires et les récompenses couronner même les roturiers. La loi et elle seule met un terme aux désordres, musèle le mensonge, retranche les excédents, corrige les fautes, uniformise les conduites[46]. »

La technique législative est également étendue par les légistes à tous les aspects de la vie sociale, y compris à ceux qui, à nos yeux, relèvent d'autres types de normativité, telles les normes morales ou les normes techniques. Comme l'indique l'étymologie du sinogramme *fà*, la loi chinoise est placée sous le signe de l'eau. À l'image de l'eau, dont le niveau marque la surface plane et symbolise l'équité, elle indique de façon impartiale la ligne droite et trace la ligne de partage entre le vrai et le faux, le juste et l'injuste. Mais elle est aussi placée sous le signe de l'eau en ce qu'elle irrigue tout le corps social. Procédant du taoïsme, qui voit dans

l'eau sans forme une entité primordiale proche du Tao, les légistes considèrent que la Loi est engendrée par le Tao, selon la formule *dao sheng fà* : « La Voie engendre la Loi[47]. » Pour eux, la loi n'est nullement le fruit d'un contrat entre sujets libres et égaux, mais diffraction dans la société du jeu de forces à l'œuvre dans le Tao. Jean Lévi observe ainsi que « le dispositif institutionnel grâce auquel la loi imprègne et irrigue le corps social est fourni par la répartition de la population en unités territoriales emboîtées les unes dans les autres, où les mœurs sont façonnées au plus bas échelon – la brigade – par la responsabilité collective et la surveillance mutuelle[48] ».

Ainsi diffusée dans tout le corps social et relayée par un système de surveillance généralisée, la loi est à la fois vecteur d'ordre et d'efficacité. Ces deux aspects se combinent s'agissant de l'organisation du travail, toute entière livrée à la loi pénale, et où toute frontière s'efface entre normes morales, normes disciplinaires et normes techniques. Léon Vandermeersch en donne un exemple particulièrement frappant, datant du Ier siècle avant J.-C., qui concerne l'introduction de nouvelles techniques agricoles destinées à augmenter le rendement des terres dans le royaume de Wèi :

> À Wèi, au troisième mois au moment de la célébration du culte, les officiers des services agricoles donnaient lecture de la loi aux paysans. La loi disait : « Si vous labourez sans enfoncer entièrement le soc dans la terre votre labour n'ameublira pas le sol. Dans les champs au printemps, aplanissez la terre comme un drap pour planter. Dans les champs en été, rassemblez-vous pour le travail aussi nombreux que les canards. Dans les champs, en automne, veillez sans relâcher votre défiance, l'imprévisible arrive comme un voleur. Dans les champs, en hiver, espionnez-vous, comme s'examinent réciproquement les gens de Wù et de Yù [comme des ennemis] : si vous n'avez obtenu qu'une récolte de la dernière de la plus basse qualité sur des champs de la plus haute de la première qualité, vous serez châtiés ; si vous avez obtenu une récolte de la plus haute de la première qualité sur des champs de la plus basse de la dernière qualité, vous serez récompensés[49].

On peut faire l'hypothèse que quelque chose de cette tradition subsiste dans les modes de gouvernement des grandes entreprises industrielles chinoises contemporaines, et dans l'emprise totale qu'elles entendent exercer sur les ouvriers. Cette rapide incursion dans les écrits des légistes

chinois donne plus généralement une première idée de ce qui rapproche et ce qui distingue la conception chinoise de la loi de celle qui a dominé la tradition occidentale. Les deux ont en commun les idéaux d'objectivité, d'égalité et de généralité. Mais la conception chinoise se distingue par trois traits essentiels : l'absence de droits individuels opposables (la *lex* ne se combine pas ici à un *ius* source de prérogatives pour les individus) ; l'englobement dans la sphère législative de ce qui relève en Occident de la théologie, de la morale ou de la technique ; et enfin l'indexation de la loi sur un critère d'efficacité et non de justice. Ces trois marqueurs sont autant de repères utiles pour mesurer le rapprochement de ces différentes conceptions de la loi dans le contexte de la globalisation.

La doctrine légiste a été défendue par des marchands et des commerçants, excédés par l'arrogance et l'hypocrisie des nobles et par une situation politique anarchique incompatible avec la prospérité économique. Il n'est donc pas surprenant que leur conception de l'être humain ait beaucoup de points communs avec l'*homo economicus* occidental et la philosophie utilitariste. Vingt siècles après les légistes, les utilitaristes ont à leur tour pensé que la recherche de l'intérêt individuel était le seul vrai moteur du comportement humain. Mais selon la doctrine utilitariste, la libre poursuite de cet intérêt est la mieux à même de faire surgir l'harmonie sociale. Ce sont, comme l'écrit Bernard Mandeville au tout début du XVIIIe siècle, les vices privés qui engendrent bénéfices publics. Il y a là une croyance fondatrice de l'ordre économique libéral qu'Adam Smith illustrera dans un passage fameux de *La Richesse des nations* : « Ce n'est pas de la bienveillance du boucher, du brasseur ou du boulanger que nous attendons notre dîner, mais plutôt du soin qu'ils apportent à la recherche de leur propre intérêt. Nous ne nous en remettons pas à leur humanité, mais à leur égoïsme[50]. » Dany-Robert Dufour a récemment mis en évidence les racines religieuses de cette idée d'une conversion automatique des vices privés en bénéfices publics[51]. Elle procède de la foi en la capacité de la divine Providence à racheter l'imperfection des hommes pour les conduire vers le Salut. Sécularisée sous les espèces de la main invisible du Marché, cette foi dans la Providence a conduit à ériger les libertés économiques individuelles en clé de voûte de l'ordre juridique. Une telle foi dans les vertus miraculeuses de l'égoïsme était complètement étrangère au légisme chinois, qui tient du taoïsme une conception

purement ontologique du monde. Les légistes avaient certes de l'homme la vue désenchantée d'un être mû exclusivement par l'avidité et par la peur, qui n'est pas sans rappeler celle de l'idéologie économique, mais ils ne pensaient pas que la libération des désirs et des passions puisse conduire à autre chose qu'au chaos. Selon eux, laisser libre cours à l'égoïsme individuel ne conduit pas à l'harmonie, car l'égoïsme enferme celui qu'elle possède dans le temps court du calcul d'intérêt et le rend aveugle aux intérêts à long terme : ceux de la collectivité, mais aussi les siens propres. Il porte à se conduire, disent les légistes, comme l'enfant qui refuse qu'on lui rase la tête pour lui épargner les poux. Dès lors, le système des lois ne peut être fondé que sur le désir des récompenses et la crainte des châtiments. C'est un système unifié et impersonnel. Visant une autorégulation de la société, il s'applique également à tous et n'opère pas de distinction entre ce que nous appellerions norme juridique, norme morale et norme technique.

Les recherches des sinologues sur le légisme auraient beaucoup à apporter, non seulement au droit comparé, mais aussi à une étude en profondeur de ce qui spécifie aujourd'hui les modes de gouvernement de l'État et des entreprises chinoises sur la scène internationale. Encore faudrait-il, pour ne pas tomber dans les clichés ou les jugements expéditifs, établir des ponts solides entre l'étude des civilisations anciennes et celle du monde contemporain, aux lieu et place des frontières férocement gardées qui les séparent aujourd'hui. L'exercice est risqué car il expose aux approximations et aux simplifications dans l'usage de travaux qui ressortissent de l'érudition. Mais il est indispensable si l'on veut entreprendre une analyse juridique sérieuse de la globalisation. Une telle analyse suppose nécessairement de regarder la globalisation autrement qu'avec les lunettes de la tradition occidentale, qu'il s'agisse de celles du libéralisme économique ou de celles du marxisme. Placé sous l'égide constitutionnelle d'une « dictature démocratique » et de l'« économie socialiste de marché[52] », le régime de la Chine contemporaine ne se laisse enfermer dans aucune de ces deux visions du monde. Comment dès lors caractériser son mode de gouvernement et son rapport à ce que nous appelons l'État de droit ou le *Rule of law* ? Selon Kristofer Schipper, l'influence du légisme demeure prépondérante jusqu'à nos jours, la référence aux classiques du confucianisme servant surtout à donner un air d'humanité à un pouvoir resté foncièrement étatiste et bureaucratique[53]. Sous l'auvent de cette autorité, il est possible d'avancer deux hypothèses

pour conclure ce chapitre.

La première est qu'une analyse comparative plus approfondie des traditions occidentales et chinoise du gouvernement par les lois permettrait de comprendre leur différence de perception de la « globalisation ». Pour les gouvernements occidentaux – et tout spécialement pour les Européens –, la globalisation signifie l'extension au monde entier d'un ordre spontané du Marché que les États ne doivent pas contrarier, mais bien au contraire relayer et mettre en œuvre, et dont les seules bornes sont la reconnaissance universelle des libertés économiques et des droits de l'Homme de première génération (civils et politiques). Pour le gouvernement chinois au contraire, un ordre fondé sur la seule poursuite des intérêts individuels est voué au chaos, ce dont on peut s'accommoder à l'étranger mais pas en Chine, où cette poursuite doit être mise au service de l'intérêt national par un État fort qui, tout à la fois, incite à l'enrichissement, surveille étroitement sa population et sanctionne sévèrement tout écart à l'ordre politique établi.

La seconde hypothèse, sur laquelle nous reviendrons plus longuement[54], est que le nouvel ordre du monde, né de l'effondrement du communisme réel, ne doit pas être interprété comme une victoire de l'Ouest sur l'Est, de l'État de droit sur le totalitarisme, etc., mais plutôt comme le lieu d'une hybridation du communisme et du libéralisme, c'est-à-dire de ce que la Constitution chinoise appelle une « économie socialiste de marché », qui emprunte à chacun de ces systèmes.

4

Le rêve de l’harmonie par le calcul

« Tout est arrangé d’après le nombre. »
PYTHAGORE

L’essor de la gouvernance par les nombres n’est pas un accident de l’histoire. La recherche des principes ultimes qui président à l’ordre du monde combine depuis longtemps la loi et le nombre au travers de la physique et des mathématiques, s’agissant de l’ordre de la nature ; et du droit et de l’économie, s’agissant de l’ordre social. La situation est comparable dans l’ordre religieux, où la soumission à la loi divine et la contemplation mystique de vérités absolues ont été reconnues comme deux voies différentes d’accès au divin[1]. La gouvernance par les nombres n’emporte pas du reste la disparition des lois, mais la soumission de leur contenu à un calcul d’utilité, en sorte qu’elles servent les « harmonies économiques » qui présideraient au fonctionnement des sociétés humaines[2]. Mais la loi peut-elle être ramenée au nombre ? Fait-elle autre chose qu’exprimer des accords parfaits que les mathématiques seraient susceptibles de dévoiler ? Ou bien possède-t-elle son domaine propre, qui serait de surmonter les discordes constitutives de la vie en société ? Ces questions se posent tous les jours à nos gouvernants, tiraillés entre la représentation quantifiée de l’économie et de la société et ce qui reste de représentation démocratique des gouvernés. Un détour par l’histoire est ici encore nécessaire pour y répondre et comprendre à la fois les raisons anciennes et les échecs prévisibles du projet de gouvernance par les nombres.

Les accords parfaits du nombre

La fascination pour les nombres et leur pouvoir ordonnateur est ancienne, elle n’est pas propre aux cultures de l’Occident. L’attention portée à la valeur emblématique des nombres est l’un des traits saillants de

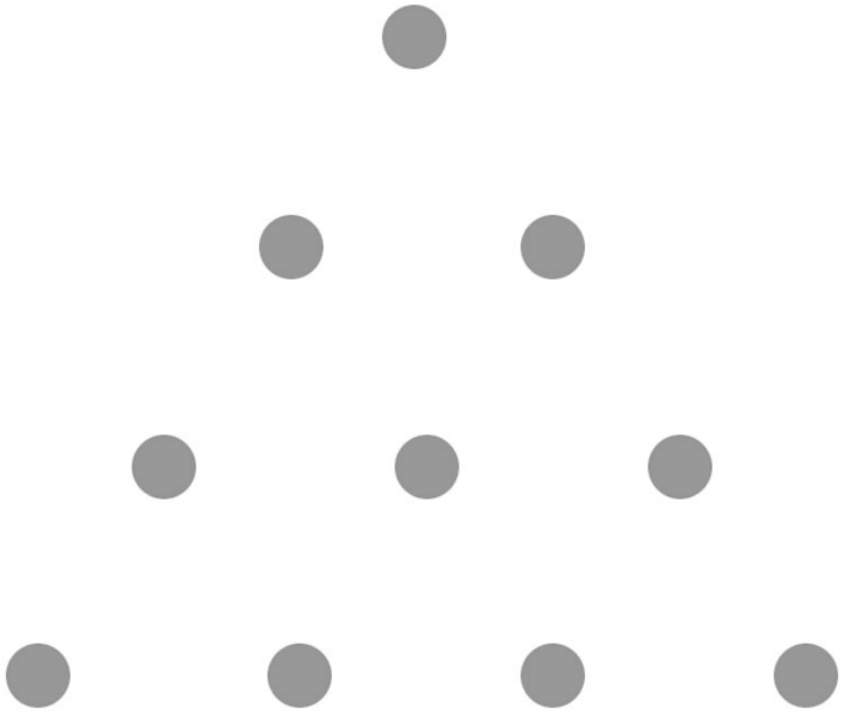
la pensée chinoise[3], et l'on sait tout ce que les mathématiques doivent à l'Inde et aux mondes arabe et persan. Mais c'est dans le monde occidental que les attentes à leur égard n'ont cessé de s'étendre : d'abord objets de contemplation, ils sont devenus des moyens de connaissance puis de prévision, avant d'être dotés d'une force proprement juridique avec la pratique contemporaine de la gouvernance par les nombres. On pourrait être tenté de partir ici de la Bible, puisque selon le Livre de la Sagesse, Dieu « a tout réglé avec mesure, nombre et poids » (Sg. XI, 20), mais il semble bien que ce Livre ait été rédigé directement en grec au cours du IIe siècle avant notre ère par un Juif hellénisé, probablement influencé par le renouveau pythagoricien. C'est à Pythagore (-580/-500 av. J.-C.) que l'on doit, semble-t-il, l'affirmation selon laquelle « Tout est arrangé d'après le nombre ». Voici comment Nicomaque de Gérase, philosophe et mathématicien néopythagoricien du début de notre ère, développait cette idée :

> Tout ce que la nature a arrangé systématiquement dans l'Univers paraît dans ses parties comme dans l'ensemble avoir été déterminé et mis en accord avec le Nombre, par la prévoyance et la pensée de celui qui créa toutes choses ; car le modèle était fixé, comme une esquisse préliminaire, par la domination du nombre préexistant dans l'esprit du Dieu créateur du monde, nombre-idée purement immatériel sous tous les rapports, mais en même temps la vraie et l'éternelle essence, de sorte que d'accord avec le nombre, comme d'après un plan artistique, furent créées toutes ces choses, et le Temps, le mouvement, les cieux, les astres et tous les cycles de toutes choses[4].

La contemplation des nombres serait donc la clé d'accès à l'ordre divin. Cette idée a connu une fortune extraordinaire, de Pythagore à nos jours, à travers notamment les œuvres de Platon et des néoplatoniciens de la Renaissance[5]. Ainsi, selon Nicolas de Cues, « puisqu'aucun chemin ne s'ouvre pour accéder aux choses divines si ce n'est à travers des symboles, nous pourrons faire usage des signes mathématiques comme des plus adaptés en raison de leur irréfragable certitude[6] ». Et selon Galilée, « ce vaste livre qui constamment se tient ouvert devant nos yeux, je veux dire l'Univers […], est écrit en langue mathématique, et ses caractères sont des triangles, des cercles et autres figures géométriques, sans lesquelles il est humainement impossible d'en comprendre un seul mot[7] ». Cette croyance en un monde entièrement réglé par des nombres continue de nourrir notre

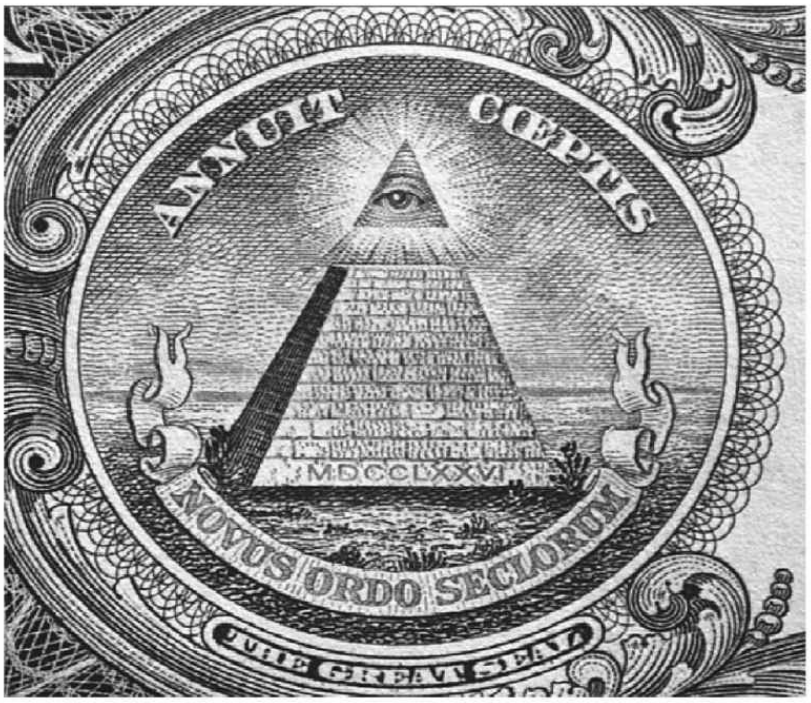
imaginaire. « Le monde est mathématique » proclame ainsi le titre d'une collection d'ouvrages diffusée en 2013 par le journal *Le Monde* sous l'égide de Cédric Villani, médaille Fields 2010 et directeur de l'Institut Henri-Poincaré. Aujourd'hui comme hier, les mathématiques seraient la clé d'intelligibilité – et donc de la maîtrise – du monde. Au-delà de ses multiples manifestations philosophiques, scientifiques ou mystiques, les héritiers de Pythagore ont en commun de postuler l'existence dans le monde d'une « légalité » de type numérique, qui se donnerait à voir aussi bien dans le domaine de la cosmologie que dans ceux de la théologie, de la musique, de l'éthique ou du droit[8].

Parmi tous les nombres, la Confrérie, à la fois savante et mystique, des pythagoriciens accordait au nombre 10 une importance particulière. Son emblème était un diagramme de la décade – la *Tétraktys* – et c'est sur ce symbole ésotérique que ses membres prêtaient le serment de ne jamais divulguer leurs secrets, à commencer par leurs secrets mathématiques. Ce symbole est la figure géométrique du nombre dix, représenté comme un triangle équilatéral, dont la pointe est l'unité et les côtés trois fois quatre.



Dans ses recherches sur la métaphore de l'« œil de la Loi », Michael Stolleis a montré comment ce symbole avait parcouru toute l'histoire de l'Occident. On le retrouve chez les maîtres maçons et les kabbalistes, mais aussi dans le christianisme qui, après l'avoir rejeté comme figure païenne, l'a recyclé en figure de la Trinité[9], puis d'œil de Dieu. De là, la *Tétraktys* a

donc continué sa course et s'est transformée, dans une version sécularisée, en l'œil de la Loi[10]. Et c'est chargé de toute cette symbolique religieuse, juridique et mathématique qu'on le retrouve aujourd'hui imprimé au verso de tout billet de un dollar. Y sont reproduites les deux faces du *Great Seal of the United States of America*, dont une pyramide, datée à sa base de 1776. Au sommet de cette pyramide l'œil de la Providence divine veille sur l'État nouvellement fondé.



Au sommet : l'œil divin et la mention *Annuit Cœptis* (« Il approuve notre entreprise »). Sur le bandeau : *Novus Ordo Seclorum* (« Le nouvel ordre des siècles [qui débute] »).

Symbole du *cosmos*, c'est-à-dire d'un univers arraché au *chaos*, la *Tétraktys* représente aussi l'harmonie[11]. Fille d'Arès, dieu de la Guerre, et d'Aphrodite, déesse de l'Amour, Harmonie désigne depuis l'Antiquité grecque l'union des contraires, la résolution des discordes et des discordances. En droit de l'Union européenne, l'harmonisation se présente tantôt comme la réalisation juridique des libertés économiques garanties par le traité, tantôt comme un processus spontané résultant de l'usage de ces libertés. Aux termes de l'article 151 du Traité de fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), c'est du « fonctionnement du marché intérieur », autrement dit du libre jeu donné aux calculs d'intérêts des

opérateurs économiques, que doit résulter l'« harmonisation des systèmes sociaux ». Le rapprochement des législations a pour fonction subsidiaire d'accompagner ce processus spontané. Un peu comme le Décret de Gratien, huit siècles plus tôt, le Traité européen vise ainsi à réaliser une « concorde des canons discordants » (*Concordia discordantium canonum*), qui surmonte la diversité des droits nationaux et les impératifs de compétitivité pour aboutir à une « égalisation dans le progrès[12] ». Mais contrairement à Gratien, cette concorde n'est pas conçue comme une œuvre juridique, mais comme un sous-produit du calcul économique que le rapprochement des législations a pour seule fonction d'accompagner et de faciliter. Il faut observer toutefois que, dans la rédaction du Traité, cet engendrement de l'harmonie par le calcul est le fait d'un « marché intérieur », c'est-à-dire d'un marché institué et délimité par le droit de l'Union. Les auteurs du Traité de Rome n'avaient pas pour horizon un marché mondial impliquant la suppression de toute entrave à la libre circulation des marchandises et des capitaux. Cette utopie d'un Marché total, produisant spontanément l'harmonie à l'échelle du globe, n'est intervenue que quelques décennies plus tard, avec le triomphe de l'idéologie ultralibérale.

Selon la mystique pythagoricienne, l'harmonie résulte soit d'une eurythmie parfaite, obtenue du premier coup, soit d'une consonance de principes contraires, sur le modèle des accords musicaux, qui transcendent les dissonances. Les Grecs usaient de la longueur des cordes pour mesurer les fréquences musicales (fréquences et longueurs sont inversement proportionnelles : plus une corde est longue, plus la fréquence est basse). Or, la *Tétraktys* contient en elle les principaux rapports de la gamme diatonique :

celui de 4 : 2 ou de 2 : 1, l'octave,

celui de 3 : 2, la quinte,

celui de 4 : 3, la quarte.

Toutefois, pour relier ainsi l'ordre idéal des nombres avec les lois présidant à l'harmonie musicale, il fallait recourir au douze, qui est divisible par toutes les composantes de la *Tétraktys* : 1, 2, 3 et 4. Ainsi, par exemple, la consonance de deux cordes de longueur 12 et 6 correspond à l'intervalle d'une octave (12 : 6), celle de deux cordes de longueur 12 et 8 à la quinte (3 : 2), et celle de deux cordes de longueur 12 et 9 à la quarte (12 : 9). Ces consonances musicales de l'octave (12 : 6), de la quinte

(12 : 8) et de la quarte (12 : 9) correspondent aux proportions arithmétiques 2/1, 3/2, 4/3. Arithmétique, cette correspondance est aussi géométrique puisque 9 est un carré (le carré de 3), 6, le nombre de faces du cube, 8 le nombre de sommets du cube, et 12 le nombre des arêtes du cube[13]. La parfaite correspondance des proportions mathématiques et des accords musicaux a été interprétée comme le signe d'une harmonie cosmique, à laquelle on pourrait accéder par la contemplation des nombres[14]. Percer les secrets de cette harmonie universelle a été l'un des plus puissants ressorts de l'entreprise scientifique en Occident.

Cette harmonie est celle que les hommes doivent s'efforcer de faire résonner, non seulement dans leurs propres œuvres – du plus modeste objet fabriqué à l'œuvre d'art –, mais aussi entre eux, en établissant la « concorde », c'est-à-dire un accord parfait transcendant leurs différences. Comme le montre l'étymologie, les notions d'accord et de concorde (ou de leurs antonymes « désaccord » et « discorde ») charrient à la fois un sens affectif, l'union ou la désunion des cœurs, et un sens physique, la consonance des cordes[15]. Accorder les humains exige à la fois de faire battre leurs cœurs à l'unisson et de les attacher solidement ensemble. L'expression mathématique des accords musicaux confère à l'harmonie ainsi entendue une dimension universelle. Aussi la référence à Pythagore se retrouve-t-elle aussi bien sur les murs de la cathédrale de Chartres que dans la peinture de la Renaissance ou dans l'idéal du monde savant dépeint par certaines œuvres littéraires du XXe siècle[16].

S'agissant du droit, elle occupe une place centrale dans *La République* de Cicéron, l'un des traités sur l'art de gouverner qui a beaucoup influencé les humanistes néoplatoniciens de la Renaissance. Ce traité se termine par le récit d'un rêve : Scipion est visité par son ancêtre l'Africain, qui lui révèle « qu'il n'est rien sur la terre que le premier des dieux, celui qui régit la terre, préfère à ces sociétés humaines cimentées par le droit qu'on appelle cités[17] ». L'Africain le transporte ensuite au milieu des neuf sphères célestes qui composent l'univers et lui donne à entendre la musique qui en émane. Cette musique, lui explique-t-il, résulte de « l'impulsion et [du] mouvement des sphères inégalement distantes les unes des autres, de façon que les intervalles soutiennent entre eux des rapports rationnels, produisent ces sons différents et, les plus aigus se combinant aux graves, des accords harmonieusement reliés qui en résultent[18] ». Mathématique, physique et musique ne font qu'un.

L'harmonie céleste dont elles participent est celle-là même que le droit doit réaliser dans la Cité. Cette façon de faire appel à l'onirisme et d'introduire des considérations esthétiques et mathématiques dans un traité consacré aux institutions de la République est pour le moins déroutante au regard de notre approche positiviste du Droit. Elle l'est peut-être moins au regard de la doctrine contemporaine de la *Law and Economics*, qui prétend elle aussi fonder l'harmonie sociale sur la raison mathématique, quoique l'*homo economicus* ait beaucoup perdu de l'humanité de Scipion (il ne rêve pas et n'imagine pas que la Main invisible puisse être celle d'un musicien).

Pour illustrer la constance de cette influence sur la pensée juridique de la Renaissance à nos jours, Marie Therese Fögen a récemment proposé un pénétrant commentaire de la célèbre fresque de Raphaël *L'École d'Athènes*, qui orne la Salle des signatures du Vatican[19]. Fögen utilise cette fresque pour illustrer son interprétation du récit qu'a fait Tite-Live de la rédaction de la Loi des XII Tables. Pourquoi, se demande-t-elle, trouve-t-on douze tables aux origines du droit romain ? Douze, et non pas dix, le nombre sacré des pythagoriciens, celui des commandements de la Loi mosaïque ?

La fonction instituante de la discorde

Selon le récit de Tite-Live, la charge de confectionner les tables de la loi fut confiée en 457 avant J.-C. à un collège de dix sages, les décemvirs. La composition de ce collège obéissait au même ordonnancement que celui de la *Tétraktys* : 1 consul de l'année précédente, 2 consuls de l'année en cours ; 3 émissaires revenus de Grèce ; et 4 hommes âgés, nommés, dit Tite-Live, « pour compléter le nombre[20] » – entendez, le nombre sacré Dix. Les lois rédigées par ces dix sages furent transcrites sur dix tables, lesquelles, après avoir été soumises à l'avis des citoyens romains, furent adoptées par les comices. Le bruit se répandit alors que deux tables manquaient, « qui, réunies aux autres […], auraient formé un corps complet de droit romain[21] ». Ceci conduisit à nommer un nouveau collège de décemvirs, parmi lesquels Appius Claudius, qui avait déjà participé à la rédaction des dix premières tables. Mais ces nouveaux décemvirs se conduisirent de façon tyrannique. Appius Claudius viola les lois qu'il avait lui-même posées et trahit sa charge de juge, dans un procès au cours

duquel il attribua comme esclave à l'un de ses hommes de paille une belle et jeune plébéienne, dénommée Virginia. Le père de cette dernière ne trouva pas d'autre moyen de lui éviter la servitude et le déshonneur que de la poignarder. Devant tant d'injustice, le peuple se révolta et Claudius finit par se suicider dans son cachot, avant que la paix ne revienne dans une cité désormais régie par les 12 tables de la loi, exposées en -449 au Forum romain. Ce récit des origines du droit romain mérite qu'on s'y arrête puisqu'il est placé sous la double égide du nombre (10, puis 12) et de la loi. Selon Marie Therese Fögen, il fallait que les Romains fassent l'expérience du « non-droit » pour que l'ordre juridique puisse être véritablement institué et que la société accède à l'harmonie. Cette interprétation ne convainc pas dans la mesure où cette référence au « non-droit » est à la fois anachronique et trompeuse. Là où il n'y a pas de droit, on ne peut le violer. Or, c'est bien de la violation du droit qu'il avait lui-même posé que se rendit coupable Claudius Appius. La leçon à tirer de ce récit des origines du droit est donc plutôt celle de la vanité d'un ordre juridique fondé sur la seule raison calculatrice.

Si cette tentation de l'harmonie par le calcul n'a cependant cessé de hanter la pensée juridique occidentale, c'est peut-être en raison de notre difficulté à saisir l'unité profonde du droit et de sa violation, de l'ordre et du désordre. Pour surmonter cette difficulté, on peut emprunter ici encore un instant le regard que portent d'autres civilisations sur le rapport entre l'ordre et le désordre. Heinrich Zimmer a ainsi attiré l'attention sur un curieux détail de la cosmogonie hindoue[22]. En dépit de sa beauté, et au moment même où il conçoit l'avènement d'un monde parfait, le dieu Vishnu a les oreilles sales ! Et c'est de cette crasse que naissent Madhu et Kaitabha, les démons de la passion et de la bêtise, qui vont semer les premiers germes de dérèglement du cosmos. Par contraste, l'image occidentale du divin est toute positivité et exempte de dimension démoniaque. C'est bien pourtant, note Zimmer, la prise de conscience de sa part obscure, de la négativité qui l'habite, qui permet à chaque être humain d'accéder à lui-même. « Par quelle autre voie, note-t-il, les hommes pourraient-ils accéder à la réalité extérieure et intérieure que par la culpabilité ? Quel enracinement dans la réalité serait-il exempt de faute ? Ce n'est que par la faute que l'on apprend qui l'on est ; auparavant, on flotte dans le domaine de l'apparence[23]. » Plutôt que d'un improbable « non-droit », on serait donc tenté de rapprocher le processus de délibération démocratique (qui avait conduit à l'adoption des dix

premières tables) et la révolte collective contre l'injustice (qui va conduire à l'adoption des deux dernières). L'établissement du règne de la loi ne procède pas d'un calcul rationnel, mais de l'expérience de l'injustice et des passions. La démesure à l'œuvre dans ce récit de la fondation du droit romain n'est pas seulement celle des passions humaines qui conduisent à sa violation, mais aussi l'*hubris* d'une loi parfaite soumise à l'empire du Nombre. Une telle interprétation permet de comprendre la logique du passage de dix, le nombre parfait, à douze, la clé de l'harmonie. Les Douze Tables résultent à la fois d'une délibération rationnelle et d'une révolte, d'un combat inspiré par le sentiment d'injustice. Et même de deux combats : d'abord celui des plébéiens, pour que Rome se dote d'une loi égale pour tous, sur le modèle grec ; puis celui de tous les citoyens romains pour que leurs dirigeants eux-mêmes se soumettent à cette loi. La scène primitive du droit romain est donc le lieu d'une prise de conscience de la vanité d'un ordre idéal fondé sur les nombres et de la nécessité d'un ordre fondé sur l'expérience, tout imparfait qu'il soit.

C'est à cette histoire romaine que Machiavel s'est référé pour affirmer que les bonnes lois sont celles qui s'enracinent dans l'expérience des conflits. « Dans toute république, écrit-il, il y a deux partis : celui des grands et celui du peuple ; et toutes les lois favorables à la liberté ne naissent que de leur opposition […]. On ne peut […] qualifier de désordonnée une république [la République romaine] où l'on voit briller tant de vertus : c'est la bonne éducation qui les fait éclore, et celle-ci n'est due qu'à de bonnes lois ; les bonnes lois à leur tour sont le fruit de ces agitations que la plupart condamnent si inconsidérément[24]. » Ainsi que l'a montré Claude Lefort, Machiavel découvre ici une vérité scandaleuse : dans une cité libre, la loi n'est pas une œuvre de la froide raison, mais le fruit du heurt de deux désirs également illimités, le désir des Grands de toujours posséder davantage et celui du peuple de ne pas être opprimé. Aussi la loi n'est-elle jamais donnée une fois pour toute : elle demeure ouverte aux conflits qui toujours conduisent à la réformer[25].

Cette prise de conscience proprement juridique de l'impossibilité de donner à la justice un fondement purement mathématique était déjà présente chez les Grecs. On sait qu'Aristote s'est efforcé de donner une expression mathématique aux différents types de justice qu'il distingue dans l'*Éthique à Nicomaque*. Contrairement à ce qu'on peut lire généralement dans les ouvrages de philosophie du droit[26], Aristote distingue non pas deux, mais trois formes de justice. Les deux premières

sont celles qui se trouvent représentées sur la fresque du Bon gouvernement de Sienne[27]. D'un côté, la justice distributive, qui répartit « l'honneur, les richesses ou tous les autres avantages qui se partagent entre les membres de la communauté politique[28]. » Cette justice distributive est, selon Aristote, de nature proportionnelle au mérite de chacun : « On appelle ce genre de proportion, une proportion géométrique dans le langage des mathématiciens […]. En effet, ce qui est juste dans la distribution des biens communs traduit toujours l'exigence de proportionnalité [selon le mérite], puisque si l'on envisage le partage des richesses communes, celui-ci doit exprimer le même rapport que celui qu'ont entre elles les contributions de chacun à la communauté[29]. » D'un autre côté, la justice réparatrice, qui consiste à corriger le dommage injustement infligé par une personne à une autre. Ce deuxième type de justice obéit à un principe d'égalité arithmétique, et non pas géométrique. Dans ce cas, écrit Aristote, « le juge restaure l'égalité. C'est comme s'il avait affaire à une ligne segmentée en parties inégales, qu'il prenait le plus grand segment et en retranchait ce qui excède la demi-ligne, pour l'ajouter au plus petit segment[30] ».

La typologie d'Aristote ne s'arrête toutefois pas là. Comme l'ont remarqué François Ewald, puis Clarisse Herrenschmidt[31], il la complète par une justice d'un troisième type, la justice de réciprocité proportionnelle, qu'il commence par caractériser de la façon suivante : « L'idée de réciprocité ne s'accorde pas avec la définition du juste, ni dans le cas de la justice distributive, ni dans le cas de la justice corrective […]. Mais il reste que, dans les associations qui sont faites pour les échanges, la cohésion tient à ce genre de justice, même si la proportion veut qu'on rende en proportion, et non selon le principe d'égalité […]. C'est en effet parce que l'on retourne en réciprocité de ce que l'on reçoit que la Cité se maintient[32]. » Cette justice là – qui préfigure notre notion de justice sociale – est selon Aristote indispensable à la transaction qui fait demeurer les hommes ensemble. Elle suppose de s'accorder sur une mesure à laquelle puissent se référer tous les citoyens lorsqu'ils échangent les fruits de leur travail.

> Ce qui fait l'échange proportionnel, c'est la conjonction de termes diamétralement opposés : mettons un bâtisseur [A], un cordonnier [B], une maison [C] et une chaussure [D] : il faut donc que le bâtisseur reçoive du cordonnier son travail à lui et qu'il lui donne en retour le sien.

> […] Il n’y aura pas [d’échange ni d’association] entre eux si les choses échangées ne sont pas égales d’une certaine façon. Il faut donc qu’un certain étalon permette de tout mesurer […]. Et cet étalon en vérité, c’est le besoin, lequel assure la cohésion de tout dans la communauté […]. La monnaie est devenue une sorte de substitut du besoin, à titre conventionnel. Et c’est pour cela qu’elle porte le nom de monnaie [*nomisma*], parce qu’elle tient, non pas à la nature, mais à la loi [*nomos*] et qu’il ne tient qu’à nous d’en changer et de la retirer de l’usage[33].

Ce passage est très important pour comprendre la façon dont Aristote lie la loi et le nombre dans sa réflexion sur la justice. À la différence de Platon, il ne voit pas dans la loi un pis-aller, dû à notre insuffisante connaissance des vérités mathématiques qui sous-tendraient l’univers entier. Les figures et les nombres peuvent nous aider à y voir clair, et c’est pourquoi il en use pour illustrer ses définitions de la justice distributive et de la justice corrective. Mais ce ne sont pas les mathématiques qui président à l’association des hommes, c’est la nécessité d’accorder la différence de leurs travaux à la similitude de leurs besoins**.** C’est pourquoi Aristote ne s’oblige pas à donner une formulation mathématique de ce troisième type de justice. Pas davantage il ne prête à la monnaie la capacité d’exprimer spontanément le juste prix des fruits du travail. « Substitut du besoin », la monnaie fournit bien une mesure commune des biens échangés, mais elle est fondée sur la loi et non sur le nombre. Appuyée par l’étymologie qui fait dériver *numisma* de *nomos*, la démonstration d’Aristote interdit donc de renvoyer la question de la justice des échanges à un pur calcul ou à la morale. Mesurer la valeur respective du travail d’un *trader* ou d’une infirmière ne relève pas plus du calcul que de l’éthique, mais du droit. Plus précisément aujourd’hui : du droit social.

Selon Clarisse Herrenschmidt, cette prise de conscience des limites de la raison mathématique pour gouverner les affaires humaines aurait aussi procédé de la découverte des nombres irrationnels, de type $\sqrt{2}$, découverte qui mit fin à l’espoir d’inscrire la longueur de l’hypoténuse d’un triangle rectangle dans un rapport de proportion avec les nombres entiers. C’est à cette découverte de grandeurs incommensurables qu’elle attribue la disparition progressive des figures géométriques sur les pièces de monnaie durant le IVe siècle avant J.-C. et leur remplacement par des symboles politiques. « S’il existe des grandeurs sans mesure commune, écrit-elle, alors toute chose n’entre pas en proportion avec toute chose. Dès lors, l’écriture monétaire arithmo-géométrique n’avait plus de fondement

étranger aux querelles des hommes[34]. » Ainsi semblait s'évanouir l'espoir de faire régner dans la Cité une harmonie déduite des mathématiques et accordée à celle que font résonner les anges au sommet de la voûte céleste ! Cependant ce rêve a continué d'agiter l'Occident sous diverses formes jusqu'à nos jours, au risque de se transformer parfois en cauchemar.

5

L'essor des usages normatifs de la quantification

« La notion de gouvernement se simplifie : le nombre seul fait la loi et le Droit. Toute la politique se réduit à une question d'arithmétique[1]. »
Alexis de TOCQUEVILLE,
Considérations sur la Révolution.

L'histoire de la quantification des faits économiques et sociaux depuis le début des temps modernes a fait l'objet, au cours des trente dernières années, de travaux remarquables[2], qui ont retracé le perfectionnement par l'État moderne des instruments de mesure de sa population et de ses richesses. Le plus important de ces instruments est la statistique. Mot venu de l'allemand *Staatistik*, il s'agit explicitement d'une science de l'État (*Staatswissenschaft*), dont le contenu correspond en fait davantage à ce qu'on appelait en Angleterre l'« arithmétique politique ». La différence étant que la *Staatistik* visait à donner une image globale de l'État et ne recourait guère à la quantification, tandis que l'arithmétique politique anglaise était toute entière fondée sur des recensements chiffrés[3]. La place centrale ainsi accordée à l'État dans l'histoire des usages normatifs de la quantification risque toutefois de faire oublier que cet usage a d'abord pris son essor dans la sphère marchande, pour répondre aux besoins du gouvernement des entreprises. C'est par ces usages privés qu'il faut donc commencer, avant d'en venir à l'histoire, beaucoup plus étudiée, de l'essor de la statistique et du calcul des probabilités. Le rapprochement de ces différents usages privés et publics de la quantification, permet de mettre en lumière les quatre fonctions normatives qui lui ont été progressivement conférées : rendre compte, administrer, juger et légiférer.

Rendre compte

Les livres de compte sont sans doute la première expression moderne de l'établissement d'un lien entre le nombre et le droit, la quantification et l'obligation juridique. Voici comment le code de commerce définit aujourd'hui les « obligations comptables applicables à tous les commerçants » :

> *Article L.123-12* – Toute personne physique ou morale ayant la qualité de commerçant doit procéder à l'*enregistrement comptable* des mouvements affectant le patrimoine de son entreprise. Ces mouvements sont enregistrés chronologiquement.
>
> Elle doit contrôler par *inventaire*, au moins une fois tous les douze mois, l'existence et la valeur des éléments actifs et passifs du patrimoine de l'entreprise.
>
> Elle doit établir des comptes annuels à la clôture de l'exercice au vu des enregistrements comptables et de l'inventaire. Ces *comptes annuels* comprennent le bilan[4], le compte de résultat[5] et une annexe, qui forment un tout indissociable.
>
> *Article L.123-14* – Les comptes annuels doivent être réguliers, sincères et donner une *image fidèle du patrimoine, de la situation financière et du résultat de l'entreprise*.
>
> Lorsque l'application d'une prescription comptable ne suffit pas pour donner l'*image fidèle* mentionnée au présent article, des informations complémentaires doivent être fournies dans l'annexe.
>
> Si, dans un cas exceptionnel, l'application d'une prescription comptable se révèle impropre à donner une *image fidèle* du patrimoine, de la situation financière ou du résultat, il doit y être dérogé. Cette dérogation est mentionnée à l'annexe et dûment motivée, avec l'indication de son influence sur le patrimoine, la situation financière et le résultat de l'entreprise.

Se déploient dans cette définition les quatre caractéristiques juridiques de la comptabilité. La comptabilité est tout d'abord une *obligation de rendre des comptes*. Les commerçants doivent répondre de leur activité à l'égard des tiers et la tenue d'une comptabilité participe de cette responsabilité commerciale. Plus étendue que la responsabilité civile, celle des commerçants s'exerce aussi bien vis-à-vis de leurs contractants que de l'État et du public en général[6]. Le concept anglais d'*accountability* exprime plus clairement que notre notion de comptabilité l'idée de cette

responsabilité financière, dont la mise en œuvre suppose trois acteurs : l'*accountor* (celui qui a des comptes à rendre), l'*accountee* (celui auquel ces comptes doivent être rendus) et l'*accountant* (celui qui établit ces comptes, c'est-à-dire notre comptable). Aujourd'hui cette obligation procède de la loi, mais à l'époque médiévale, qui vit naître la comptabilité moderne, l'obligation de tenir des livres de compte a d'abord résulté des règlements des corporations de marchands, c'est-à-dire de ce que Berthold Goldman a nommé la *lex mercatoria*[7]. Elle fut ensuite imposée aux marchands par les Cités-États italiennes, à la fois comme mode de preuve et comme moyen de prévenir les banqueroutes. La banqueroute, c'est étymologiquement la destruction du banc, du comptoir que le marchand failli (en fuite) occupait sur le marché. Dès l'origine, l'obligation de tenir sa comptabilité a donc été conçue comme une composante de la responsabilité commerciale.

La comptabilité est ensuite un mode d'*accréditation d'une vérité par l'image*. La notion d'*image fidèle* qui est scandée par l'article L.123-14 du code de commerce provient, au travers de la directive européenne n° 78/660/CEE du 25 juillet 1978, de l'expression britannique « *true and fair view* ». L'image comptable a donc un statut qu'on pourrait dire iconique : de même que les icones religieuses soudent une communauté de fidèles autour d'une vérité religieuse, l'image comptable soude une communauté de marchands autour d'une vérité légale. Ce qui permettait aux marchands de se faire crédit d'un bout à l'autre de l'Europe, c'est une foi partagée en un Garant divin de la parole donnée[8]. Au XIXe siècle encore, de nombreux industriels continuent de placer leurs livres de compte sous l'égide de Dieu. Si l'image comptable s'avère trompeuse, si l'on cesse de pouvoir y croire, la communauté se disloque. C'est ce qui est advenu dans l'affaire *Enron*, cette entreprise américaine qui, après avoir atteint des sommets boursiers, a sombré en quelques semaines, fin 2001, lorsque furent révélées les manipulations comptables sur lesquelles reposait sa prospérité apparente[9]. La loi *Sarbanes-Oxley* adoptée par le Congrès américain en 2002 s'est efforcée d'en tirer les leçons. Elle ne s'est pas contentée de renforcer les normes comptables et de lutter contre la collusion entre les entreprises et les cabinets d'audit. Elle a réactivé le vieux fondement religieux de la vérité des comptes, en imposant leur certification sous serment par les présidents de sociétés cotées et leurs directeurs financiers. Les dirigeants des sociétés étrangères cotées aux États-Unis sont eux aussi soumis à cette obligation, qui est assortie de

lourdes sanctions pénales[10]. C'est parce qu'elle constitue l'une des bases institutionnelles des marchés que l'image comptable doit être « fidèle », c'est-à-dire – pour revenir à l'original anglais – exprimer à la fois la vérité (*true*) et la justice (*fair*). La comptabilité se situe à un point d'articulation du Vrai et du Juste. La normalisation comptable reposant sur une certaine représentation de la justice n'est donc pas une pure technique, politiquement neutre. Seule l'ignorance, ou la volonté de masquer cette dimension politique, a pu conduire l'Union européenne à confier cette normalisation à une agence privée, l'International Accounting Standards Board (IASB)[11].

La comptabilité est aussi la première institution moderne à avoir *conféré une vérité légale à des nombres*. Une fois ces nombres construits, ils acquièrent en effet une force probante : « La comptabilité régulièrement tenue peut être admise en justice pour faire preuve entre commerçants pour faits de commerce[12]. » L'on peut alors oublier la manière dont ils ont été construits et les multiples décisions qualitatives qui ont présidé à cette construction. Cette véridiction des nombres est différente de celle qui s'attache à une loi une fois promulguée ou à un contrat une fois conclu. Car la loi ou le contrat s'expriment dans une langue naturelle et demeurent donc ouverts à des types d'interprétations absolument exclues dans le cas des chiffres. Existe toutefois un tempérament à cette valeur dogmatique du nombre inscrit dans les comptes certifiés : l'existence d'une annexe, qui « complète et commente l'information donnée par le bilan et le compte de résultat » et qui doit permettre d'assurer la fidélité de l'image comptable lorsque celle-ci ne peut résulter de la seule lecture des chiffres.

Enfin, la comptabilité est la *première technique à avoir fait de la monnaie un étalon de mesure universel*. Le propre de la monnaie est de rendre commensurables des choses différentes[13]. Cette fonction d'unité de mesure est distincte de celle de moyen de paiement, et rien n'impose de confondre ces deux fonctions de la monnaie comme nous le faisons aujourd'hui[14]. Dans une économie de troc, il serait possible d'échanger une consultation médicale contre une certaine quantité de bouteilles de vin, en rapportant l'une et l'autre à une même unité de compte. Cette unité servirait seulement de référence commune et non de moyen d'éteindre l'obligation, que seule pourrait opérer la remise des bouteilles. L'idée de séparer ces deux fonctions monétaires réapparaît régulièrement. Keynes a vainement tenté de l'imposer à la fin de la guerre, en proposant

l'instauration d'une monnaie de compte, appelée *bancor*, qui aurait servi de référence monétaire internationale, mettant l'économie à l'abri des manipulations du cours des monnaies nationales (et à l'abri aussi de l'hégémonie du dollar, raison pour laquelle cette proposition a échoué). Récemment Jean-Pierre Chevènement a proposé d'opérer un tel découplage pour remédier aux évidentes malfaçons de la monnaie unique européenne[15]. L'euro pourrait en effet fort bien cesser de jouer en France le rôle d'un instrument de paiement, sans qu'il soit besoin de réformer les dispositions du code de commerce selon lesquelles « les documents comptables sont établis en euros et en langue française[16] ». Traiter, comme on le fait depuis la dénonciation en 1971 des accords de Bretton Woods, la monnaie comme une marchandise comme les autres, ne peut se faire qu'en occultant sa fonction d'étalon de mesure. Sur un marché digne de ce nom, les poids et mesures qui servent de référence aux échanges ne peuvent être traités comme des choses dans le commerce. L'ignorance de la dimension institutionnelle de la monnaie sape inéluctablement les bases d'une économie de marché[17]. C'est en tout cas la fonction d'étalon de valeur de la monnaie dont la comptabilité tire parti, en l'étendant non seulement à toute espèce de bien réellement existant, mais aussi à l'estimation du degré de confiance qu'on peut faire à un créancier ou plus généralement à l'estimation de la valeur future de certains biens. Autrement dit, le mot « comptable » est trompeur : la comptabilité ne compte pas (au sens de dénombrer des choses de même nature), elle évalue ; et elle n'évalue pas seulement ce qui est, mais ce qui peut advenir en utilisant la monnaie comme un moyen de domestiquer l'avenir.

Cette première forme de gouvernement par les nombres n'a pas été instaurée par des États, mais par des entreprises. L'Antiquité, et notamment la Rome antique, recourait bien sûr à des techniques d'enregistrement comptable[18], mais c'est au Moyen Âge qu'ont été posées les bases de la comptabilité moderne avec la tenue de comptes de personnes, puis l'invention de la *partita doppia*, de la comptabilité en partie double, par les marchands des grandes villes italiennes[19]. Son invention a répondu aux problèmes posés par le développement du crédit entre marchands. Les livres de compte où étaient notées au jour le jour les entrées et les sorties de biens ou de numéraire ne se prêtaient pas à l'enregistrement des opérations de crédit passées avec des fournisseurs ou des clients. Si j'ai fait crédit de 1 000 florins à un client, je ne peux jamais être absolument certain de recouvrer cette somme et ne peut donc

l'enregistrer comme un avoir en caisse. De même, si je me suis endetté de 1 000 florins vis-à-vis d'un fournisseur, je dois en tenir compte, alors même que ces 1 000 florins sont encore dans ma caisse. Pour enregistrer fidèlement ces opérations, les marchands ont donc ouvert des comptes spécifiques : des comptes « clients » et « fournisseurs » pour enregistrer les opérations de crédit et des comptes « ventes » et « achats » pour enregistrer les transferts de biens correspondant. Puis ils ont ouvert sur le même modèle des comptes spécifiques pour certains éléments de leur patrimoine, dès lors qu'ils pouvaient être isolés comme une source de coûts et de revenus. Tous ces comptes étaient tenus dans une même monnaie de compte, qui pouvait différer de la monnaie de paiement. Au moment d'une vente à crédit, le même montant était donc inscrit sur le compte « vente » et sur le compte « clients ». Et au moment du règlement de cette créance, celui-ci était enregistré en même temps dans le compte « clients » et dans le compte « caisse ». Toute opération économique donnait ainsi lieu à au moins deux inscriptions comptables et c'est la raison pour laquelle les historiens s'accordent à voir dans la tenue de comptes distincts pour les opérations de crédit l'origine de la partie double.

Selon le grand historien et sociologue allemand Werner Sombart – à qui l'on doit le mot « capitalisme » –, « le capitalisme et la comptabilité en partie double ne peuvent absolument pas être dissociés ; ils se comportent l'un vis-à-vis de l'autre comme la forme et le contenu[20] ». L'invention de la partie double est allée de pair avec celle d'autres techniques juridiques destinées elles aussi à un grand essor, telles la lettre de change, l'escompte, l'endossement ou encore le trust. Toutes techniques qui impliquent également de référer les opérations de crédit à un Tiers garant et témoignent, dès qu'on les analyse de près, des bases dogmatiques sur lesquelles repose l'économie de marché. Du point de vue de la force normative des nombres, la comptabilité en partie double occupe effectivement une place tout à fait centrale. Son invention fut étroitement liée à l'introduction de l'algèbre en Europe[21]. Les figures arithmétique et géométrique de l'égalité, auxquelles Aristote se référait pour illustrer sa théorie de la justice, ne permettaient de comparer que des grandeurs déjà connues. Avec l'équation algébrique, *l'égalité est posée comme une question*, question permettant de découvrir la valeur numérique d'un certain nombre d'inconnues[22]. Ce sont ces ressources nouvelles que la comptabilité en partie double a mises en œuvre. D'une part, elle étend l'empire du calcul à des entités qui lui étaient antérieurement étrangères :

non seulement l'argent dont on dispose, mais aussi l'ensemble des ressources mobilisées pour les besoins du commerce ; non seulement les biens actuels, mais aussi une estimation des biens futurs. Et d'autre part, elle confère au principe d'égalité une puissance ordonnatrice nouvelle. Elle est la première en effet à avoir donné à un système juridique la forme d'un tableau chiffré soumis à un rigoureux principe d'équilibre des droits et des obligations. L'invention d'un tel tableau n'est pas sans évoquer celle faite à la même époque des lois de la perspective conférant à l'image peinte une objectivité comparable[23].

Car il faut prendre la notion de *tableau chiffré* dans son sens premier : le tableau comptable, comme plus tard le tableau statistique, doit être d'abord considéré comme un portrait, donnant une image objective de la réalité qu'il dépeint. Michel Foucault a accordé au tableau peint une place inaugurale dans son « archéologie des sciences humaines[24] ». Cependant l'instauration du tableau dans la peinture a été liée à ces deux autres types de projection de l'image du monde sur une surface plane que sont la carte et le miroir[25]. Une métaphore souvent utilisée pour décrire la comptabilité fut celle du « miroir du marchand », comme en témoigne par exemple le titre que Richard Dafforne donna au traité de comptabilité qu'il publia à Londres en 1636 : *The Merchant's Mirrour, or Directions for the Perfect Ordering and Keeping of his Accounts*[26]. Cette métaphore du miroir, comme celle du tableau, annonce déjà notre concept juridique d'image fidèle. Ce qui fait l'originalité et la puissance du tableau comptable en partie double, tient au fait qu'il donne à voir en un *tout cohérent et homogène* un ensemble de choses, de personnes et d'opérations foncièrement *hétérogènes*. C'est bien sûr le recours à la monnaie de compte qui permet de transcender cette hétérogénéité en soumettant ces choses, ces personnes et ces opérations à une perspective commune : celle du poids monétaire qu'elles occupent dans la vie de l'entreprise. De même que la loi de la perspective attribue à chaque être représenté sur une peinture une taille rigoureusement proportionnée à sa distance par rapport au point de vision du spectateur, et non plus dépendante de critères qualitatifs.

Bien sûr, cette objectivité est aussi fabriquée dans le cas de la comptabilité que dans celui de la peinture. La composition du tableau diffère selon le spectateur à qui l'on s'adresse et l'effet que l'on souhaite produire. Les normes comptables anglo-américaines (aujourd'hui

dominantes) ont toujours privilégié le point de vue des investisseurs financiers. C'est d'abord à eux que la comptabilité s'adresse, pour susciter leur confiance et autoriser leur contrôle. Dans la tradition d'Europe continentale en revanche, c'est le point de vue de l'État, et plus précisément celui du fisc, qui se trouvait privilégié. C'est à ses yeux d'abord que la comptabilité devait rendre l'entreprise transparente. Une comptabilité qui privilégierait le point de vue de ceux qui font vivre l'entreprise par leur travail devrait être conçue différemment. Actuellement le personnel salarié est compté comme un passif et une charge[27]. C'est l'une des raisons des licenciements boursiers qui font apparaître mécaniquement de la « création de valeur », alors même qu'ils amoindrissent les forces vives de l'entreprise, au risque éventuellement de la faire mourir, comme les victimes de vampires trop gloutons. À l'intérieur d'un système donné de normalisation comptable, la comptabilisation ne se limite donc nullement à l'enregistrement mécanique de données chiffrées mais offre au contraire à celui qui compose le tableau une large palette de possibilités pour en rehausser ou au contraire en assombrir les couleurs, en usant de techniques connues sous le nom de *window dressing* pour les plus anodines ou de « comptabilité créatrice » (*creative accounting*) pour celles qui frisent le maquillage des comptes… Mais tout cela ne se verra pas dans le tableau final qui, s'il est bien fait, aura la force et l'évidence de la vérité. À la différence des vérités scientifiques, qui sont des approximations sans cesse révisables de l'état du monde, les vérités légales fixent une certaine représentation du monde et continuent de produire leurs effets normatifs tant qu'on continue d'y croire. Leur force ne dépend pas des données fluctuantes de l'expérience, mais de la foi qu'elles sont capables de susciter : en l'occurrence, la foi dans l'image que la comptabilité offre de la situation économique d'une entreprise. Si cette foi vient à manquer, soit pour de bonnes raisons (l'écart trop grand entre l'image comptable et la réalité), soit pour de mauvaises (une rumeur, une panique boursière), le crédit de l'entreprise va s'effondrer d'un coup, comme on a pu le voir dans l'affaire *Enron*.

La seconde force du tableau en partie double, c'est de soumettre le système de droits et d'obligations qu'il représente à un rigoureux principe d'équilibre. Le mot « bilan » vient, au travers de l'italien *bilancio*, du latin *bilanx*, la balance où s'équilibrent deux (*bis*) plateaux (*lancis*). L'anglais *balance sheet* est ici encore plus explicite. Tout est pesé sur cette balance et le marchand qui doit la présenter en équilibre peut y lire à la fois l'état

de son entreprise et les postes sur lesquels il peut agir pour assurer sa pérennité. Autrement dit, la comptabilité donne à voir l'entreprise comme un *ensemble homéostatique* dont il faut respecter les équilibres internes. Son dirigeant doit réagir aux informations chiffrées qu'elle donne sur l'état de l'entreprise s'il veut éviter que cette dernière ne sombre dans l'entropie, c'est-à-dire éviter que ne s'aggravent des déséquilibres qui la conduiraient à la banqueroute. Le bénéfice ou la perte ne sont de ce point de vue que des indicateurs qui demandent à être interprétés à la lumière d'autres nombres. S'hypnotiser sur le « bas de bilan » – le résultat net financier de l'entreprise –, comme le font aujourd'hui beaucoup d'entreprises sous la pression des marchés financiers, peut s'avérer suicidaire si l'augmentation de ce montant se fait au prix de la perte progressive des savoir-faire qui assurent sa place sur le marché et dont la valeur est absente de l'image chiffrée de l'entreprise. C'est la pente sur laquelle roulent les « entreprises sans usines » qui croient pouvoir continuer longtemps de recueillir des œufs d'or tout en confiant à d'autres la charge des poules qui les pondent.

Administrer

Dans la Rome républicaine, tous les cinq ans, un nouveau recensement de la population se clôturait par un rituel de purification, le *lustrum*, qui marquait la régénération de la Cité. Cette tâche était confiée par un mandat non renouvelable à deux magistrats spécialisés, les censeurs, qui avaient non seulement la charge de dénombrer les citoyens et les biens qu'ils possédaient, mais aussi de procéder à la nomination des sénateurs et de surveiller le respect des bonnes mœurs. D'où le double sens conservé par le mot français « cens », qui a donné « censure », « recensement » et « vote censitaire », et par le mot « lustre » (étymologiquement, *luer*, « expier », « racheter ») qui désigne aussi bien l'éclat et la bonne réputation qu'une unité de mesure du temps. Thomas Berns a montré dans un ouvrage récent comment la restauration de l'institution romaine des censeurs fut promue à l'époque moderne par toute une lignée de juristes, à commencer par Jean Bodin, suivi de Lipse, Montchrétien, et du côté protestant par Althusius[28]. Comme les juges, les censeurs sont des magistrats, mais ils interviennent sur un registre différent de celui de l'application de la loi. Registre que l'on pourrait dénommer, sans craindre l'anachronisme, celui de la gestion ou du management public, c'est-à-dire d'une action rendue efficace par la connaissance.

La première fonction des censeurs est en effet de permettre au souverain de *connaître* les ressources du pays : ressources humaines et ressources matérielles. Autrement dit, l'institution des censeurs s'inscrit dans le projet d'une économie politique qui, effaçant la frontière tracée par Aristote entre l'*oikos* et la *polis*, conduit à envisager selon les mêmes catégories de pensée l'administration de l'État et celle d'une entreprise ou d'une famille. Ce que doivent en particulier permettre les censeurs, c'est de connaître la distribution des richesses entre les hommes. Cette connaissance est dès le Moyen Âge conçue comme un « miroir du Prince », l'équivalent pour lui du « miroir du marchand » que constitue la comptabilité. Elle lui permet de s'instruire de sa grandeur et de celle de son Royaume. La métaphore du miroir a aussi servi à désigner les premières entreprises de codification des lois, comme le fameux *Sachsenspiegel*, miroir des Saxons, premier code de lois en moyen bas allemand. Tandis que le miroir des lois renvoie au souverain et à ses sujets l'image d'un ordre idéal, celui des censeurs vise à leur montrer le royaume tel qu'il est. Ce « miroir du prince » deviendra quelques siècles plus tard le « miroir de la nation » que des institutions comme l'Insee en France ou Eurostat au niveau européen ont pour mission d'entretenir.

Sur la base de cette connaissance, le Souverain pourra *agir* sur deux fronts. D'une part, il sera en mesure de *corriger* les trop grandes inégalités de fortune. La pensée politique et juridique de l'époque est particulièrement sensible au fait que de telles inégalités sont une source de troubles et de séditions, et donc une menace pour le bon ordre. Celui qui a exprimé ce point avec le plus de vigueur est sans doute Francis Bacon, comparant l'argent au fumier, qu'on doit veiller à ne pas laisser s'entasser si l'on veut qu'il fertilise la terre au lieu de polluer l'atmosphère[29]. D'autre part, il sera possible de *distinguer* les pauvres méritants de ceux que Montchrétien nomme « les importuns mendiants[30] » et, plus généralement, selon le mot de Bodin, de « bannir les vagabonds, les faineans, les voleurs, les pipeurs, les rufiens[31] ». Bannir, c'est mettre au ban de la société, c'est-à-dire rendre public (on publie les bans d'un mariage). Une telle publicité est à la fois une sanction et un moyen de rendre la société transparente à elle-même. À l'époque de Bodin, cette mise au ban ne concernait que les individus, tandis qu'elle s'étend aujourd'hui à des nations toute entières, dégradées par des agences de notation et remises au pas par le FMI ou la Troïka européenne. Le projet d'une société rendue transparente à ceux qui la dirigent trouve aujourd'hui dans les outils informatiques des moyens de

réalisation dont ni Bodin, ni les légistes chinois n'auraient osé rêver. Faut-il craindre, se demandait tout de même Bodin, qu'une telle transparence conduise à la tyrannie ? Certainement non selon lui, pour deux raisons au moins. La première est que les honnêtes gens n'ont rien à cacher[32]. La seconde est que la transparence n'agit pas de l'extérieur, comme le ferait la sanction infligée par le juge, mais de l'intérieur, en incitant chacun à bien se conduire. À la différence de la Justice qui est armée d'un glaive, mais dont les yeux sont bandés pour demeurer aveugle aux particularités, la Statistique naissante ambitionne de tout voir, mais n'a aucun pouvoir de coercition[33].

Réapparait ici une figure du gouvernement qui nous est familière, celle du gouvernement des âmes, revendiqué aussi bien par le pontife romain que par le *Tennô* de l'empire du Japon. Le recensement des populations se présente dans la Bible comme un acte religieux, qui ne doit être accompli que sur instruction et dans les limites fixées par Dieu[34]. C'est Dieu seul qui tient le registre des âmes et le roi David se repentira d'avoir cédé à son injonction[35] (mais peut-être était-ce celle de Satan[36]) de recenser les populations d'Israël et de Juda. En rendant la société transparente, on incite chacun à se conformer spontanément aux règles qui la gouvernent. Le censorat contient déjà en germe toutes les recettes du management participatif. Il ne manque aux censeurs que cette image « objective » que les statistiques et les indicateurs, tels que perfectionnés depuis deux siècles, sont censés nous donner de l'action de chacun.

La fonction première des censeurs étant de connaître les ressources du royaume, il n'est pas surprenant que le premier domaine législatif propice à l'essor de la statistique ait été celui de la fiscalité. Selon Jean-Claude Perrot, « l'amalgame du recensement avec l'impôt sera longtemps le meilleur et le pire des aiguillons comptables[37] ». Il donne l'exemple des travaux conduits par Vauban au début du XVIIIe siècle pour décider de l'instauration de la dîme royale. Pour en mesurer le rendement potentiel, Vauban utilisait deux méthodes différentes. Dans certains cas, il faisait la « moyenne proportionnelle » de plusieurs mesures d'un même objet (par exemple, la superficie du royaume). Dans d'autres cas, il agrégeait dans ce qu'il appelle « une espèce de tout » des données hétérogènes pour en calculer la « valeur moyenne[38] ». Par exemple, il calculait la valeur moyenne du rendement agricole à partir de données provenant de paroisses ou d'années différentes. On voit donc ici comment la fiscalité donna le

jour à de nouvelles techniques de quantification, qui relevaient jusqu'alors d'estimations purement pragmatiques, du type « grosso modo », « bon an, mal an » ou « l'un dans l'autre ». Et ces nouvelles techniques ont fait naître des entités nouvelles, des « espèces de tout », qui sont devenues des catégories opératoires du point de vue juridique.

La force normative de ces nouvelles catégories a été considérablement accrue lorsque l'État s'est doté d'un puissant appareil de recensement, de comparaison et de calcul de données quantifiées sur l'état de la population. Un rapprochement a alors pu s'opérer entre les deux types différents de moyennes distinguées par Vauban. D'une part, les moyennes objectives, qui résultent d'une pluralité d'observations imparfaites d'un même objet. Et d'autre part, les moyennes subjectives, qui procèdent de l'agrégation d'objets hétérogènes. Ce rapprochement est visible dans l'œuvre d'Adolphe Quételet qui, bien qu'astronome de son état, est considéré comme l'un des pères de la statistique et de la sociologie. Disposant de données exhaustives sur les nombres des naissances, des décès, de mariages, de crimes, etc., il mit en évidence des régularités dans les formes de distribution de ces nombres. L'examen des statistiques de la fécondité fait apparaître par exemple une courbe en cloche, ou courbe de Gauss, dont le sommet représente l'âge où le taux de fécondité est le plus élevé. Un siècle avant Quételet, un pasteur prussien, aumônier dans l'armée de Frédéric II, Johann Peter Süßmilch, avait vu dans ce type de régularité la manifestation d'un « ordre divin », qu'il décrivait en ces termes :

> Le plus sage Créateur et Gouverneur du monde fait sortir du néant l'armée nombreuse des humains en créant tous ceux auxquels Il a demandé de vivre. Dans le temps, l'Éternel nous fait tous défiler pareillement sous ses yeux jusqu'au moment où chacun, ayant atteint le but fixé, quitte le lieu de parade. L'apparition, le passage devant le Seigneur des armées, et le départ, tout se passe dans un ordre admirable. Notre apparition au pays des vivants se produit peu à peu, sans bousculade et selon certains chiffres, qui sont toujours dans un rapport précis avec l'armée des vivants et avec le nombre des partants. Juste avant l'entrée au pays des vivants, quelques-uns sont rayés des cadres, ce sont les mort-nés. Mais cette opération elle-même se fait selon des proportions déterminées. Au cours de cette sortie du néant, deux données sont particulièrement dignes d'attention : 20 filles naissent toujours pour 21 garçons, et, d'autre part, ceux qui voient le jour sont toujours un peu plus nombreux que ceux qui retombent en poussière. C'est de cette façon

que l'armée humaine ne cesse d'augmenter légèrement, mais selon une proportion constante[39].

Comme tous les scientifiques du XIXe siècle, Quételet fit l'économie de cette hypothèse divine et construisit sur la base de ces régularités l'image d'un « homme moyen », qui est à la statistique ce que « l'homme normalement prudent et diligent » est au droit civil : un étalon de normalité à partir duquel mesurer les écarts constatés dans les cas individuels. Nommée par Quételet « loi binomiale », cette distribution régulière révélée par les nombres sera appelée « loi normale » par Pearson en 1897[40]. Le qualificatif de « loi normale » marque l'émergence d'une *normalité* induite de l'observation des faits, qui aura vocation à se substituer ou à s'imposer à la *légalité* du système juridique. Et donc à la métamorphose du sujet de droit en objet de soins, par l'instauration de ce que Foucault a nommé la biopolitique[41].

Les « lois objectives » ainsi mises en évidence par la quantification ne pouvaient rester sans incidence juridique. Elles postulent en effet l'existence de causes constantes, susceptibles d'expliquer les régularités observées. Il ne s'agit plus alors de mesurer les effets d'une cause identifiée mais, selon une méthode inductive, d'inférer de la constance de certaines mesures l'existence de causes constantes. Cette perspective d'une explication par la quantification a connu un succès extraordinaire en biologie, car elle laissait espérer la découverte en ce domaine de lois aussi rigoureuses et indiscutables que celles de la physique. Or, le droit attache des effets normatifs aux lois reconnues par la science[42]. Il pouvait d'autant moins ignorer ces « lois normales » que Quételet et ses successeurs n'en ont pas limité le domaine aux attributs physiques, mais l'ont étendu à ce qu'on appelait encore les comportements moraux et qu'on dirait aujourd'hui sociaux, voire sociétaux, tels les mariages, les suicides, les homicides. À vrai dire, la frontière entre traits physiques et traits socioéconomiques ne peut être tracée sans artifice. L'étude des statistiques de mortalité a, par exemple, conduit à constater des écarts liés à la richesse ou aux conditions de travail et à attribuer ainsi des causes sociales à des manifestations physiques. Ce sont des enquêtes de ce type – celles par exemple, dans la première moitié du XIXe siècle du médecin Louis René Villermé – qui ont motivé l'adoption des premières lois sociales, destinées à réduire la surmortalité et la surmorbidité ouvrières[43]. La mesure statistique des risques physiques particuliers auxquels sont exposées

certaines catégories de la population se trouve ainsi à l'origine de la naissance du droit social, qui est le premier à avoir été indexé sur des distinctions sociales révélées par la quantification.

Le qualificatif de « social » attaché à cette nouvelle branche du droit marquait une rupture dans la représentation juridique de la société. La « société » désignée dans la Déclaration de 1789 était idéalement conçue comme un corps homogène, composé d'hommes libres et égaux – même si cet idéal était déjà trahi par l'exclusion des femmes du suffrage universel et n'empêcherait pas ensuite l'instauration d'un suffrage censitaire, c'est-à-dire l'exclusion des pauvres du corps électoral. La seule arithmétique politique ayant force de loi était donc celle des élections. Chacun compte pour un dans cette arithmétique. Selon le mot de Tocqueville, « la notion de gouvernement se simplifie : le nombre seul fait la loi et le Droit. Toute la politique se réduit à une question d'arithmétique[44] ». Toute autre est la « société » du droit social. Elle n'est plus ce corps politique homogène, mais une « espèce de tout », pour reprendre le mot de Vauban, dont les enquêtes statistiques et la sociologie naissante révèlent l'hétérogénéité et les dysfonctionnements. Cet ensemble ne peut se maintenir sans l'adoption de dispositifs juridiques ciblés sur ses parties les plus fragiles, à commencer par les femmes et les enfants des milieux ouvriers. C'est ce qui, au début du XXe siècle, conduira Louis Josserand à voir dans ce qu'on appelait encore « droit ouvrier » ou « législation industrielle » un *droit de classe*[45]. Les misères physiques et morales de cette classe nouvelle n'étaient donc pas considérées comme des faits de nature, mais comme autant de conséquences de la Révolution industrielle. À la base de notre droit social se trouvait la certitude que les inégalités physiques – en termes de morbidité, d'accidents, d'espérance de vie, mais aussi de mœurs – s'expliquaient par des raisons socio-économiques.

À l'inverse, à la même époque, la sociobiologie et la biologie raciale ont attribué des causes physiques à des manifestations sociales. Ce fut le sens de l'œuvre de Francis Galton (1822-1911), l'un des inventeurs de la biométrie et de l'eugénisme. Cousin et admirateur de Darwin, Galton a cherché à rapporter à la sélection naturelle la distribution des caractéristiques physiques, intellectuelles et morales révélées par la statistique. Sur cette base, il a œuvré en faveur de l'introduction de législations eugénistes, susceptibles d'améliorer l'espèce humaine, en encourageant la reproduction des plus aptes et des plus capables et l'élimination progressive (par la stérilisation) de ceux que la « loi

normale » désignait comme déviants[46]. L'adoption de lois programmant l'élimination progressive des inaptes n'a nullement été l'apanage de l'Allemagne nazie, mais un trait commun des États-Unis et de presque tous les pays protestants d'Europe du Nord, à la remarquable exception près du Royaume-Uni. S'y opposer – comme on le fit par exemple avec succès dans les pays catholiques du sud de l'Europe – était considéré par de nombreux esprits progressistes comme une attitude rétrograde et contraire au sens de l'Histoire. Ces législations eugénistes et raciales ont subsisté dans certains pays occidentaux bien longtemps après la fin de la guerre. C'est seulement en 1964 qu'ont été abolies les législations raciales aux États-Unis. Et les lois eugénistes suédoises sont restées en vigueur jusqu'en 1976. On estime à 63 000 (dont 90 % de femmes) le nombre de malades mentaux et d'« inadaptés sociaux » qui ont ainsi été stérilisés de force en application des lois eugénistes adoptées par ce pays à partir de 1934[47].

Ces deux manières d'articuler les traits physiques et les traits socio-économiques révélés par la statistique avaient cependant en commun de considérer la société comme un tout, comme un corps social, dont on pouvait analyser les lois de fonctionnement grâce à la quantification et essayer de corriger les dysfonctionnements en recourant à des dispositifs juridiques. Au-delà de leur diversité et de leurs divisions, les sciences sociales se définissent par cet objet nouveau, la Société avec un S majuscule, qu'on pourrait donc mettre à distance et regarder de l'extérieur, en usant des mêmes méthodes de quantification que les sciences de la nature. Elles ont aussi en commun de chercher à établir les « lois normales » de fonctionnement de cet objet, lois découvertes par la science et sur lesquelles il serait possible de fonder l'ordre juridique. Adosser ainsi la loi aux « vérités » mises au jour par la quantification des faits économiques et sociaux conduit à une interpénétration des opérations de qualification juridique et de qualification statistique. Qualifier, c'est en effet toujours rapporter des faits à des catégories de pensée. Mais cette opération n'est pas réalisée en principe de la même façon par le juriste et par le statisticien.

Toute décision judiciaire repose sur des opérations préalables de *qualification juridique*. Le juge qui doit décider, par exemple, si le suicide d'un salarié à son domicile peut être qualifié d'accident du travail, est conduit à interroger et, donc éventuellement à faire évoluer, la notion d'accident de travail. C'est ce qu'a fait la Cour de cassation lorsqu'elle a

décidé qu'« un accident qui se produit à un moment où le salarié ne se trouve plus sous la subordination de l'employeur constitue un accident du travail dès lors que le salarié établit qu'il est survenu par le fait du travail[48] ». Ce même arrêt qualifie de « faute inexcusable » le fait pour l'employeur de n'avoir pas pris les mesures nécessaires pour éviter que la dégradation des relations de travail à l'origine de ce suicide, ouvrant ainsi à la veuve et aux orphelins le droit à une « réparation intégrale » de leur préjudice. Les qualifications d'« accident de travail » ou de « faute inexcusable » ainsi opérées par le juge procèdent d'un débat contradictoire entre les parties au procès ; et elles sont elles-mêmes susceptibles d'être soumises devant la cour de renvoi ou en cassation à un nouveau débat contradictoire. Ce n'est qu'au terme de ce processus qu'une vérité légale sera fixée par la jurisprudence. Et encore cette vérité pourra-t-elle être remise en question par un revirement de jurisprudence ou une intervention du législateur. Autrement dit, la qualification juridique se déploie dans l'univers réflexif du langage et demeure par là même indéfiniment ouverte au jeu des interprétations.

Si la notion de *qualification statistique* est moins immédiatement facile à saisir, c'est précisément parce que ce type de qualification s'opère dans l'ombre et n'est pas soumise à des règles procédurales comparables à celle de la qualification juridique. Elle n'en est pas moins une étape primordiale de l'établissement de l'image statistique des faits sociaux, car on ne peut quantifier que ce qu'on a d'abord qualifié. Les spécialistes de la statistique parlent de « conventions d'équivalence » pour désigner l'agrégation dans un même ensemble dénombrable d'éléments hétérogènes[49]. Cette notion renvoie en réalité à la nécessité, inhérente à tout dénombrement, de commencer par définir ce que l'on dénombre. Pour compter des pommes, je dois commencer par les distinguer des poires ou des prunes. Et si c'est en vue de leur consommation immédiate, je vais devoir distinguer les pommes mûres des pommes vertes et des pommes pourries. Mais, comme nous autres les humains, les pommes ne passent pas du jour au lendemain de la verdeur de la jeunesse à la maturité, ni de celle-ci aux détraquements de la vieillesse. Je vais donc devoir trancher, à la manière d'un juge, de la qualification de chacune de mes pommes pour connaître le nombre des comestibles. Si je suis vendeur de pommes, j'aurais peut-être tendance à qualifier de bien mûre une pomme qu'un acheteur exigeant rangerait dans les pourries. Autrement dit, la qualification des objets soumis au calcul se réfère à une norme de jugement qui échappe à ce calcul en même temps

qu’elle le rend possible.

Dans certains cas, la statistique se borne à reprendre à son compte la qualification juridique : par exemple, pour dénombrer les accidents du travail ou la population française. Dans d’autres cas, elle se dote de ses propres catégories qui peuvent ensuite essaimer dans le domaine juridique. Cela a été le cas de la catégorie de « chômeur », catégorie inventée avec le développement des statistiques du travail à la fin du XIXe siècle, ainsi que l’ont montré les travaux conduits par Robert Salais[50]. Dans tous les cas, il s’agit de considérer comme équivalentes du point de vue du dénombrement des données hétérogènes. L’établissement de ces conventions d’équivalence peut donner lieu à des discussions aussi âpres que celles qui se déroulent dans un prétoire ou au parlement. Cependant, ce travail de qualification diffère sur deux points essentiels de celui d’un juge. Tout d’abord, étant censée relever d’une expertise technique, la qualification statistique n’est pas soumise au principe du contradictoire. Il n’y a donc pas de procédure réglée permettant de la contester. En second lieu, cette qualification une fois opérée sert non pas à juger mais à dénombrer, c’est-à-dire à fixer les faits en cause dans des chiffres et non dans des lettres. Autrement dit, la statistique élabore des énoncés qui échappent à la réflexivité du langage et acquièrent par là même une puissance dogmatique particulière.

Cette puissance symbolique des nombres a été renforcée par l’usage de ce qu’on appelle la numérotation arabe, qui nous a été transmise par les Lumières arabes mais est en réalité d’origine indienne. À la différence des chiffres romains ou grecs, qui véhiculaient les traces sémantiques d’un alphabet donné, les chiffres indo-arabes ont, entre autres vertus (notamment celle d’abolir la distance entre écriture et calcul), une universalité sans égale. On peut les comparer aux sinogrammes, qui peuvent être lus et compris par des Chinois parlant des langues différentes. Il leur suffit pour se faire comprendre de calligraphier le signe voulu sur un bout de papier ou dans le creux de la main. Encore faut-il s’adresser à quelqu’un capable de lire les sinogrammes. Avec la généralisation de l’emploi des chiffres indo-arabes, les nombres ont acquis une force normative universelle. Ils réalisent le rêve babélien d’une langue commune à tous les hommes[51].

Juger

Au point de départ des méthodes modernes de quantification des faits sociaux se trouve une autre question centrale pour les juristes : quel choix rationnel opérer en cas d'incertitude ? Cette question fait l'objet de l'art du procès et s'il n'y avait qu'une chose à conserver dans les facultés de droit, ce devrait être l'enseignement de la procédure. L'objet de tout procès est en effet de faire en sorte qu'un conflit ne dégénère pas en pugilat. Le respect d'une procédure permet de convertir un conflit en litige, c'est-à-dire en échange réglé d'arguments, sous le regard d'un tiers appelé à trancher, par un jugement qui s'imposera à toutes les parties. Le rôle du juge est de peser leurs arguments sur la balance de la justice, d'établir la vérité ou la fausseté des faits qu'ils allèguent et de prendre une décision qui aura force normative.

L'office du juge s'apparente à celui du joueur, qui doit lui aussi, une fois engagé dans une partie, décider en situation d'incertitude. Rabelais a fusionné les deux dans la figure haute en couleurs du juge Bridoye, expliquant à Pantagruel qu'il juge les procès au sort des dés, « comme est l'usage de judicature, à laquelle nos droits toujours commandent de déférer[52] ». Jeter les dés est une manière de s'en remettre au jugement de Dieu, comme le notait déjà saint Augustin à propos du tirage au sort[53]. Mais le droit canon a depuis longtemps interdit de mêler ainsi Dieu au règlement des procès, ouvrant la voie à l'essor des preuves rationnelles[54]. Et de leur côté, les joueurs expérimentés ne s'en remettent pas ainsi au sort : ils cherchent à calculer leurs chances de gains et de pertes avant de décider de leur mise. C'est à ce joueur calculateur que s'adresse le fameux pari pascalien. Faute d'avoir reçu la foi de la Grâce divine, ce joueur est livré à lui-même pour savoir s'il doit croire ou non en l'existence de Dieu. Dès lors qu'il est « embarqué » dans la vie, il ne peut échapper à cette question. Il lui faut trancher en situation d'incertitude. Pascal lui montre qu'il peut décider de façon rationnelle de croire ou non en ayant recours aux mêmes opérations de calcul qu'à une table de jeux. Par son audace (faire reposer la foi sur un calcul) et par sa rigueur mathématique, sa démonstration conserve une valeur séminale pour comprendre la dimension religieuse de la gouvernance par les nombres. Pascal commence par montrer que la certitude et l'incertitude ne sont pas séparées par un gouffre infranchissable, mais liées par un rapport de « proportion des hasards[55] ». Parvenu à ce point, il établit à une sur deux la chance de l'existence de Dieu. Cette proportion une fois établie, il ne reste plus qu'à lui appliquer le montant des enjeux : d'un côté, une vie libertine mais finie,

de l’autre, le salut éternel. Le calcul est vite fait et débouche sur une *croyance rationnelle*, une vérité dont « tous les hommes sont capables ». Tout n’est pas calcul dans cette démonstration, puisque Pascal évalue arbitrairement à une sur deux les chances de gagner ou de perdre. Une autre proportion n’aurait pas changé grand-chose, dès lors qu’il introduit dans son équation l’arme atomique de l’infini. Mais il y a déjà là un exemple de l’impossibilité de clore une opération de calcul sur elle-même, de la couper de toute référence à un jugement de valeur qui demeure d’ordre qualitatif et soutient la démonstration. C’est la raison pour laquelle le calcul des probabilités est apparu d’emblée à la fois comme descriptif et comme normatif.

Pascal en avait posé les bases pour répondre à une question juridique : celle de la répartition des gains et des pertes en cas de rupture anticipée d’un contrat aléatoire[56]. Ainsi que l’a montré Alain Desrosières, on ne peut résoudre une telle question sans un arbitre en position de surplomb, capable de construire « des espaces d’équivalence entre des événements futurs, non advenus, incompatibles et hétérogènes[57] ». Autrement dit, si le calcul des probabilités peut se substituer aux opérations qualitatives auxquelles procède un juge pour forger son intime conviction, si donc il peut tenir lieu de procédure, il ne peut en revanche faire disparaître la figure du Tiers impartial. Pour rendre commensurables des données hétérogènes, ce Tiers va procéder à des opérations du même type que celles auxquelles procède le juriste lorsqu’il subsume diverses situations de fait sous une même qualification juridique.

Comme le juge, ce Tiers va d’abord être confronté à la question de décider de la vérité ou de la fausseté de faits dont l’existence demeure incertaine. Dans un prétoire, cette question est en fin de compte livrée à ce que Domat – le plus grand juriste de son temps, mais aussi l’ami de Pascal – nommait « la prudence du juge[58] ». La prudence est avec la justice, la force et la tempérance, l’une des quatre vertus cardinales assignées à l’homme de bien par le christianisme. Elle désigne la faculté de discernement, grâce à laquelle l’action peut être guidée par une juste représentation de la vérité. Dans la célèbre statuaire du tombeau de François II de Bretagne, la Prudence se présente de face comme une jeune femme munie dans sa main droite d’un compas, symbole de la mesure de tout acte, et dans sa main gauche d’un miroir[59]. Ce miroir lui permet de n’être pas tournée seulement vers l’avenir, mais aussi vers la connaissance

d’elle-même et du passé. On ne saurait en effet agir prudemment sans se connaître et sans le secours de l’expérience, que cette statue biface représente au verso du visage féminin juvénile sous les traits d’un vieillard pensif regardant vers le passé.

Allégorie de la Prudence, l'une des quatre vertus cardinales encadrant le tombeau de François II, duc de Bretagne, et de sa femme Marguerite de Foix, sculpture de Michel Colombe, cathédrale de Nantes.
© Florian / WikiCommons

Le bon juge, le juris-prudent, est donc celui qui tout à la fois sait se scruter lui-même, tenir compte de l’expérience du passé, mesurer la valeur

des preuves des faits allégués devant lui et anticiper les effets de sa décision. L'un des principaux instruments de cette mesure essentiellement qualitative est ce qu'on appelle en procédure le principe du contradictoire, c'est-à-dire l'obligation faite au juge de ne se prononcer que sur des éléments de preuve que toutes les parties au procès doivent avoir pu discuter. C'est cette règle qu'impose par exemple l'article 447 du code de procédure pénale, aux termes duquel « le juge ne peut fonder sa décision que sur des preuves qui lui sont apportées au cours des débats et contradictoirement discutées devant lui ». Dans la pesée des éléments de preuve qui lui sont ainsi apportés, le juge attribuera nécessairement un poids plus ou moins grand à un témoignage, selon les conditions dans lesquelles il est donné (le témoignage sous serment a plus de valeur que la simple déclaration devant un officier de police), ainsi que de l'honorabilité de celui qui témoigne (le témoignage d'un honnête citoyen vaut plus que celui d'un rufian) et de la crédibilité des faits qu'il rapporte (l'apparition de la Vierge est moins crédible que celle d'une bergère).

Autant de paramètres que les pères du calcul des probabilités, comme Leibniz, Bernoulli ou Condorcet, se sont efforcés de quantifier en vue de donner une estimation chiffrée de la vérité du fait rapporté. Lorraine Daston donne de nombreux exemples de cette application du calcul des probabilités à des questions de type judiciaire[60]. Dans l'un de ses Mémoires à l'Académie royale des sciences, Condorcet proposa ainsi la formule suivante pour calculer la probabilité d'un événement extraordinaire rapporté par un témoin[61] :

> Supposons que u & e représentent les probabilités de la vérité d'un événement extraordinaire & de la fausseté d'un même événement, & qu'en même temps u' et e' expriment que la probabilité d'un témoignage sera ou non conforme à la vérité, & qu'un témoin ait assuré de la vérité de cet événement […], la probabilité que l'événement extraordinaire déclaré vrai l'est réellement sera :

$$\frac{uu'}{uu' + ee'} \quad \text{et celle qu'il est faux} \quad \frac{ee'}{uu' + ee'}$$

Laplace, quelques années plus tard, proposera une formule sensiblement plus compliquée pour calculer la probabilité (P*i*) de la véracité d'un témoignage attestant qu'un numéro *i* a été tiré dans une urne contenant *n* numéros[62]. Il distingue à cet effet quatre possibilités : le témoin ne ment

pas et ne se trompe pas (P1 = pr/n) ; le témoin ne ment pas mais se trompe (P2 = p[1-n]/r) ; le témoin ment et ne se trompe pas (P3 = [1-p][r]/n) ; et le témoin ment et se trompe (P4 = [1-p][1-r]/n : L). Il aboutit ainsi à la formule mathématique suivante :

$$\mathrm{Pi} = \frac{\dfrac{pr}{n} + \dfrac{(1-p)(1-r)}{n(n-1)}}{\dfrac{pr}{n} + \dfrac{p(1-r)}{n} + \dfrac{(1-p)r}{n} + \dfrac{(1-p)(1-r)}{n}}$$

$$\text{ou } pr + \frac{(1-p)(1-r)}{n-1}$$

Des formules de ce genre témoignent déjà du rêve de substituer la machine à calculer au juge, dans sa fonction d'agent impartial chargé de décider de la vérité d'un fait allégué[63]. Elles préfigurent le rôle aujourd'hui donné aux ordinateurs pour instaurer la gouvernance par les nombres dans la régulation des marchés financiers. Le recours au calcul des probabilités opère aussi, dès le pari pascalien, un déplacement dans la hiérarchie des valeurs, en donnant le pas à l'utilité sur la connaissance dans la manière de faire face à l'incertitude. Peu importe au fond au libertin auquel s'adresse Pascal de pénétrer les mystères de l'existence : ce qu'il recherche, c'est la maximisation de ses gains. Par le calcul, il peut échapper aussi bien à l'abîme d'un univers vide de sens qu'à l'absolu d'un monde saturé de sens. Ainsi purgée de tout souci métaphysique, sa vie n'a plus ni hauteur ni profondeur mais se déploie toute entière sur le plan d'une table de jeux. C'est ce déplacement qui sépare la science des Grecs – tournée vers la contemplation du monde – de la nôtre, sommée de prouver son utilité. Et c'est l'utilité qui va présider à l'essor de la statistique, qui ne construit la société comme objet de connaissance que pour mieux pouvoir la gouverner. À la charnière des XVIIIe-XIXe siècles, les mathématiques du contrôle ont ainsi pris le pas sur les mathématiques de l'intelligibilité, ainsi que l'a observé René Thom, qui explique ce tournant par la professionnalisation du métier de savant : « Fort des certitudes de sa science, écrit-il, l'homme éclairé se mue peu à peu en ce que nous appellerions un technocrate[64]. »

Légiférer

Les premières applications du calcul des probabilités n'ont pas en effet seulement visé à établir certains faits, mais aussi à décider de la règle qui doit les régir. Le calcul des probabilités déborde alors le domaine de l'être pour investir celui du devoir-être. Il ne sert plus seulement à décrire, mais à prescrire.

C'est une question de santé publique qui a, semble-t-il, été la première à donner lieu à un débat sur la légitimité d'un tel calcul dans la décision juridique : la question de savoir s'il fallait rendre obligatoire l'inoculation préventive de la variole[65]. L'on savait qu'une telle obligation ferait reculer la maladie dans son ensemble, mais qu'elle était mortelle pour un certain nombre des personnes inoculées. Au regard des données statistiques très parcellaires dont on disposait alors, ce risque était évalué à 1/300. Dans un mémoire présenté à l'Académie des sciences en 1760, Daniel Bernoulli proposa d'appliquer à la résolution de ce problème une formule analogue à celle en usage pour calculer les chances de gains à une loterie. Ce calcul montrant qu'en moyenne les personnes inoculées gagnaient trois ans d'espérance de vie, il conclut implicitement en faveur d'une généralisation de l'inoculation. Ce point de vue était partagé par la plupart des esprits éclairés de l'époque, notamment par Voltaire. Selon eux, ce débat, qui fut passionné, opposait les forces du progrès et celles de la réaction, le progrès consistant à indexer le gouvernement des hommes sur les données de la science[66]. Seul parmi les philosophes, d'Alembert s'opposa à Bernoulli et fit valoir qu'on ne pouvait appliquer à un problème intéressant la vie humaine un calcul reposant sur des données imparfaites[67].

La question posée par cette controverse fameuse n'a cessé de ressurgir depuis lors. Les politiques de santé publique doivent en effet tenir compte de la double nature de la maladie, qui est à la fois un fait social quantifiable et un événement singulier relevant de la vie privée de chacun. Au XIXe siècle se sont ainsi opposés, d'une part, les médecins hygiénistes, partisans d'une « méthode numérique » consistant à normaliser les soins en se fondant sur les statistiques médicales, et, d'autre part, des défenseurs d'un art médical fondé sur l'expérience de la clinique et faisant une large part au colloque singulier avec le malade. Parmi les critiques de la méthode numérique se trouvait aussi Claude Bernard, qui lui reprochait de prétendre soigner « en moyenne » au lieu de se fonder sur une connaissance exacte des déterminations de la maladie[68]. Le fait que la maladie paraisse relever principalement de causes physiques et non

morales était certainement de nature à légitimer le recours au calcul des probabilités pour décider de protocoles de prévention ou de soins. Les lois régissant le monde physique étant constantes et universelles, il est légitime de se fonder sur le constat de la régularité statistique de leurs manifestations. C'est la raison pour laquelle les premières applications du calcul des probabilités à des questions juridiques ont toutes concerné des phénomènes physiques, au premier rang desquels la mortalité, que l'essor de la statistique permettait de figurer sous la forme de tableaux quantifiés. On n'est pas alors trop loin des sciences galiléennes, qui se fondent elles aussi sur la mesure de régularités observées dans l'ordre de la nature. C'est de cette façon que des opérations telles l'assurance-vie ou les contrats viagers, qui au XVIIe siècle étaient encore assimilées à un jeu de hasard (d'une espèce particulièrement blâmable car portant sur la vie d'autrui), ont fini par être considérées au XIXe siècle comme une marque de prévoyance, que les pouvoirs publics se devaient d'encourager dans le chef des bons pères de famille.

Le point de départ de cette évolution fut au Royaume-Uni le *Gambling Act* de 1774, qui fit de l'intérêt légitime de l'assuré le critère de distinction entre une assurance licite et un pari frappé de nullité[69]. Le souvenir de John Law n'était pas loin, et celui de la faillite de son système d'assurance des pertes à la loterie. Ce critère de l'intérêt légitime faisait notamment dépendre la qualification du contrat d'assurance du point de savoir s'il s'inscrivait dans le temps long de la prévoyance ou bien dans le temps court de la spéculation. Un tel critère mériterait d'être réactivé aujourd'hui si l'on se souciait véritablement de réglementer les marchés financiers. Il y a en effet de bonnes raisons de penser que l'assurance a retrouvé sur ces marchés la fonction spéculative qui avait conduit à sa prohibition jusqu'au XVIIIe siècle. Si cette prohibition a été levée, ouvrant la voie à l'édification de l'État social moderne, ce n'est pas seulement parce que l'essor des statistiques sociales a métamorphosé des événements incertains en risques calculables, c'est aussi sous la condition que ce calcul obéisse au principe de prudence. Et ce principe ne peut être lui-même réduit à des opérations de calcul, car il touche la fonction même de l'assurance, et non pas seulement le montant de leurs réserves financières. Autrement dit, le principe de prudence devrait conduire non seulement à fixer des ratios de solvabilité[70], mais à limiter le périmètre de l'assurance en en excluant les opérations spéculatives.

L’assurance a occupé dans l’édification de l’État social une place essentielle, qui mérite cependant d’être précisée. Dans sa thèse consacrée à la naissance de *L’État providence*, François Ewald a retracé les débats ayant accompagné l’entrée du risque assurable dans l’orbe du droit de la responsabilité[71]. Il voit dans ce tournant juridique l’avènement d’une « société assurantielle » devenue transparente à elle-même et régie par la normativité plutôt que par la légalité. Cette lecture le conduit notamment à récuser toute différence de nature entre assurances sociales et assurances privées. Il n’y a pas lieu, écrit-il, de les trop opposer « parce que ces deux types d’institutions utilisent les mêmes techniques du risque, qu’elles procèdent les unes et les autres par mutualisation et répartition de la charge de ces risques […]. Aussi bien pourrait-on dire que dans le vaste champ de la sécurité “sociale”, c’est-à-dire de la sécurité socialisée par le biais de l’assurance, ce qu’on appelle communément la Sécurité sociale n’occupe qu’une partie[72] ». Le concept de « société assurantielle » conduit ainsi à affirmer l’équivalence fonctionnelle de l’assurance sociale et de l’assurance privée. Procédant également d’une « mutualisation » des risques et utilisant les mêmes techniques actuarielles, cette dernière serait parfaitement capable de prendre en charge ceux qui relèvent aujourd’hui de la sécurité sociale. Il n’y a alors plus qu’un pas à franchir pour décider que le choix entre l’une et l’autre doit finalement dépendre de leur coût relatif, tel qu’il s’exprime sur le marché. Ce pas a été franchi récemment par la Cour de justice de l’Union européenne, dans un arrêt du 15 juillet 2010, selon lequel « la solidarité n’est pas par nature inconciliable avec l’application d’une procédure de passation de marché », au motif que « la mutualisation des risques, sur laquelle repose toute activité d’assurance, peut […] être garantie par un organisme ou une entreprise d’assurance[73] ». Il s’agissait en l’espèce d’obliger les partenaires sociaux à recourir au marché de l’assurance pour gérer un dispositif d’épargne retraite instauré par une convention collective. Allant dans le même sens, un projet de directive européenne sur la passation des marchés publics prévoyait en 2012 d’inclure dans son champ d’application les services de « sécurité sociale obligatoire », avant que la Commission renonce à cette disposition en raison de l’émoi politique qu’elle a suscité[74].

La notion de « société assurantielle » ne permet de saisir ni l’ampleur ni la complexité des transformations juridiques entraînées par la quantification des faits sociaux. Elle ne permet pas de saisir leur ampleur, car l’assurance n’est qu’un aspect d’un déplacement des bases fiduciaires

des institutions, la foi dans les nombres supplantant progressivement la confiance dans les personnes[75]. Ce déplacement est bien sûr visible en matière de contrat d'assurance, où l'évaluation statistique des risques a pris le pas sur l'examen prudent de la situation de chaque assuré[76]. Mais il est aussi visible dès le XIXe siècle dans des domaines aussi divers que la pratique médicale ou l'administration publique. Quantifier les faits sociaux, c'est leur donner une objectivité apparente et les rendre commensurables à l'échelle du globe. La foi dans les nombres permet ainsi d'espérer un nouveau type de *rule of law*, fondé non plus sur des dogmes, mais sur des régularités observées s'imposant à toute l'humanité.

Les progrès de la quantification sont ainsi allés de pair avec le projet d'un droit uniforme et universel. Un tel projet était déjà défendu par Condorcet, qui critiquait sévèrement le relativisme juridique de Montesquieu. Après avoir pris pour modèle d'une telle uniformité celle des poids et mesures, « qui ne peut déplaire qu'aux gens de loi qui craignent de voir diminuer le nombre des procès », Condorcet justifie un tel projet de la façon suivante :

> Comme la vérité, la raison, la justice, les droits des hommes, l'intérêt de la propriété, de la liberté, de la sûreté, sont les mêmes partout, on ne voit pas pourquoi toutes les provinces d'un État, ou même tous les États, n'auraient pas les mêmes lois criminelles, les mêmes lois civiles, les mêmes lois du commerce, etc. Une bonne loi doit être bonne pour tous les hommes, comme une proposition est vraie pour tous. Les lois qui paraissent devoir être différentes suivant les différents pays, ou statuent sur des objets qu'il ne faut pas régler par des lois, comme sont la plupart des réglements de commerce, ou bien sont fondées sur des préjugés, des habitudes qu'il faut déraciner ; et un des meilleurs moyens de les détruire est de cesser de les soutenir par des lois[77].

Montesquieu a tort, poursuit Condorcet, de s'interroger sur la fonction juridique du cérémonial tartare ou chinois. De même que les mathématiciens accoutumés au calcul des probabilités sont capables de rendre compte des règles d'un jeu déterminé, de même il doit être possible de calculer les règles applicables à toute l'humanité[78]. Nous avons déjà ici certaines des prémisses de la conception du droit qui préside à la globalisation : déréglementation du commerce et déracinement des cultures juridiques régionales et nationales au profit d'un droit uniforme. Il n'y manque que l'idée de sélection naturelle des meilleurs « produits

législatifs » par mise en concurrence des droits nationaux.

Cette application du calcul des probabilités aux faits sociaux n'a jamais fait l'unanimité. Dès le début du XVIIIe siècle, le mathématicien Pierre de Montmort avait identifié les deux raisons qui rendaient cette application hasardeuse : la première est que l'action humaine n'est pas soumise aux lois fixes et invariables qui gouvernent la nature (et qu'on s'abuse en pensant que la recherche de son propre intérêt puisse constituer une telle loi) ; la seconde est l'incapacité de l'esprit humain à comprendre la totalité des facteurs qui président à son action[79]. S'attaquant explicitement aux conceptions de Condorcet et de Laplace, Auguste Comte s'est livré au milieu du XIXe siècle à une critique féroce de « la vaine prétention d'un grand nombre de géomètres à rendre positives les études sociales d'après une subordination chimérique à l'illusoire théorie mathématique des chances[80] ». Selon lui, la haute abstraction des travaux mathématiques affranchit de toute subordination rigoureuse à l'étude réelle de la nature.

> Serait-il possible d'imaginer une conception plus radicalement irrationnelle que celle qui consiste à donner pour base philosophique, ou pour principal moyen d'élaboration finale, à l'ensemble de la science sociale, une prétendue théorie mathématique, où, prenant habituellement des signes pour des idées, suivant le caractère usuel des spéculations purement mathématiques, on s'efforce d'assujettir au calcul la notion nécessairement sophistique de la probabilité numérique, qui conduit directement à donner notre propre ignorance réelle pour la mesure naturelle du degré de vraisemblance de nos diverses opinions[81] ?

On retrouve plus récemment cette critique sous la plume de Karl Polanyi, selon lequel « un dogmatisme immature montait la garde aux portes des statistiques morales à travers lesquelles la réalité de la société avait annoncé son entrée sous les apparences de la précision mathématique[82] ». Pour être légitime en matière de sciences sociales, la quantification doit être limitée à ce qui peut être exactement dénombré, et ne jamais s'autoriser des modélisations qui extrapolent des lois générales à partir de mesures partielles d'ensemble de faits hétérogènes. C'est cette exigence de méthode qui inspira les enquêtes minutieuses conduites par Frédéric Le Play et ses successeurs, pour décrire les conditions de vie des populations paysannes et ouvrières des différents pays européens[83]. Ingénieur de formation, Le Play est frappé par le manque de rigueur scientifique des tableaux statistiques, qui « ne tiennent compte ni de la

nature spéciale des individus, ni du caractère propre du milieu où ils vivent ; les données officielles négligent donc les faits principaux que la science doit considérer quand elle veut arriver aux conclusions qui intéressent les existences individuelles ou les différentes catégories sociales[84] ».

Bien qu'écrasée par l'économétrie standard, cette ethnocomptabilité continue d'être pratiquée de nos jours par quelques chercheurs qui, au lieu de substituer au réel des catégories statistiques préfabriquées, visent à comprendre dans leur complexité les opérations d'évaluation à l'œuvre au sein de n'importe quel groupe humain[85]. Au contraire des opérations de quantification à l'œuvre, par exemple, dans les plans de lutte contre la pauvreté, les recherches de ce type ne projettent pas sur les populations concernées une notion a priori de valeur, mais s'efforcent de saisir l'évaluation comme un processus social qu'il faut commencer par comprendre si l'on veut améliorer réellement leur sort.

6

L'asservissement de la Loi au Nombre : du Gosplan au Marché total

« L'État interdit par la loi à toute organisation ou tout individu de troubler l'ordre économique de la société. »
Constitution de la République populaire de Chine, art. 15.

Voir dans le calcul la clé de l'harmonie sociale est l'un des nombreux traits communs du capitalisme et du communisme. Toutefois, contrairement à la planification soviétique, le libéralisme que l'on peut dire « classique » ou « à l'ancienne » n'envisageait pas le droit et l'État comme des instruments, mais au contraire comme une condition de l'harmonie par le calcul. Tandis que les régimes communistes ont tenté de bâtir l'harmonie sur un calcul économique, dont l'instrument normatif fut la planification, les pères du libéralisme pensaient que l'ajustement spontané des calculs d'intérêts individuels avait pour condition préalable un régime de droit (*rule of law*) capable de garantir l'état et la liberté des personnes, de protéger la propriété et de faire respecter les contrats. Un esprit aussi provocateur que Mandeville ne perdait pas de vue la nécessité du règne de la loi pour assurer la conversion des vices privés en prospérité publique et notait lui-même à la fin de la fable des abeilles que « le vice s'avère avantageux, lorsque la Justice l'émonde et le lie[1] ». Autrement dit, le libéralisme classique se plaçait sous le règne de la loi. Il faut revenir sur le renversement de ce règne par la planification soviétique pour comprendre tout ce que l'ultralibéralisme partage avec l'utopie communiste.

Le renversement du règne de la Loi

Les pères de la pensée libérale savaient qu'un *régime de droit*, un *rule of law*, est une *condition du calcul* économique. Ils ne croyaient pas qu'un marché puisse fonctionner sans une loi qui en délimite l'emprise et en fixe

les règles. Et il ne leur serait pas venu à l'idée de considérer les lois comme des « produits » en compétition sur un marché des normes. De fait, les calculs auxquels se livrent les parties à un contrat supposent la présence d'un Tiers garant des échanges, qui prend en charge tout ce qui demeure incalculable, à commencer par l'identité des contractants. Le droit n'est pas dans cette perspective un instrument au service des calculs, mais une condition essentielle de leur existence. Autrement dit, on se trouve encore avec le libéralisme dans un univers à trois dimensions, où le plan des échanges trouve sa mesure et sa référence dans la verticale des États. La nécessité de cette troisième dimension concerne aussi bien le droit des contrats que le droit de propriété ou le droit des personnes.

Que serait tout d'abord un contrat réduit au lien bilatéral entre *Primus* et *Secundus* ? La pure expression du rapport de force existant entre eux. Pour qu'un contrat survienne, il faut au minimum que *Primus* et *Secundus* soient liés par cette règle hétéronome, qui s'impose également à eux et dont ils ne peuvent disposer : la force de la parole donnée (*Pacta sunt servanda*). Autrement dit, il n'est pas de contrat sans loi. Cela ne nous dit rien de la nature de cette loi, qui peut aussi bien procéder de la religion que de la coutume ou d'un code civil, mais qui, dans tous les cas, met en scène la figure d'un Garant de la parole donnée, qu'il s'agisse des dieux, de la communauté ou de l'État. Garant qui ne se situe pas sur le même plan que les individus qui contractent[2].

Que serait ensuite un droit de propriété réduit à la relation bilatérale d'un homme et d'une chose ? Un simple fait, le fait de détenir cette chose, au risque d'en être dépossédé par le premier venu pour peu qu'il soit armé ou plus costaud. Nous l'oublions si nous avons la chance de vivre dans un pays où l'on peut circuler sans crainte d'être détroussé à chaque coin de rue. Autrement dit, là où règne la loi. Mais il suffit de se rendre dans ce qu'on appelle des « zones de non-droit » pour que la fiction de ce rapport bilatéral et exclusif entre moi et ma propriété se dissipe et que, quittant l'état de droit, je fasse l'expérience de l'« état de nature », de cet état où chacun doit s'armer ou se barricader pour avoir une chance de ne pas être tué ou dépouillé de ses biens. Le *praemium* des Institutes de Justinien le disait déjà à sa manière : il faut être armé des lois pour que les armes demeurent des objets décoratifs ou soient remplacées par les arts et les belles lettres[3].

Qui serions-nous enfin nous-mêmes si notre identité n'était pas garantie

par un ordre hétéronome, qui nous confère une personnalité juridique s'imposant à tous et à chacun ? Il a fallu la réduction de masses humaines entières à l'état de bêtes de somme, numérotées avant d'être conduites à l'abattoir, pour que le droit à la personnalité juridique soit proclamé par l'article 6 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme : « Chacun a le droit à la reconnaissance en tous lieux de sa personnalité juridique. » Cette disposition exprime elle aussi une construction ternaire : pour être « reconnue en tous lieux » par autrui, mon identité doit être garantie par un Tiers dont l'autorité s'impose à tous. Qui perd son passeport en pays étranger, a le réflexe de faire appel à l'ambassade de son pays, c'est-à-dire à l'État garant de son identité, pour voir celle-ci reconnue par les autorités étrangères et recouvrer, avec sa personnalité, sa liberté d'aller et de venir. Il n'est pas besoin d'être juriste pour avoir ce réflexe, car les institutions ne sont pas des choses qui nous seraient extérieures. Comme le notait déjà Durkheim, « en même temps que les institutions s'imposent à nous, nous y tenons ; elles nous obligent et nous les aimons ; elles nous contraignent et nous trouvons notre compte à ce fonctionnement et à cette contrainte même[4] ».

Une différence capitale distinguait donc le libéralisme économique classique et le communisme du point de vue juridique : tandis que le premier faisait reposer l'harmonie économique sur le règne de la loi, le second a métamorphosé le droit en outil de mise en œuvre d'une harmonie fondée sur le calcul économique. Les noces du capitalisme et du communisme intervenues en Europe et en Chine à la fin du XXe siècle[5] ont précipité ce processus d'asservissement de la Loi au Nombre. À la différence du libéralisme classique, qui demeurait conscient du fait que la libre poursuite par chacun de son intérêt individuel ne pouvait engendrer la prospérité générale que dans le cadre d'un Droit qui bride la cupidité, l'ultralibéralisme prend pour des faits de nature les fictions juridiques qui fondent le marché. Prenant pour donné ce qui est construit, il étend le paradigme du marché à tous les secteurs de la vie humaine et considère le droit lui-même comme un produit en compétition sur un marché des normes.

Cette utopie procède de l'oubli des fictions juridiques sur lesquelles repose l'économie de marché : l'identité est alors réduite au solipsisme d'un individu se définissant lui-même ; la propriété avec la toute-puissance d'un sujet sur un objet ; et le contrat à une opération de communication binaire entre deux sujets. Un tel univers est peuplé de particules

contractantes, calculant en temps réel leur intérêt individuel et échangeant entre elles en fonction de ce calcul les objets dont elles ont la maîtrise. Les marchés financiers fonctionnent aujourd'hui sur ce mode. Placés au cœur de la globalisation, ils sont eux-mêmes régis pour une grande part par les ordinateurs en charge du *high speed trading*, du trading haute fréquence, dernier avatar de la machine à gouverner[6].

Comme il arrive souvent – l'imaginaire précédant l'action des hommes –, c'est une œuvre romanesque qui, dès la fin du XIXe siècle, a pour la première fois mis en scène ce « monde plat » débarrassé de la figure verticale du Tiers garant des relations entre les hommes. Il s'agit d'un conte philosophique intitulé *Flatland*, publié en 1884 par le mathématicien Edwin Abbott[7]. Ota de Leonardis a exhumé il y a quelques années ce roman oublié et en a montré toute l'actualité et la force prophétique[8]. *Flatland* est, comme son nom l'indique, un monde réduit à deux dimensions, peuplé d'une sorte de société de castes, dont les brahmanes seraient des polygones tendant vers la perfection du cercle, la caste inférieure des triangles et la caste intermédiaire des carrés (des cadres). Voués à servir tous les autres, les hors castes sont des figures géométriques irrégulières. Il faut s'imaginer vivre dans un univers à deux dimensions pour comprendre la difficulté des rapports sociaux dans *Flatland*. Puisque, par définition, il n'y a pas de face à face possible entre des figures situées sur un même plan, la moindre rencontre d'un congénère est une épreuve particulièrement compliquée et périlleuse. La reconnaissance mutuelle est une affaire de calcul, chacun identifiant la caste de l'autre en prenant la mesure de ses angles. Monde sans verticalité, c'est-à-dire sans hétéronomie, *Flatland* est aussi un monde sans horizon et donc sans limite perceptible. L'horizon (du grec *horizein*, « tracer la limite ») est en effet cette ligne qui, dans un univers à trois dimensions, tout à la fois limite le champ visuel et marque l'existence d'un au-delà[9]. L'abolition de cet au-delà est caractéristique de l'immanence pure du positivisme qui, pour libérer l'homme de la peur de l'inconnu, « identifie l'animé à l'inanimé, comme le mythe identifie l'inanimé à l'animé », conduisant à ce nouveau « tabou universel » discerné par Horkheimer et Adorno : « Plus rien ne doit rester en dehors, car la simple idée du "dehors" est la source même de la terreur[10]. »

La métaphore d'un monde plat a ressurgi au tournant des années 2000, mais cette fois dans une perspective non critique, sous la forme d'un best-

seller que l'économiste Thomas Friedman a publié en 2005 : *The World is Flat. A Brief History of the Twenty-first Century*[11]. Friedman se réjouit de ce que, portée par les forces du marché, la globalisation fasse advenir un monde plat, où tous les opérateurs ont des chances égales dans une compétition qui n'est plus entravée par aucune espèce de règle hétéronome. Cette utopie d'un monde plat, tout entier régi par les forces immanentes du marché, est caractéristique de l'ultralibéralisme, qui se situe de ce point de vue beaucoup plus près de l'utopie communiste que du libéralisme « classique ».

Le droit, outil de la planification

La construction du communisme n'a pas été placée sous l'égide de la loi, mais sous celle du plan et de la planification, c'est-à-dire d'un univers à deux dimensions, dans lequel le droit n'est plus qu'un instrument de mise en œuvre d'un calcul d'utilité collective. Harold J. Berman distingue fort à propos, pour caractériser cette expérience totalitaire, le *rule by law* du *rule of law*[12]. La planification de type soviétique est une manifestation de ce *rule by laws*, et d'un ordre normatif dans lequel ce n'est plus la Loi qui régit la vie économique, mais le Nombre. Cette première expérience historique a largement disparu de l'horizon de la recherche alors qu'elle est plus que jamais riche d'enseignements. Elle permet en effet de comprendre le processus actuel d'hybridation du communisme et du capitalisme. Ce processus est évident dans les cas de la République populaire de Chine et de la Fédération de Russie, mais il est aussi à l'œuvre dans les pays occidentaux, que la dépendance aux marchés financiers a installés dans ce que l'article 1er de la Constitution chinoise aujourd'hui en vigueur nomme avec à propos une « dictature démocratique[13] ».

Il faut donc revenir, fût-ce de façon cursive, sur l'expérience de la planification de type soviétique qui a précédé – et à bien des égards préparé – la conversion de la Chine au capitalisme sous la présidence de Deng Xiaoping (1904-1997)[14]. L'article 15 de la Constitution chinoise assigne aujourd'hui à l'État une triple tâche : « L'État pratique l'économie de marché socialiste. L'État renforce la législation économique et perfectionne les réajustements macroéconomiques. L'État interdit par la loi à toute organisation ou tout individu de troubler l'ordre économique de

la société. » L'usage des droits n'est ainsi garanti par la Constitution que dans la mesure où il ne trouble pas « l'ordre économique de la société ». Cette conception, qui n'est pas sans faire penser à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, était déjà celle du Code civil soviétique de 1922, dont l'article 1er disposait que « les droits civils sont garantis par la loi à l'exception des cas où ils sont exercés en violation de leur destination socio-économique[15] ». Pour savoir si l'usage d'un droit viole sa destination économique, il faut donc mesurer l'utilité de cet usage pour la collectivité. L'opposabilité d'un droit dépend d'un *calcul d'utilité* qui est extérieur à l'ordre juridique et s'impose à lui. Les garanties de la loi s'évanouissent dès lors qu'elles sont contredites par ce calcul.

Les lois ne sont alors plus que des outils – les légistes chinois auraient dit des ustensiles[16] – dont on dispose pour construire le socialisme. Les Soviétiques ont toujours préféré ce mot de « construction » à celui de « régime » politique ou constitutionnel pour désigner leur système politique[17]. Comme le montre l'art soviétique destiné à la servir, cette construction implique une marche en avant, une dynamique. En URSS comme dans l'Allemagne nazie, le parti unique est le moteur qui met la société en perpétuel mouvement[18]. Les juristes soviétiques définissaient la légalité socialiste, non comme un cadre assuré de la vie en société, mais comme une méthode : « la méthode pour rendre effectives la dictature du prolétariat et la construction du socialisme […] ; elle est toujours le moyen d'action de l'État socialiste et ne peut devenir un obstacle à la réalisation de ses tâches historiques[19]. » La notion de construction marque à la fois un processus, l'extension d'un système dont les limites sont encore mouvantes, et la nature technique d'une normativité indexée sur l'efficacité et non pas sur le respect de la loi. Une telle notion rompt avec les idéaux de stabilité de l'ordre juridique tels qu'ils se donnent à voir dans les représentations emblématiques de la Justice, qui la montrent toujours immobile, ne serait-ce que pour assurer l'équilibre de sa balance ! L'art, et singulièrement la sculpture soviétique ou fasciste, donnait au contraire à voir ce nouvel idéal du mouvement[20]. Ce terme de « construction » est aussi celui qui a été et demeure couramment employé pour désigner la Communauté, puis l'Union européenne. La « construction européenne » se présentant elle aussi comme une dynamique institutionnelle indexée sur un projet économique. Cette référence à la construction est visible sur tous les billets en euros, qui représentent des portes (symboles d'ouverture) et des

ponts (symboles d'union) imaginaires, mais selon une progression historique qui va de pair avec la valeur des billets (du style romain sur les billets de 5 euros au style contemporain sur les billets de 500 euros, en passant par le Moyen Âge, la Renaissance et l'architecture industrielle). La construction européenne s'inscrit ainsi dans l'imaginaire d'un mouvement de l'Histoire, mais d'un mouvement qui, à la différence de la société d'abondance promise par le communisme, ne semble pas avoir d'autre fin que lui-même. Lors de sa conversion à la financiarisation de l'économie, l'organisation représentative des entreprises françaises troqua la notion familiale et trop rassurante de « patronat » pour celle dynamique de mouvement : du CNPF on passa au Medef.

La planification soviétique et l'ultralibéralisme se rejoignent ainsi pour asservir le droit à des calculs d'utilité. Ils diffèrent en revanche quant à la façon de réaliser cet asservissement. Là où l'ultralibéralisme use de la contractualisation, le communisme tablait sur la planification. L'institution chargée de cette planification était la Commission du plan d'État, mieux connue sous son acronyme soviétique de Gosplan. À vrai dire, l'idée de planification avait été avancée bien avant la Révolution bolchevique, notamment par un économiste allemand, Karl Ballod, d'orientation socialiste et non communiste. Ballod avait publié en 1898 sous le titre *Der Zukunftstaat* (*L'État du futur*), un ouvrage préfacé par Karl Kautsky, qui définissait le rôle planificateur que l'État serait appelé à jouer dans une Allemagne socialiste[21]. Ce livre connut de nombreuses rééditions et traductions et fut une source d'inspiration pour Lénine, qui n'avait pas d'idées précises sur la manière d'organiser l'économie. Créé en février 1921, le Gosplan se composait à l'origine d'économistes d'obédiences diverses[22]. À partir de 1925, il produisit des « chiffres de contrôle », destinés à suivre annuellement l'activité des entreprises d'État[23]. C'est seulement en 1927 qu'il élabora le premier plan quinquennal (1928-1932). À la différence du plan *Goelro*, adopté en 1921 pour lancer le programme d'électrification de l'URSS, il ne s'agissait plus de tracer de grandes perspectives à long terme (dix-quinze ans), mais de fixer aux entreprises des objectifs précis dont la réalisation était suivie annuellement par les « chiffres de contrôle ». Organisme chargé de la planification économique du pays, le Gosplan faisait partie des « structures scientifiques et techniques de l'URSS ». Cette volonté d'asseoir l'ordre économique de la société sur des bases scientifiques et non plus sur des joutes politiques est un autre trait commun au communisme et à

l'ultralibéralisme. Elle a conduit à la création en 1969 par la Banque de Suède du prétendu prix Nobel d'économie, contrefaçon réussie des Nobels de physique, chimie ou physiologie[24]. Une fois légitimée par la science, la direction de l'économie peut en effet échapper à la volonté des peuples et être placée hors de portée électorale[25].

Le Gosplan a servi de modèle aux dispositifs équivalents qui furent créés dans tous les pays communistes, et notamment en Chine[26]. S'appuyant sur un imposant appareil statistique et de recensement[27], il était chargé de recueillir et d'analyser toutes les informations venues des entreprises et des régions économiques, et de préparer sur cette base trois types de plans : les plans prospectifs à long terme, les plans quinquennaux et les plans annuels. La planification par le Gosplan a oscillé selon les époques entre une approche à dominante sectorielle et une approche à dominante territoriale. L'organigramme du Gosplan reflétait cette complexité. Au niveau central, il comprenait, d'une part, des sections par branches industrielles qui travaillaient en liaison avec les services de planification des ministères spécialisés et, d'autre part, des sections à objet spécialisé (investissements, planification territoriale, etc.). Cet appareil fédéral se prolongeait au plan territorial par toute une hiérarchie d'organes dans le cadre des républiques et des circonscriptions locales. Les plans devaient en effet tenir compte à la fois d'une perspective globale et d'une politique que nous dirions d'aménagement du territoire, visant à opérer un développement équilibré de toutes les régions économiques de l'URSS. Les procédures suivies ont ainsi évolué au fil du temps, mais dans les dernières décennies de l'URSS, on s'est efforcé de tenir compte des observations des niveaux locaux sur la définition du Plan[28]. Le Gosplan préparait des « chiffres de contrôle », ensemble de grandeurs absolues et relatives, qui servaient d'armature au Plan[29]. Cet ensemble de données faisaient l'objet d'une « première descente » en cascade au travers des branches industrielles, des républiques et des régions économiques. Une fois précisés et détaillés par les autorités régionales, ces chiffres étaient communiqués aux entreprises qui préparaient leurs propres plans en se guidant sur eux et sur les stipulations des contrats qui les liaient à leurs clients et fournisseurs. Tous ces plans remontaient ensuite aux organes du Gosplan de chaque république, qui en faisaient la synthèse et opéraient les arbitrages entre chiffres initiaux et propositions venues de la base. Les plans ainsi établis au niveau des républiques remontaient ensuite au niveau fédéral du Gosplan, qui en faisait à son tour la synthèse. Une fois approuvé

par le gouvernement de l'URSS, le plan final qui résultait de cette procédure avait force de loi et faisait l'objet d'une « seconde descente », sous forme de directives administratives adressées aux différents échelons professionnels et régionaux, jusqu'aux entreprises. Un plan annuel était ainsi assigné à chacun de ces échelons. Le Gosplan était chargé de veiller à l'exécution de l'ensemble et d'assurer la liaison avec les organes de planification des autres pays socialistes et ceux du Conseil d'assistance économique mutuelle entre les pays de l'Europe socialiste (Comecon). Du point de vue comptable, cette planification utilisait la « méthode des balances », c'est-à-dire une comptabilité en nature, visant à mesurer les flux réels des produits et non leur représentation monétaire.

Au plan juridique, les innombrables plans qui régissaient la production de biens et services constituaient autant d'actes administratifs unilatéraux s'imposant aux opérateurs économiques, qui étaient tous des opérateurs publics. Dans un tel système, les contrats sont de simples instruments de mise en œuvre des objectifs chiffrés fixés par ces plans[30]. La doctrine juridique soviétique en distinguait deux types, selon que leur conclusion était ou non imposée à ces opérateurs. Le premier était celui des contrats dits planifiés, dont la conclusion était imposée par le Plan, qui prescrivait par exemple à l'entreprise A de se fournir auprès de l'entreprise B. Le contrat servait alors à préciser le détail d'obligations qui ne pouvaient être fixées par le plan lui-même. Il avait aussi valeur d'engagement juridique, d'adhésion volontaire à la réalisation du Plan. Les contrats du second type, dits non planifiés, ne répondaient pas à une obligation juridique de contracter, mais à la nécessité ou l'opportunité économique de le faire pour parvenir à réaliser les objectifs du Plan. À cette fin, l'entreprise A va prendre l'initiative de contracter avec une entreprise B ou C. Cette liberté contractuelle est toutefois très encadrée, puisque les obligations souscrites par les parties doivent relever des missions qui leur sont imparties par les plans. Ces contrats préfigurent ceux qui ont été développés depuis vingt ans dans les pays occidentaux sous le nom de contractualisation de l'action publique ou des services publics[31].

Le passage du libéralisme à l'ultralibéralisme a été précipité par l'implosion du communisme réel. Dans les pays occidentaux, cette implosion a fait disparaître la pression sociale qu'exerçait sur leurs dirigeants la rivalité avec les pays de l'Est. Ce changement est particulièrement visible au sein de l'Organisation internationale du travail, où – hormis le secteur du transport maritime – le nombre de nouvelles

conventions internationales adoptées a chuté considérablement à partir du milieu des années 1990[32]. Dans les anciens pays communistes, les populations vivaient déjà dans un système où, selon la formule de Tzvetan Todorov, « la Constitution et les lois sont tenues en piètre estime par les agents de la Sécurité comme par les autres personnages puissants du régime […], pour qui la volonté individuelle peut toujours l'emporter sur la loi commune à tous […]. Ici tout est arrangeable, négociable, monnayable : l'exception a pris la place de la règle[33] ». Le communisme réel avait ainsi culturellement préparé ses habitants à voir dans la loi non pas le cadre intangible de l'ajustement mutuel des intérêts individuels, mais l'un des objets de cet ajustement.

L'hybridation du communisme et du capitalisme

Pour saisir ce processus d'hybridation, il faut commencer par prendre la mesure de tout ce qui opposait la planification de type soviétique à l'univers juridique des pays occidentaux. Cette planification reposait, d'une part, sur l'abolition de la propriété privée des moyens de production et l'instauration d'une propriété socialiste, revêtant « soit la forme de propriété d'État (bien du peuple tout entier), soit la forme de propriété coopérative-kolkhozienne (propriété de chaque kolkhoze, propriété des unions coopératives)[34] ». D'autre part, elle engageait la société toute entière dans la réalisation d'objectifs chiffrés imposés d'en haut par un gouvernement œuvrant de façon dictatoriale. L'ordre concurrentiel de type libéral repose au contraire sur la privatisation des moyens de production et engage tous les individus dans une course à la maximisation de leurs intérêts individuels, dont doit spontanément surgir la plus grande utilité sociale possible. Autre différence majeure : en régime libéral, la direction de l'économie échappe à tout contrôle politique ou démocratique, au contraire des gouvernements, qui sont exposés à échéance régulière à la sanction électorale. Le rôle de l'État se borne à garantir la sécurité des calculs économiques qui président au fonctionnement des marchés, en protégeant la propriété privée et en faisant respecter les contrats. À cette fonction première, l'État social avait ajouté la prise en charge collective du temps long de la vie humaine et de la succession des générations.

Ces différences sont considérables et il ne s'agit pas d'en négliger l'importance. Mais s'en tenir à elles, ce serait oublier tout ce que

partageaient dès l'origine ces deux types de régimes. Sortis d'une même civilisation, communisme et capitalisme partageaient la même foi dans la possibilité de se rendre maître et possesseur de la nature. Ils sont ainsi, l'un et l'autre, porteurs d'une promesse messianique qui s'est exprimée dans des termes assez semblables pour que cette similitude soit relevée par les dissidents soviétiques les plus lucides une fois installés en Occident[35]. Aux termes de la Constitution de l'URSS de 1936, la planification devait permettre « d'augmenter la richesse sociale, d'élever d'une manière continue le niveau matériel et culturel des travailleurs, d'affermir l'indépendance de l'URSS et de renforcer sa capacité de défense[36] ». On pourrait mettre en regard la stratégie adoptée en 2000 par l'Union européenne à Lisbonne, qui promettait de faire advenir « l'économie de la connaissance la plus compétitive et la plus dynamique du monde d'ici à 2010, capable d'une croissance économique durable accompagnée d'une amélioration quantitative et qualitative de l'emploi et d'une plus grande cohésion sociale ». Derrière ce genre de proclamations ronflantes se retrouve la même philosophie de l'Histoire : celle d'une marche inexorable vers un avenir radieux, dont Karl Löwith a retracé la généalogie[37].

À ce premier trait commun avec le communisme, l'ultralibéralisme en ajoute un second : la croyance en ce que la Constitution chinoise appelle un « ordre économique de la société », dont le droit ne serait qu'un instrument. Cette conception instrumentale du *rule by laws* avait conduit les régimes communistes à répudier l'idée de *rule of law*. Lénine rêvait à haute voix des « temps très heureux » où le pouvoir des hommes politiques et des administrateurs céderait le pas à celui des ingénieurs et des agronomes, c'est-à-dire à un ordre fondé sur la science et la technique et non plus sur la loi :

> Nous assistons ici à un tournant de grande importance qui marque, en tout cas, le début de grands succès du pouvoir soviétique. On verra désormais monter à la tribune des congrès de Russie non seulement des hommes politiques et des administrateurs, mais aussi des ingénieurs et des agronomes. C'est le départ d'une époque très heureuse, où l'on pratiquera de moins en moins de politique, où l'on en parlera moins souvent et moins longuement, et où ce sont les ingénieurs et les agronomes qui auront la parole[38].

Cette vision d'un monde purgé du politique au profit de la technique était déjà celle des pères du marxisme. Selon Friedrich Engels, une fois la

révolution prolétarienne accomplie, « le gouvernement des personnes fait place à l'administration des choses et à la direction des opérations de production », conduisant à l'extinction progressive de l'État[39]. On attribue souvent à Saint-Simon cette promesse du remplacement du gouvernement des hommes par l'administration des choses, alors qu'en accord avec la doctrine libérale, la religion saint-simonienne enseignait au contraire qu'« il s'agit non seulement d'administrer des choses, mais de gouverner des hommes, œuvre difficile, immense, œuvre sainte[40] ». Le propre de l'ultralibéralisme – ce qui le rapproche du marxisme et le distingue radicalement du libéralisme à l'ancienne – consiste à envisager la loi et le droit non plus comme les cadres stables de la vie en société, mais comme de purs instruments, comme des produits. D'où l'utopie d'un monde plat, où la loi n'est plus une « reine » occupant une position en surplomb, mais un ustensile, jaugé à son efficacité. Dès lors qu'on admet que le droit est un *produit*, son élaboration relève d'un savoir technique et non pas politique. Dans un entretien qu'il a accordé à la fin de son mandat de directeur de la Banque centrale européenne, M. Trichet, après avoir longuement détaillé les réformes, selon lui urgentes, de privatisation des services publics et de déréglementation des marchés du travail, insistait sur le fait qu'il ne s'agissait pas d'un programme *politique*, mais de mesures *techniques* correspondant à l'intérêt supérieur des « dix-sept gouvernements, des trois cent trente-deux millions de citoyens, de toutes sensibilités » dont il estimait avoir la charge[41]. Une fois admis que le droit est un outil technique, il doit comme tout produit être soumis à une concurrence mondiale sur un marché des normes, qui sélectionne les plus aptes à répondre aux besoins de l'économie[42]. Le *law shopping* tend à occuper la place du *rule of law*, notamment dans ces domaines clés pour l'État social que sont le droit du travail, le droit fiscal et le droit de la sécurité sociale.

Il faudrait certes distinguer ici, d'une part, l'ultralibéralisme proprement dit – tel qu'il a été propagé par le monde anglo-américain sous l'égide de M. Reagan et de Mme Thatcher – et, d'autre part, l'ordolibéralisme à l'allemande, qui insiste sur les conditions institutionnelles de fonctionnement de « l'ordre spontané » du marché[43]. Les différences entre ces deux formes contemporaines du libéralisme économique sont significatives et ne doivent pas être négligées. L'influence de l'ordolibéralisme est l'un des facteurs de résistance juridique et économique de l'Allemagne aux orientations ultralibérales des autorités de

l'Union européenne. Elle éclaire notamment les tensions qui se font jour dans l'interprétation de la mission de la Banque centrale européenne[44] ou entre les conceptions rhénane et anglo-américaine de l'entreprise[45]. Et elle permet de comprendre le type particulier de gouvernance par les nombres dont s'est dotée la zone euro, avec ses « chiffres de contrôle » gravés dans le marbre des traités sur la monnaie unique[46]. Mais, à l'échelle mondiale, l'Allemagne n'a pas le poids des États-Unis, et surtout, l'ordolibéralisme étant la forme contemporaine du nationalisme allemand, il n'a pas, hors de la zone euro, la dimension impériale et universaliste de l'idéologie ultralibérale. Cette dernière se présente en revanche comme l'expression de lois économiques universelles, transcendant la diversité des cultures juridiques. Elle a pu ainsi succéder à l'eschatologie communiste et à son projet d'instauration dans les pays du monde entier d'un même ordre économique.

Comme le communisme, l'ultralibéralisme asservit la loi à un calcul d'utilité. La différence théorique entre ces deux utopies est que la planification de type soviétique tablait sur un calcul d'utilité sociale centralisé pour gouverner les comportements des agents économiques, tandis que la programmation ultralibérale table sur les calculs d'utilité individuels de ces agents pour aboutir à la plus grande utilité sociale. C'est l'effacement de toute hétéronomie qui caractérise la gouvernance ultralibérale. Cette substitution de la gouvernance au gouvernement, comme celle de la régulation à la réglementation, de l'éthique à la morale ou de la norme à la règle, signifie la suppression de l'écart entre l'être et le devoir être. Cet écart était encore présent dans la planification communiste, qui se présentait comme un *gouvernement* par les nombres. Les dirigeants soviétiques se considéraient comme les ingénieurs d'une société nouvelle, dont la construction dépendait de l'engagement de la classe ouvrière œuvrant sous leurs ordres. La construction du socialisme requérait une obéissance sans faille et un contrôle permanent par les dirigeants du Parti, comparable à la direction du travail dans une entreprise taylorienne. Ainsi conçue comme outil de construction du communisme, la planification soviétique se situait à mi-chemin entre le gouvernement par les lois et la gouvernance par les nombres. Les directives du Plan tiraient déjà leur légitimité d'un calcul et non de la souveraineté du droit, mais à la manière des lois et règlements, elles s'adressaient encore aux citoyens de l'extérieur. La gouvernance par les nombres va plus loin dans la destitution du règne de la loi. Comme la planification, elle substitue le calcul à la loi

comme fondement de la légitimité de la norme. Cette norme opère de l'intérieur, à la manière de la norme biologique ou du logiciel d'un ordinateur, par le simple jeu du calcul d'utilité individuelle. La notion de gouvernance désigne cette intériorisation de la norme et l'effacement de l'hétéronomie. À la différence du *gouvernement* qui opère en surplomb des gouvernés et subordonne la liberté individuelle au respect de certaines limites, la *gouvernance* part de cette liberté, qu'elle ne cherche pas à limiter mais à programmer.

Le renversement du règne de la loi et son asservissement à des calculs d'utilité individuelle n'a pas été le propre de la théorie économique. À la charnière du communisme et de l'ultralibéralisme, tout un pan de la critique sociologique et philosophique s'est employé depuis un demi-siècle à dénoncer le droit et l'État – et plus généralement toute forme d'hétéronomie – comme autant de ruses du pouvoir et d'atteintes à la souveraineté des individus. Cette dénonciation est l'un des traits caractéristiques de ce qu'on a appelé la pensée postmoderne. Elle se retrouve chez des auteurs dont les orientations, les disciplines ou les centres d'intérêts ont pu être par ailleurs très différents[47], mais dont le point commun est de vérifier cette observation de Cioran sur l'intelligentsia française de l'après-guerre : « Tous se réclament de la liberté et nul ne respecte la forme de gouvernement qui la défend et l'incarne[48]. » Voici par exemple comment Michel Foucault aborde la question du droit dans son cours au Collège de France, « Il faut défendre la société » :

> Le discours et la technique du droit ont eu essentiellement pour fonction de dissoudre à l'intérieur du pouvoir le fait de la domination, pour faire apparaître à la place de cette domination, que l'on voulait réduire ou masquer, deux choses : d'une part, les droits légitimes de la souveraineté et, d'autre part, l'obligation légale de l'obéissance […].
>
> Mon projet général était, au fond, d'inverser cette direction générale de l'analyse qui est celle du droit tout entier depuis le Moyen Âge. J'ai essayé de faire l'inverse, c'est-à-dire de laisser valoir comme un fait, aussi bien dans son secret que dans sa brutalité, la domination, et puis de montrer à partir de là, non seulement comment le droit est, d'une manière générale, l'instrument de cette domination – cela va de soi –, mais aussi comment, jusqu'où et sous quelle forme le droit (et quand je dis le droit, je ne pense pas seulement à la loi, mais à l'ensemble des appareils,

institutions, règlements, qui appliquent le droit) véhicule et met en œuvre des rapports qui ne sont pas des rapports de souveraineté mais des rapports de domination […].

Le système du droit et le champ judiciaire sont le véhicule permanent des rapports de domination, de techniques d'assujettissement polymorphes. Le droit, il faut le voir, je crois, non du côté d'une légitimité à fixer, mais du côté des procédures d'assujettissement qu'il met en œuvre[49].

Cette identification du droit à un mécanisme d'assujettissement des individus au pouvoir se retrouve chez Pierre Bourdieu, selon lequel les controverses juridiques ou la division entre juristes universitaires et praticiens ne doivent pas masquer le fait qu'ils sont tous « objectivement complices » d'une même entreprise de domination symbolique :

L'antagonisme entre les détenteurs d'espèces différentes de capital juridique, qui investissent des intérêts et des visions du monde très différentes dans leur travail spécifique d'interprétation, n'exclut pas la complémentarité des fonctions et sert en fait de base à une forme subtile de division du travail de domination symbolique dans laquelle les adversaires, objectivement complices, se servent mutuellement. Le canon juridique est comme le réservoir d'autorité garantissant, à la façon d'une banque centrale, l'autorité des actes juridiques singuliers[50].

L'assimilation du droit à un produit financier (un « capital juridique »), n'a pas attendu, on le voit, la théorie du *Law shopping* pour investir le champ de la sociologie. Il ne s'agit certes pas de réduire ici les œuvres considérables de ces auteurs à ce qu'ils ont écrit sur le droit. Ni d'oublier que cette orientation générale de leur pensée en ce domaine ne les a pas empêchés de se faire ponctuellement les défenseurs de l'État ou des droits individuels. Invoquant la « moralité critique », Michel Foucault a ainsi pu dénoncer la « critique inflationniste de l'État » par ceux qui mettent dans le même sac État totalitaire et État de bien-être et dire à « tous ceux qui participent à la grande phobie d'État » qu'ils vont « dans le sens du vent[51] ». Quant à Pierre Bourdieu, selon qui « l'État est une notion quasi métaphysique qu'il faut faire voler en éclats[52] », il s'est engagé à la fin de sa vie dans la défense de l'État social et des services publics, allant jusqu'à écrire que « les luttes des intellectuels […] doivent se porter en priorité contre le dépérissement de l'État[53] ». Toutefois, le respect dû à leur œuvre et à leur effort de pensée oblige aussi à souligner l'étonnant

appauvrissement de leur vision du droit par comparaison à la richesse et la subtilité de celle de leurs grands prédécesseurs, tels Durkheim, Mauss ou Gurvitch. Que le droit participe de la machine du pouvoir et soit un instrument de domination : qui le conteste ? On peut difficilement voir dans cette analyse un progrès des connaissances. En revanche, réduire le droit à cette fonction, c'est très certainement une régression dans sa connaissance et le signe d'une incompréhension du rôle nodal qu'il a joué dans la domestication du pouvoir. Le droit est certainement une technique de pouvoir, mais c'est une technique qui lie et limite le pouvoir, et c'est toute la difficulté de le bien penser.

Comme l'a montré de façon plus générale Louis Dumont, cette réduction de la théorie politique à une théorie du pouvoir est un fruit de l'idéologie économique moderne. « À partir du moment, écrit-il, où la hiérarchie est évacuée, la subordination doit être expliquée comme le résultat mécanique de l'interaction entre individus, et l'autorité se dégrade en "pouvoir" […]. On oublie que ceci se produit seulement sur une base idéologique définie, l'individualisme : la spéculation politique s'est enfermée sans le savoir entre les murs de l'idéologie moderne. Et cependant l'histoire récente nous a fourni une démonstration imposante de la vanité de cette conception avec la tentative désastreuse des nazis de ne fonder le pouvoir que sur lui-même[54]. » Car derrière la réduction du droit au pouvoir ou à la domination, c'est toute forme d'hétéronomie sociale qui est visée. Et il est significatif que les derniers écrits de Foucault soient consacrés au gouvernement de l'individu par lui-même, à ce qu'il appelle la « parfaite souveraineté de soi sur soi[55] », émancipée non seulement de tout code juridique, mais aussi de tout code moral.

Cette destitution de toute forme d'hétéronomie se retrouve chez Gilles Deleuze et Félix Guattari, qui à la même époque théorisaient dans *Mille plateaux* le nouvel idéal normatif en train de naître[56] : celui des réseaux et de l'ajustement mutuel, des identités flottantes et des frontières évanescentes. Aux systèmes centrés, incarnés par les États territoriaux, ils « opposent des systèmes acentrés, réseaux d'automates finis, où la communication se fait d'un voisin à un voisin quelconque, où les tiges ou canaux ne préexistent pas, où les individus sont tous interchangeables, se définissent seulement par un *état* à tel moment, de telle façon que les opérations locales se coordonnent et que le résultat final global se synchronise indépendamment d'une instance centrale[57] ». Internet

n’existant pas encore en 1980, l’utopie cybernétique s’appuie chez eux sur une métaphore botanique : celle du rhizome, dont ils font l’apologie en ces termes :

> À la différence des arbres ou de leurs racines, le rhizome connecte un point quelconque avec un autre point quelconque, et chacun de ses traits ne renvoie pas nécessairement à des traits de même nature, il met en jeu des régimes de signes très différents et même des états de non-signes. Le rhizome ne se laisse ramener ni à l’Un ni au multiple. Il n’est pas l’Un qui devient deux, ni même qui deviendrait directement trois, quatre ou cinq, etc. Il n’est pas un multiple qui dérive de l’Un, ni auquel l’Un s’ajouterait [n+1]. Il n’est pas fait d’unités, mais de dimensions, ou plutôt de directions mouvantes. Il n’a pas de commencement ni de fin, mais toujours un milieu, par lequel il pousse et déborde. Il constitue des multiplicités linéaires à n dimensions, sans sujet ni objet, étalables sur un plan de consistance, et dont l’Un est toujours soustrait [n-1][58].

> Un rhizome ne commence pas et n’aboutit pas, il est toujours au milieu, entre les choses, un inter-être, *intermezzo*. L’arbre est filiation, mais le rhizome est alliance, uniquement alliance. L’arbre impose le verbe “être”, mais le rhizome a pour tissu la conjonction “et… et… et…”. Il y a dans cette conjonction assez de force pour déraciner le verbe être[59].

Nous avons bien affaire ici à un monde plat (« étalé sur un plan »), mais non plus planifié à la soviétique : monde sans limites (ni commencement ni fin), sans instance centrale ni identités stables (qu’elles soient individuelles : l’Un, ou collectives : le multiple), où « le nombre devient sujet[60] », où les liens se tissent de façon binaire (« le rhizome est alliance : “et… et… et…” »), et dont la seule loi est celle du mouvement (« il pousse et déborde »). Ce modèle réticulaire est depuis longtemps celui des réseaux mafieux, mais Deleuze et Guattari pensaient y avoir trouvé la forme la plus radicale de subversion de l’ordre établi, ordre symbolisé à leurs yeux par la verticalité de l’arbre plongeant ses racines dans le sol. Cet ordre honni n’aurait selon eux rien à envier aux pires formes du nazisme. « On a trop vite fait », écrivent-ils de critiquer la réduction des hommes à des numéros déterritorialisés dans l’univers concentrationnaire, car « horreur pour horreur, l’organisation numérique des hommes n’est certes pas plus cruelle que celle des lignages ou des États[61] ». Ils croyaient ainsi prendre de

vitesse le capitalisme, alors qu'ils n'étaient que les fourriers de sa mutation ultralibérale[62]. Brandi par eux comme un emblème de la radicalité, le rhizome pourrait aujourd'hui servir de logo au capitalisme globalisé. Dans cet ordre sans limites territoriales, les réseaux économiques sont assez puissants pour déraciner le pouvoir des États, les identités étant réduites à des nombres sont interchangeables, et la contractualisation rend toute loi inutile, hors la loi du changement perpétuel.

Cette rage de déraciner avait déjà été diagnostiquée par Simone Weil, qui y voyait « la plus dangereuse maladie des sociétés humaines[63] », car elle étend progressivement à tous leurs membres la prolétarisation qui a d'abord été infligée aux ouvriers et aux peuples colonisés. Weil ne se berçait pas d'illusions sur les vertus révolutionnaires du déracinement, car elle avait compris, bien plus tôt et bien plus profondément que Deleuze et Guattari, qu'il participe de la dynamique du capitalisme. « L'argent, observe-t-elle, détruit les racines partout où il pénètre, en remplaçant tous les mobiles par le désir de gagner. Il l'emporte sans peine sur les autres mobiles parce qu'il demande un effort d'attention tellement moins grand. Rien n'est si clair et si simple qu'un chiffre[64]. » Il faut en effet être inscrit dans un milieu déterminé pour pouvoir métaboliser les apports venus de l'extérieur. L'un des effets du déracinement de masse est de bloquer cette capacité de métabolisation et de ne laisser de choix aux hommes qu'entre deux formes d'abrutissement : celle de la soumission à l'empire de la marchandise et celle des réidentifications fantasmées, qui nourrissent tous les fondamentalismes.

Avec le recul, il est plus facile de comprendre la signification de cette pensée postmoderne, que les universités américaines ont accueillie sous le nom de *French Theory*. Elle a fourni la charnière théorique qui a fait pivoter une partie de l'intelligentsia du communisme à l'ultralibéralisme. D'une impasse l'autre, ce tournant a été un moment fécond chez les plus grands auteurs. Le temps du dogmatisme revenu, leurs sectateurs ont renoué avec le clérico-stalinisme, si typique d'une certaine intelligentsia française. Ils défendent aujourd'hui le Marché total avec la même ferveur qu'ils témoignaient hier au « grand timonier » Mao Tsé-toung et avant-hier à Joseph Staline, le « génial petit père des peuples » et « grand mécanicien de la locomotive de l'Histoire[65] ». Il serait en tout cas excessif d'attribuer à la *French Theory* le mérite ou le blâme d'avoir fourni à l'ultralibéralisme ses bases théoriques. Quelques années plus tôt, les économistes et les

juristes de l’École de Chicago avaient déjà œuvré en ce sens, avec une efficacité sur la fabrique du droit à l’échelle mondiale infiniment plus grande.

7

Calculer l'incalculable : la doctrine *Law and Economics*

« Si les enjeux sont assez élevés, la torture est admissible[1]. »
Richard A. Posner

Considérant les lois comme des produits législatifs en compétition sur un marché mondial des normes, l'ultralibéralisme les prive de leur fonction isonomique de Référence commune qui s'impose absolument à tous. Il se trouve dès lors confronté à une question qui s'était déjà posée dans les régimes communistes, une fois qu'ils eurent rompu avec ce que la terminologie marxiste nommait le « fétichisme de la forme juridique[2] » : une fois le droit converti en instrument au service du calcul, qu'est-ce qui désormais va tenir lieu de Référence commune pour harmoniser l'action des hommes, définir la place de chacun et juger de leurs actes ? La planification soviétique répondait à cette question en enrôlant toute la société dans la réalisation d'objectifs chiffrés, relayés par des directives administratives elles-mêmes complétées par des « contrats planifiés ». C'est par référence aux « chiffres de contrôle » définis au niveau central et déclinés jusqu'au niveau individuel qu'il était possible d'assigner à chacun une tâche et de juger la manière dont il s'en acquittait. Autrement dit, la planification soviétique a représenté une première tentative d'instaurer ce que René Guénon a appelé le « règne de la quantité[3] ».

Une telle question ne se posait pas au libéralisme classique, qui continuait à soumettre l'ordre contractuel au règne du Droit. En revanche, l'ultralibéralisme ne peut y échapper, dès lors qu'il entend faire advenir une « société régie par l'économie ». Les calculs d'intérêts individuels ne peuvent plus dès lors être référés à la valeur incalculable d'un impératif catégorique posé par le droit. Ils ne peuvent pas davantage être rapportés à des « chiffres de contrôle » émanant d'autorités supérieures. D'où la tentative de les boucler de façon autoréférentielle, par des calculs d'utilité

dont on va faire dépendre l'application de la loi. La doctrine *Law and Economics* s'est efforcée de donner une base théorique à ces montages autoréférentiels[4]. Cette doctrine a acquis depuis une trentaine d'années la valeur d'un paradigme dans le monde juridique occidental et son emprise s'étend aussi bien sur le monde de la recherche que sur la jurisprudence et la législation.

Avant d'en faire l'analyse juridique, une observation liminaire importante s'impose : ce que l'étude de l'économie peut apporter à la compréhension du droit ne se résume heureusement pas à cette doctrine[5]. On pourrait même dire que ce courant de la pensée économique est celui qui contribue le moins à éclairer la pensée juridique, car il ne vise pas à comprendre le Droit dans sa profondeur anthropologique, historique et culturelle, mais à en faire un instrument de mise en œuvre du calcul économique. Il ne faut donc pas confondre cette doctrine avec la tradition de l'économie politique, qui s'est donnée au contraire pour tâche première de décrire et de comprendre les cadres institutionnels de la vie économique et non de soumettre ces cadres à un modèle de rationalité par le calcul. Déjà présente dans l'œuvre de Thorstein Veblen[6], cette approche a été développée aux États-Unis par ce qu'on a appelé l'économie institutionnaliste. Très vivace avant la Seconde Guerre mondiale[7], ce courant continue d'y avoir une certaine place, quoique très minoritaire[8]. Elle a donné le jour à une école dite néo-institutionnaliste, dont le représentant le plus connu est Olivier E. Williamson[9]. Contrairement à la pensée marginaliste ou utilitariste aujourd'hui dominante, la théorie institutionnaliste ne postule pas l'harmonie des intérêts privés, mais vise à éclairer les cadres et les ressorts de l'action collective. En France, cette approche a surtout été développée – le fait mérite d'être noté – par des auteurs venus du monde des ingénieurs, soucieux d'ancrer l'économie dans la réalité des processus productifs. Elle a donné le jour, d'une part, à l'école de la régulation[10], qui insiste sur les cadres institutionnels macroéconomiques et, d'autre part, à l'économie des conventions[11], qui s'est davantage intéressée aux modes de coordination mis en œuvre en situation d'incertitude par des agents dont on admet la rationalité limitée. Plus généralement, de nombreux économistes se montrent attentifs aux déterminations non économiques de la création et de la répartition des richesses[12]. Au-delà de leurs divergences, ces auteurs s'accordent à considérer : d'une part, que l'économie n'a pas d'existence indépendante

des sociétés ou des institutions dont elle participe ; d'autre part, que sa compréhension doit partir de l'étude des comportements réels des agents économiques et se centrer sur le droit tel qu'il est. Des travaux de ce type sont indispensables à l'intelligence du droit, car ils participent d'une mise en contexte des textes, qui conditionne la fécondité de l'analyse juridique.

Tout à fait différente est donc la doctrine *Law and Economics* qui a pris son essor à partir de la fin des années 1940 au sein de la Law School de l'Université de Chicago, sous l'égide de Henry Simons et de Friedrich Hayek. Développée en lien étroit avec les économistes de cette même université, dont Milton Friedman, son but idéologique avoué était de combattre le keynésianisme et l'interventionnisme étatique et d'étudier les cadres juridiques et institutionnels les plus adaptés à un univers concurrentiel. Les analyses économiques conduites à partir de l'université de Chicago ont ainsi été conçues d'entrée de jeu comme la base théorique d'un programme politique à l'échelle du monde. Ce programme a été élaboré notamment au sein de la société du Mont-Pèlerin, fondée par Hayek en 1947 grâce à un financement du patronat suisse. Considérée comme le premier *think tank* libéral international, cette société réunit aujourd'hui encore économistes, hommes politiques et dirigeants d'entreprises de premier plan. Voici comme elle se présente sur Internet :

> [Ses membres] voient le danger de l'expansion du gouvernement, notamment de l'État social, du pouvoir des syndicats et des monopoles, ainsi que de la menace persistante et de la réalité de l'inflation. Sans s'accorder sur tout, [ils] voient dans la Société un effort d'interprétation en termes modernes des principes fondamentaux d'une société régie par l'économie, tels qu'exprimés par les auteurs classiques dont les travaux en économie, science politique ou philosophie ont été une source d'inspiration en Europe, en Amérique et dans l'ensemble du Monde occidental[13].

Il faut souligner le lien étroit ainsi établi entre, d'une part, un engagement politique ultralibéral et, d'autre part, la croyance dans la scientificité de l'analyse économique. Pour asseoir cette croyance dans l'opinion et dans les milieux scientifiques, ces économistes ont obtenu la création en 1969 du prix dit Nobel d'économie, qui compte parmi ses lauréats de nombreux membres de la société du Mont-Pèlerin, tels Milton Friedman, Ronald Coase et Gary Becker. Le petit-fils d'Alfred Nobel a dénoncé en 2001 cette contrefaçon, estimant que « la Banque royale de

Suède avait déposé son œuf dans le nid d'un autre oiseau » afin de légitimer les thèses défendues par les économistes de l'École de Chicago[14]. L'analyse juridique de la doctrine *Law and Economics* éclaire cette fonction dogmatique, qui ne diffère structurellement en rien de celle du socialisme scientifique : il s'agit dans les deux cas de faire du droit un instrument de réalisation de lois scientifiques sous-jacentes, qui occupent la place d'une *Grundnorm*, norme fondatrice à l'échelle de l'humanité. Il n'y a pas plus de raison de douter de la sincérité de ceux qui ont entrepris de défendre contre l'État social « les principes fondamentaux d'une société régie par l'économie » que de suspecter celle des premiers théoriciens du communisme. C'est parce qu'ils croyaient sincèrement que l'économie était une science à l'égal des sciences de la nature, que les pères fondateurs de cette doctrine ont voulu y conformer le droit et les institutions. Une fois le dogme installé, il en va évidemment autrement des générations suivantes. Comme dans la « ferme des animaux » d'Orwell[15], on trouve certes aujourd'hui en régime ultralibéral, comme hier en régime communiste, de nombreux « idiots utiles » qui continuent d'y croire, mais c'est l'intérêt qui cimente la classe dirigeante, et non plus la foi. L'utopie communiste avait accouché d'une Nomenklatura brutale et sans scrupules, l'ultralibéralisme a installé au pouvoir une ploutocratie non moins cynique, cupide et corrompue[16]. D'où la facilité avec laquelle les classes dirigeantes – notamment dans les pays post-communistes – sont passées sans heurt d'une catégorie à l'autre. Un autre trait commun de la planification soviétique et de la programmation ultralibérale est de considérer que l'organisation de l'économie relevant de calculs rationnels, elle doit être soustraite aux aléas de la démocratie électorale. Cette nécessaire restriction de la démocratie a été réaffirmée récemment par le président sortant de la Commission européenne, M. Barroso (lui-même ancien militant maoïste radical). Réagissant à la défaite électorale de M. Mario Monti, l'un de ses anciens collègues de la Commission, aux élections législatives italiennes, il s'est ainsi interrogé à haute voix : « La question que nous devons nous poser est la suivante : devrions-nous définir notre politique économique sur la base de considérations électorales à court terme ou par ce qui est nécessaire pour diriger l'Europe sur la voie d'une croissance durable ? Pour moi, la réponse est claire. Nous devrions être sérieux et ne pas céder à des considérations politiques ou partisanes immédiates[17]. » L'alliance du capitalisme et de la démocratie avait été cimentée par l'État social et la concurrence du communisme. Mais la démocratie n'est nullement

nécessaire au capitalisme. Il s'est toujours accommodé des dictatures, tant qu'elles respectent l'économie de marché. La doctrine ultralibérale désigne clairement la démocratie comme une source de perturbations de l'ordre spontané du marché[18]. C'est du reste la dictature du général Pinochet qui a permis aux théoriciens de l'École de Chicago de faire du Chili leur premier terrain d'expérimentation[19].

À la différence des premières analyses économiques du droit, la doctrine *Law and Economics* ne se limite pas aux règles qui régissent l'industrie et le commerce, mais prétend rendre compte de l'ordre juridique tout entier. Cette extension correspond à celle qui a porté plus généralement la science économique à se définir non plus par son objet – la production et la répartition des richesses –, mais par sa méthode, laquelle permettrait de dévoiler les ressorts profonds des comportements humains dans tous les domaines de leur existence et d'espérer trouver enfin un système de règles qui rende compte de ces comportements. Ce déplacement a été notamment théorisé par Gary Becker, dans un ouvrage au titre explicite : « L'approche économique du comportement humain[20] ». Ce livre, qui lui valut le prétendu prix Nobel d'économie en 1992, se termine par un appel au rapprochement de l'économie et de la biologie. Appel largement entendu depuis, avec l'essor de la neuro-économie, avatar contemporain des tentatives récurrentes depuis Galton de chercher dans la biologie les lois dernières du comportement humain[21]. L'économie s'est donc définie comme une science totale, capable d'analyser en termes de marché tous les aspects de la vie humaine, qu'il s'agisse de la vie familiale (marché matrimonial), politique (marché électoral), intellectuelle (marché des idées[22]), ou religieuse (marché des religions[23]).

La doctrine *Law and Economics* est un compartiment de ce vaste programme. Dans son versant descriptif, elle met l'accent sur certaines pratiques juridiques souvent fort anciennes, dont certaines relèvent du plus élémentaire bon sens. La technique du bilan coûts-avantages, par exemple, a été développée dès le XIXe siècle par les grands corps techniques de l'État, aussi bien en France qu'aux États-Unis[24]. La prise en considération de l'incitation à la diligence ou de la dissuasion de la négligence que peut exercer la décision judicaire remonte au moins au jugement de Salomon. Le propre de la doctrine *Law and Economics* consiste à tirer de l'observation de ces pratiques des normes de portée générale, auxquelles elle entend soumettre l'ensemble des systèmes juridiques. Cette ambition

normative est tout à fait explicite chez les tenants de cette doctrine, dont l'influence, d'abord relayée par les organisations économiques internationales, a été et demeure considérable à tous les échelons de l'élaboration du droit. On y retrouve intacte la foi dans l'harmonie par le calcul et dans la possibilité de réaliser le rêve platonicien d'une Cité régie non par des lois humaines, nécessairement arbitraires et imparfaites, mais par une science royale capable d'indexer le gouvernement des hommes sur la connaissance des nombres.

D'abord développée aux États-Unis – notamment par Richard Posner, dans un livre pionnier dont la première édition date de 1972[25] –, elle a donné lieu à une littérature si abondante qu'elle décourage l'inventaire[26]. Introduite en France par l'ouvrage de deux juristes canadiens, Ejan Mackaay et Stéphane Rousseau[27], elle y connaît aujourd'hui un développement remarquable[28]. Au-delà de leur diversité, les auteurs qui s'inscrivent dans ce courant de pensée s'accordent sur un certain nombre de théories et de principes qui tous concourent à justifier un ordre normatif entièrement régi par le calcul.

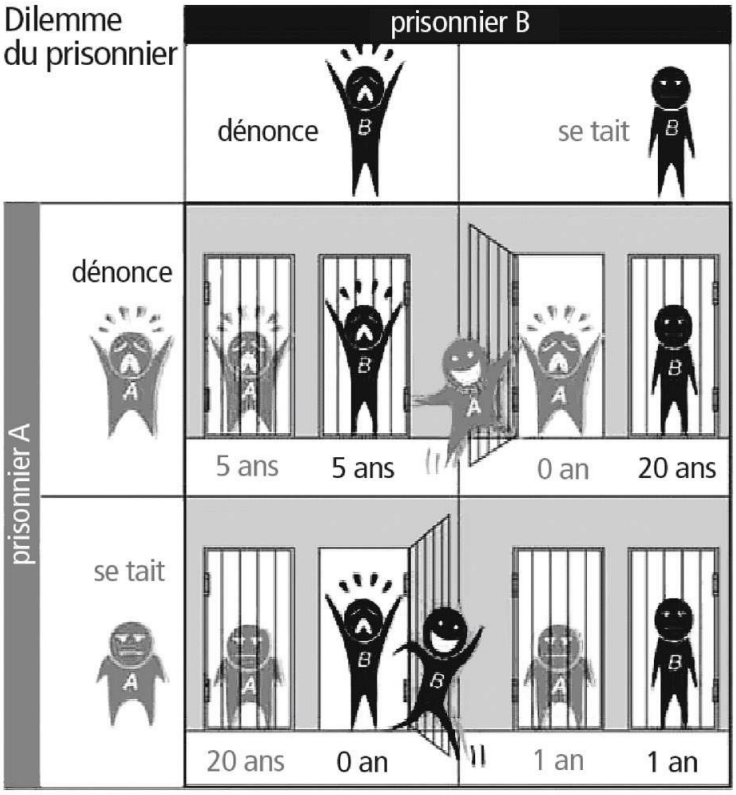
La théorie des jeux

L'idée de remplacer le jugement par le calcul a une longue histoire, dont nous avons retracé les grandes étapes depuis le pari de Pascal et l'essor du calcul des probabilités[29]. Elle a connu une fortune singulière au tournant des XVIIIe-XIXe siècles, avant de décliner au XIXe siècle sous le coup des critiques positivistes, dénonçant, selon le mot de Comte, le sophisme consistant à « donner notre propre ignorance réelle pour la mesure naturelle du degré de vraisemblance de nos diverses opinions[30] ». Condorcet ou Laplace ne l'appliquaient pourtant qu'à des situations s'apparentant à un jeu de hasard, où toute considération éthique pouvait être oubliée au profit d'une évaluation par chaque joueur de ses chances de gains et de ses risques de pertes. Autrement dit, ces auteurs ne considéraient pas la société et l'économie toute entière comme une vaste salle de jeux ou un casino. Ce cantonnement de la légitimité du calcul de probabilités a sauté lorsque la science économique a cru trouver dans la théorie des jeux un paradigme applicable à toute espèce de situation d'incertitude[31].

Cette théorie, tous les étudiants en première année d'économie la

connaissent, ainsi que l'une de ses applications, la plus célèbre, connue sous le nom de *dilemme du prisonnier*. Inventé par Tucker en 1950, ce dilemme met en scène deux prévenus d'un même fait délictueux, invités séparément par la police à dénoncer l'autre, moyennant la promesse d'un acquittement du dénonciateur (peine = 0) et d'une lourde peine (= 20 ans de réclusion) pour le dénoncé. Si les deux refusent de collaborer, chacun ne pourra être condamné qu'à une peine légère (= 1 an). Si les deux se dénoncent mutuellement, ils seront chacun condamnés à une peine moyenne (= 5 ans). Cette situation s'apparente à un « jeu » en ce que chacun des prisonniers doit résoudre un problème d'optimisation, dont la solution dépendra de celle que son adversaire adoptera de son côté. Le calcul conduira chacun à dénoncer l'autre, alors que la situation optimale aurait été pour les deux de refuser de collaborer. Serait ainsi démontré, en termes d'utilité collective, le fait que des stratégies coopératives, fondées sur un contrat, sont plus efficaces que des stratégies non coopératives d'agents opérant sous l'égide d'une loi commune.

Dilemme du prisonner



Il faut souligner l'élimination dans ce raisonnement de toute considération de type kantien, attachant à la justice, au devoir ou à l'honneur une valeur incommensurable. La théorie des jeux ne concède

aucune place à Jean Moulin, ni à tous ceux qui, pour le meilleur ou pour le pire, placent certaines valeurs au-dessus de leur propre vie. Le propre de l'économie marginaliste ou utilitariste dont procède cette théorie, est de compter ces valeurs pour zéro. Il faut également souligner la réduction de l'idée de jeu à un calcul d'enjeux. Nous avons affaire à une représentation incroyablement pauvre au regard de l'épaisseur anthropologique du « jouer[32] ». Du point de vue juridique, l'extension de la théorie des jeux à toute situation d'incertitude dessine un univers entièrement contractuel, où les individus sont mus par les « deux manipules » chères aux légistes chinois, que sont la peur et la cupidité[33].

Face au constat des effets négatifs des jeux non coopératifs pour ce qui est de la sommation des utilités individuelles, il conviendrait donc de généraliser le recours au contrat, seul à même de permettre l'optimisation de ces utilités. Si les deux prisonniers s'étaient liés par un contrat de non-dénonciation réciproque, la solution eût été optimale pour chacun d'eux. Au-delà de cette justification de l'*omerta*, la théorie des jeux donne une base théorique à la contractualisation de la société. Plutôt que de recourir à la loi, qui engage chaque individu dans un calcul non coopératif, mieux vaudrait généraliser le contrat, qui permet aux individus d'optimiser au cas par cas leurs utilités respectives et donc d'optimiser l'utilité sociale.

La théorie de l'agence

L'un des prolongements de la théorie des jeux qui intéresse directement le droit est ce qu'on appelle en français la *théorie de l'agence* (*Agency theory*). Cette théorie a pour objet les situations dans lesquelles l'optimum censé résulter spontanément d'un lien contractuel est compromis par une dissymétrie d'informations entre les contractants. C'est le cas notamment chaque fois que le contrat crée une « relation d'agence », c'est-à-dire un « contrat par lequel une personne (le principal) engage une autre personne (l'agent) pour exécuter en son nom une tâche quelconque qui implique une délégation d'un certain pouvoir de décision à l'agent[34] ». La relation d'agence est une notion compréhensive qui s'applique aussi bien au contrat de travail qu'à la relation entre actionnaires et dirigeants d'entreprise ou à la relation de mandat. Chaque partie à la relation d'agence est bien sûr censée n'être animée que par la poursuite égoïste de son intérêt. Or, le propre d'une telle relation est que l'agent dispose dans la

réalisation de sa tâche d'une marge de liberté dont il risque de se servir à son avantage exclusif et au détriment des intérêts du principal. La théorie de l'agence entend démontrer que de tels problèmes peuvent être résolus eux aussi par la contractualisation, en intéressant financièrement l'agent aux résultats les plus profitables au principal[35]. La théorie de l'agence a notamment servi de base doctrinale à l'essor des *stock-options* des cadres dirigeants d'entreprise et à l'individualisation des salaires. Comme il arrive bien souvent avec l'analyse économique du droit, on pourrait être tenté de n'y voir qu'une formalisation un peu naïve de choses très connues depuis longtemps. Elle met en effet en lumière des solutions inventées bien avant elle par la pratique. Mais on méconnaîtrait alors son apport propre, qui consiste à abstraire ces solutions, à les détacher de leur contexte pour leur conférer une force normative générale. Pour le dire autrement, l'apport théorique de la théorie de l'agence est aussi faible que son impact normatif est considérable.

C'est ainsi, par exemple, que la théorie de l'agence a servi de base à la doctrine de la *corporate governance*, c'est-à-dire à la généralisation en droit commercial d'une certaine conception de l'entreprise, réduisant cette dernière à un objet de propriété des actionnaires[36]. Cette conception n'a aucune base juridique sérieuse puisque les actionnaires ne sont jamais propriétaires que de leurs actions[37]. Elle a cependant servi à combattre l'idée que l'entreprise serait un sujet économique, dont la liberté d'action devrait être préservée aussi bien vis-à-vis des actionnaires que des salariés, moyennant le droit reconnu aux uns et aux autres de surveiller ensemble la façon dont les dirigeants s'acquittent de cette tâche. La mise en œuvre de la théorie de l'agence a eu pour effet de plonger les entreprises dans le temps instantané des marchés financiers et de ruiner ainsi leur capacité d'entreprendre, laquelle exige de pouvoir se projeter dans le temps long d'une action collective[38].

L'application de la théorie de l'agence au contrat de travail a des effets aussi délétères, puisqu'elle renverse la perspective sur laquelle est fondé le droit du travail. Sa fonction ne sera plus de protéger les salariés du pouvoir de l'employeur, mais tout au contraire de protéger l'employeur du pouvoir des salariés. C'est sur cette base qu'a été déployé depuis trente ans un ensemble de dispositifs conventionnels visant à casser l'autonomie individuelle et collective des salariés. Cela a concerné à la fois le haut et le bas de l'échelle salariale, sous des formes évidemment différentes. Pour

détourner les dirigeants salariés de la poursuite d'un intérêt à long terme de l'entreprise potentiellement contraire aux objectifs de rentabilité à court terme, leurs modes de rémunération ont été indexés sur les profits des actionnaires par des dispositifs tels que les *stock-options*. Pour s'assurer de la docilité des autres salariés, on a au contraire réduit les sécurités légales et conventionnelles dont ils jouissaient dans le modèle dit fordiste. Les contrats atypiques et précaires, l'externalisation de l'emploi, l'individualisation des rémunérations, les accords emploi-compétitivité sont autant d'exemples de ce renversement fonctionnel qui aboutit à déplacer le risque économique de l'employeur vers les salariés.

Le « théorème de Coase » et la théorie des *property rights*

L'économiste américain Ronald Coase est l'auteur d'un important ouvrage sur la théorie économique de l'entreprise, publié en 1937 sous le titre *The Nature of the Firm*. Dans ce livre, Coase montrait de façon convaincante que le choix de réaliser une opération économique dans le cadre intégré d'une entreprise ou en faisant appel au marché, dépendait notamment de l'importance des coûts de transaction inhérents à ce recours au marché (recherche de partenaires, mise en concurrence, négociation, etc.). Dans le prolongement de cette démarche, il publia en 1960 un article intitulé « The problem of social cost », qui est souvent considéré comme l'article séminal de la nouvelle analyse économique du droit[39]. Cet article porte sur les dispositifs juridiques à mettre en œuvre face à ce qu'on appelle les « externalités négatives » de l'entreprise, c'est-à-dire les nuisances qu'elle cause à son environnement. Coase prétend démontrer que lorsque les coûts de transaction sont nuls, il est toujours plus efficient de traiter ce problème d'externalités en ayant recours à des arrangements privés plutôt qu'à la loi ou au règlement. Pour cela, il pose ce problème en termes de droits concurrents plutôt qu'en termes de responsabilité délictuelle :

> L'incapacité à développer une théorie adéquate pour traiter du problème des nuisances découle d'une conception défectueuse de ce qu'est un facteur de production. Ce dernier est généralement conçu comme une entité physique qu'un homme d'affaires achète et utilise (un hectare de terre, une tonne d'engrais) et non pas comme un droit de réaliser certaines activités (physiques) […].

> Si les facteurs de production sont conçus comme des droits, il devient plus aisé de comprendre que le droit de faire quelque chose qui provoque des nuisances (tels la création de fumée, de bruits, d'odeurs, etc.) est aussi un facteur de production. De même que nous avons le droit d'user d'une parcelle de terre en sorte d'empêcher quelqu'un d'autre de la traverser, d'y garer sa voiture ou d'y construire sa maison, de même nous avons le droit d'en user en le privant d'une vue, du calme ou d'un air pur. Le coût de l'exercice du droit (d'user du facteur de production) est toujours la perte causée ailleurs par l'exercice de ce droit – l'empêchement de traverser la parcelle, de garer une voiture, de construire une maison, de jouir d'une vue, d'avoir la paix et la tranquillité ou de respirer un air pur.
>
> Ceci est clairement désirable si les seules activités accomplies sont celles dont les gains sont supérieurs aux pertes[40].

Si, par exemple, une entreprise pollue une rivière, la question juridique à se poser ne serait pas celle de la réglementation de son activité, mais celle de la concurrence de son droit à produire et du droit des tiers à pêcher des poissons. Dès lors, la meilleure manière de régler le problème est de recourir à un arrangement privé entre le pollueur et les pêcheurs. À supposer que le gain de son activité polluante soit de 1 000 pour l'entreprise et que la perte subie par les pêcheurs soit de 200, cet arrangement prendra la forme de la vente par ces derniers d'un droit à polluer, moyennant un prix compris entre ces deux montants. Si les parties concernées ne s'accordent pas, c'est le juge qui est le mieux à même de réaliser ce calcul « coût-avantage » et d'opérer sur cette base une redistribution des droits de chacun. L'ajustement des calculs d'utilité privée doit ainsi aboutir à une maximisation de l'utilité publique, indépendamment de la répartition des droits entre les intéressés, cette dernière s'avérant indifférente. Selon Coase, « il est nécessaire de savoir si l'entreprise qui cause des dommages en est responsable, puisqu'à défaut d'une telle délimitation initiale des droits, il ne peut y avoir de transaction marchande les transférant ou les recombinant. Mais le résultat final (qui maximise la valeur de la production) est indépendant de la situation juridique si l'on suppose que le système de prix fonctionne sans coût[41] ».

Cette idée a été ensuite développée par Richard Posner, que tout le monde s'accorde à considérer comme le père de la doctrine *Law & Economics*. Professeur à la School of Law de Chicago, Posner a aussi

occupé une position élevée dans le système judiciaire américain : il fut juge à la cour d'appel du septième *circuit*[42]. Selon lui, la mission des juges n'est pas de se prononcer sur la juste répartition des biens, mais d'allouer les droits à leur usage le plus productif. Ou plus exactement, la justice se confond pour lui avec l'efficience économique. Dans cette perspective, ainsi que le note Thierry Kirat, « le traitement juridictionnel opère comme une machine à allouer des coûts et des gains monétaires et à produire des calculs coûts-avantages[43] ». On retrouve sans surprise cette conception de l'office du juge chez les importateurs français de sa doctrine. Comme, par exemple, dans cette présentation du Laboratoire d'Économie du droit de l'université de Paris 2, où l'idée de « juste » est maniée avec des pincettes en forme de guillemets, tandis que le juge est appréhendé comme « producteur de règles » et la loi comme un produit :

> Les travaux développés au sein du Laboratoire d'Économie du droit de Paris 2 visent non seulement à fournir de nouvelles idées dans le raisonnement juridique, mais aussi des études d'impact fondées sur les techniques économiques. Les producteurs de règles doivent être informés des conséquences économiques de leurs décisions. On estime souvent que le rôle des tribunaux consiste seulement à identifier des solutions « justes » dans des cas qui n'auraient aucun impact sur des individus autres que les parties impliquées dans le litige ; en réalité, les jugements produisent des effets pour une catégorie entière de cas semblables[44].

Plutôt que de s'arrêter à la terrible trivialité de cette dernière phrase, qui semble découvrir l'existence de la juris-prudence, il faut souligner la réduction de cette nécessaire prudence du juge aux « études d'impact fondées sur la technique économique ». Cette approche généralise en réalité un mode de raisonnement utilisé depuis longtemps par la jurisprudence américaine en matière de responsabilité civile. Il avait été notamment formalisé en 1947 par le juge Learned Hand dans l'affaire *United States c/Caroll Towing Co.*[45]. Le juge Hand avait à décider si le propriétaire d'une barge laissée sans surveillance était responsable des dommages causés par cette barge, qui avait heurté un autre navire après que ses amarres eurent lâché. Il fonda sa décision sur un calcul impliquant trois paramètres : la probabilité *P* de survenance du dommage ; le montant *L* (pour *loss*) prévisible de ce dommage ; et le coût *B* (pour *burden*) de prévention du dommage. Si ce coût *B* était inférieur au montant du dommage probable *PL*, alors celui qui aurait pu prévenir sa réalisation

avait fait preuve de négligence (*N*) et devait être condamné à indemniser la victime du dommage survenu. D'où la formule suivante connue sous le nom de *Hand formula* :

$$B \prec PL \supset N$$

Le théorème de Coase généralise cette extension des droits individuels et ce retrait corrélatif de l'interdit légal, censés maximiser la richesse globale. Il dessine un univers juridique sans impératif catégorique, peuplé de particules contractantes armées de droits leur permettant de maximiser leurs utilités respectives. Le juge lui-même n'apparaît plus dans cet univers comme le gardien des lois, mais comme un comptable, appelé à maximiser au cas par cas la somme de ces utilités individuelles, somme qui est identifiée sans reste à l'utilité sociale. Ainsi conçu, le juge n'est plus une figure hétéronome, l'expression d'une autorité située en surplomb des intérêts particuliers des parties au litige, de niveau n+1, mais le maximisateur social des calculs d'utilité auxquels ont procédé les parties[46]. Procédant à un bilan coûts-avantages, il ajuste ces calculs plutôt qu'il ne juge par application de la loi. D'où la vogue des modes alternatifs de résolution des litiges et la généralisation des clauses compromissoires, c'est-à-dire d'arbitrage, en matière commerciale. Dans un univers juridique où le Droit se dissout en une poussière de droits individuels, les litiges relèvent d'un arbitre plutôt que d'un juge, arbitre lui-même animé par la recherche de la maximisation de ses gains sur le marché de l'arbitrage[47]. L'extension de ce marché aux conventions d'investissement entre les entreprises transnationales et les États conduit à un total asservissement de ces derniers à la logique du calcul économique. L'insertion dans les contrats d'investissement de clauses d'arbitrage, dites *investor-state dispute settlement* (ISDS), permet en effet aux entreprises de contester devant des arbitres privés l'introduction de lois sociales, environnementales ou fiscales de nature à réduire la profitabilité de leur investissement[48]. L'inscription de telles clauses dans les traités d'investissement que l'Union européenne négocie avec le Canada et les États-Unis sonnerait le glas de la souveraineté des États dans ces domaines et achèverait d'asservir la loi aux impératifs du calcul économique. D'où la mobilisation qu'elles suscitent et le secret et la hâte dans laquelle ces

négociations sont conduites.

La substitution de droits individuels aux règles d'ordre public se présente dans la doctrine *Law and Economics* sous le nom de théorie des *property rights*[49]. Prolongeant les idées de Coase, cette théorie considère que l'empire du marché ne se limite pas aux biens et services qui s'y échangent, mais qu'il s'étend aux droits relatifs à l'usage de ces biens. Dès lors le marché permet de conditionner les comportements des individus par le jeu des pertes et des gains qui résultent de l'usage qu'ils font de ces droits. Le concept de *property right* ne se limite donc pas à ce que nous appelons droit de propriété (en anglais, l'*ownership*), mais désigne l'ensemble des prérogatives, le « *bundle of rights* », attaché à la détention d'un bien. Par exemple, le droit de disposer du savoir-faire et de l'expérience du personnel d'une entreprise dont on prend le contrôle n'est pas un droit de propriété au sens strict, mais il participe de ce « paquet de droits » attachés aux choses et transférables avec elles. C'est en réalité la frontière entre droit et produit qui tend alors à s'effacer : d'un côté, la règle de droit est envisagée comme un « produit » et le juge ou le législateur comme des « producteurs de règles ». De l'autre, tout produit est symétriquement pensé comme support d'un « paquet de droits ». Dès lors, non seulement tout est pensé en termes de droits individuels, mais ces droits obéissent tous au modèle du droit de propriété, c'est-à-dire qu'ils sont exclusifs et transférables.

Le sujet de droit de la doctrine *Law and Economics* est une monade régie par le seul souci de soi, qui ne connaît d'autres lois que celles auxquelles elle consent dans ses rapports contractuels avec les autres monades. Une telle représentation participe pleinement de l'imaginaire cybernétique qui associe dans une même représentation du monde le rhizome, les réseaux neuronaux ou les réseaux informatiques. L'ordre juridique est conçu lui aussi comme un ordre réticulaire, sans verticalité et sans frontières définies. Un tel ordre tire sa solidité et sa consistance de la recherche par chacun de ses membres de sa propre extension. Les liens de droit y sont autant de fibres contractuelles reliant entre eux des sujets de droit qui sont idéalement des êtres indifférenciés – sans sexe, sans âge, sans lignage et sans intériorité, tous programmés pour maximiser leur intérêt individuel. Dans un tel ordre, il n'y a plus de place pour les principes incalculables car inestimables, sur lesquels reposait le règne de la loi. Toutes les valeurs défendues par ces principes sont converties en valeurs quantifiables. C'était déjà le cas de la protection de

l'environnement dans l'exemple pris par Coase de la mise en balance du droit à respirer un air pur et d'un « droit à polluer ». C'est aussi le cas de la valeur de la parole donnée et de la dignité humaine.

S'agissant de la valeur de la parole donnée, elle pourra être mesurée à l'aune d'un bilan coûts-avantages. C'est ce que préconise la théorie dite de l'*efficient breach of contract*, selon laquelle le calcul d'utilité doit conduire à autoriser un contractant à ne pas tenir sa parole, lorsqu'il s'avère pour lui plus avantageux d'indemniser son co-contractant plutôt que d'exécuter le contrat. Cette théorie de l'inexécution efficace du contrat a d'abord été développée par Richard Posner[50], qui en attribue, sans doute abusivement, la paternité au juge O. W. Holmes, selon lequel « la seule conséquence universelle d'un engagement juridique est d'obliger le promettant à payer des dommages [et] intérêts en cas de non-réalisation de sa promesse. En toute hypothèse, cela le laisse libre de toute contrainte jusqu'à la date de la réalisation de celle-ci, et donc libre de rompre le contrat s'il le décide[51] ». Le critère de jugement du comportement du contractant ne devrait donc pas être recherché dans l'obligation de tenir parole, mais dans le calcul de la plus grande utilité sociale. À la valeur dogmatique – et donc inestimable – de la parole donnée est ainsi substituée une valeur monétaire. En remplaçant ainsi la règle *Pacta sunt servanda* par celle de la maximisation des utilités des parties, on parviendrait à nettoyer l'ordre contractuel de toute trace d'hétéronomie et à la boucler sur l'univers du calcul. Reprise par de nombreux auteurs, cette théorie est aujourd'hui largement appliquée en droit américain et est défendue en France par quelques auteurs[52].

Quant à l'égale dignité des êtres humains, elle se présente comme l'incalculable par excellence. On connaît la célèbre définition qu'a donnée Kant de la dignité : « Dans le règne des fins tout à un PRIX ou une DIGNITÉ. Ce qui a un prix peut être aussi bien remplacé par quelque chose d'autre, à titre d'équivalent ; au contraire, ce qui est supérieur à tout prix, ce qui par suite n'admet pas d'équivalent, c'est ce qui a une dignité[53]. » La dignité étant « supérieure à tout prix » échappe par définition au calcul économique. À ce premier inconvénient, elle en ajoute un second : en tant qu'impératif catégorique, elle constitue un devoir, et pas seulement un droit individuel. Elle loge l'hétéronomie au cœur de la subjectivité et est la traduction juridique du fait – relevé par Castoriadis – que « l'institution de l'individu social est imposition à la psyché d'une organisation qui lui est

essentiellement hétérogène[54] ». Mais cette hétéronomie est incompatible avec la « parfaite souveraineté de soi sur soi » à laquelle aspire le sujet postmoderne[55].

Face à cette double difficulté, il y a deux solutions : soit abolir le principe de dignité, soit le convertir en quelque chose de quantifiable afin de pouvoir le soumettre à un bilan coûts-avantages. On ne sera pas surpris que la première voie ait été empruntée par les juristes postmodernes et la seconde par les tenants de la doctrine *Law and Economics*. Les premiers n'ont pas de mots assez durs pour dénoncer le principe de dignité comme « anti-moderne », car hostile « au subjectivisme de la modernité des droits de l'homme[56] ». À ce premier argument, qui procède d'un jugement de valeur, s'en ajoute un second – passablement contradictoire : accorder à la dignité une valeur axiomatique, ce serait « quitter l'arène scientifique[57] », car on ne pourrait discuter *en droit* ni des axiomes du droit, ni de sa fonction anthropologique, ni des choix de valeurs qui sous-tendent législation et jurisprudence. Fruit de l'expérience des atrocités de la Seconde Guerre mondiale, la dignité se présente pourtant bien dans nos textes fondamentaux comme un principe premier et inviolable[58]. On ne voit dès lors pas bien pourquoi l'analyse juridique devrait s'interdire de s'y référer sous peine de « quitter l'arène scientifique » : la science du droit ne s'étend-elle pas aux dispositions que le droit positif déclare être le « fondement de toute communauté humaine, de la paix et de la justice dans le monde[59] » ? À moins de considérer l'Interdit ainsi jeté sur le concept de dignité, concept « anti-moderne » et « liberticide », comme le nouvel et véridique axiome qui doit ordonner la pensée juridique… Axiome d'un droit sans axiome, réduit à la conjonction de monades souveraines. Mais on ne peut consacrer cet axiome libérateur qu'en ignorant les textes qui forment la matière de la « science juridique », c'est-à-dire en quittant ce qui tient justement lieu d'« arène scientifique » en droit.

La seconde voie, aussi dogmatique mais moins tortueuse, consiste donc à soumettre la dignité à un calcul coût-avantage. C'est celle qui a été adoptée par la doctrine *Law and Economics* pour régler le problème de l'utilisation de la torture dans le contexte de la « guerre contre le terrorisme ». L'interdiction de la torture est l'un des premiers corollaires du principe de dignité et se trouve donc consacrée aussi bien dans la Déclaration universelle des droits de l'Homme (art. 5) que dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (art. 5). Aux yeux de

l'analyse économique, cette interdiction doit être pesée au regard d'autres valeurs. Richard Posner a été le premier d'une longue liste de juristes américains à défendre l'idée que « si les enjeux sont assez élevés, la torture est admissible[60] ». Le calcul de l'utilité sociale consiste ici à mettre en balance, d'une part, la dignité du présumé terroriste, qui justifierait de ne pas le torturer, et, d'autre part, le préjudice probable de ses innombrables victimes potentielles. La *Hand formula* est transposable à une telle hypothèse : si le coût *B* de l'atteinte à la dignité du prisonnier est évaluée à 100, la probabilité de survenance d'un attentat à 0,1 et le montant prévisible du dommage à 1 million, le calcul est vite fait : l'utilité sociale commande de soumettre le prisonnier à la torture. Comme le héros du *Huis clos* de Sartre, il ne reste plus qu'à s'enquérir : « Où sont les pals, les grils, les entonnoirs de cuir ? »

Cette méthode, consistant à réduire la dignité à une valeur quantifiable, qui doit être mise en balance avec d'autres intérêts, a été adoptée par la Cour de justice de l'Union européenne. À la différence de nos juristes postmodernes, les juges ne peuvent affirmer leur droit souverain d'exclure le principe de dignité de l'arène du droit. Ils sont bien obligés de tenir compte de la valeur juridique éminente que lui accorde le droit positif, mais cette valeur est pesée par eux à la même aune que celle de Richard Posner : tout dépend alors du montant des enjeux, autrement dit tout est affaire de proportionnalité. Vérifiant le diagnostic de Horkheimer et Adorno, « c'est l'équivalence qui alors devient un fétiche[61] ». La Cour de justice de l'Union européenne a ainsi décidé dans son arrêt *Viking* que le respect de la dignité humaine devait être « concilié » avec la libre concurrence, la libre circulation des marchandises et des capitaux et la libre prestation de services, conformément au principe de proportionnalité :

> L'exercice des droits fondamentaux en cause, à savoir respectivement les libertés d'expression et de réunion ainsi que le respect de la dignité humaine, n'échappe pas au champ d'application des dispositions du traité. Cet exercice doit être concilié avec les exigences relatives aux droits protégés par ledit traité et être conforme au principe de proportionnalité[62].

Le recours au principe de proportionnalité permet ici clairement de ramener toute espèce de règle à un calcul d'utilité et de faire disparaître du raisonnement l'idée de loi intangible[63]. Or, l'intangibilité est ce qui

caractérise la dignité humaine dans la formulation de la Loi fondamentale allemande. Il n'est donc pas surprenant que l'une des rares juridictions à résister à cette relativisation générale de toute espèce de principe soit la Cour constitutionnelle allemande, selon laquelle « le droit à une participation libre et égale à la puissance publique [étant] ancré dans la dignité humaine, […] le principe de démocratie ne peut pas être pesé contre d'autres valeurs ; il est intangible[64] ».

Cette petite incursion dans les débats juridiques relatifs à la dignité était nécessaire pour montrer que, faute de pouvoir calculer « ce qui est supérieur à tout prix », la doctrine *Law and Economics* est conduite à le liquider en lui attribuant tout de même un prix. Sur le Marché total, ce qui n'a pas de prix n'a pas d'existence.

La *New Comparative Analysis* et le marché du droit

Dans la mesure où elle s'attache à l'étude scientifique et à la compréhension des phénomènes économiques réellement existant, l'économie politique a toujours prêté une grande attention à la diversité des systèmes juridiques et institutionnels. Cette préoccupation demeure centrale dans la théorie économique de la régulation ou l'économie des conventions[65]. Dans cette perspective théorique, la vie économique est faite de cette diversité même et ne peut être rapportée à un ordre idéal auquel on pourrait se référer pour évaluer et hiérarchiser ces systèmes.

Il en va tout autrement avec la doctrine *Law and Economics* qui postule au contraire l'existence d'un ordre spontané du marché, dont le bon fonctionnement peut être facilité ou au contraire entravé par un système juridique donné. En quête des règles les mieux à même de faciliter l'ajustement mutuel des calculs d'utilité individuelle, cette doctrine est par définition prescriptive et normative. L'une des tâches de l'analyse économique du droit serait d'évaluer les performances des systèmes juridiques nationaux au regard de cet optimum normatif. Devenue publique et transparente, cette évaluation enclencherait un mécanisme de sélection naturelle des lois les meilleures au regard du critère d'efficience économique. Au lieu que la libre concurrence soit fondée sur le Droit, c'est le Droit qui devrait être fondé sur la libre concurrence. Ce darwinisme normatif a été théorisé notamment par Friedrich Hayek, juriste de formation. Ne croyant pas à l'« acteur rationnel » en économie, il se fiait à

la sélection naturelle des systèmes juridiques, par la mise en concurrence des droits et des cultures à l'échelle internationale. Selon lui, les adeptes du darwinisme social ont eu le tort de se focaliser sur la sélection des individus congénitalement les plus aptes, processus trop lent pour pouvoir être pris en compte, alors qu'il conviendrait de favoriser plutôt la « sélection des règles et pratiques[66] ». Ce type de darwinisme est aujourd'hui mis en œuvre par ce que le management (privé et public) nomme le *benchmarking*. Cette « sélection des meilleures pratiques » consiste à utiliser une pratique obtenant de meilleurs résultats que d'autres, comme étalon de mesure (*benchmark*) de ces dernières. Cette « bonne pratique » est elle-même susceptible d'amélioration, le *benchmarking* engageant un processus sans fin d'émulation. C'est sur cette base qu'ont été notamment conçues les normes ISO 9 000 de l'organisme international de standardisation ISO (International Organisation for Standardization). Il s'agit de référentiels de bonnes pratiques sur la base desquels sont certifiés des systèmes de management de la qualité. Ces normes occupent une place centrale dans le contrôle de la gestion des grandes entreprises, qui emploient un personnel nombreux à se mettre en conformité avec elles. Leur extension au management de la ressource humaine est aujourd'hui en cours, dans le cadre du projet de normes ISO 26 000 sur la « responsabilité sociétale » des entreprises[67]. Se dessine ainsi un nouveau type de normativité dans le domaine social, dont les principales caractéristiques sont : a) *l'universalité* : ces normes sont applicables à tous pays et à toutes branches d'activité ; b) *le volontariat* : leur mise en œuvre repose sur un autocontrôle par les entreprises concernées [*compliance*] ; c) *la privatisation de la norme*, dans le double sens d'un englobement du public dans le privé (les normes ISO 26 000 incorporent certaines normes OIT au titre des « bonnes pratiques ») et d'une commercialisation de la norme (les normes sont des produits marchands).

Pour enrôler les différents systèmes juridiques nationaux dans cette dynamique vertueuse de l'émulation par les bonnes pratiques, il faut se doter d'une méthodologie *ad hoc*. Tel est l'objet de ce qu'on appelle la *New Comparative Analysis*. Un groupe de chercheurs, issus de Yale, Harvard et de la Banque mondiale, a ainsi élaboré des instruments de mesure de la sécurité des investisseurs à partir d'un codage et d'un étalonnage des règles du droit des sociétés et des marchés financiers[68]. Les mêmes ont ensuite étendu cette méthode au droit du travail dans un article intitulé « The Regulation of Labor », publié en 2004[69]. Cet article avait

pour objet de concevoir un instrument de mesure de l'efficience économique des législations sociales de 82 pays. Cet instrument est présenté par ses concepteurs de la façon suivante :

> Nous avons construit une nouvelle base de données qui contient différents aspects de la régulation des marchés du travail dans 85 pays. Nos mesures de la réglementation du travail portent sur trois grands domaines : (i) le droit de l'emploi, (ii) le droit des relations collectives de travail, et (iii) le droit de la sécurité sociale […].
>
> Pour chacun de ces trois domaines, nous examinons une série de dispositions juridiques régissant les marchés du travail. Nous construisons alors des sous-indices synthétisant les différentes dimensions de cette protection, et finalement agrégeons ces sous-indices en indices. Nous construisons toutes nos mesures en sorte que les valeurs les plus élevées correspondent à la protection juridique des travailleurs la plus étendue[70].

Concernant le droit du travail, ces sous-indices portaient sur le coût du recours à des contrats de travail atypiques, le coût du recours aux heures supplémentaires ; le coût des indemnités et des procédures de licenciement. Des conventions d'équivalence sont posées, qui permettent de quantifier de zéro (niveau de protection sociale le plus bas) à 1 (niveau de protection sociale le plus haut) les différentes dispositions légales du droit considéré. Par exemple, une disposition limitant le recours au CDD à l'existence d'une tâche à durée déterminée sera comptée 1, tandis qu'on comptera 0 en l'absence d'une telle disposition. Une législation ne prévoyant aucune indemnité de licenciement améliore son score d'un point, etc. Une fois agrégées, ces données quantitatives ont été regroupées par type de culture juridique et corrélées avec l'orientation politique plus ou moins favorable aux syndicats des gouvernements, aboutissant au tableau suivant[71] :

TABLE III
(CONTINUED)

		Employment laws index	Collective relations laws index	Social security laws index	log GNP per capita 1997	Chief executive and largest party in congress have left or center political orientation (1928–1995)
		Panel D: Data by legal origin				
English legal origin:	Mean	0,2997	0,3313	0,4236	7,8045	0,5204
	Median	0,2886	0,3170	0,4311	7,7266	0,4779
Socialist legal origin:	Mean	0,5944	0,4925	0,6923	7,3650	0,8646
	Median	0,6233	0,4970	0,7337	7,2442	0,9118
French legal origin:	Mean	0,5470	0,4914	0,5454	7,9034	0,4484
	Median	0,5161	0,4792	0,5855	7,9202	0,3750
German legal origin:	Mean	0,4529	0,4787	0,7110	10,0557	0,2725
	Median	0,4527	0,4807	0,6957	10,2545	0,2647
Scandinavian legal origin:	Mean	0,6838	0,4814	0,8324	10,3310	0,7721
	Median	0,7110	0,4792	0,8354	10,3356	0,7647

La Banque mondiale s'est explicitement inspirée de ces travaux pour développer son programme Doing Business, qui évalue les droits nationaux à l'aune de l'efficacité économique et financière[72]. La base de données chiffrées ainsi tenue à jour fournit des « mesures objectives » du Droit de 183 pays rebaptisés « économies ». Elle est illustrée d'une mappemonde, représentant la Terre comme un espace de compétition entre les législations et équipée d'un curseur temporel qui permet de visualiser la marche du progrès de la rationalité économique. Cette base doit aider les investisseurs à choisir sur la carte du monde les pays les plus accueillants. Elle doit aussi engager ces derniers à les attirer en réformant leurs lois dans le sens qu'ils souhaitent. L'instauration de ce « marché des produits législatifs » doit conduire à l'élimination progressive des systèmes normatifs les moins aptes à satisfaire les attentes financières des investisseurs. La compétition que se livrent les entreprises sous l'égide des marchés financiers ne devrait donc pas se cantonner à la sphère économique, mais s'étendre aux États et devenir ainsi un principe général d'organisation de la sphère juridique. Nous sortirions ainsi de l'âge des ténèbres de la relativité des lois pour accéder peu à peu au droit universel fondé sur le calcul dont rêvait déjà Condorcet[73].

En principe, cette quantification est axiologiquement neutre et n'est

guidée par aucune préférence pour un type de droit plutôt qu'un autre. Toutes ces études aboutissent néanmoins à la même conclusion : celle de la supériorité de la culture de *common law* sur toutes les autres. Cette hiérarchisation ne doit pas être nécessairement mise sur le compte d'un chauvinisme insu, car elle procède logiquement des liens étroits qui existent entre la doctrine *Law and Economics* et la culture de *common law*. Cette dernière conçoit le droit non comme l'expression d'une volonté souveraine, mais comme un ordre spontané, qui n'a besoin pour évoluer que du juge et du libre jeu des droits individuels[74]. L'analyse *Law and Economics* se présente à bien des égards comme une variante fondamentaliste de cette culture. La notion de *fundamentalism* est du reste d'origine protestante. Elle a d'abord désigné une doctrine apparue à la fin du XIXe siècle dans les milieux traditionalistes américains, doctrine caractérisée par la défense d'une interprétation littérale des Écritures et opposée au libéralisme théologique et au *Social Gospel*. Cet enfermement de la pensée dans la lettre d'un Texte se retrouve, par exemple, dans ce qu'on appelle aujourd'hui le fondamentalisme islamique. Ce dernier prétend lui aussi soumettre le droit des États à une interprétation littérale de la charia et combat la diversité des traditions, des coutumes et des écoles, qui a toujours marqué la doctrine juridique musulmane. Au-delà de leur grande diversité, les fondamentalismes ont en commun de se référer à une Norme universelle que les lois humaines devraient relayer, mettre en œuvre et ne jamais contrarier. D'où le tour implacable et inexorable de ce type de doctrines.

Le rapport *Doing Business* 2005 de la Banque mondiale a consacré au droit du travail un chapitre intitulé « Hiring and Firing Workers ». Explicitement fondé sur les travaux conduits à Yale et Harvard par l'équipe Botero/La Porta, ce chapitre mesure les entraves à l'investissement que représenterait dans chaque pays le droit du travail[75]. Toute cette entreprise de quantification démontrerait donc l'inefficience économique de la protection légale des salariés. Source de rigidités coûteuses, responsable d'un taux de chômage élevé, d'un recours accru au « secteur informel » et d'une diminution relative de la part de revenus allouée aux plus pauvres, le droit du travail serait plus généralement un frein à la maximisation de l'utilité sociale, que permettrait en revanche de réaliser une dérégulation des marchés du travail. On sait la force politique de cet argumentaire, qui a été inlassablement relayé par l'OCDE, le FMI et la Commission européenne. Après l'effondrement des marchés financiers

en 2008, on aurait pu s'attendre à ce que l'urgence soit de réglementer ces derniers. Tout au contraire, le principal enseignement que les organisations économiques internationales enjoignent aux États de tirer de cette faillite financière, est l'urgence d'une déréglementation des marchés du travail et du démantèlement de l'État social. Selon M. Draghi, président de la Banque centrale européenne (BCE) et ancien vice-président international de la banque américaine Goldman Sachs en charge de l'Europe[76], le modèle social européen est révolu et le devoir des États membres est de rendre les marchés du travail qui ne le sont pas encore plus flexibles[77].

Déjà avant cette crise, la Cour de justice européenne avait faire sienne la doctrine de la mise en concurrence des législations européennes, en consacrant dès 1999 dans son arrêt *Centros* le droit pour une entreprise d'éluder les règles de l'État où elle exerce toutes ses activités en s'immatriculant dans un autre État dont les règles sont moins contraignantes[78]. Légalisant ainsi sur la terre ferme le recours aux pavillons de complaisance, la Cour met en concurrence les législations des pays membres dans le sens le plus favorable aux investisseurs. Cette jurisprudence a été étendue au droit du travail par la Cour à partir de 2008, notamment dans ses fameux arrêts *Laval* et *Viking*, qui permettent à des entreprises ayant leur siège dans des pays à faible niveau de protection des salariés d'utiliser à plein cet avantage comparatif lorsqu'elles opèrent dans ceux qui n'ont pas encore obéi à la consigne de flexibilisation de leur marché du travail[79]. Les critères de jugement quantitatifs promus par la doctrine *Law and Economics* sont en peu d'années devenus la clé de voûte de la jurisprudence européenne[80].

Cette mise en œuvre de la doctrine *Law and Economics* par la jurisprudence n'a rien qui puisse surprendre. Depuis ses origines romaines, n'importe quelle idéologie peut user du Droit comme d'une technique, du moins aussi longtemps que cette idéologie respecte l'autonomie de l'ordre juridique[81]. Car une fois franchi ce seuil, une fois brisé le « fétichisme de la forme juridique », on quitte le domaine de la normativité juridique, quand bien même on tenterait d'en sauvegarder les apparences. Le droit est toujours pour le pouvoir un outil et un obstacle, et il ne peut plus lui servir d'outil s'il ne s'accommode pas de cet obstacle. Tocqueville avait parfaitement compris ce point lorsqu'il voyait dans l'« esprit légiste » le seul contrepoids à la tyrannie de la majorité dans un régime démocratique[82]. Il faut donc prendre maintenant la mesure de la

dynamique juridique de la gouvernance par les nombres afin de pouvoir ensuite identifier les impasses où elle conduit et les résistances que lui oppose la forme juridique.

8

La dynamique juridique de la gouvernance par les nombres

« La bataille de la performance ne sera réellement gagnée qu'après plusieurs années, car c'est d'abord dans les esprits qu'elle a lieu[1]. »
Didier MIGAUD *et Gilles* CARREZ

Dès lors que l'on se représente la société comme un système de « particules élémentaires » mues par le calcul de leur intérêt individuel, cet imaginaire s'exprime dans tous les domaines de la vie humaine et y produit des effets comparables. La manière dont on interprète le principe d'égalité pour promouvoir l'indifférenciation des sexes procède du même type de calcul autoréférentiel que celui promu par l'ultralibéralisme dans le domaine économique[2]. Pour prendre pleinement la mesure de l'emprise juridique de la gouvernance par les nombres, il faudrait donc pouvoir ne pas se limiter à l'organisation de la Cité et à celle de l'entreprise, mais prendre aussi en considération l'état des personnes et la vie privée. La distinction du « social » et du « sociétal », qui sert aujourd'hui à opposer ces deux domaines, occulte leur unité profonde. Obligeant chaque individu à entrer en relation avec les autres sous l'égide d'une loi commune, *Eros* et *Ananké* – le besoin de l'autre sexe et la nécessité du travail – sont à la base de toute civilisation humaine et obéissent à des représentations communes dans une civilisation donnée. Dans la mesure où elle vise la programmation de l'agir humain, la gouvernance par les nombres peut d'autant moins demeurer sans effet sur l'état des personnes qu'elle affecte nécessairement leur statut et leur identité. Au lieu de réduire l'être humain à un rôle mécanique d'obéissance à des règles, comme le faisait l'État administratif ou l'entreprise fordiste, elle exploite sa capacité – soulignée par Norbert Wiener – de donner aux informations qu'il reçoit « une forme nouvelle afin de pouvoir être utilisée en vue des stades ultérieurs du fonctionnement » du système auquel il appartient[3].

La volonté d'étendre à la société toute entière ce que l'on imagine être une organisation scientifique du travail a été le lot commun du capitalisme et du communisme de l'ère industrielle. Elle n'a pas disparu de nos jours, mais seulement changé de forme. Son modèle n'est plus celui des lois de la physique classique, mais celui des algorithmes de l'informatique. L'organisation du travail n'est plus conçue comme un jeu de poids et de forces dont le travailleur ne serait qu'un engrenage, mais comme un système programmable faisant communiquer entre elles des unités capables de rétroagir aux signaux qu'elles reçoivent en fonction de cette programmation. La révolution numérique va ainsi de pair avec celle qui se donne à voir en matière juridique, où l'idéal d'une gouvernance par les nombres tend à supplanter celui du gouvernement par les lois. À toutes les échelles de l'organisation du travail – celles de l'individu, de l'entreprise et de la nation –, on demande désormais moins aux hommes d'obéir à des prescriptions que d'atteindre des objectifs dont la réalisation est évaluée au regard d'indicateurs chiffrés.

C'est la raison pour laquelle la gouvernance par les nombres affecte au premier chef la division du travail. Contrairement aux illusions répandues par cette gouvernance même – qui est par construction aveugle à ce qui distingue le travail humain de celui de la machine –, la division du travail, entendue au sens compréhensif que lui a donné Durkheim, ne se limite nullement au travail salarié. Elle concerne tous les niveaux de la coopération humaine, c'est-à-dire aussi bien au niveau individuel qu'à ceux de l'entreprise, de l'État ou des relations internationales. À tous ces niveaux, l'emprise de la gouvernance par les nombres sur le droit se manifeste par la transposition juridique de concepts et méthodes d'abord apparus pour les besoins de la gestion des entreprises et connus sous le nom de « management par objectifs[4] ». Cette transposition est d'autant plus aisée que le management repose sur des méthodes casuistiques semblables à celles qui dominaient la pensée juridique, avant que celle-ci ne se balkanise en compartiments disciplinaires plus ou moins étanches. Maintes fois souligné par Pierre Legendre[5], ce cousinage a été aussi analysé par Romain Laufer, qui a montré tout ce que la consécration universitaire des sciences de gestion depuis un siècle devait à la systématisation rationnelle des cas, c'est-à-dire à la notion de jurisprudence qui est commune aux gestionnaires et aux juristes[6]. Ceci permet de comprendre la porosité de ces disciplines, dont l'essor normatif du management par objectifs est un parfait exemple. Dans le chapitre qu'il

lui a consacré dans un livre paru en 1954, Peter Drucker présentait ce modèle de gouvernement des entreprises comme une « nouvelle philosophie du management[7] » :

> L'entreprise a besoin d'un principe de direction qui donne libre cours à l'énergie et à la responsabilité individuelles, qui trace en même temps une voie commune de vues et d'efforts, qui établisse le travail d'équipe et qui harmonise les intérêts personnels et le bien-être commun. Le seul principe qui remplisse toutes ces conditions est le système de management par objectifs et par auto-contrôle. Ce système fait du bien commun le but de tous les managers. Il remplace un contrôle extérieur par un contrôle intérieur plus efficace, plus rigoureux et plus exact. Il pousse le manager à agir, non pas parce qu'on le lui commande ou qu'on le pousse à le faire, mais parce que les nécessités de sa tâche l'exigent. Le manager n'agit plus parce que quelqu'un le lui demande, mais parce qu'il a décidé qu'il doit le faire – il agit, dirons-nous, en homme libre[8].

Rompant avec le taylorisme, cette nouvelle philosophie du gouvernement des hommes a connu une fortune singulière, non seulement dans les entreprises, mais dans toutes les formes d'organisation. Elle est remarquablement proche de celle développée quatre ans plus tôt par Norbert Wiener sous le titre *Cybernétique et société. L'usage humain des êtres humains*[9]. L'un comme l'autre font de l'auto-contrôle la clé du fonctionnement des organisations humaines. Le fait mérite d'être noté, car il témoigne de l'unité de l'« institution imaginaire de la société » à une époque donnée : cette nouvelle façon de penser l'organisation du travail a été théorisée à la même époque dans des disciplines aussi différentes que la cybernétique et le management, et cela un demi-siècle avant la généralisation de l'outil informatique dans l'économie réelle. Le management par objectifs est aujourd'hui le paradigme de l'organisation scientifique du travail, aussi bien dans le secteur public que dans le secteur privé. Au lieu d'assujettir le travailleur au respect de règles qui définissent sa tâche par avance, on l'associe à la définition des objectifs assignés à cette tâche, objectifs en principe quantifiés, qui déclinent à son niveau les buts communs de l'organisation. Chaque travailleur ainsi « objectivé » est en état de mesurer et réduire l'écart entre les objectifs fixés et sa performance réelle, selon un processus d'auto-contrôle qui, selon Drucker, s'identifie absolument avec la liberté, puisqu'il satisfait le « désir de donner toute sa mesure au lieu de se contenter de faire tout juste ce qu'il

faut[10] ». On ne peut qu'être frappé de la lucidité de Drucker en lisant le chapitre de son livre consacré au « Management par objectifs et *self-control* ». Il y mettait en garde contre les effets pervers de sa méthode, si elle était mal interprétée, insistant sur le fait que les objectifs visant à permettre l'auto-contrôle « ne doivent jamais devenir les bases d'un "contrôle de domination", car dans ce cas ils détruiraient leur propre but[11] ». Jugeant impossible la quantification de tous les objectifs, il dénonçait l'attitude irrationnelle consistant à substituer à l'exercice de sa faculté de jugement la poursuite d'un objectif unique : « Diriger une affaire, écrit-il, c'est réaliser un équilibre entre des besoins et des buts variés. Cela nécessite du jugement. La recherche de l'objectif unique est essentiellement la recherche d'une formule magique qui permette de se passer du jugement. Mais il est toujours irrationnel d'essayer de remplacer le jugement par une formule[12]. »

On sait pourtant que la pratique du management par objectifs s'est engouffrée dans ces différentes impasses : celle du contrôle de domination ; celle de la quantification généralisée ; et celle de la focalisation sur un objectif unique – qu'il s'agisse de la bibliométrie pour le chercheur, de la création de valeur pour l'actionnaire ou de la réduction du déficit public au-dessous de la barre des 3 % du PIB pour les États, etc. La fixation d'objectifs s'est répandue depuis une vingtaine d'années dans toutes les branches du droit[13]. Toutefois, ce n'est pas en partant de la division du droit en branches qu'on peut le mieux percevoir le mouvement par lequel la gouvernance par les nombres investit le droit positif. Car l'une des caractéristiques de la gouvernance par les nombres est justement d'ignorer cette division pour soumettre le droit tout entier au même type de programmation de l'agir humain. L'emprise de la gouvernance sur le droit a acquis en peu d'années une telle ampleur qu'elle ne se prête pas à une description exhaustive d'un corpus juridique trop abondant. Quelques coups de projecteur sur les différents niveaux de la division du travail – de l'individu aux relations internationales en passant par l'entreprise, l'État et l'Union européenne – permettent en revanche d'en mettre la dynamique en lumière.

La gouvernance individuelle

Au niveau individuel, la fixation d'objectifs est devenue une pratique

courante dans les entreprises. Ces objectifs sont fixés tantôt unilatéralement par l'employeur dans le cadre de son pouvoir de direction, tantôt contractualisés[14]. Ils servent souvent de paramètres de calcul de la rémunération, mais peuvent également participer de l'objet du contrat de travail, lorsque le salarié est recruté pour les réaliser. Ils s'accompagnent d'une autonomie plus grande reconnue au salarié quant aux moyens de les atteindre. Dans tous les cas, la portée juridique conférée aux objectifs peut opérer un certain transfert du risque économique sur le travailleur, conformément aux vues développées dans le cadre de la théorie de l'agence[15]. La fixation d'objectifs a toujours pour corollaire l'établissement de procédures d'évaluation des performances des salariés. Cette évaluation prend deux formes complémentaires : la forme quantifiée d'une mesure de ces performances et la forme discursive d'entretiens individuels au cours desquels le salarié et son supérieur analysent cette performance et, le cas échéant, révisent les objectifs à la lumière de cette évaluation. Il existe toute une littérature très instructive, en gestion mais aussi en psychologie du travail, sur la théorie et la pratique de ces évaluations dans les entreprises[16]. Du point de vue juridique, pour le dire avec les mots de la Cour de cassation, « l'employeur tient de son pouvoir de direction né du contrat de travail le droit d'évaluer le travail des salariés[17] ». La loi elle-même impose du reste cette évaluation dans un certain nombre d'hypothèses, tel le bilan de compétence professionnelle. Et elle a placé sous l'égide de l'exécution de bonne foi du contrat de travail[18] des obligations de transparence (information préalable) et de pertinence des techniques et méthodes d'évaluation, qui donnent force juridique aux idéaux de la gestion par objectifs[19]. Le pendant de cette méthode dans le secteur public est l'instauration de primes de performances, qui sont versées aux fonctionnaires en fonction de la réalisation des objectifs qui leur sont assignés. D'abord apparues de façon éparse (pour les magistrats[20], les policiers[21], les secrétaires généraux et directeurs d'administration centrale[22], etc.), ce type de primes a été généralisé en 2010[23]. La gouvernance par les nombres a aussi investi la gestion du travail indépendant, lorsqu'il est partiellement financé par des prélèvements obligatoires, comme le montre par exemple le recours aux références médicales opposables en matière de médecine libérale[24] ou encore le pilotage par la subvention européenne du travail agricole.

La gouvernance de l’entreprise

Au niveau de l’entreprise, l’emprise juridique de la gouvernance par les nombres s’est traduite par les réformes législatives qui, mettant en œuvre les théories de la *corporate governance*, ont permis que la direction des sociétés cotées soit soumise à l’impératif de « création de valeur » pour l’actionnaire[25]. De nombreuses techniques juridiques ont été conçues à cette fin, dont on peut donner deux exemples particulièrement significatifs. Le premier est l’essor en droit français des « options de souscription ou d’achat d’actions » (*stock-options*) ou des attributions gratuites d’action[26]. Conformément aux préconisations de la « théorie de l’agence », ce dispositif permet d’asservir l’action des dirigeants de l’entreprise à l’objectif d’amélioration des performances boursières à court terme de ces dernières. Second exemple : la technique juridico-financière des rachats d’entreprise avec effet de levier : les LBO (*Leveraged Buy Out*), qui consiste à faire supporter à la société rachetée, appelée société « cible », le coût financier de son propre rachat, en la « pressant comme une sorte de citron » pour lui faire rendre un maximum de dividendes[27]. L’expansion de la gouvernance par les nombres dans les entreprises résulte également de leur organisation en réseaux et de l’abandon du modèle intégré qui avait dominé l’ère industrielle. Facilitée par les technologies numériques, qui rendent le sous-traitant transparent aux yeux du donneur d’ordres, cette organisation permet à ce dernier de conserver son pouvoir de contrôle technique et économique sur un segment de la production, sans avoir à en assumer la responsabilité juridique. La généralisation de ce modèle à l’échelle internationale a vu fleurir dans tous les pays des entrepreneurs dépendants, qui œuvrent sous le contrôle plus ou moins étroit d’un ou plusieurs donneurs d’ordres à la réalisation des objectifs fixés par eux. Bien que cette organisation en réseau soit généralement justifiée par la volonté de recentrer chaque entreprise sur son métier principal, elle répond surtout aux attentes de marchés financiers qui souhaitent pouvoir comparer et stimuler la rentabilité financière des différentes « unités de profit » composant une chaîne de production. De récents scandales dans le secteur agroalimentaire ou textile[28] ont montré les effets sanitaires à grande échelle que pouvait avoir l’irresponsabilité des détenteurs du pouvoir économique, irresponsabilité autorisée par ce mode d’organisation du travail.

Un autre aspect, moins souvent observé, de l’asservissement des

entreprises à la réalisation d'objectifs, relève non pas du droit des sociétés ou du droit financier, mais du droit du travail. Il s'agit de l'essor des obligations de négocier. Initialement cantonnées à la fixation des salaires et à la durée et l'organisation du temps de travail, ces obligations ont été étendues à la mise en œuvre d'objectifs de politique publique, tels que l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes, l'insertion professionnelle des handicapés ou des seniors, la mise en place de systèmes de prévoyance ou de participation. Concernant l'égalité entre les sexes, le législateur a, par exemple, imposé aux directions des entreprises de plus de 300 salariés d'établir unilatéralement un « plan d'action destiné à assurer l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes ». Ce plan doit être établi à partir « d'indicateurs pertinents, reposant notamment sur des éléments chiffrés, définis par décret et *éventuellement* complétés par des indicateurs tenant compte de la situation particulière de l'entreprise ». Après avoir évalué les objectifs fixés et les mesures prises au cours de l'année écoulée, ce plan d'action « détermine les objectifs de progression prévus pour l'année à venir, la définition qualitative et quantitative des actions permettant de les atteindre et l'évaluation de leur coût. […] Une synthèse de ce plan d'action, comprenant au minimum des *indicateurs et objectifs de progression définis par décret*, est portée à la connaissance des salariés par l'employeur[29]… ». Il faut noter au passage la confusion des objectifs assignés et des indicateurs mesurant la performance, qui est une constante de la gouvernance par les nombres[30]. Ce type de dispositifs assigne à des personnes privées une fonction réglementaire qui incombait jusqu'alors à l'État. L'essor de la loi négociée, qui est aujourd'hui la règle en matière sociale[31], est une manifestation beaucoup plus massive de cette délégation aux partenaires sociaux du soin de définir les dispositifs juridiques de mise en œuvre d'objectifs fixés par la puissance publique. C'est en réalité, comme nous le verrons, la frontière public/privé qui s'estompe[32], la gouvernance enrôlant les syndicats ou les entreprises dans l'exercice de ce qui relevait jusqu'à présent du pouvoir exclusif de l'État, tandis que ce dernier s'applique à lui-même les principes de la gouvernance d'entreprise.

La gouvernance par les nombres des entreprises a pour première expression les objectifs de rentabilité que lui assignent les actionnaires. L'évaluation des performances de l'entreprise à cet égard prend deux formes principales, qui toutes deux intéressent le droit : le cours de bourse, censé refléter la valeur attribuée par les marchés financiers à l'entreprise,

et sa comptabilité, censée donner une « image fidèle du patrimoine, de la situation financière et du résultat de l'entreprise[33] ». L'incidence de la gouvernance par les nombres sur le droit financier a évidemment été considérable depuis le tournant ultralibéral des années 1980, avec l'effacement d'une réglementation étatique au profit d'une régulation par des autorités de marchés, c'est-à-dire au profit d'un bouclage normatif des systèmes financiers sur eux-mêmes[34]. L'idéal poursuivi étant celui d'une autorégulation, les bourses elles-mêmes ont été métamorphosées en « entreprises de marché ». Ces entreprises de marché sont cotées sur leur propre place, c'est-à-dire qu'elles constituent elles-mêmes des produits financiers parfaitement autoréférentiels. L'association internationale des régulateurs boursiers, l'International Organisation of Securities Commission (IOSCO-OICV) recommande, du reste, de recourir à des *self regulatory organisations* (SROs), qui seraient seules en mesure de répondre aux exigences techniques des marchés financiers[35]. Quand on sait que la plus grande partie des ordres passés sur ces marchés sont le fait d'ordinateurs programmés à cet effet – ce qu'on appelle le *high speed trading*, qui permet de jouer sur des écarts de cours de l'ordre de la milliseconde[36] –, on voit à quel point le rêve cybernétique d'une mise en pilotage automatique des affaires humaines est devenu réalité. L'une des conséquences les plus connues de ce passage de l'hétéronomie à l'autonomie a été le développement exponentiel de nouveaux produits financiers complexes et l'essor corrélatif de deux techniques explosives : la titrisation et le dérivé de crédit.

La *titrisation* autorise ce que les meilleurs auteurs appellent une « alchimie assez extraordinaire » en permettant la « transformation de créances, dont chacune est originale et ne peut circuler que dans des conditions difficiles, en valeurs mobilières, c'est-à-dire en titres identiques et fongibles circulant facilement sur un marché[37] ». Il faut prendre ici le mot « alchimie » dans son sens premier : la possibilité de transformer le plomb en or. Le problème est alors de se prémunir du risque de voir cet or redevenir du plomb et c'est à cette fin qu'ont été développés les *dérivés de crédits*[38]. Ces produits dérivés sont des instruments à terme, permettant de transférer en vertu d'un contrat à titre onéreux un risque inhérent à une créance ou à un ensemble de créances, sans se défaire desdites créances. La variété la plus connue de ce type de dérivés, les *credit default swaps* (CDS), a connu un succès fulgurant, représentant un volume monétaire de

30 000 milliards de dollars en 2006[39]. Alors qu'ils étaient censés couvrir les risques financiers, ces outils les ont considérablement accrus, devenant eux-mêmes les objets d'une gigantesque spéculation. Rien de neuf depuis le système de Law[40], si ce n'est qu'on a perdu de vue les raisons qui avaient poussé au XVIIIe siècle à proscrire les formes d'assurance qui s'apparentaient aux jeux de hasard[41]. Il n'est du reste pas surprenant qu'une politique économique fondée sur la théorie des jeux enfante une économie de casino. D'où la création d'une monstrueuse bulle spéculative, dont le volume estimé représente aujourd'hui 90 % des transactions financières. Certains économistes, comme François Morin, ont assez tôt mis en garde contre la constitution de ce « mur de l'argent[42] », d'un argent sans base économique réelle et qui, tel un tsunami, est capable de ravager les vies humaines. Comme l'a bien montré André Orléan, le propre des marchés financiers est que la loi de l'offre et de la demande n'y fonctionne pas, car chaque opérateur est tantôt acheteur, tantôt vendeur, et qu'il spécule non sur la valeur des biens, mais sur celle que vont lui accorder les autres opérateurs. En sorte que « le prix sur les marchés financiers n'est plus l'expression d'une grandeur définie en amont des jeux marchands, mais d'une création *sui generis* de la communauté financière en quête de liquidité[43] ».

Second instrument de mesure de la valeur des entreprises, les normes comptables ont fait à la même époque l'objet de réformes mettant elles aussi en œuvre les idéaux de la gouvernance par les nombres et du bouclage autoréférentiel de la sphère du calcul. D'où le renversement de la logique comptable. Depuis son invention médiévale, la comptabilité en partie double avait été soumise au principe de prudence[44], en vertu duquel on ne devait compter à l'actif que le coût historique des biens dont elle est propriétaire, c'est-à-dire leur valeur d'achat diminué de l'amortissement. L'affermage en 2002 par l'Union européenne de l'élaboration des normes comptables à un organisme de droit privé, l'International Accounting Standards Committee (IASC)[45], est allé de pair avec l'abolition de ce principe de prudence, auquel on a substitué celui de la *fair value*, la « juste valeur » qu'on pourrait aussi traduire par « valeur blonde », et qui n'est rien d'autre que la valeur estimée de liquidation du bien sur le marché à la date d'établissement des comptes. Ainsi que l'a montré Samuel Jubé, ces réformes ont profondément transformé les fonctions de la comptabilité[46]. Celle-ci n'est plus l'instrument chiffré du rappel des responsabilités

juridiques de l'entrepreneur à l'égard des tiers, mais l'instrument d'étalonnage de la valeur marchande de l'entreprise au regard de celle de ses concurrentes. La valeur boursière de l'entreprise dépendant largement de cet étalonnage, et les intérêts de ses dirigeants étant désormais liés à ceux des actionnaires, l'amélioration de l'image comptable devient un but en soi, indépendamment de toute considération des performances réelles et des intérêts à long terme de l'entreprise. D'où notamment le recours à ce qu'on appelle les « licenciements boursiers » qui entament le potentiel humain de l'entreprise, mais améliore sa valeur instantanée. Ce mode d'évaluation est procyclique : il dope les cours de Bourse en période faste, mais ruine les bilans lorsque les marchés se retournent, si bien que les banques européennes ont obtenu après l'implosion boursière de 2008 de ne plus comptabiliser à leur « juste valeur » les prêts qu'elles ont consentis, mais à leur coût historique[47], autrement dit de revenir au principe de prudence lorsque c'est plus avantageux pour elles. Dans un système de type mafieux, la figure du garant ne disparaît donc pas, mais elle change de sens : elle n'est plus garante de l'impartialité de la mesure, mais de la pérennité de la prédation.

La gouvernance étatique

Au niveau de l'État, la gouvernance par les nombres a été mise en œuvre dans le contexte de ce qu'on appelle le *New public management* – la Nouvelle gestion publique – qui consiste à étendre à l'administration publique les règles et méthodes de l'entreprise privée, au nom d'une science générale des organisations[48]. En France, c'est le droit de la sécurité sociale qui a été le premier saisi par ce nouveau mode de gestion, lors de l'instauration en 1996 d'un objectif national des dépenses d'assurance maladie (ONDAM), fixé chaque année par une loi de financement de la sécurité sociale[49]. En dépit des efforts du législateur, cette innovation est restée sans grande portée normative[50], à la différence de la Loi organique relative aux lois de finances, la LOLF, qui a été adoptée, tous partis confondus, en 2001[51]. L'objectif central de cette réforme est la « performance » de l'action publique. « La bataille de la performance, écrivent ainsi MM. Migaud et Carrez dans leur rapport d'information à l'Assemblée nationale, ne sera réellement gagnée qu'après plusieurs années, car c'est d'abord dans les esprits qu'elle a lieu[52]. » Ce recours au

vocabulaire militaire – « bataille » et guerre psychologique – accompagne immanquablement toutes les formes de la mobilisation totale. Cette mobilisation des esprits passe par une révolution du langage de l'action publique, désormais tout entière orientée vers la réalisation d'objectifs chiffrés :

– les *lois de finances* « tiennent compte d'un équilibre économique défini, ainsi que des objectifs et des résultats des programmes qu'elles déterminent » ;

– la *mission* « comprend un ensemble de programmes concourant à une politique publique définie » ;

– le *programme* « regroupe les crédits destinés à mettre en œuvre une action ou un ensemble cohérent d'actions relevant d'un même ministère et auquel sont associés des objectifs précis, définis en fonction de finalités d'intérêt général, ainsi que des résultats attendus et faisant l'objet d'une évaluation » ;

– une *action* « est la composante d'un programme. […] Si une action recouvre une finalité identifiée, elle peut être assortie d'objectifs et d'indicateurs qui lui sont spécifiques parmi ceux associés au programme » ;

– le *budget opérationnel de programme* (BOP) : « Ensemble globalisé de moyens associés à des objectifs mesurés par des indicateurs de résultats. Les objectifs du budget opérationnel de programme sont définis par déclinaison des objectifs du programme » ;

– les *indicateurs* : « quantifié, l'indicateur donne une indication chiffrée de la progression attendue et obtenue de performance. Chaque indicateur porte une valeur prévisionnelle pour l'année du projet de loi de finances et pour une échéance de moyen terme » ;

– les *projets annuels de performance* (PAP) précisent pour chaque programme « la présentation des actions, des coûts associés, des objectifs poursuivis, des résultats obtenus et attendus pour les années à venir mesurés au moyen d'indicateurs précis dont le choix est justifié » ;

– les *rapports annuels de performance* (RAP) font connaître

> « les objectifs, les résultats attendus et obtenus, les indicateurs et les coûts associés » en faisant apparaître « les écarts avec les prévisions des lois de finances de l'année considérée, ainsi qu'avec les réalisations constatées dans la dernière loi de règlement[53] ».

On estime à un demi-millier le nombre d'objectifs ainsi déclinés par les PAP et les RAP, qui sont tous assortis d'indicateurs qui doivent donner une « indication chiffrée de la progression attendue et obtenue de performance[54] ». Auxquels s'ajoute la cascade des objectifs fixés dans chaque établissement public, du haut en bas de leur organisation interne. L'introduction de ce nouveau type de gouvernance s'est accompagnée d'une extension à l'État des normes comptables en vigueur dans les entreprises privées[55]. Depuis lors, « les règles applicables à la comptabilité générale de l'État ne se distinguent de celles applicables aux entreprises qu'en raison des spécificités de son action[56] », et un marché lucratif a ainsi été ouvert aux cabinets privés chargés de la certification des comptes publics[57]. En application de ces normes comptables, les institutions publiques sont désormais évaluées à leur prix estimé de liquidation sur le marché.

Complément de ces réformes, la constitutionnalisation intervenue en 2008 de la programmation des finances publiques et la subordination des objectifs de l'action de l'État à l'impératif comptable de l'équilibre budgétaire. L'équivalent du « bas de bilan » de l'entreprise, le chiffre clé qui peut être érigé en « indicateur objectif » de la politique publique, est celui du déficit ou de l'excédent budgétaire. Aux termes de l'article 34 de la Constitution, « les orientations pluriannuelles des finances publiques sont définies par des lois de programmation. Elles s'inscrivent dans l'objectif d'équilibre des comptes des administrations publiques[58] ». Pour éviter le laxisme, qui menace toujours en démocratie, divers pays ont adopté une « règle d'or budgétaire », de valeur constitutionnelle, dont la mise en œuvre entraîne des coupes automatiques (en droit américain, des « sequestrations ») en cas de dépassement du déficit prévisionnel autorisé[59].

La direction par objectifs chiffrés est aussi déclinée dans les rapports entre l'État et les collectivités territoriales ou les établissements publics[60]. Elle s'exerce par des « contrats d'objectifs », dont le pullulement décourage l'inventaire : contrats de plan État-région ; contrats d'objectifs

et de moyens pour la formation professionnelle[61] ; plans climat-énergie territoriaux[62] ; contrats pluriannuels d'objectifs et de moyens en santé[63] ; contrats d'objectifs des juridictions administratives[64], contrats pluriannuels d'établissement entre l'État et les universités[65], etc. Tous ces contrats sont assortis bien sûr d'indicateurs de performance et de procédures permettant d'en contrôler la réalisation.

Ce type de dispositif n'est pas une spécialité française et tend à devenir partout dans le monde le mode normal d'action publique. On en trouve par exemple une illustration aux États-Unis, avec la réforme du système éducatif, opérée en 2002 par la loi dite *No Child Left Behind*. Comme la LOLF en France, cette loi a été adoptée de façon consensuelle par la majorité et l'opposition. Elle instaure des « paliers de savoir pour les différents niveaux des établissements publics » et un « système général de contrôle des résultats obtenus par les élèves », grâce à des tests annuels de performance. Les districts et établissements sont tenus pour responsables des résultats de leurs élèves. Lorsque les objectifs fixés ne sont pas atteints par les établissements, ils sont déclarés en « *failure to make Adequate Yearly Progress* » (AYP). Des mesures correctives sont alors prises, le cas échéant un plan de redressement sur deux ans. L'école peut ainsi se voir déclarée « *School in Need of Improvement* » (SINI), lorsque les objectifs ne sont pas atteints pendant deux ans ou encore « *School Under Registration Review* » (SURR). Si l'échec se poursuit, le district indique aux parents qu'ils peuvent changer d'établissement. À terme, l'établissement peut être géré en « *charter school* » (école sous contrat) : ses obligations administratives sont allégées, mais l'établissement doit absolument remplir ses objectifs s'il veut que le contrat soit reconduit. L'école peut également voir son personnel enseignant ou administratif remplacé. L'État peut aussi demander à « une entité, telle qu'une entreprise de management privé, ayant démontré son efficacité », de gérer l'école. À l'inverse, lorsque les objectifs sont atteints ou rattrapés, les établissements peuvent bénéficier de primes (*State Academic Achievement Awards*)[66].

La gouvernance européenne

Au niveau européen, l'asservissement des États à la réalisation d'objectifs chiffrés a été engagé en 1992 par le Traité de Maastricht, dans

le contexte de la création d'une monnaie unique. Quatre critères de convergence furent alors adoptés, comme autant d'objectifs communs fixés aux États membres : la maîtrise de l'inflation, la maîtrise de la dette publique et du déficit public, la stabilité du taux de change et la convergence des taux d'intérêt. Cette objectivation des politiques économiques s'est traduite dès 1992 par des « indicateurs objectifs », qui sont tout à la fois le but et la mesure des performances des États. Indicateur de la stabilité des prix, le taux d'inflation d'un État membre donné ne doit pas dépasser de plus de 1,5 point celui de trois États membres présentant les meilleurs résultats. Indicateur de la maîtrise de la dépense publique, le déficit des administrations publiques et de la sécurité sociale ne doit pas dépasser 3 % du produit intérieur brut (PIB) et le montant de la dette publique, 60 % du PIB. Concernant les taux d'intérêts à long terme, ils ne doivent pas dépasser de plus de 2 % ceux des trois États membres présentant les meilleurs résultats en matière de stabilité des prix (c'est la technique du *benchmark*, mesure de la performance non par une valeur absolue mais par référence aux performances des autres)[67].

Comme ce dispositif n'a jamais fonctionné, on n'a eu de cesse depuis vingt ans, non de s'interroger sur son bien-fondé, mais de le durcir. En 1997, le Pacte de stabilité et de croissance adopté à Amsterdam a imposé aux États de soumettre chaque année au conseil des ministres de l'Économie (l'Ecofin) un programme de stabilité pour les trois années suivantes. Ce conseil doit adopter chaque année une batterie d'objectifs – les « Grandes orientations des politiques économiques » (GOPE) – dont la mise en œuvre par les États fait l'objet d'une surveillance mutuelle. Enfin, ce pacte a établi une procédure de sanctions financières des États dont le déficit excéderait l'indicateur objectif de 3 % du PIB. L'origine de cet indicateur a été racontée par l'un de ses concepteurs, alors en poste à la direction du Budget. Elle révèle le fétichisme du chiffre dont usent nos gouvernants et la perte de contact avec l'état réel de l'économie auquel il les condamne. « Fixer le projecteur sur le déficit d'une année donnée n'a guère de sens, confesse ainsi l'inventeur de cet indicateur, et le rapporter au PIB de cette même année lui en fait perdre un peu plus. Le ratio déficit sur PIB […] en aucun cas n'a titre à servir de boussole ; il ne mesure rien : il n'est pas un critère. Seule a valeur une analyse raisonnée de la capacité de remboursement, c'est-à-dire une analyse de solvabilité […]. Certes, mais la question politique – politique, et non économique – demeure : comment transmuter le plomb d'une analyse raisonnée de solvabilité en

l'or apparent d'une règle sonore, frappante, qui puisse être un mot d'ordre ?[68] »

Le dernier pas vers l'asservissement des États à la réalisation d'objectifs chiffrés a été franchi lors de l'entrée en vigueur, le 1er janvier 2013, du Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance au sein de l'Union économique et monétaire. Son article 3 est un modèle parfait de gouvernance par les nombres. Il fixe un objectif d'équilibre ou d'excédent budgétaire, immédiatement traduit en indicateurs chiffrés, prévoit un calendrier de réalisation de ces objectifs ainsi qu'une procédure d'évaluation de sa mise en œuvre. Ce texte ayant été ratifié par la France en violation d'un engagement électoral[69], il vaut la peine d'en reproduire ici l'essentiel :

Titre III – Pacte budgétaire

Article 3

1. Outre leurs obligations au titre du droit de l'Union européenne et sans préjudice de celles-ci, les parties contractantes appliquent les règles énoncées au présent paragraphe :

a) la situation budgétaire des administrations publiques d'une partie contractante est en équilibre ou en excédent ;

b) la règle énoncée au point a) est considérée comme respectée si le solde structurel annuel des administrations publiques correspond à l'objectif à moyen terme spécifique à chaque pays, tel que défini dans le pacte de stabilité et de croissance révisé, avec une limite inférieure de déficit structurel de 0,5 % du produit intérieur brut aux prix du marché. Les parties contractantes veillent à assurer une convergence rapide vers leur objectif à moyen terme respectif. Le calendrier de cette convergence sera proposé par la Commission européenne, compte tenu des risques qui pèsent sur la soutenabilité des finances publiques de chaque pays. Les progrès réalisés en direction de l'objectif à moyen terme et le respect de cet objectif font l'objet d'une évaluation globale prenant pour référence le solde structurel et comprenant une analyse des dépenses, déduction faite des mesures discrétionnaires en matière de recettes, conformément au pacte de stabilité et de croissance révisé ;

c) les parties contractantes ne peuvent s'écarter temporairement de leur objectif respectif à moyen terme ou de la trajectoire d'ajustement propre

à permettre sa réalisation qu'en cas de circonstances exceptionnelles, telles que définies au paragraphe 3, point b) ;

d) lorsque le rapport entre la dette publique et le produit intérieur brut aux prix du marché est sensiblement inférieur à 60 % et lorsque les risques pour la soutenabililité à long terme des finances publiques sont faibles, la limite inférieure de l'objectif à moyen terme telle que définie au point b) peut être relevée pour atteindre un déficit structurel d'au maximum 1,0 % du produit intérieur brut aux prix du marché.

La grande nouveauté de ce traité, qui nous fait vraiment entrer dans l'ère de la cybernétique juridique, est l'institution d'un mécanisme de correction qui « est *déclenché automatiquement* si des écarts importants sont constatés par rapport à l'objectif à moyen terme ou à la trajectoire d'ajustement propre à permettre sa réalisation. Ce mécanisme comporte l'obligation pour la partie contractante concernée de mettre en œuvre des mesures visant à corriger ces écarts sur une période déterminée » (art. 3-e). En France, ce mécanisme a pris la forme d'un Haut Conseil des finances publiques, organisme indépendant présidé par le président de la Cour des comptes, M. Didier Migaud – qui fut l'un des pères de la LOLF. Si cet organisme constate un écart important entre la trajectoire de rétablissement de l'équilibre des comptes et l'objectif assigné, le gouvernement doit en tenir compte dans les projets de lois de finances de l'État ou de la sécurité sociale de l'année en cours[70].

Il faut se garder de surestimer la solidité du corset juridique dans lequel on s'efforce ainsi d'enserrer les choix de politique économique. Aucun des objectifs chiffrés fixés par le droit européen n'a été véritablement respecté depuis le Traité de Maastricht et la « règle d'or » imposée par le Pacte de stabilité à tous les pays de la zone euro est vraisemblablement promise à un sort semblable[71]. La discipline de fer est ailleurs : dans les dispositions du Traité de Maastricht qui ont assigné pour unique objectif à la Banque centrale européenne la stabilité des prix[72] et lui ont interdit de prêter aux États[73]. Ce sont deux différences majeures avec les statuts de la Réserve fédérale des États-Unis, dont la mission première est de veiller au plein-emploi et qui peut acheter des obligations émises par l'État fédéral. Ne pouvant se financer auprès de la Banque centrale européenne, les pays de la zone euro sont livrés aux humeurs des marchés financiers. Les nombres réellement doués de force normative ne sont pas ceux inscrits dans les traités, mais ceux des taux d'intérêts sur les marchés obligataires[74].

La gouvernance mondiale

Au niveau international, la gouvernance par les nombres a une face publique et une face privée. Sa face publique se donne surtout à voir dans les conditions auxquelles les institutions internationales subordonnent l'aide qu'elles apportent aux États en difficulté financière. Ces aides sont consenties dans le cadre de plans globaux – les programmes d'ajustement structurel – ou bien de programmes plus ciblés. Tous ces programmes sont assortis d'indicateurs chiffrés, destinés à mesurer la réalisation par les États des objectifs qu'ils leur assignent. Ils sont devenus le bras armé du Fonds monétaire international (FMI) depuis que la suppression en 1971 de la convertibilité du dollar en or a conduit au flottement généralisé des devises. Ces dernières étant désormais traitées comme des produits, dont le prix est fixé par les marchés financiers, la mission de gardien de l'ordre monétaire international qui est celle du FMI est devenue sans objet. Depuis lors, la tâche principale de cette institution a consisté à imposer à tous les États le respect des trois commandements de l'orthodoxie ultralibérale : l'ouverture des frontières commerciales, la déréglementation des marchés du travail et la privatisation des services publics. L'obéissance à ces commandements est assurée par la conditionnalité des aides financières apportées par le FMI[75]. Le versement des aides est échelonné et subordonné à la réalisation des objectifs fixés, évalués par des critères quantitatifs[76]. Parmi ces critères figurent toujours des variables macroéconomiques, telles que certains agrégats de la monnaie et du crédit, les réserves internationales, les soldes budgétaires ou l'emprunt extérieur. Selon un mécanisme qui a été repris pour assurer la discipline monétaire dans la zone euro, le défaut de réalisation d'un critère de réalisation quantitatif peut être admis par le FMI, lorsque l'écart en question est mineur ou temporaire ou parce que les autorités nationales ont pris ou prendront des mesures correctives. D'abord expérimentés en Amérique latine, notamment en Argentine, dont ils ont précipité la faillite, les programmes d'ajustement structurel ont ensuite été appliqués à de nombreux pays du Sud, notamment en Afrique, avant d'être administrés à des pays de la zone euro sous l'égide de la Troïka (Commission européenne, Banque centrale européenne et FMI).

Ce mécanisme de « conditionnalité », assorti d'indicateurs chiffrés, n'est pas propre au FMI. Il est aussi employé par l'Union européenne ou la Banque mondiale dans leur politique d'aide aux pays pauvres. Les ravages

économiques et sociaux qu'ils ont causés ont ouvert la voie à un autre type de programme, assorti d'un autre type d'objectifs quantifiés : les objectifs de lutte contre la pauvreté, de bonne gouvernance ou de développement humain[77]. Tel est l'objet depuis 1990 du Programme des Nations unies pour le développement (PNUD) et, depuis 2000, des « Objectifs du Millénaire pour le développement[78] ». C'est dans le cadre du PNUD qu'a été élaboré par Amartya Sen et Mahbub ul Haq l'« Indice de développement humain » (IDH). Modifiée à plusieurs reprises depuis sa création, sa formule de calcul est depuis 2011 la suivante :

$$\mathrm{IDH} = \sqrt[3]{I_{Vie} \times I_{\text{Éducation}} \times I_{Revenu}}$$

où I_{Vie}, $I_{Éducation}$ et I_{Revenu} sont respectivement les indices de longévité, niveau d'éducation et niveau de vie.

Cet indice est construit par agrégation de sous-indices destinés à mesurer la santé et la longévité, l'éducation et le niveau de vie. Par exemple, le niveau d'éducation est mesuré par la durée moyenne de scolarisation pour les adultes de plus de vingt-cinq ans et la durée attendue de scolarisation pour les enfants d'âge scolaire. Des indicateurs semblables ont été élaborés pour mesurer la « bonne gouvernance[79] ». Ces indicateurs du « bien-être » connaissent aujourd'hui un grand engouement[80], dans le cadre notamment des plans de lutte contre la pauvreté qui succèdent de façon immanquable aux programmes d'ajustement structurel. La question est de savoir s'ils peuvent être d'utiles remèdes ou, au contraire, s'ils contribuent à enfoncer ces pays dans les impasses d'une quantification généralisée.

Le premier objectif non financier qui ait fait l'objet d'une quantification contraignante à l'échelle internationale est la réduction des émissions de gaz à effet de serre, programmée par le Protocole de Kyoto. Instrument normatif de la convention-cadre des Nations unies sur les changements climatiques adoptée à Rio en 1992, ce protocole signé en 1997 est entré en vigueur en 2005 : en 2010, il avait été ratifié par 168 pays, mais ni par la Chine, ni par les États-Unis[81]. Il visait, au cours de la période 2008-2012, une réduction d'au moins 5 % des émissions par rapport au niveau de 1990. La méthode retenue pour y parvenir est une bonne illustration de la

théorie de *property rights*[82]. Elle ne repose pas sur des règlements ou des taxes, mais sur l'institution d'un marché sur lequel s'échangent des droits à polluer. Le mécanisme a été prolongé pour la période 2013-2020 par un amendement adopté à Doha en décembre 2012. Cependant, l'échec de la conférence de Copenhague sur le climat en 2009 et la défection de plusieurs pays initialement signataires (Canada, Japon, Nouvelle-Zélande, Russie) font que seulement 15 % des émissions de gaz dans le monde sont aujourd'hui couvertes par ce dispositif, dont la conception même a été mise en doute par les meilleurs économistes[83].

L'évaluation quantitative des performances des États a aussi une face privée : celle des évaluations chiffrées émises par les agences de notation sur leurs performances et leurs perspectives financières, ainsi que sur la confiance qui doit être accordée aux titres financiers qu'ils émettent. Ces évaluations ont elles aussi donné lieu à l'élaboration d'indicateurs de risques plus ou moins sophistiqués[84]. Au niveau international, ces agences font seulement l'objet d'un code de conduite sans force juridique contraignante : le *Statement of Principles Regarding the Activities of Credit Rating Agencies* (« Déclaration de principes concernant les activités des agences de notation de crédit »), adopté en 2003 par l'International Organization of Securities Commissions (OICV). Jusqu'en 2006, l'Union européenne favorisait le principe de l'auto-régulation en matière d'agences de notation. Après l'implosion des marchés financiers en 2008, elle a adopté une série de règlements[85] destinés à encadrer les activités des agences de notation de crédit, en tentant de prévenir les conflits d'intérêts[86], de garantir le sérieux des méthodes de notation et en plaçant les agences sous la surveillance d'une Autorité européenne des marchés financiers, créée en 2010. L'un des enseignements de l'effondrement financier de 2008 – mais c'était déjà celui de l'affaire *Enron* dans le domaine comptable – est que la gouvernance par les nombres confère un pouvoir immense à ceux qui concourent à leur fabrication, dès lors que cette fabrication est conçue comme relevant d'un savoir technique échappant à tout débat contradictoire[87]. Ces catastrophes à répétition ne sont jamais imputées à un vice de conception de ce type de dispositifs, mais toujours à des défaillances humaines. Ce type de gouvernance n'en conduit pas moins à des impasses qui le rendent insoutenable à terme et font ressurgir des formes nouvelles d'allégeance entre les personnes, ainsi

que nous allons le voir dans la seconde partie de ce livre.

Seconde partie

De la gouvernance par les nombres aux liens d’allégeance

9

Les impasses de la gouvernance par les nombres

« Si vous tentez d'améliorer la performance d'un système de personnes, de machines et de procédures en assignant des objectifs chiffrés aux parties de ce système, le système ruinera vos efforts et vous en paierez le prix là où vous l'attendez le moins[1]. »

Myron TRIBUS

La gouvernance par les nombres partage avec le gouvernement par les lois l'idéal d'une société dont les règles procèdent d'une source impersonnelle et non pas de la volonté des puissants. Elle s'en distingue par son ambition de liquider toute espèce d'hétéronomie, y compris celle de la loi. Là où la loi « règne souverainement[2] », elle constitue une instance hétéronome qui s'impose à tous, et cette hétéronomie est la condition première de l'autonomie dont jouissent les hommes qui vivent sous son règne. Ce montage normatif est le même que celui de l'institution du langage. Pour pouvoir s'exprimer librement, chaque locuteur doit se soumettre à la loi de la langue dans laquelle il parle. Il nous faut obéir aux règles impersonnelles qui réfèrent certains signifiants à certains signifiés pour accéder à l'autonomie de pensée et d'expression que donne la maîtrise de cette langue. C'est à cette condition que nous pouvons accéder à l'univers réflexif qui est celui des langues naturelles, c'est-à-dire à un univers où nous pouvons nous observer nous-mêmes et parler dans ces langues des règles qui nous gouvernent. Mais dans ces langues, la référence du signifiant au signifié n'est pas univoque et laisse place à la polysémie, c'est-à-dire à la pluralité d'interprétations possibles d'un même énoncé.

Au contraire des langues naturelles, le langage logico-mathématique est en principe univoque et non réflexif. Les symboles qu'on y emploie ont un sens et un seul, mais on ne peut en parler qu'en usant des langues naturelles à partir duquel ils ont été construits. L'un des apports fondamentaux des mathématiques modernes a toutefois consisté à

introduire la réflexivité en mathématiques par le codage de certaines de ses formules. C'est cette invention géniale qui a permis à Gödel de démontrer l'existence de propositions indécidables : indécidables car susceptibles de plusieurs interprétations possibles[3]. Le langage informatique est né de cette découverte et il possède une certaine réflexivité, un programme pouvant prendre pour donnée un autre programme[4]. L'ordinateur est une machine capable de s'autogouverner dans les limites du programme qu'elle exécute. L'invention d'une telle machine a rendu concevable une société conçue sur son modèle, qui serait régie par des règles impersonnelles immanentes à son fonctionnement. Autrement dit, à une société purgée de toute hétéronomie, régie par un programme immanent, inhérent à son être. Concevoir ainsi la société sur le modèle de la machine procède d'un imaginaire déjà présent, au moins depuis Hobbes, dans la pensée juridique occidentale[5]. Référée à un nouvel objet fétiche – non plus l'horloge, mais l'ordinateur –, la gouvernance par les nombres vise à établir un ordre qui serait capable de s'autoréguler, rendant superflue toute référence à des lois qui le surplomberaient. Un ordre peuplé de particules contractantes et régi par le calcul d'utilité, tel est l'avenir radieux promis par l'ultralibéralisme, tout entier fondé sur ce que Karl Polanyi a appelé le solipsisme économique[6].

Il y a toutefois des raisons scientifiques de douter qu'un tel avenir puisse jamais advenir. Poursuivant l'utopie d'une normativité entièrement calculable, la gouvernance par les nombres sape les bases même d'un calcul rationnel. On sait depuis Gödel qu'une série indéfinie d'axiomes, ajoutés les uns après les autres, ne saurait faire échapper un système formel à une part irréductible d'incalculable. Ceux-là même dont les découvertes ont donné le jour à l'informatique ont été aussi les premiers à souligner que l'esprit humain n'était pas réductible à la machine[7]. « Si nous devons dire en une phrase quelle est la signification de la réfutation par Gödel du programme de Hilbert, écrit ainsi le mathématicien Jean-Yves Girard, c'est : "Il y a des choses qui ne sont pas du ressort du mécanisme."[8] » La portée exacte de ces découvertes demeure ignorée par de nombreux scientifiques, qui restent attachés au formalisme mathématique, notamment au mécanicisme et à la complétude qui ont l'avantage de donner une vision simple et réductrice du monde[9]. Et elle est le plus souvent incomprise hors du champ mathématique, où les travaux de Gödel ou de Turing donnent lieu à des extrapolations plus ou moins

fantaisistes[10]. Ce qui ne doit pas surprendre, car les découvertes scientifiques d'une époque donnée nourrissent inévitablement l'imaginaire de cette époque et influent ainsi sur la manière de régir la société[11].

Pour donner une idée des impasses où engage la gouvernance par les nombres, nous commencerons par évoquer quelques-uns de ses effets de structure sur l'ordre juridique avant d'évoquer la résistance que celui-ci lui oppose nécessairement.

Les effets de structure de la gouvernance par les nombres

Dans la mesure où le droit contribue à ancrer dans la réalité l'image que nous avons du monde où nous vivons et de ce qu'il pourrait ou devrait être, la normativité juridique participe de l'institution de la raison. Cette fonction anthropologique suppose, pour être remplie, de tenir compte à la fois des réalités de ce monde et de la capacité propre de l'espèce humaine de le transformer en ayant, comme le disait Proudhon, son idée dans le creux de sa main[12]. Dans un gouvernement de type taylorien, cette capacité d'action réfléchie est le monopole d'une minorité de dirigeants (la bourgeoisie ou l'avant-garde du prolétariat), la masse des travailleurs étant en revanche réduite à l'état de rouages obéissant mécaniquement aux règles de l'atelier et à la cadence des machines. La dichotomie ainsi instituée – entre ceux qui sont chargés de penser et diriger et ceux qui sont chargés d'obéir sans penser – tend à disparaître avec la gouvernance par les nombres. Il y aurait lieu de s'en réjouir si cette dernière ancrait davantage la pensée des dirigeants dans l'expérience de la réalité et permettait réciproquement aux dirigés, qui ont cette expérience, de faire savoir et de mettre en œuvre ce qu'ils pensent. Mais c'est tout le contraire que produit la gouvernance par les nombres. Loin de nous éveiller du fantasme de la machine à gouverner, elle nous y plonge plus profondément en enrôlant dirigeants et dirigés dans un processus de rétroaction à une représentation chiffrée du monde déconnectée de l'expérience. Loin de réconcilier objectivité et subjectivité dans la conduite des affaires humaines, elle altère l'une et l'autre en substituant la carte au territoire et la réaction à l'action.

La perte de l'objet :
la carte substituée au territoire

La philosophie du management par objectifs prétend distinguer soigneusement le temps de l'action et celui de son évaluation. La structure de l'autocontrôle qu'elle promeut est donc en principe ternaire, car elle articule : a) la fixation des objectifs ; b) l'action qui tend à leur réalisation ; et enfin c) l'évaluation de la performance accomplie, qui rétroagit sur la définition des objectifs ou de l'action menée. Mais la gouvernance par les nombres dote les indicateurs chiffrés utilisés pour cette évaluation d'un effet normatif. On passe alors, contrairement aux recommandations de Peter Drucker, de l'autocontrôle au contrôle de direction[13]. La satisfaction des indicateurs et la réalisation des objectifs se confondent alors, donnant naissance à ce qu'on peut appeler l'*indicateur objectif*. C'est-à-dire à une fusion des deux sens différents du concept d'objectif : son sens substantif de *but* assigné à une action et son sens qualificatif d'*objectivité* d'un jugement porté sur le réel. Cette fusion des objectifs et des indicateurs est inévitable dès lors que l'évaluation est purement quantitative, car dans ce cas les nombres ont déjà été chargés d'une valeur qualitative qui s'impose à l'évaluateur et ils ne peuvent être remis en question.

Ainsi en va-t-il par exemple de l'évaluation des travaux de recherche, lorsqu'elle est fondée, non sur le progrès des connaissances, mais sur des indicateurs bibliométriques qui rapportent leur valeur à celle des revues scientifiques où ils ont été publiés. Le monde universitaire, qui n'avait pas été affecté par l'organisation taylorienne du travail, est aujourd'hui l'un des terrains d'élection de la gouvernance par les nombres. Les chercheurs en économie sont à la pointe de cette substitution du calcul au jugement dans les procédures d'évaluation. Comme le héros de *La Colonie pénitentiaire* de Kafka, ils s'appliquent avec beaucoup de rigueur à eux-mêmes les méthodes de gouvernement des hommes dont ils préconisent la généralisation à tous les domaines de la vie humaine. Ainsi, la Cour des comptes rapporte-t-elle que pour « rémunérer l'excellence » et rétribuer les performances individuelles de ses chercheurs, la Toulouse School of Economics a « mis en place un système de rémunération "au mérite", fondé sur l'octroi de primes aux chercheurs qui publient dans les cent meilleures revues internationales d'économie (dont aucune n'est française). Un mécanisme de calcul sophistiqué permet de fixer de manière objective le montant de la prime en fonction du statut de l'article, du nombre de co-auteurs, de son volume et du classement de la revue : si la revue figure parmi les cinq meilleures revues du monde, la prime est au niveau le plus élevé[14] ». Avec une procédure de ce type, il n'est plus

besoin de lire les articles scientifiques, encore moins de se demander s'ils ont contribué à une meilleure intelligibilité ou à une meilleure maîtrise de l'économie réelle dans le monde réel. Le jugement de valeur est déjà incorporé dans le poids numérique attribué à chacune des revues considérées. Il suffit donc de calculer et ce calcul peut être confié à une machine qui assure l'« objectivité » de l'évaluation. Se manifeste ici la volonté, repérée il y a un demi-siècle par Günther Anders, de « remettre le pouvoir de décider à un instrument (puisque le "dernier mot" doit être objectif, et qu'on ne considère aujourd'hui comme "objectifs" que les jugements prononcés par des objets)[15] ». Malgré les critiques féroces qu'ils suscitent chez certains chercheurs[16], à commencer par des mathématiciens[17], ces dispositifs sont de plus en plus répandus et servent à décider de l'allocation des crédits et des recherches à engager. Ainsi, dans les meilleures universités chinoises, les promotions des juristes dépendent-elles aussi de leurs publications dans un nombre limité de revues, toutes de langue anglaise. Ils sont de fait incités à abandonner toute recherche sérieuse sur les systèmes juridiques autres que ceux de *common law* (car il n'y a pas de recherche juridique sérieuse qui puisse faire l'économie de l'apprentissage des langues propres à chacun de ses systèmes). L'amélioration éventuelle du score de l'université dans son ensemble va donc de pair avec un appauvrissement considérable de ses capacités de recherche en droit comparé.

À une échelle beaucoup plus large, le fameux « classement de Shangaï » est devenu en peu d'années *la* norme d'évaluation des universités du monde entier. Conçu par des chercheurs de l'Université de Shanghai Jiao Tong, l'*Academic Ranking of World Universities* se calcule en tenant compte dans les proportions suivantes pour chaque établissement considéré : du nombre de médailles Fields et de prix Nobel parmi ses membres (20 %) et ses anciens élèves (10 %) ; du nombre de ses chercheurs les plus cités dans leur discipline (20 %) ; du nombre des articles qu'ils ont publiés dans les revues *Nature* ou *Science* (20 %) ou qui ont été indexés dans *Science Citation Index* ou *Arts & Humanities Citation Index* (20 %) et enfin du rapport de ces performances à la taille de l'établissement (10 %)[18]. Ce classement pèse d'un poids très lourd sur les choix de politique législative en matière d'enseignement supérieur, les engageant dans une course au gigantisme pour améliorer leur place dans ce classement. Il suffirait en fait de fusionner toutes les universités françaises en un seul établissement dénommé « Université de France » pour sortir

(provisoirement) vainqueur de cet exercice de *benchmark*. Or, il y a de bonnes raisons de penser que ce classement n'est rien d'autre qu'un des avatars des « chiffres de contrôle » que la Chine a hérité de sa période de planification socialiste de l'économie[19]. Et les mêmes causes continuent de produire les mêmes effets dévastateurs sur les performances réelles des institutions ainsi soumises à la gouvernance par les nombres. Rabattre le jugement sur le calcul conduit à se couper progressivement de la complexité du réel, autrement dit à substituer la carte au territoire.

Cette substitution est à l'œuvre dans tous les dispositifs juridiques qui mettent en œuvre la gouvernance par les nombres. L'introduction en France du *New public management* par la LOLF a ainsi conduit à l'élaboration d'un océan d'indicateurs de performance répartis en grandes familles (indicateurs d'efficacité, indicateurs de qualité et indicateurs d'efficience), et dont le point commun est d'être quantifiés[20]. Ainsi, par exemple, le décret du 29 août 2011, qui généralise les primes de performance dans la fonction publique d'État, dispose que « la définition d'un dispositif d'intéressement à la performance collective comporte la fixation : 1° des objectifs, des indicateurs et des résultats à atteindre sur une période de douze mois consécutifs. Cette période peut s'inscrire dans un programme d'objectifs pluriannuel[21]… ». La séquence « des objectifs, des indicateurs et des résultats à atteindre » désigne ici un tout indissociable. La circulaire de mise en œuvre du décret emploie du reste ces notions comme des synonymes et les exemples qu'elle donne d'indicateurs de « qualité du service rendu » montrent que cette qualité doit toujours être ramenée à des quantités : « la *proportion* de sites/d'organismes inspectés ; le *taux* de mise en œuvre de la réglementation applicable à une politique ; le *taux* de dématérialisation des procédures ; le *taux* de satisfaction de l'usager ; les *délais* de traitement des demandes de titres ; les *délais* moyens de traitement des dossiers ; le *niveau* d'information de l'usager[22] ».

Dès lors, les agents concernés sont incités à satisfaire les indicateurs, indépendamment de l'amélioration réelle des services rendus. Telle est l'une des leçons de la loi américaine déjà évoquée *No Child Left Behind*[23]. Pour améliorer leur score, les écoles ont baissé leurs standards d'évaluation et pour améliorer leur primes les enseignants ont réduit leurs ambitions pédagogiques à un « bachotage » (*teaching to the test*), allant parfois jusqu'à fournir les réponses aux élèves pour assurer les résultats de

ces derniers[24]. Au vu de ces nombreux effets pervers, un débat s'est ouvert après l'élection du président Obama, sur le point de savoir si ce dispositif était réformable ou bien s'il était vicieux dans son principe même.

Cette déconnection des réalités procède également des opérations de qualification statistique sur lesquelles reposent les indicateurs macro-économiques[25]. Ainsi, pour tendre vers l'« indicateur objectif » des 3 % du PIB assigné au déficit public[26], il suffit de transférer au secteur privé les déficits de services antérieurement rendus par le secteur public. La baisse régulière de la prise en charge du « petit risque » par l'assurance maladie diminue le déficit tout en augmentant mécaniquement le marché des assurances privées[27]. L'inconvénient est que la couverture santé assurée par le privé a des trous – elle ne couvre pas ceux qui sont trop pauvres pour se la payer –, mais l'avantage est qu'elle ne pèse pas sur les comptes publics. Autrement dit, l'amélioration de l'indicateur n'entraîne aucune diminution des dépenses réelles – elle peut au contraire en entraîner la flambée, comme le montre l'exemple des dépenses de lunetterie –, mais elle conduit à une dégradation de la protection sanitaire de la population.

À l'échelle internationale, cette substitution de la carte au territoire se donne à voir par exemple dans les plans de lutte contre la pauvreté, qui ont succédé dans de nombreux pays à des années d'ajustement structurel. Réduite à un indicateur chiffré en dollars, la « pauvreté » se présente dans ces plans comme une donnée statistique, susceptible d'être appréhendée de la même manière sur toute la surface du globe à l'instar des épidémies ou des catastrophes naturelles. Dans le cadre des Objectifs du millénaire, l'extrême pauvreté a ainsi été définie par les Nations unies comme le fait de vivre avec moins d'un dollar par jour. Une telle définition ne peut que rendre aveugle à tout ce qui, dans le niveau et la qualité de la vie, ne relève pas d'une évaluation monétaire, mais dépend de l'inscription dans une société et une culture. Lorsque cette représentation statistique de la société est construite dans un cadre national, elle peut éventuellement être mise en question par la représentation parlementaire ou syndicale et sa normativité demeure sous contrôle démocratique. Ces contrepoids disparaissent lorsque cette représentation chiffrée du social prétend transcender ces autres formes de représentation et valoir uniformément sur toute la surface du globe. Le risque alors est de s'enfermer et d'enfermer les peuples dans les boucles autoréférentielles d'un discours technocratique qui écrase les réalités de la vie humaine au lieu de les représenter.

Censée relever d'une rationalité technique, la construction de ces indicateurs est l'enjeu de luttes de pouvoir qui échappent à tout débat démocratique[28]. Corinne Eyraud décrit les âpres négociations qui ont opposé les fonctionnaires français du ministère du Budget et ceux du ministère de l'Enseignement supérieur, au sujet de la définition des indicateurs de performance de ce dernier[29]. Les « universitaires » essayaient de faire avaliser les indicateurs les plus propices à la sauvegarde de leur budget, comme par exemple le nombre d'étudiants accueillis. Les inspecteurs des finances, au contraire, entendaient imposer des indicateurs dont ils savaient qu'ils seraient les plus difficiles à atteindre (par exemple, les taux de réussite dans les premiers cycles universitaires) et qu'ils permettraient de mettre en évidence l'inefficience des « opérateurs » de la mission. C'est ce type d'alchimie qui sert à convertir en chiffres la formation ou la recherche universitaire et à orienter en conséquence la dépense publique. Les indicateurs retenus pour les Rapports annuels de performance (RAP)[30] en matière de recherche donnent une assez bonne idée du congédiement du réel au profit d'un processus imaginaire de *benchmark*. Ainsi, le programme de la LOLF n° 150, « Formations supérieures et recherche universitaire », comporte un objectif n° 7, « Produire des connaissances scientifiques au meilleur niveau international » dont la réalisation est mesurée par l'indicateur 7.1 « Production scientifique des opérateurs du programmes » qui se calcule en divisant le « nombre de publications de référence internationale des opérateurs du programme » par le « nombre de publications de référence internationale du monde » (part mondiale) ou « de l'UE 27 »[31]. Ce qui aboutit à la représentation suivante des performances de la recherche française :

Indicateur 7.1 : Production scientifique des opérateurs du programme

(du point de vue du citoyen)
Indicateur de la mission

	Unité	2009 Réalisation	2010 Réalisation	2011 Prévision PAP 2011	2011 Prévision mi 2011	2011 Réalisation	2013 Cible PAP 2011
Part des publications de référence internationale des opérateurs du programme dans la production scientifique de l'Union européenne	%	8,59	8,68	>8,2	>8,2	8,66p	>=8,5
Part des publications de référence internationale des opérateurs du programme dans la production scientifique du monde	%	2,75	2,75	>2,2	>2,2	2,72p	>=2
Part des publications de référence internationale des opérateurs du programme dans la production scientifique de l'espace France-Allemagne-Grande-Bretagne	%	18,2	18,5	>17,9	>17,9	18,7	>=17,7

Cet indicateur identifie le progrès des connaissances avec la mesure supposée des parts relatives des « opérateurs du programme » sur le marché international des « produits » de la recherche. Au-delà de cette perte de contact avec l'évolution de l'état des savoirs, ce type d'« indicateur objectif » assigne pour premier objectif aux organismes de recherche français l'amélioration de leur classement dans ce *benchmarking* international. Substituer ainsi la réactivité à des signaux chiffrés à l'activité de recherche, ne peut que casser les ressorts subjectifs du travail des chercheurs. Ce travail ne consiste pas, en effet, à améliorer des scores, mais – selon la formule de Thomas Kuhn – à résoudre des énigmes[32]. Il y a une certaine ironie de l'histoire à ce que le monde de la recherche soit ainsi victime à son tour d'un usage de la quantification qu'il a lui-même enfanté en fétichisant les symboles mathématiques, ce qui interdit de penser leur rapport au réel dans toute sa complexité. Cette approche « non ontologique » de la quantification, notamment en sciences économiques, condamne à la dégénerescence, la modélisation, le réel étant congédié au profit de sa représentation mathématique[33].

La perte du sujet : la réaction substituée à l'action

Mettant en œuvre la fiction selon laquelle l'homme aurait sur son propre corps un droit de propriété, le code civil a permis que la « force de travail » puisse être louée par son propriétaire, comme il louerait un moulin ou un cheval de trait. Le taylorisme a transposé cette réification au management, en fondant l'« organisation scientifique » du travail sur la neutralisation des facultés mentales de l'ouvrier. Le contrat de travail a donné forme juridique à cette dissociation du sujet pensant – réduit à la figure du contractant – et d'un travail désubjectivé – réduit à une quantité de temps subordonné. Cette fiction a été rendue soutenable par le droit social, qui a conféré aux salariés le minimum de sécurité physique et économique nécessaire au maintien de leur capacité de travail sur le temps long de la vie humaine. Ainsi conçu, le contrat de travail a rendu possible l'institution d'un « marché du travail » et rendu caduques les deux figures juridiques qui avaient auparavant présidé à l'organisation de l'économie : celle de l'esclavage, qui rabat le travail sur le monde des choses en qualifiant le travailleur lui-même de chose ; et celle du statut corporatif qui fait au contraire du travail l'un des éléments de l'identité des personnes[34].

Traitant l'être humain comme une machine intelligente, la gouvernance par les nombres bouscule ce montage juridique. Le travail ne s'y présente plus comme une chose, comme une source d'énergie dont on serait propriétaire et qu'on pourrait louer à autrui en se plaçant sous ses ordres. Mettant fin à la césure du sujet contactant et de l'objet « travail », cette gouvernance fait advenir un nouveau type de sujet – le sujet programmé – capable de s'objectiver lui-même. Le travailleur programmé est un « sujet objectif », tout entier mu par le calcul, capable de s'adapter en temps réel aux variations de son environnement pour atteindre les objectifs qu'il lui ont été assignés. Au plan juridique, la réalisation de cette nouvelle figure du travailleur ne peut qu'altérer la force obligatoire du contrat de travail. Si ce dernier permet de traiter le travail comme une chose négociable, c'est parce qu'il reconnaît au salarié la qualité de contractant. Cette reconnaissance lui confère une sécurité juridique minimale puisque son employeur ne peut pas réduire son salaire ou augmenter la durée de son travail sans son consentement. Cette « rigidité » du contrat – qu'il ne faut pas confondre avec celle de la loi, que le libéralisme dénonce de manière obsessionnelle – entrave le déploiement de la gouvernance. Celle-ci exige une « main d'œuvre susceptible de s'adapter, ainsi que des marchés du travail aptes à réagir rapidement à l'évolution de l'économie, en vue d'atteindre les objectifs… » (TFUE, art. 145). Autrement dit, elle exige ce que l'on appelle aujourd'hui – en usant d'une métaphore empruntée à la science des matériaux – des travailleurs « flexibles ». Cette flexibilisation s'était cantonnée jusqu'à maintenant aux dispositions légales et conventionnelles. Elle a été étendue aux contrats individuels de travail par des réformes récentes qui permettent de recourir à des accords d'entreprise pour baisser les salaires ou imposer une mobilité géographique[35]. Se dessine ainsi un nouveau type de lien de droit qui, à la différence du contrat, n'a pas pour objet une quantité de travail, mesurée en temps et en argent, mais la personne même du travailleur. Sa réactivité et sa flexibilité étant incompatibles avec la force obligatoire du contrat, il est inévitable de le priver d'une partie de ses attributs de contractant.

L'avènement de ce sujet programmé fait surgir un risque ignoré des précédentes révolutions industrielles : celui d'atteinte à la santé mentale[36]. Dans l'univers fordiste, le travailleur risquait de perdre sa santé physique et parfois sa vie[37], il était exposé à l'abrutissement, mais il ne risquait pas de perdre la raison. L'analyse juridique permet de dater assez précisément la naissance et l'extension de ce nouveau risque. Il apparaît pour la

première fois dans le code français du travail en 1991 et c'est en 2010 que les troubles mentaux et du comportement ont été introduits dans la liste des maladies professionnelles de l'OIT. Des cas de suicides sur les lieux du travail ont commencé à être rapportés par les médecins du travail vers la fin des années 1990[38]. Leur nombre a cru ces dernières années, non seulement en Europe (spécialement en France), mais aussi dans les entreprises des pays émergents qui importent les mêmes méthodes d'organisation du travail (notamment en Chine[39]). Ce phénomène est apparu dans un contexte de montée du stress et de dépressions nerveuses liées aux conditions de travail[40]. Ces nouvelles formes de déshumanisation du travail ne sont pas une fatalité, ni la rançon inévitable du progrès technique. Bien au contraire, les nouvelles technologies de l'information peuvent être un formidable instrument de libération de l'Homme lorsqu'elles lui permettent de concentrer les forces de son esprit sur la part la plus créative de son travail, c'est-à-dire la plus poétique au sens premier du terme. Nos nouveaux outils informatiques pourraient donc être une chance d'arracher le travail à l'abrutissement où l'avait plongé le taylorisme. Mais ces possibilités sont ignorées dès lors qu'on pense le travailleur sur le modèle de l'ordinateur au lieu de penser l'ordinateur comme un moyen d'humaniser le travail. Astreint à une réactivité en « temps réel », absorbé dans une représentation virtuelle du monde et évalué à l'aune d'indicateurs de performance sans rapport avec les conditions de son exécution, le travail n'est plus ce mode essentiel d'inscription de l'être humain dans la réalité du monde, qui lui permet d'avoir et garder raison. Il l'enferme au contraire dans un système de signifiants sans signifiés qui exige de lui une augmentation indéfinie de ses « performances » en même temps qu'il le prive de toute réelle capacité d'action, c'est-à-dire de la capacité d'agir librement, à la lumière de son expérience professionnelle et au sein d'une communauté de travail unie par l'œuvre à accomplir. Là où le taylorisme misait sur l'entière *subordination* des travailleurs à une rationalité qui leur restait extérieure, il s'agit maintenant de tabler sur leur *programmation*, c'est-à-dire d'étendre aux esprits des disciplines jusqu'alors réservées aux corps en usant massivement de psychotechniques[41]. Avec la gouvernance par les nombres, les résultats du travail sont essentiellement mesurés par des indicateurs chiffrés, mais il faut que le sujet s'approprie cette évaluation pour rétroagir positivement à l'écart qu'elle dévoile entre sa performance et ses objectifs. Tel est l'objet d'une technique de management qui s'est

rapidement répandue dans toutes les grandes organisations : l'entretien individuel d'évaluation. Robert Castel fut le premier à observer l'« innovation » que constitue cette extension à l'esprit des disciplines jusqu'alors réservées au corps. Il l'a nommé la « thérapie pour les normaux[42] ». Selon la théorie du management, cet entretien doit tout à la fois permettre au salarié « de donner un sens à son travail et de comprendre sa place dans l'entreprise » et à cette dernière « de mobiliser au maximum l'engagement individuel source de performance[43] ». Sont ainsi métamorphosées à des fins économiques les vieilles techniques religieuses et judiciaires de l'aveu. Quand ces dernières signifiaient le pouvoir subjectif d'assumer sa conduite, l'entretien psychothérapeutique relève au contraire de ce que Gladys Swain et Marcel Gauchet ont identifié comme de nouvelles techniques de dépendance et de dépossession de soi[44]. Avec un certain nombre d'effets pathogènes que la clinique n'a pas manqué de mettre en évidence[45].

Cette conversion du sujet en objet réactif est une caractéristique plus générale de la gouvernance par les nombres. Ainsi, concernant le cas déjà évoqué des plans de lutte contre la pauvreté, les ressources intellectuelles locales ne sont pas mobilisées pour les *concevoir*, mais pour les *mettre en œuvre*. On ne demande pas aux chercheurs indigènes de formuler les questions soulevées par la réalité des conditions de vie de leurs compatriotes, mais de remplir des questionnaires conçus d'avance par les organisations internationales. La situation n'est pas très différente en France. Les « pauvres », à la différence des riches, sont les objets inlassablement radiographiés par les sciences sociales, comme ils sont les sujets objectifs, et espère-t-on, réactifs, des programmes de retour à l'emploi. Ce n'est que de manière tout à fait exceptionnelle qu'ils sont véritablement traités en *sujets*, invités à faire connaître l'expérience qu'ils ont de la pauvreté[46].

Cette altération de la qualité de sujet de droit n'est du reste pas réservée aux personnes physiques. Les entreprises elles aussi sont traitées par la gouvernance par les nombres comme des « sujets objectifs » asservis aux signaux qu'ils reçoivent programmés pour atteindre certains résultats. Toute entreprise d'une certaine taille est aujourd'hui à la fois un *sujet* opérant sur les marchés et un *bien* sur lequel ces marchés spéculent. Une fois asservie à la réalisation d'objectifs financiers à court terme, l'entreprise est plongée dans le temps entropique de la désorganisation des

organisations[47]. Sa capacité de se projeter dans l'avenir se délite de même que la qualité de ses produits. Elle continue d'être un sujet économique, mais un sujet programmé, qui pourra lui aussi faire l'objet, au sens le plus technique du terme, d'une dépropriation de soi. L'une des manifestations juridiques la plus claire de cette dépropriation est la manière dont on a rompu dans les années 1990 avec un interdit séculaire qui interdisait aux sociétés commerciales de racheter leurs propres actions. Cet interdit était au fondement du droit des sociétés par actions, car ce qui justifie le droit des actionnaires aux dividendes, c'est qu'ils assurent le financement de l'entreprise. Les autoriser, comme l'a fait en France la loi Strauss-Kahn du 2 juillet 1998[48], à racheter une partie de leurs titres pour augmenter la valeur de ceux de leurs actionnaires, inverse ce lien d'obligation, en enrichissant ces derniers aux dépens de l'entreprise[49]. Cette réforme a comblé les vœux de cette catégorie particulière d'actionnaires qui attendent de l'entreprise, non pas tant qu'elle entreprenne, c'est-à-dire qu'elle déploie sur le long terme une activité économique rentable, mais bien plutôt qu'elle rapporte le plus d'argent possible dans le moins de temps possible[50]. Autrement dit, elle a favorisé la spéculation au détriment de l'investissement. Une grande part des liquidités dont les banques centrales ont inondé les marchés financiers depuis 2008 dans l'espoir de faire repartir l'économie a ainsi servi aux très grandes entreprises à racheter leurs propres actions pour enrichir leurs actionnaires, au point que l'agence financière Bloomberg elle-même a fini par s'en inquiéter[51].

Ce sont enfin les États eux-mêmes, ces Sujets souverains par définition, que la gouvernance par les nombres métamorphose en « sujets objectifs », n'agissant plus librement, mais réagissant à des signaux chiffrés. La mise en œuvre des programmes d'ajustement structurel destinés à rétablir des équilibres budgétaires acte cette perte de souveraineté. À l'instar du travail dans une entreprise, le travail des nations, et notamment celui des pays de la zone euro, est soumis par ces programmes à une « organisation scientifique » qui échappe au débat politique. Comme le montre l'expérience européenne de la Troïka[52], dès lors que l'on admet que gérer un pays et gérer une entreprise sont une seule et même chose, en cas de crise financière, il est non seulement concevable, mais indispensable de le placer sous la tutelle d'administrateurs judiciaires et de procéder à la liquidation de ses actifs[53], à défaut de pouvoir licencier ses habitants. Consulter ces derniers sera alors jugé aussi « irresponsable » que de laisser

un entrepreneur en faillite à la tête de ses affaires[54]. La dépossession de soi à laquelle conduit la gouvernance par les nombres concerne aussi bien les peuples que les individus et les entreprises.

Les êtres humains n'étant pas des ordinateurs, ne se laissent jamais entièrement programmer ni objectiver, soit qu'ils sombrent dans la maladie mentale ou le suicide, soit qu'ils rusent avec l'univers des nombres pour agir avec leurs propres idées en tête. À la différence des machines, ils comprennent vite que la satisfaction des indicateurs est une présomption irréfragable d'atteinte des objectifs. Valéry en a fait la remarque : « Le contrôle, en toute matière, aboutit à vicier l'action, à la pervertir […], dès qu'une action est soumise à un contrôle, le but profond de celui qui agit n'est plus l'action même, mais il conçoit d'abord la prévision du contrôle, la mise en échec des moyens de contrôle[55]. » La pratique de la planification soviétique regorgeait d'exemples de ce genre, où pour satisfaire l'objectif de doublement du métrage linéaire de tissu produit par une usine en une année, il suffisait de le produire en mi-largeur ; ou bien pour atteindre le quota de production de bottes quand le cuir venait à manquer, on en fabriquait en carton ou seulement de petite taille[56]. Pour augmenter les scores bibliométriques qui servent à mesurer sa performance, un chercheur peut fort bien découper aujourd'hui en quatre articles ce qu'il aurait autrement publié en un seul, voire tricher sur ses sources ou falsifier ses résultats[57]. L'agent d'accueil qui sait qu'on mesure sa performance au nombre d'usagers auxquels il n'aura pu répondre avant la cinquième sonnerie de son téléphone, programmera ce dernier pour qu'il raccroche automatiquement à la troisième sonnerie, ce qui fera grimper l'indicateur de qualité du service rendu. Dans un article très informé des réalités maliennes, Ousmane O. Sidibé a décrit comment, après avoir exigé le licenciement d'un grand nombre d'enseignants dans le cadre des programmes d'ajustement structurel, les bailleurs de fonds internationaux ont ensuite subordonné leur aide à l'amélioration du taux de scolarité (composante de l'indicateur de développement humain)[58]. Pour résoudre cette quadrature du cercle, les États africains concernés ont recruté à la hâte une masse d'enseignants contractuels non qualifiés et sous-payés, à qui ils ont confié la formation de classes pléthoriques dans des hangars sans moyens pédagogiques. L'amélioration de l'indicateur s'est opérée ici au prix de la dégradation de la formation de générations entières d'enfants et d'adolescents, qui ont été privés des modes traditionnels de transmission de la culture et du savoir, sans avoir pour autant accès à un système

scolaire digne de ce nom. Faire de la satisfaction d'indicateurs l'objectif d'un travail, non seulement détourne une partie de ce travail d'une action productive (un temps croissant étant consacré à renseigner ces indicateurs), mais le déconnecte des réalités du monde, auxquelles est substituée une image chiffrée construite dogmatiquement.

La résistance du Droit à la gouvernance par les nombres

En même temps qu'il est pénétré par la gouvernance par les nombres et qu'il lui confère une force normative, le droit lui résiste et développe à son égard des sortes de défenses immunitaires. Ces défenses sont de type structurel, car la forme juridique ne pourrait, sans disparaître, se fondre sans reste dans l'univers de la gouvernance par les nombres, dont la structure binaire est incompatible avec la ternarité de la structure juridique. La forme juridique, tant qu'elle résiste, ménage nécessairement des aires de liberté, aussi ténues soient-elles. Alexandre Zinoviev en a donné dans les *Hauteurs béantes* une démonstration, où s'exprime sa culture de mathématicien et de logicien. Soit, imagine-t-il, un texte A, qui peut être qualifié d'hostile à la société (texte *anti*) par application d'un système de règles juridiques B. L'auteur N de A pourra être poursuivi. Mais, demande Zinoviev :

> Quelle sera donc la nature d'un texte du type "N affirme que A" du point de vue de B ? Serait-ce un texte "anti" ? Parfait, mais alors que dira-t-on du procureur lorsqu'il m'accusera au tribunal d'affirmer "N affirme que A" ? Que cet homme prononce un texte "anti" ? Non ? Et pourquoi ? Où sera le critère formel qui permettra de nous distinguer ? Il est vrai que j'ai employé une fois le mot "affirme" et que le procureur l'a fait deux fois. Mais si une telle loi est adoptée, je n'aurais qu'à déclarer à l'avance le texte suivant : "M affirme que N affirme que A" […]. Faites-moi un code B, qui contienne des lois qui permettent d'apprécier des textes comme "anti", et je me fais fort d'élaborer, à partir de n'importe quel texte "anti", un texte qui ne pourra pas être jugé tel d'après B, mais qui sera de toute façon compris comme un texte d'opposant. Tout droit rigoureux est a priori une possibilité d'opposition[59].

La société communiste obéissait à sa propre normativité qui n'était pas, selon Zinoviev, de type juridique : « Les normes qui règlent la conduite des hommes répondent, non pas aux principes du droit, mais à ceux de la

raison d'État, des intérêts des collectivités et du pays tout entier. Le pouvoir en ce domaine est seul juge[60]. » Le formalisme juridique comporte une capacité de résistance qui était incompatible avec les principes fondamentaux et la nature même du pouvoir dans une société communiste. C'est une résistance de ce genre que donne à voir l'analyse juridique, lorsque la gouvernance par les nombres contredit trop fortement le principe de démocratie et les droits fondamentaux, à commencer par le droit à l'intégrité physique et mentale.

Le principe de démocratie

Contrairement à l'optimisme de ceux qui identifient démocratie et quantification[61], l'emprise de la gouvernance par les nombres s'accompagne d'une *restriction du périmètre de la démocratie*. Ce point est essentiel dans la pensée de Hayek, qui, après Lénine, appelait à son tour à « détrôner la politique[62] ». Dans la perspective ultralibérale, l'organisation de l'économie doit être mise à l'abri de pouvoir des citoyens au motif que « l'économie de marché est en grande partie incompréhensible [à la plupart des membres des sociétés occidentales] ; ils n'ont jamais pratiqué les règles sur lesquelles elle repose, et ses résultats leur semble irrationnels et immoraux […], leur revendication d'une juste distribution – pour laquelle le pouvoir organisé doit être utilisé afin d'allouer à chacun ce à quoi il a droit – est ainsi un atavisme fondé sur des émotions originelles[63] ». C'est pourquoi Hayek lançait ce mot d'ordre : « L'ultime bataille contre le pouvoir arbitraire, nous avons encore à la livrer – le combat contre le socialisme et pour l'abolition de tout pouvoir contraignant prétendant diriger les efforts des individus et répartir délibérément leurs fruits[64]. » Cette nécessité d'empêcher que la démocratie ne vienne perturber les calculs économiques avait aussi été défendue sous Mussolini par le grand statisticien italien Corrado Gini – inventeur du célèbre coefficient du même nom –, dans un article au titre on ne peut plus explicite : « The scientific basis of fascism[65] ». Il n'est pas besoin de revenir sur le cas du Chili du général Pinochet, qui fut le premier terrain d'expérimentation à grande échelle des thèses ultralibérales et dont Hayek dira : « Ma préférence personnelle va à une dictature libérale et non à un gouvernement démocratique dont tout libéralisme est absent[66]. » L'association de la dictature et de l'économie de marché ne se porte en

effet nulle part mieux que dans la Chine contemporaine, dont avec beaucoup d'à-propos l'article 1er de la constitution qualifie l'État de « dictature démocratique » : « La République populaire de Chine est un *État* socialiste de *dictature démocratique* populaire dirigé par la classe ouvrière et fondé sur l'alliance entre ouvriers et paysans. »

L'Union européenne est l'instrument d'une restriction beaucoup moins brutale du périmètre de la démocratie. Mais la politique économique y a été mise hors de portée électorale par la montée en puissance du pouvoir d'instances non élues. Depuis une vingtaine d'années, l'habitude est prise en Europe de ne tenir compte du résultat des élections que lorsqu'il est conforme aux attentes des gouvernants. Les dirigeants des pays de l'Union européenne sont ainsi parvenus à contourner successivement le rejet du Traité de Maastricht par les électeurs danois, du Traité de Nice par les Irlandais, du Traité constitutionnel par les électeurs français et hollandais, du Traité de Lisbonne à nouveau par les Irlandais et à interdire en 2011 au Premier ministre grec de soumettre à ratification référendaire le plan d'ajustement structurel élaboré par la Troïka pour ramener la Grèce au respect des objectifs chiffrés de réduction du déficit public.

Ces pratiques politiques se conjuguent avec les abandons de souveraineté que les pays membres sont amenés à consentir dans le cadre de la construction européenne. Abandons qui ne poseraient pas de problème démocratique si les institutions européennes offraient les mêmes garanties que les institutions nationales. Mais ce n'est justement pas le cas, d'où un « déficit démocratique » devenu si vertigineux qu'il a fini par susciter une mise en garde solennelle de la part de la Cour constitutionnelle allemande, le Bundesverfassungsgericht, dans sa décision relative à la ratification du Traité de Lisbonne[67]. Véritable tournant juridique dans l'histoire de la construction européenne, cette décision a été à peu près complètement ignorée ou caricaturée en France. Aussi faut-il s'y arrêter un instant. La Cour commence son raisonnement en rappelant la signification du principe de démocratie. C'est un régime dans lequel « l'exercice de la puissance publique est régi par le principe de majorité, avec formation régulière d'un gouvernement responsable et une opposition non entravée, laquelle a la possibilité d'accéder, à l'avenir, au gouvernement[68] ». Dans une démocratie, « le peuple doit pouvoir désigner le gouvernement et le pouvoir législatif au suffrage libre et égal. Ce noyau dur peut être complété par la possibilité de référendums sur des questions de fond […]. En démocratie, la décision du peuple est au centre de la

formation et de l'affirmation du pouvoir politique : Tout gouvernement démocratique connaît la crainte de perdre le pouvoir en cas de non-réélection[69]. » Une fois posés ces critères de la démocratie, la Cour les confronte aux institutions européennes. Tranchant, son constat tient en deux idées. Première idée : le Parlement européen n'est pas, dans l'état actuel des traités, en mesure d'assurer une représentation démocratique des citoyens européens :

> § 280. Même après l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, il manque à l'Union européenne, examinée par rapport aux exigences d'un État constitutionnel, un organe politique de décision constitué sur le fondement d'une élection au suffrage égal par tous les citoyens de l'Union et revêtu de la capacité de représentation unitaire de la volonté du peuple. De manière liée à ce premier manque, fait également défaut un système d'organisation du pouvoir dans lequel, d'une part, une volonté majoritaire européenne permet la formation d'un gouvernement légitimé par le résultat d'un scrutin libre et égal et, d'autre part, peut se développer une compétition réelle et transparente pour les citoyens entre un gouvernement et une opposition. Le Parlement européen n'est pas, même après la nouvelle rédaction de l'article 14 alinéa 2 TUE Lisbonne et contrairement à la prétention que la teneur de l'article 10 alinéa 1 TUE Lisbonne pourrait induire, l'organe de représentation d'un peuple européen souverain.

> § 287. La représentation des citoyens au sein du Parlement européen est rattachée non pas à l'égalité des citoyens de l'Union (article 9 TUE Lisbonne), mais à la nationalité ; un critère qui, en tant que tel, constitue en principe un critère de distinction absolument prohibé dans l'Union européenne.

Il faut noter au passage la cruauté avec laquelle la Cour constitutionnelle souligne la violation par le Traité lui-même des grands principes qu'il commence par proclamer solennellement, tels l'égalité des citoyens européens (art. 9 TUE) ou l'affirmation selon laquelle « le fonctionnement de l'Union est fondé sur la démocratie représentative » (art. 10, al. 1 TUE). Suffirait-il d'introduire le principe « un homme une voix » dans l'élection du Parlement européen pour combler le déficit démocratique ? Non, estime la Cour constitutionnelle allemande, car le pouvoir législatif du Parlement demeurerait partagé avec des instances sans légitimité démocratique : le

Conseil, la Commission, mais aussi la Cour de justice de l'Union européenne, soumise au principe « un État un juge », dont le Bundesverfassungsgericht note au passage qu'elle est placée « sous l'influence déterminante des États[70] ». Autrement dit, qu'elle n'est ni représentative des citoyens ni indépendante des gouvernements. D'où, en fin de compte, le constat d'un déficit démocratique qui ne peut être ni compensé ni justifié par d'autres dispositions du traité : « Le déficit subsistant – par rapport aux exigences démocratiques dans un État – de la puissance publique européenne ne peut être compensé, ni, par conséquent, justifié par d'autres dispositions du Traité de Lisbonne[71]. »

Cette résistance juridique du principe de démocratie s'est aussi manifestée au plan international, concernant la démocratie sociale. Le Comité de l'OIT sur la liberté syndicale a ainsi condamné l'éviction des syndicats du processus d'élaboration des plans de réduction des droits sociaux imposés par la Troïka au gouvernement grec[72].

L'obligation de sécurité physique et mentale

Face aux nouveaux risques que la gouvernance par les nombres fait peser dans les entreprises sur la santé mentale, la négociation collective s'est saisie – à ce jour sans grand effet pratique – de la question du « stress au travail[73] », tandis que la loi est intervenue pour tenter de limiter le « harcèlement moral[74] ». C'est surtout la jurisprudence qui, en consacrant une « obligation de sécurité de résultat » à la charge de l'employeur[75] a permis de poser des bornes à l'emprise des nouvelles techniques de management dans les entreprises[76]. On assiste dans ce contexte à l'essor de notions nouvelles, telles la « pénibilité[77] » ou la « charge physique ou nerveuse[78] », qui impliquent une évaluation qualitative du travail. La loi et la jurisprudence se sont plus généralement efforcées d'encadrer l'usage des nouvelles technologies numériques, mais aussi biologiques, qui exposent le salarié à des formes nouvelles de contrôle et de surveillance[79]. La Cour de cassation a aussi posé quelques digues face à la montée des nouvelles techniques d'évaluation et de direction par objectifs mises en œuvre dans les entreprises[80]. Elle a ainsi admis qu'indépendamment de toute intention de nuire, un harcèlement moral pouvait être inhérent à certaines méthodes de gestion[81]. Et elle a reconnu au juge le droit de suspendre la mise en œuvre de modes d'organisation du travail

susceptibles de compromettre la santé mentale des salariés[82]. Plus récemment, elle a condamné en termes généraux la pratique du classement par quotas (dite du *ranking*), consistant pour les évaluateurs à répartir le personnel en groupes de niveau, chacun devant contenir un pourcentage préétabli de salariés[83]. Certains salariés sont en effet dans un tel système condamnés à être dévalués, quelle que soit la qualité objective de leur travail. Pour le dire dans les termes du pourvoi : « Une technique d'évaluation reposant sur des quotas préétablis, même indicatifs, pour la répartition des salariés en différents groupes implique nécessairement la prise en compte de critères étrangers à l'évaluation de l'aptitude professionnelle des salariés. »

Un jugement rendu en 2012 par le Tribunal de grande instance de Lyon[84] offre une bonne illustration de la résistance que l'obligation de sécurité oppose aux nouvelles techniques managériales. Ce jugement a interdit à une banque de mettre en œuvre un système de gestion des performances du personnel fondé sur le *benchmark*. L'évaluation permanente des salariés devait être organisée de la façon suivante : « Chaque agence […] voit ses performances analysées au regard des performances des autres agences, donc est mise en concurrence ; au-delà et au sein de chaque agence, la performance de chacun des salariés est regardée par rapport à la performance des autres salariés ; aucun objectif n'est imposé officiellement ni aux agences, ni aux salariés, le seul objectif qui existe est de faire mieux que les autres ; nul ne sait à l'issue d'une journée donnée s'il a ou non correctement travaillé, puisque la qualité de son travail dépend avant tout des résultats des autres ; avec un tel système, tout est remis en question chaque jour, ce qui crée un état de stress permanent, d'autant que les outils informatiques permettent à tout le monde de suivre en direct, depuis chaque poste, ce que fait chacun des commerciaux de toute la banque. » Reprenant à son compte l'avis de l'Inspection du travail, le tribunal a jugé qu'un tel système était de nature à entraîner les effets suivants :

– une atteinte à la dignité des personnes par leur dévalorisation permanente utilisée pour créer une compétition ininterrompue entre les salariés,

– un sentiment d'instabilité du fait qu'il n'y a aucune possibilité de se situer dans l'atteinte d'objectifs annuels puisque le résultat de chacun est conditionné par celui des autres,

– une culpabilisation permanente du fait de la responsabilité de chacun dans le résultat collectif,

– un sentiment de honte d'avoir privilégié la vente au détriment du conseil du client,

– une incitation pernicieuse à passer outre la réglementation pour faire du chiffre,

– une multiplication des troubles physiques et mentaux constatés chez les salariés.

La banque se défendait en faisant valoir qu'elle avait prévu de mettre en place un observatoire des risques psychosociaux, un numéro vert et un plan d'action qualité du travail. Argument écarté par le tribunal qui observe que ces mesures, destinées à gérer *a posteriori* la réalisation de risques prévisibles, ne répondaient pas à l'obligation de sécurité de résultat qui pèse sur l'employeur et a donc interdit à l'entreprise de mettre en œuvre une telle organisation du travail. Ce jugement s'inscrit dans la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation qui permet au juge d'interdire des modes d'organisation ou d'évaluation du travail qu'il estime dangereux.

La protection de la santé a toujours constitué le noyau dur du droit social et il n'est donc pas surprenant que ce soit sur ce terrain que s'exprime le plus fortement la résistance juridique à l'emprise de la gouvernance par les nombres. Résistance d'autant plus féconde qu'elle oblige à réinsérer dans le périmètre de la justice sociale la question de l'organisation du travail, qui en avait été exclue par le compromis fordiste. Historiquement, le droit social s'est construit par cercles concentriques autour de dispositifs protégeant le corps des femmes et des enfants, c'est-à-dire les ressources physiques de la nation. Aujourd'hui, une dynamique semblable pourrait s'enclencher autour de la protection de ses ressources intellectuelles, et l'on voit déjà la résistance juridique à la gouvernance par les nombres gagner d'autres terrains.

C'est ainsi que le Comité européen des droits sociaux (CEDS), instance chargée de veiller au respect de la Charte sociale du Conseil de l'Europe, a condamné en octobre 2012 certaines des dispositions prises par le gouvernement grec sous la pression de la Troïka. Le Comité affirme en termes généraux qu'« une plus grande flexibilité dans le travail pour lutter contre le chômage ne peut pas conduire à priver de larges catégories de salariés de leurs droits fondamentaux en matière de travail, contre

l’arbitraire de l’employeur ou les aléas de la conjoncture[85] ».

Les défenses immunitaires que le droit oppose ainsi à la gouvernance par les nombres conduisent à une transformation profonde de l’ordre juridique lui-même qui, pour se maintenir, doit se transformer.

10

Le dépérissement de l'État

« L'État n'est pas aboli, il s'éteint[1]. »
Friedrich ENGELS

Le plus puissant facteur de transformation de l'ordre juridique dans un régime de gouvernance par les nombres réside dans l'assujettissement de la chose publique à l'utilité privée. Les calculs d'utilité individuelle étant la clé de voûte de cette gouvernance, les seules règles hétéronomes dont elle admet la légitimité sont celles qui assurent la sécurité de ce calcul. C'est-à-dire des règles de droit privé. En revanche, toute intrusion de l'État dans la sphère de ce calcul au nom d'un prétendu intérêt général est *a priori* suspecte. Ce renversement de la hiérarchie du public et du privé est l'aboutissement d'un long processus, entamé avec le refoulement de la sacralité de la *res publica* au profit d'une conception purement technique de la normativité.

La sacralité de la chose publique

La distinction du privé et du public n'est pas une invention de la philosophie des Lumières mais un héritage du Code de Justinien, le *Corpus iuris civilis*, matrice juridique commune des systèmes de *Common Law* et de Droit continental. Sa formulation la plus célèbre est due à Ulpien, selon lequel « étudier les préceptes du droit comporte deux positions : le privé et le public. Le droit public est ce qui regarde l'état [*status*] de la chose romaine, le privé ce qui regarde l'utilité des individus pris un à un[2] ». Cette distinction est aujourd'hui comprise sur le mode dichotomique d'une opposition entre deux corps différents de règles, alors qu'elle repose au contraire sur l'idée de *positions* différentes d'un même corps de règles[3]. Si le corps du droit (*corpus iuris*) articule deux positions différentes, c'est parce que l'ajustement horizontal des intérêts particuliers dépend de la stabilité verticale (*status*) de la chose publique. Il faut que

cette chose – la *res publica* – tienne debout pour que les rapports entre particuliers obéissent à un régime de droit (*rule of law*), et non à la loi du plus fort. C'est cet assujettissement du privé au public qui donne à la structure juridique son intelligibilité et sa solidité.

Ce montage institutionnel est la réponse occidentale à un impératif anthropologique affronté par toutes les civilisations humaines, qui doivent, pour se maintenir, métaboliser les ressources de la violence en référant le pouvoir à une origine qui tout à la fois le légitime et le limite[4]. C'est pourquoi la réglementation des intérêts individuels dépend nécessairement de l'état de la *res publica*, qui porte en elle ce qu'Ulpien appelle les « choses sacrées[5] ». Ces « choses sacrées » désignent ce qu'en termes modernes on peut appeler les Interdits fondateurs, ceux qui donnent à un système juridique déterminé sa base axiologique propre. Ainsi entendue, la référence au sacré n'a nullement disparu de nos propres bases constitutionnelles. Elle se trouve dans la Déclaration de 1789 proclamant « les droits naturels, inaliénables et sacrés de l'homme » et le caractère « inviolable et sacré » du droit de propriété. Et elle a été solennellement réaffirmée au sortir de la Seconde Guerre mondiale dans le Préambule de la Constitution de la République française de 1946, aux termes duquel « tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés ». Cette sacralité se trouve aussi affirmée de façon implicite dans les dispositions qui consacrent l'intangibilité de certains principes constitutionnels. Ainsi, par exemple, dans la Loi fondamentale de l'Allemagne, dont l'article 79 place le principe de dignité, ainsi que le caractère fédéral, démocratique et social de l'État, hors d'atteinte du pouvoir constituant[6]. Une telle articulation de la chose publique et des intérêts individuels a pu porter des systèmes juridiques aussi différents que la Rome classique, les royautés d'Ancien Régime ou l'État-nation. Depuis un peu plus de deux siècles, elle a connu une expansion mondiale sans précédent avec la domination occidentale du monde, qui a mis sur la défensive d'autres façons possibles de civiliser le pouvoir, tels le ritualisme asiatique[7] ou africain[8], ou bien encore le légalisme religieux de facture juive[9] ou musulmane.

L'État moderne est ainsi l'héritier de l'« état de la chose romaine », à laquelle il a donné le visage d'un Être immortel qui, veillant au respect de vérités « évidentes pour elles-mêmes » et de « droits inaliénables et sacrés », garantit la pérennité d'un peuple au-delà de la succession des

générations. Toutefois, tout un pan de la pensée occidentale a cherché depuis la philosophie des Lumières à évacuer la dimension dogmatique inhérente à ce montage institutionnel et à fonder l'ordre juridique sur des « lois inscrites dans la nature ». La considération des « choses sacrées » est dès lors refoulée dans la sphère privée du « sentiment religieux » pour laisser progressivement place à une conception purement instrumentale du Droit.

La direction « scientifique » des hommes

Les régimes totalitaires qui ont prospéré au XXe siècle ont été les premiers à prétendre émanciper ainsi le Droit et les institutions de toute référence métaphysique pour les ancrer dans les « vraies lois » découvertes par la biologie raciale ou le socialisme scientifique. Dans cette perspective scientiste, les rapports entre les individus ne sont plus placés sous la dépendance d'un droit public, lui-même référé à des « choses sacrées » : ils sont dictés par la Vérité des rapports de force entre races ou entre classes.

Le nazisme s'est ainsi référé aux lois enseignées par la biologie de son temps[10], pour œuvrer à l'avènement d'une « race supérieure » promise à la domination de toutes les autres. « Nous façonnons la vie de nos peuples et notre législation conformément aux verdicts de la génétique », proclamait ainsi le *Manuel de la jeunesse hitlérienne*[11]. Selon Hitler, « l'État n'est que le moyen d'une fin ; la fin est la conservation de la race[12] ». C'est un État dans lequel la loi s'identifie sans reste à la volonté du plus fort. Le devoir d'un citoyen « sain » n'est donc pas tant d'observer les lois positives, mais de scruter, et même de devancer, la volonté de son Führer, qui intime à chacun des buts à atteindre plus que des règles à suivre. Le parti unique diffuse cette volonté dans les moindres replis de la société et l'État est un outil à sa disposition[13]. La fidélité au chef se substitue à l'observance des lois. Il était de ce point de vue cohérent que le régime nazi n'ait pas eu d'autre constitution que la loi martiale[14]. Ériger ainsi l'état d'exception en fondement de l'ordre juridique correspondait aux théories de Carl Schmitt[15], qui conduisent à ne pas distinguer selon que le pouvoir politique se trouve ou non lié par une Norme qui le fonde, c'est-à-dire à confondre État totalitaire et État de droit[16]. Une telle confusion est de même nature que celle qui consiste à refuser de distinguer la raison de la

folie, et l'État totalitaire est du reste un état de folie, ainsi que l'ont montré des écrivains aussi différents qu'Orwell ou Ionesco.

Le marxisme-léninisme, quant à lui, a été animé par la croyance dans des lois de l'Histoire. Portée par les transformations des bases économiques de la société, l'Histoire nous conduirait nécessairement à l'avènement d'une société sans classes et sans droit. Les lois « bourgeoises » n'étant qu'une superstructure destinée à conforter la domination de classe, il convenait, pour hâter ce dénouement de l'Histoire, d'œuvrer au dépérissement de la forme juridique et à la suppression de toutes les garanties légales susceptibles d'entraver l'avènement d'une direction scientifique des hommes. Cette vision d'un monde purgé du politique au profit de la technique était déjà celle des pères du marxisme. Selon Engels, une fois la révolution prolétarienne accomplie,

> l'intervention d'un pouvoir d'État dans les rapports sociaux devient superflue dans un domaine après l'autre. Le gouvernement des personnes fait place à l'administration des choses et à la direction des opérations de production. L'État n'est pas aboli, il s'éteint[17].

Le régime maoïste fut particulièrement radical en ce domaine, notamment pendant la Révolution culturelle. Et beaucoup de ses anciens zélotes se retrouvent assez naturellement aujourd'hui parmi les théoriciens de la « déréglementation » anarcho-capitaliste, tant en Chine qu'en Occident.

Or, il est parfaitement illusoire de chercher à asseoir un régime politique sur la science. Car c'est le droit qui donne à la libre recherche scientifique ses bases normatives et non l'inverse. Privée de cette base juridique, qui lui accorde valeur et protection, l'entreprise scientifique ne peut se déployer librement, et elle n'est nulle part davantage menacée que dans un système normatif fondé sur une Vérité « scientifique » officielle. Les régimes qui, depuis un siècle, ont ainsi prétendu reposer sur des bases scientifiques (telles la biologie raciale ou le socialisme scientifique) sont aussi ceux qui ont engagé la science dans des impasses, en interdisant toute recherche susceptible de les contredire. Expérience riche d'enseignements, qui montre que la science ne peut s'autofonder. Les lois humaines finissent toujours par avoir raison des pseudo-lois scientifiques auxquelles se réfèrent des régimes politiques de ce type. Les pays occidentaux se sont ainsi employés, à l'issue de la Seconde Guerre mondiale, à réhabiliter le rôle des États, en le référant à l'impératif

catégorique du respect de la dignité humaine. Et ils se sont efforcés de refonder sur cette base un nouvel ordre juridique mondial, visant à faire progresser la justice sociale[18]. C'est à cette fin qu'une « nouvelle génération » de droits de l'homme a été proclamée : celle des droits économiques, sociaux et culturels, dont la mise en œuvre requérait l'intervention publique et a entraîné en Europe occidentale un essor sans précédent de l'État social.

Cet assujettissement des échanges économiques à la réalisation des droits sociaux n'a cependant pas survécu aux bouleversements des trois dernières décennies. La révolution ultralibérale a fait ressurgir la croyance dans des forces supra-humaines – les forces du marché –, capables d'engendrer un « ordre spontané », qui se régule lui-même. Dès le XVIIIe siècle, Hume pensait avoir découvert ces lois dernières sur lesquelles asseoir le Droit et la morale. Dans son *Traité de la nature humaine*, dont le sous-titre dit clairement l'ambition scientifique – *Essai pour introduire la méthode expérimentale dans les sujets moraux* –, il identifiait les « trois lois fondamentales de la nature » sur lesquelles régler le gouvernement des sociétés humaines : « Nous avons maintenant passé en revue les trois lois fondamentales de la nature, la loi de la stabilité de la possession, la loi de son transfert par consentement et celle de l'accomplissement des promesses. C'est de la stricte observation de ces trois lois que dépendent entièrement la paix et la sécurité de la société humaine ; et il n'y a aucune possibilité d'établir une bonne harmonie entre les hommes quand ces lois sont négligées[19]. » Sans surprise, Hayek se réfère à ces trois lois deux siècles plus tard, pour affirmer l'existence d'un ordre spontané du marché et combattre le « mirage de la justice sociale[20] ». Or, il s'agit de trois règles de droit privé : la liberté contractuelle, le droit de propriété et la responsabilité civile. Il faut donc, pour étendre l'ordre du marché, donner à ces règles de droit privé la primauté sur le droit public. Comme jadis la loi humaine au regard de la loi divine, le droit public serait un simple « droit d'organisation », un mal nécessaire qui doit « renforcer » et non entraver l'action de la « Main invisible du Marché[21] ». Tel est le programme juridique de la globalisation.

L'inversion de la hiérarchie public/privé

Cette idéologie a triomphé depuis les années 1980. Les droits

économiques et sociaux ont été dénoncés comme de faux droits et la privatisation des institutions du *Welfare State* est devenue la priorité de l'agenda politique national et international. L'utopie d'un ordre juridique mondial, qui ne serait plus constitué d'un pavage d'États mais constituerait une « Grande Société ouverte », peuplée d'une poussière de particules contractantes mues par le calcul d'utilité, a donné le jour à un espace financier, technique et économique qui ignore les frontières nationales. Conjuguée aux nouvelles techniques de l'information et de la communication, l'ouverture des frontières à la libre circulation des capitaux et des marchandises a profondément ébranlé la souveraineté des États et réduit leur pouvoir législatif. Selon Hayek, « les seuls liens qui maintiennent l'ensemble d'une Grande Société sont purement économiques […] ; ce sont les réseaux d'argent qui soudent la Grande Société [et] le grand idéal de l'unité du genre humain dépend en dernière analyse des relations entre des éléments régis par l'impulsion vers la meilleure satisfaction possible de leurs besoins matériels[22] ». L'impératif n'est plus alors de subordonner la poursuite des intérêts individuels à celle de l'intérêt général, mais bien au contraire de faire de la chose publique l'instrument de la libre maximisation des utilités individuelles. Au plan juridique, cette inversion du rapport privé/public entraîne un mouvement de *privatisation du pouvoir normatif.* Ce mouvement résulte d'abord du rétrécissement de la sphère publique au profit de la sphère privée. La privatisation est alors une conséquence directe de l'attribution à des opérateurs privés de missions jadis assurées par l'État. Elle ne concerne pas seulement les services de l'État social, mais aussi certaines fonctions régaliennes, comme la justice (avec l'essor de l'arbitrage) ou la gestion des prisons. Aux États-Unis, ses partisans les plus radicaux entendent « affamer la bête » (*starving the beast*). Grover Norquist, figure de proue de la lutte contre l'impôt, a décrit cette stratégie en termes imagés en déclarant que son objectif était « de diviser l'appareil de l'État par deux en vingt-cinq ans, de le ramener à une taille assez petite pour qu'on puisse le noyer dans une baignoire[23] ». Ce puissant courant politique a été précédé d'élaborations théoriques venues des horizons les plus divers, mais convergeant pour défendre le projet d'une société débarrassée de la figure encombrante et oppressive de l'État[24]. Cet avatar néolibéral de la prophétie du dépérissement de l'État participe de la vision eschatologique de l'Histoire propre à l'Occident, dont le marxisme n'était qu'une version concurrente. C'est pourquoi l'implosion de l'URSS, alors même qu'elle

illustrait l'inanité de la croyance dans les lois de l'Histoire, a été interprétée au contraire comme le signe du triomphe universel et définitif des forces du Marché, c'est-à-dire comme une manifestation des lois de l'Histoire, et même pour les plus enthousiastes, comme « la fin de l'Histoire[25] ».

Ces perspectives grandioses ne se retrouvent évidemment pas en droit positif, qui donne plutôt à voir un processus d'asservissement des États à la gouvernance par les nombres. Les plans d'ajustement structurel ou la gouvernance monétaire européenne sont les manifestations les plus visibles de ce processus d'asservissement[26]. Identifiant l'intérêt général européen à la défense des libertés économiques, le droit de l'Union européenne joue un rôle clé dans l'inversion des valeurs du public et du privé. Il accorde certes une place structurelle aux États, mais une place subordonnée. Le droit européen n'est pas fondé sur la distinction du public et du privé, mais bien plutôt sur celle de l'économique (objet exclusif du droit communautaire) et du social (compétence réservée des États). Définissant l'entreprise comme « toute entité exerçant une *activité économique*, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement[27] », le juge communautaire fait de la notion d'activité économique une catégorie dogmatique, désignant toute activité qui peut être assurée par une entité privée, et il importe peu qu'elle s'exerce dans le secteur privé ou dans le secteur public d'un État membre[28]. L'opposition ainsi établie entre des droits économiques (susceptibles d'être universels) et des droits sociaux (particuliers par nature) est purement idéologique. Il n'est pas en effet de lien de droit qui n'ait à la fois une dimension économique et une dimension sociale[29]. Il faut donc prendre cette opposition pour ce qu'elle est : non pas une donnée de la science, mais une construction dogmatique, qui a pour corollaire la minoration du rôle de l'État. La Cour de Justice a ainsi jugé que la solidarité à l'œuvre dans les organismes de sécurité sociale constituait une exception licite, mais d'interprétation restrictive, aux principes de libre concurrence[30]. De même, elle a analysé les conventions collectives comme une restriction de la concurrence entre les entreprises qui en sont les signataires, et ne les fait échapper à l'interdiction des ententes économiques que dans la mesure où elles poursuivent un objectif de politique sociale[31]. Le bien nommé arrêt *Viking* est particulièrement instructif à cet égard puisqu'il analyse le recours aux pavillons de

complaisance comme une mise en œuvre de la liberté d'établissement. L'applicabilité de la loi en vient donc à dépendre des calculs d'utilité individuelle[32]. Comme l'a observé Pierre Rodière, « pour la Cour [de Justice de l'Union européenne], la question est toujours de vérifier si une entrave aux libertés peut être dérogatoirement consentie. On part de la liberté économique consacrée par le droit de l'Union pour autoriser, si vraiment nécessaire, une exception ou une dérogation[33] ». Le même raisonnement a été mis en œuvre à propos des monopoles des entreprises de service public. Ce monopole est toléré dans la mesure où il est nécessaire à « une compensation entre les secteurs d'activités rentables et les secteurs moins rentables, [ce qui] justifie, dès lors, une limitation de la concurrence, de la part d'entrepreneurs particuliers, au niveau des secteurs économiquement rentables[34] ».

Le droit interne n'échappe pas à ce processus de minoration de la sphère publique au profit de la sphère privée. En témoigne le rétrécissement du champ de l'ordre public dans des domaines aussi divers que l'arbitrage[35] ou la négociation collective[36]. Ce dernier cas mérite qu'on s'y arrête car il touche directement les principes de la République sociale. Alors qu'en droit commun un contrat de droit privé ne peut déroger à des dispositions d'ordre public, les choses sont plus compliquées en droit du travail, où l'on distingue deux sortes d'ordre public : l'ordre public absolu, qui n'admet aucune espèce de dérogation, et l'ordre public social, qui admet des dérogations conventionnelles dès lors qu'elles sont plus favorables aux salariés[37]. L'ordre public social a, selon le Conseil d'État, la valeur d'un « principe général du droit du travail[38] ». En conférant aux syndicats et aux organisations patronales le droit d'imposer aux employeurs des obligations non prévues par la loi ou par le règlement, le législateur avait déjà réintroduit sous des formes nouvelles des pratiques néocorporatistes, consistant à reconnaître une fonction réglementaire à des groupements intermédiaires[39]. L'ordre public social constituait donc dès l'origine un premier vecteur de la privatisation du pouvoir normatif. Mais ce pouvoir était strictement cantonné à une fonction *sociale* d'amélioration du sort de la partie faible au contrat de travail. Servant à compléter l'action de la République sociale, il ne remettait pas en cause la force obligatoire de ses lois. Il en va différemment depuis que les partenaires sociaux ont été autorisés à écarter des dispositions protectrices des salariés pour y substituer leur propre réglementation des relations de travail. Depuis 1981,

date d'apparition des premiers accords dérogatoires en matière d'aménagement du temps de travail, jusqu'à la loi du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi, cette technique n'a cessé de s'étendre, donnant progressivement corps à un projet avancé par les organisations patronales dès la fin des années 1970. Appelé à l'époque « contrat collectif d'entreprise », ce projet consiste à reconnaître à l'entreprise le droit de s'affranchir du règne de la loi – hormis un petit nombre de règles d'ordre public absolu – et de s'ériger en ordre juridique autonome régi par des règles de droit privé. Le rapport Barthélémy-Cette du Conseil d'analyse économique a repris cette idée récemment à son compte, en préconisant une « refondation du droit social », dont le vecteur serait la négociation collective, qui devrait être émancipée aussi bien de la tutelle de la loi que de la force obligatoire du contrat individuel de travail[40].

La domination du privé sur le public résulte aussi, de manière indirecte, de la mise en œuvre de la doctrine du *New public management*, qui promeut l'application à l'administration publique des méthodes de management en vigueur dans les entreprises privées[41]. L'idée de soumettre la société toute entière à une même science des organisations, fondée sur les seuls critères d'efficacité n'a rien de neuf et était déjà présente dans la Révolution bolchevique. Elle réapparaît avec les formes contemporaines de la gouvernance par les nombres. Dans une telle perspective, la loi n'apparaît plus comme une norme transcendant les intérêts individuels, mais comme un instrument à leur service. Une fois la volonté individuelle ainsi érigée en condition nécessaire et suffisante du lien de droit, chacun doit pouvoir choisir la loi qui lui convient – avoir la loi pour soi – et devenir son propre législateur – avoir soi pour loi.

La loi pour soi et soi pour loi

Les manifestations de ces deux tendances sont nombreuses en droit positif. « La loi pour soi » est une devise qui rend bien compte des cas de plus en plus fréquents dans lesquels une personne a *le droit de choisir la loi* qui s'appliquera à elle et peut ainsi s'affranchir d'une règle commune s'appliquant également à tous. Le droit international privé est une terre d'élection de ce renversement. La liberté du choix de la loi applicable par les contractants y a trouvé une nouvelle jeunesse avec la libre circulation des marchandises et des capitaux. Les critères objectifs de rattachement

d'une opération juridique à un *for* déterminé[42], et le principe d'application impérative des lois de police (c'est-à-dire d'ordre public) de ce for, perdent en effet de leur pertinence dans un monde où les opérateurs économiques sont libres de déplacer à leur guise leurs produits, leurs lieux de production et leurs profits. Dès lors, le vieux principe d'autonomie de la volonté, que le droit international privé a fait naître à la vie juridique il y a un siècle et demi, peut être mobilisé pour fonder un marché international des normes sur lequel les droits nationaux paraissent être des produits en compétition, offerts à des chalands en quête du meilleur rapport qualité/prix.

Favorisée par l'effacement des frontières du commerce, cette pratique du *law shopping* permet à des personnes privées de choisir le cadre public le plus propice à la maximisation de leurs utilités individuelles[43]. Elle a été consacrée en droit européen par l'arrêt *Centros*[44], puis en matière sociale par les arrêts *Viking* et *Laval*[45], qui ont consacré le droit pour une entreprise de choisir la loi qui lui est la plus avantageuse quel que soit le lieu où elle opère. Le recours aux pavillons de complaisance est ainsi désormais étendu à la terre ferme et la libre poursuite des intérêts privés prend ici clairement le pas sur le respect de l'ordre public. Un tel *law shopping* est évidemment incompatible avec le *rule of law*, il participe plutôt du *rule by laws*[46]. L'idée selon laquelle il n'est pas de contrat sans loi se trouve renversée au profit de la maxime inverse : il n'y aurait pas de loi sans contrat, c'est-à-dire sans contractants qui s'accordent pour l'appliquer. La seule loi qui vaille est en fin de compte la poursuite par chacun de son intérêt individuel. On comprend dans ce contexte la signification de la théorie de l'*efficient breach of contract*, telle qu'elle a été élaborée par l'analyse économique du droit[47]. La parole donnée ne lie le contractant que pour autant qu'il a intérêt à la respecter et, si ce n'est pas le cas, il doit être libre de s'y soustraire moyennant indemnisation de celui qui s'y était fié. Aboutissement logique de la récusation de toute hétéronomie, la parole elle-même cesse ainsi de faire loi pour l'homme.

« Soi pour loi » est la maxime qui pourrait désigner les cas où le *droit de s'ériger en législateur* est reconnu à une personne privée. Elle dessine un univers juridique dans lequel la volonté individuelle devient la source ultime de la règle de droit, chaque individu étant considéré, selon la formule du cinéaste Wim Wenders, comme un « mini-État[48] ». Sur cette pente, les règles que l'on pouvait croire les mieux assurées, comme l'interdiction de porter atteinte à l'intégrité physique d'autrui, se trouvent

remises en cause, ainsi qu'en témoigne l'évolution de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur la torture. En 1997 encore, elle avait jugé que « l'un des rôles indiscutablement dévolu à l'État est la régulation par le jeu du droit pénal, des pratiques qui entraînent des dommages corporels. Que ces actes soient commis dans un cadre sexuel n'y change rien[49] ». En 2005, elle a abandonné cette vérité « indiscutable » dans une affaire relative à une femme sauvagement torturée par son mari et par des tiers, que ce dernier faisait payer pour jouir des souffrances infligées à son épouse. Renversant sa jurisprudence de 1997, la Cour européenne a jugé que « le droit pénal ne peut en principe intervenir dans le domaine des pratiques sexuelles consenties qui relèvent du libre arbitre des individus[50] ». Une telle conception de la liberté est aux antipodes de celle héritée des Grecs, selon lesquels « la liberté, c'est l'obéissance aux lois[51] ». Faire ainsi de la jouissance des souffrances d'autrui l'objet d'un droit, et qui plus est un droit de l'homme, auquel aucune loi nationale ne saurait porter atteinte, pervertit la fonction anthropologique du Droit. C'est consacrer la toute-puissance de la volonté individuelle qu'invoquait déjà Goering lorsqu'il définissait le Droit comme « notre bon plaisir » (*was uns gefällt*[52]). François Ost observe justement que l'un des ressorts du plaisir du héros sadien consiste à « substituer à la loi commune une loi d'exception, dont il est le seul auteur, privant ainsi ses victimes du droit d'invoquer la protection collective[53] ». Au lieu de canaliser les passions humaines et de tenir à distance la part obscure tapie en tout être humain, le Droit sert ici à leur donner libre cours. Le consentement des ouvriers servait déjà au XIXe siècle à justifier des conditions de travail inhumaines. Le droit social tout entier s'est construit contre l'idée que le consentement des faibles suffisait à justifier la domination des forts. Cette méfiance demeure fortement ancrée dans notre droit du travail, mais elle est de plus en plus fortement dénoncée au nom de la liberté individuelle[54] : on admet aujourd'hui plus facilement que le consentement individuel du salarié suffise à le priver d'une protection légale ou conventionnelle.

Le point remarquable est qu'aucun de ces emplois pervers du Droit n'a duré bien longtemps. Ils ont conduit à des impasses mortelles dont il a bien fallu sortir. Tel a été notamment le sens du sursaut dogmatique intervenu à la fin de la Seconde Guerre mondiale. S'écartant du scientisme d'avant-guerre, on a renoué alors avec l'impératif de survie du genre humain, en admettant que la fonction du Droit n'est pas de servir l'égoïsme, la

violence et la cupidité des hommes, mais bien au contraire de les canaliser et d'en conjurer la puissance mortifère. Il y a donc des raisons historiques de douter que les relations entre individus puissent ainsi être « régulées » sans référence à une instance hétéronome, capable de faire prévaloir l'intérêt public sur les intérêts particuliers. Les pays de plus en plus nombreux – notamment en Afrique et dans le monde arabe – où l'État fait aujourd'hui défaut, ne sont pas précisément des modèles de sociétés ordonnées. Là où devrait se réaliser le paradis libertarien sur terre, on se trouve en fait dans l'antichambre de l'enfer. La nécessité s'impose à chaque fois d'assujettir le bon plaisir des plus forts à quelque chose de plus fort qu'eux, qui s'impose à tous et évite que la société des hommes ne se transforme en jungle.

Sans foi ni loi : la société insoutenable

Une société privée d'hétéronomie est vouée à la guerre civile. On peut le regretter et rêver d'un monde exclusivement régi par l'amour ou par l'ajustement des calculs d'intérêts. Mais ni l'amour ni l'intérêt ne peuvent suffire à solidariser les hommes, à les faire tenir ensemble dans un même société. Et si l'on confond ce rêve avec la réalité, alors on fait nécessairement le lit de la violence. Ce rêve, ou plutôt cette promesse, d'un monde purgé de l'hétéronomie de la loi est d'origine chrétienne et ne se retrouve pas dans les deux autres religions du Livre. Il est caractéristique d'une philosophie de l'Histoire, dont Karl Löwith a montré les racines théologiques, et qui a connu de nombreux avatars depuis les origines du christianisme[55]. L'auteur séminal est ici, comme très souvent dès qu'il s'agit du christianisme, saint Paul. Dans deux épîtres fameuses, il proclama la fin du temps de la Loi et l'avènement du temps de la grâce, ce temps où tous indistinctement communieraient dans une même foi. La plus radicale est l'Épître aux Galates, qui s'adressait à de pieux Juifs, attachés au respect de la Loi avec un grand L, celle de Moïse qui donne au peuple juif son identité et sa solidité :

> Avant la venue de la foi, nous étions sous la garde de la Loi, réservés à la foi qui devait se révéler. Ainsi la Loi nous servit-elle de pédagogue, jusqu'au Christ, pour que nous obtenions de la foi notre justification. Mais la foi venue, nous ne sommes plus sous un pédagogue. Car vous êtes tous fils de Dieu, par la foi, dans le Christ Jésus. Vous tous en effet,

> baptisés dans le Christ, vous avez revêtu le Christ : il n'y a ni Juif ni Grec, il n'y a ni esclave ni homme libre, il n'y a ni homme ni femme : car tous, vous ne faites qu'un dans le Christ Jésus[56].

Anachronisme mis à part, ce texte enflammé annonce à la fois la mondialisation et Simone de Beauvoir. La mondialisation, car le Christ s'étant adressé indistinctement à tous les hommes, il n'y a plus lieu de les distinguer selon leur nationalité (« il n'y a ni Juif ni Grec »), ou statut juridique et social (« il n'y a ni esclave ni homme libre »). Et Simone de Beauvoir (« on ne naît pas femme, on le devient »), car à l'instar des distinctions selon la nationalité et les statuts sociaux, celle des hommes et des femmes serait une construction légale, appelée elle aussi à s'effacer pour laisser place à la communion du genre humain. Cet idéal œcuménique, les communautés chrétiennes doivent le préfigurer en ce bas monde, même s'il ne se réalisera pleinement qu'à la fin des temps. D'ici là, quel rapport les chrétiens doivent-ils entretenir avec la loi ? Paul répond à cette question, sur un ton plus apaisé, dans l'Épître aux Romains. Il sait – il l'écrit expressément – qu'il « parle à des experts en fait de loi[57] » et distingue la loi contingente imposée par les autorités en charge – qu'il faut obéir, « car il n'y a point d'autorité qui ne vienne de Dieu et celles qui existent sont constituées par Dieu[58] » – et la loi plus haute qui s'impose aux chrétiens. Mais cette loi des chrétiens n'en est pas vraiment une, car Paul n'en parle que pour mieux la dissoudre dans l'amour mutuel :

> N'ayez de dettes envers personne, sinon celle de l'amour mutuel. Car celui qui aime autrui a de ce fait accompli la loi. En effet, le précepte : Tu ne commettras pas d'adultère, tu ne tueras pas, tu ne voleras pas, tu ne convoiteras pas et tous les autres se résument en cette formule : Tu aimeras ton prochain comme toi-même. La charité ne fait point de tort au prochain. La charité est donc la Loi dans sa plénitude[59].

De la montagne de gloses auxquelles a donné lieu cette Épître, on ne retiendra ici que cette pénétrante observation de Jacob Taubes : Paul ne dit mot de l'amour de Dieu. L'unique commandement qu'il donne est l'amour du prochain[60]. L'Épître aux Romains témoigne ainsi déjà de ce que sera la sécularisation du christianisme, sa mutation en une religion de l'Homme, telle qu'a pu la dépeindre Ludwig Feuerbach[61]. Pour le dire de manière plus simple, on trouve dès les origines du christianisme la prophétie d'un effacement de la loi dans une société exclusivement régie par l'amour mutuel, c'est-à-dire la prophétie d'une fin de l'Histoire, qui sera aussi une

fin de la Loi. Cette prophétie a eu une influence énorme sur l'histoire des institutions dans tout le monde chrétien, quoique sous des formes différentes en Occident et en Orient. Dans l'attente de la fin des temps – de cet *eschaton* qu'on pensait imminent mais qui tardait toujours à venir –, l'Europe médiévale s'est appropriée le Code de Justinien, ainsi devenu le second Livre, à côté de la Bible, comme l'a montré Pierre Legendre[62]. Dans l'histoire sédimentaire des institutions, les écrits de Paul ont ressurgi avec des interprétations nouvelles au début des Temps modernes, donnant naissance au protestantisme et à sa doctrine du Salut par la Foi seule. Cette perspective était celle de Jean Carbonnier, dont les *Essais sur les lois* se concluent par une postface intitulée « Toute loi est-elle en soi un mal ?[63] ». Le grand juriste protestant y dit la même chose que Paul : « Dans un peuple de saints, la loi serait inutile[64]. » Liée à l'existence du Mal, la loi serait donc elle-même un mal nécessaire, vouée à disparaître avec le Mal.

Depuis le XIXe siècle, cette promesse d'un monde purgé de l'hétéronomie des lois a pris des formes séculières. Faute de croire à l'au-delà, certains ont annoncé l'avènement d'une ère d'abondance et de fraternité, dans laquelle la maîtrise des lois de la nature conduirait au dépérissement de l'État et du Droit. C'est en ces termes que Marx décrit la « phase supérieure de la société communiste », dans laquelle le travail ne sera plus seulement un moyen de vivre, mais deviendra le premier besoin vital : « Quand, avec le développement multiple des individus, les forces productives se seront accrues elles aussi et que toutes les sources de la richesse collective jailliront avec abondance, alors seulement l'horizon borné du droit bourgeois pourra être définitivement dépassé et la société pourra écrire sur ses drapeaux : "De chacun selon ses capacités, à chacun selon ses besoins"[65]. » Pour mettre en œuvre cette prophétie, Lénine s'employa à poser ce qu'il appelait les « bases économiques de l'extinction de l'État » :

> Tant que l'État existe, il n'y a pas de liberté. Quand il y aura la liberté, il n'y aura plus d'État. […] L'État pourra s'éteindre complètement quand la société aura réalisé le principe : « De chacun selon ses capacités, à chacun selon ses besoins », c'est-à-dire quand les hommes se seront si bien habitués à respecter les règles fondamentales de la vie en société et que leur travail sera devenu si productif qu'ils travailleront volontairement selon leurs capacités. Chacun puisera librement « selon ses besoins »[66].

Le projet de poser les « bases économiques de l'extinction de l'État » n'a nullement disparu avec l'effondrement du communisme réel. La foi dans l'harmonie par le calcul a ressurgi avec la globalisation ultralibérale et les revendications libertariennes, qui sont les deux faces – économique et « sociétale » – d'une même médaille. Leurs prophètes annoncent à leur tour l'avènement d'un monde d'abondance, où chacun sera gouverneur de lui-même et n'aura à subir de contrainte qu'il n'ait expressément consentie. Mais alors que la prophétie communiste annonçait le salut aux damnés de la terre, l'eschatologie libérale récuse toute idée de justice sociale. Au contraire, ainsi que l'a montré Philippe d'Iribarne, la promesse moderne d'émancipation n'est pas faite pour les faibles : elle condamne à la misère ou à la solitude la masse de ceux qui ne parviennent pas à s'affirmer en maîtres dans un univers de compétition généralisée[67]. En dépit des moyens considérables que les médias offrent à la propagation de cette foi nouvelle, on peut sérieusement douter qu'il soit possible d'y convertir durablement le plus grand nombre. Qu'elle ait pour objet l'au-delà ou l'ici-bas, la promesse du salut n'a de chance de souder une communauté humaine que si elle s'adresse à tous ses membres. Tel est du moins l'un des enseignements de l'histoire des religions. Le bouddhisme n'aurait pas pu se répandre comme il l'a fait en Extrême-Orient s'il n'avait pas été porté par le Grand Véhicule, c'est-à-dire par la doctrine du *mahāyāna*, qui promet tous les êtres à l'éveil, à la différence du *hīnayāna* – le Petit Véhicule – qui ne peut transporter qu'un petit nombre d'élus[68]. À une échelle beaucoup plus réduite, les succès économiques de confréries islamiques, telles que celle des Mourides en Afrique[69] ou des Nakshibendi en Turquie[70], ou de diverses minorités religieuses en Inde[71], sont liés au fort sentiment de solidarité entre leurs membres. Le protestantisme lui-même, en lequel Max Weber a cru voir l'origine du capitalisme moderne, n'ôte à personne ici-bas la perspective du salut, nul ne pouvant s'en dire exclu. Or, le propre de l'ultralibéralisme consiste au contraire à disqualifier toute espèce de solidarité au profit de la compétitivité et de la sélection des plus aptes. Et cela non à l'échelle de communautés réduites, mais à celle du globe. À la différence du message paulinien, la prophétie ultralibérale ne peut donc espérer trouver durablement dans une foi partagée le remède à l'effacement de la loi. Elle nous conduit à une impasse, car aucune société ne peut durer sans foi ni loi. En s'attaquant à l'hétéronomie du Droit, sans parvenir à faire partager sa croyance dans les bienfaits de la compétition généralisée et dans la justice des inégalités qui en résultent, la

politique libérale-libertaire ne peut que disloquer ce qu’on appelle la « société civile ». Cette affirmation s’appuie sur l’expérience historique des pays dont l’État s’est effondré ou a cessé de remplir sa fonction de Tiers garant de l’identité des personnes et de la parole donnée.

11

La résurgence du gouvernement par les hommes

« Should Iraqi President Saddam Hussein choose not to disarm, the United States will lead a coalition of the willing to disarm him[1]*. »*
George W. Bush

Faute d'une instance hétéronome à laquelle les référer, les rapports humains sont entièrement soumis à la logique binaire ami/ennemi, où Carl Schmitt voyait l'essence même du politique[2]. Le dépérissement de l'État nous place aujourd'hui dans une situation de ce type. Or, une telle situation n'étant pas tenable à terme, d'autres façons d'instituer la société resurgissent parmi les décombres du règne de la loi. Dans le cas européen, c'est une forme particulière de gouvernement par les hommes qui réapparaît ainsi : celle des réseaux d'allégeance.

La logique binaire : amis/ennemis

Les travaux de Carl Schmitt permettent de prendre la mesure des effets structurels d'une « sortie de la loi ». Pour Schmitt, ce n'est pas la loi qui soude en dernière instance les groupes humains, mais la capacité de distinguer ses amis de ses ennemis. En cela, il est évidemment lui aussi un héritier de saint Paul, dont il a longuement médité les Épîtres, mais il sécularise à sa façon le message paulinien, adoptant une définition qu'on pourrait dire – avant la lettre – structuraliste de l'amitié. L'amitié politique ne prend sens et consistance, selon lui, que face à un ennemi qui incarne et actualise une menace existentielle[3]. Carl Schmitt, dont l'antisémitisme et l'engagement théorique aux côtés du national-socialisme sont avérés, entendait dénoncer les illusions pacifistes sur lesquelles avaient reposé la République de Weimar et la Société des Nations[4]. Selon lui, une société – en tant qu'entité politique – suppose pour exister que ses membres soient capables de se reconnaître un ennemi commun. Cet ennemi, Schmitt le

définit comme l'autre, l'étranger : « Il suffit, pour définir sa nature, qu'il soit dans son existence même et en un sens particulièrement fort, cet être autre, étranger et tel qu'à la limite des conflits avec lui soient possibles qui ne sauraient être résolus ni par un ensemble de normes générales établies à l'avance, ni par la sentence d'un tiers, réputé non concerné et impartial[5]. » Le plus souvent, l'autre et l'étranger ne font qu'un. Dans la situation normale où un État assure la paix civile à l'intérieur de ses frontières, c'est à l'extérieur que sera situé l'ennemi. La reconnaissance de l'ennemi commun est ce qui fait advenir la communauté des amis. Elle ne conduit pas nécessairement au conflit ouvert, mais en suppose la possibilité[6]. La menace à l'ombre de laquelle les hommes font ainsi société est celle de la mort, car le rapport d'hostilité ami/ennemi n'est pas une question de sympathie ou d'antipathie, mais une question existentielle.

> Les concepts d'ami, d'ennemi, de combat tirent leur signification objective de leur relation permanente à ce fait réel, la possibilité de provoquer la mort physique d'un homme. La guerre naît de l'hostilité, celle-ci étant la négation existentielle d'un autre être. La guerre n'est que l'actualisation ultime de l'hostilité[7].

Lorsque la relation ami/ennemi n'est plus cantonnée aux frontières et se transporte à l'intérieur d'un État, cette négation existentielle ne vise plus l'étranger, mais des groupes de concitoyens, identifiés en raison de leur classe, leur race, leur religion ou leurs opinions. L'ombre de la guerre civile s'étend alors sur la société. Cette dernière est menacée de dislocation et son sort dépendra de celui qui saura imposer sa volonté en cette circonstance décisive, soit qu'il ressoude la société en désignant un ennemi extérieur, soit qu'il désigne officiellement l'ennemi intérieur et réussisse à l'éliminer[8]. Carl Schmitt voit dans la volonté imposée par la force le fondement de tout ordre politique et juridique[9]. C'est ce qui a fait son succès, non seulement auprès des nazis, mais de façon plus générale et plus contemporaine, auprès de tous ceux qui ne voient dans le droit qu'un instrument de pouvoir. Selon Schmitt en effet, c'est dans les « circonstances exceptionnelles » – celles dans lesquelles l'édifice juridique s'écroule ou menace de s'écrouler – que se dévoile la vérité de l'ordre juridique. Tout dépend alors, observe-t-il, des décisions que va prendre celui qui affirme sa souveraineté en se plaçant en marge de l'ordre juridique pour décider « autant de l'existence du cas de nécessité extrême que des mesures à prendre pour y mettre fin[10] ». Le droit ne serait donc

pas suspendu à une hypothétique Norme fondamentale, mais reposerait sur la décision de celui qui parvient à imposer sa volonté en dehors des prévisions du droit positif. Une telle conception est la seule réaliste aux yeux de Schmitt. Elle lui permet de se démarquer aussi bien des positivistes, qui se voilent la face devant la brutalité de cette scène primitive du droit, que des jusnaturalistes, qui aspirent à occuper cette scène, pour y imposer le respect de ce qu'ils pensent être un « ordre supérieur » au droit positif[11]. Lorsqu'ils y parviennent, leur domination est d'autant plus impitoyable qu'elle prétend s'exercer au nom de l'humanité toute entière[12].

Ces critiques du positivisme et du jusnaturalisme ne manquent pas de force ni de pertinence[13]. Mais la théorie schmittienne du droit avancée en soulève d'autres encore plus sérieuses, car elle n'est au fond qu'une déclinaison des thèses du darwinisme social. Accordant un rôle déterminant à l'« aptitude à discerner l'ami de l'ennemi[14] » et à la « négation existentielle » de ce dernier, Schmitt s'inscrit dans tout un courant de pensée consistant à appliquer l'idée de sélection naturelle aux groupes plutôt qu'aux individus[15]. Selon cette thèse, avancée d'abord par Alfred Wallace en 1864, puis reprise par Darwin lui-même, l'entraide entre les membres d'un groupe – ce qu'on a appelé l'altruisme biologique – constitue un avantage dans la concurrence avec les autres groupes.

> Lorsque deux tribus d'hommes primitifs, [écrit ainsi Darwin,] habitant un même pays, entraient en rivalité, il n'est pas douteux que, toutes autres circonstances étant égales, celle qui renfermait un plus grand nombre de membres courageux, sympathiques et fidèles, toujours prêts à s'entraider et à se défendre mutuellement, ait dû réussir plus complètement et l'emporter sur l'autre. […] La cohésion, sans laquelle rien n'est possible, fait défaut aux peuples égoïstes et querelleurs. Une tribu possédant, à un haut degré, les qualités dont nous venons de parler doit s'étendre et l'emporter sur les autres ; mais, à en juger par l'histoire du passé, elle doit, dans la suite des temps, succomber à son tour devant quelque autre tribu encore mieux douée qu'elle. Les qualités sociales et morales tendent ainsi à progresser lentement et à se propager dans le monde[16].

Wallace et Darwin espéraient réconcilier ainsi la biologie, le droit et la morale. Mais en déplaçant la sélection de l'individu vers le groupe, le

biosociologisme conduit à faire de la guerre le moment décisif de la sélection des groupes les plus aptes. Avec toutes les conséquences que l'on sait lors de la Première Guerre mondiale, qui fut aussi la première guerre totale ayant pour but d'annihiler les ressources biologiques de l'ennemi, puis de la Seconde, conçue par Hitler comme la lutte décisive entre les races aryenne et juive[17]. Comme tous les intellectuels de sa génération, Carl Schmitt était imprégné de cette vision scientiste de l'humanité et profondément marqué par l'expérience de la Grande Guerre. Le critère ami/ennemi et la référence à ce « moment décisif par excellence[18] » qu'est la lutte armée sont les pierres angulaires de sa théorie du droit. C'est pourquoi, parmi les différentes marques de la souveraineté identifiées par les juristes, il donne la primauté au *jus belli*, au droit de déclarer la guerre, et non pas au droit de juger et de faire la loi[19].

La résurgence de la logique binaire ami/ennemi est de fait un symptôme de crise institutionnelle. Ces crises sont aux constructions juridiques ce que les tremblements de terre sont aux habitations. Des moments de vérité quant à leur solidité. Nous vivons probablement une crise de ce genre avec la globalisation et la perte de souveraineté des États européens face aux « forces du marché » et à la concurrence des pays émergents. Non un cataclysme soudain, mais des secousses de forte intensité, suffisamment répétées pour entamer la solidité des cadres juridiques de la vie en société. Dès lors que se renverse la hiérarchie de l'intérêt général et des intérêts particuliers, les plus puissants de ces intérêts trouvent dans la libre circulation des capitaux et des marchandises le moyen d'échapper au règne de la loi commune, et la communauté politique se fissure. Sur tout l'éventail politique, le critère ami/ennemi réapparaît à l'intérieur même des États et, avec lui, la recherche fiévreuse d'un ennemi intérieur, contre lequel coaliser le plus grand nombre pour conserver ou conquérir le pouvoir. Cet ennemi a toujours la figure de « l'autre », que ce soit le musulman (identifié à l'islamiste), l'immigré (identifié à l'assisté) ou le catho-réac (identifié à l'obscurantisme). Et au fur et à mesure que s'efface la conscience d'une loi commune, le débat public laisse place à la foire d'empoigne et l'échange d'arguments à la disqualification de l'adversaire. Autant qu'économique, la crise que nous vivons est institutionnelle.

La valeur heuristique du critère ami/ennemi est donc indéniable lorsqu'il s'agit de repérer et d'interpréter les symptômes de cette crise de la légitimité de la loi. Mais ce critère ne nous renseigne pas en revanche sur ce qui établit cette légitimité. La formule de Schmitt selon laquelle « il

faut que l'ordre soit établi pour que l'ordre juridique ait un sens[20] » esquive la question posée par le règne du Droit. Pour le dire avec les mots de Pierre Dac, « l'établissement de l'ordre par la force est souvent un établissement de dernier ordre[21] » ! Le problème n'est pas en effet de savoir si l'esprit de décision ou l'usage de la force peuvent contribuer à l'établir : cela ne fait pas l'ombre d'un doute. Il est de comprendre les conditions sous lesquelles « la force se transforme en droit et l'obéissance en devoir[22] ». Car ni la volonté, ni la décision, ni la force, ni l'amitié ou l'amour ne suffisent à établir un ordre juridique durable. L'état d'exception permanente, qui a été celui du régime nazi, a duré douze et non pas mille ans comme promis par le Führer. Pour *établir* un ordre juridique, il ne suffit pas de *rétablir* l'ordre, au sens policier ou militaire du terme. Établir un ordre juridique – au sens fort de l'instauration d'un *état* durable – suppose d'instituer une société par delà la succession des générations. Cette institution de la société a une dimension subjective, car tout gouvernement implique pour durer que ses membres lui fassent crédit, à la fois au sens le plus fort et le plus technique du mot « crédit[23] ». Le plus fort, car il s'agit bien de croyance, au sens dogmatique : de la foi dans une Vérité légale qui s'impose à nous. Le plus technique, car cette croyance n'est pas une affaire privée, mais une créance opposable à tous et garantie par un Tiers. Plus ce crédit est élevé, plus grande est la foi dans la justice de l'ordre établi, et moins le gouvernement a besoin de la force pour se maintenir.

Cette dimension subjective de l'institution de la société n'est pas une découverte récente. Déjà Tocqueville notait qu'« il n'y a pas de société qui puisse prospérer sans croyances semblables ; ou plutôt, il n'y en a point qui subsistent ainsi[24] ». Plus près de nous, les travaux de Cornelius Castoriadis ou de Pierre Legendre ont à nouveau mis l'accent sur cette dimension subjective de l'institution, tout en l'éclairant des apports de la psychanalyse. Il faut qu'il y ait intériorisation de l'Interdit, à commencer par l'interdit du meurtre, pour que puisse régner la paix civile. Et c'est la fonction du droit dans les sociétés sécularisées de mettre en œuvre cette logique de l'interdit et de permettre ainsi aux hommes de faire société. Reconnaître cette fonction anthropologique, cette nécessité structurale de l'Interdit pour la survie de l'espèce, ne nous dit rien de ce que doivent être les interdits à observer dans une société donnée[25]. Cette reconnaissance est donc d'un tout autre ordre que celle de droits naturels – du type des « trois lois fondamentales » de Locke, que la raison pourrait identifier et qui

devraient être respectées sur toute la surface du globe. En revanche, reconnaître cette fonction anthropologique du droit aide à comprendre les périodes de crise juridique, qui se caractérisent par une perte de crédit des institutions.

Au sortir des deux guerres mondiales, on avait cherché à établir un nouvel ordre international sur le *rule of law*. Diverses organisations ont été alors chargées d'établir des règles communes en matière sociale, culturelle, économique et monétaire et de poser ainsi les bases juridiques d'une paix juste et durable. Depuis l'écroulement, au début des années 1970, du système monétaire de Bretton Woods au profit d'un régime de changes flottants, ce projet a été progressivement abandonné au profit d'une gouvernance par les nombres, qui institue le Marché comme seul arbitre de la valeur de la monnaie, de la nature et du travail à l'échelle du globe. Cette « liquidation » des ressources monétaires, naturelles et humaines conduit à des désastres financiers, écologiques et sociaux en même temps qu'à une montée des fondamentalismes et à des déferlements de violence, dont les catéchumènes de l'ultralibéralisme sont les seuls à ne comprendre ni l'ampleur ni les causes. Ni l'implosion des marchés financiers en 2008, ni l'échec des marchés de « droits à polluer », ni la montée des périls écologiques, ni la paupérisation de masse, ni la multiplication des guerres civiles ne semblent de nature à les tirer de leur sommeil dogmatique[26].

Les effets du délitement des cadres juridiques de la justice sociale sont pourtant assez connus pour qu'il ne soit pas besoin d'y insister : creusement vertigineux des inégalités ; précarisation des emplois ; installation d'un chômage de masse, notamment des jeunes dans de nombreux pays ; nouveaux risques d'atteinte à la santé mentale au travail, etc. Le Bureau international du travail a dressé en 2008, dans son rapport annuel sur le travail dans le monde, le bilan des effets de la globalisation sur les conditions de travail. Juan Somavia, son directeur de l'époque, y résume en ces termes les conclusions de cette étude, qui est l'une des rares à aborder de façon précise et documentée le sujet tabou des effets sociaux de la libéralisation des échanges :

> Une vue d'ensemble des principaux facteurs sous-jacents au phénomène d'inégalité des revenus montre que ces inégalités ont connu une augmentation qu'aucune analyse économique ne pourrait justifier et qu'elles ont des coûts sociaux et économiques considérables. Il en résulte

une critique reposant sur une analyse objective de la manière dont la mondialisation financière s'est déroulée jusqu'ici.

Les constatations rassemblées ici viennent conforter le point de vue de l'OIT, selon lequel le modèle de croissance qui a abouti à la crise financière n'est pas viable. Cela confirme qu'un rééquilibrage entre les objectifs économiques, les objectifs sociaux et les objectifs environnementaux est indispensable aussi bien pour une relance économique que pour l'instauration d'une mondialisation équitable[27].

Loin de se retourner depuis la crise financière de 2008, ces effets de la globalisation se sont encore amplifiés : près de la moitié des richesses mondiales est maintenant détenue par seulement 1 % de la population ; sept personnes sur dix vivent dans un pays où l'inégalité économique a augmenté au cours des trente dernières années ; les 1 % les plus riches ont augmenté leur part de revenu dans 24 des 26 pays recensés entre 1980 et 2012 ; aux États-Unis, les 1 % les plus riches se sont accaparés 95 % de la croissance post-crise financière, c'est-à-dire depuis 2009, tandis que les 90 % les moins riches se sont appauvris[28]. Cette explosion des inégalités de revenus va de pair avec la fragmentation du statut salarial. Tout en haut de l'échelle un petit nombre de cadres dirigeants cumule les sécurités de l'emploi et la participation aux profits. Et en bas s'étendent l'emploi précaire et le travail dit informel, qui représente 51 % de la main-d'œuvre au Brésil et 85 % en Inde[29]. En France, selon les données de la dernière enquête « Conditions de travail » qui date de 2005, 27 % de la population active est ainsi occupée dans un emploi instable, qu'il soit précaire (17 %) ou menacé de disparition (10 %).

À cette explosion des inégalités et cette précarisation des conditions de vie s'ajoutent les guerres et les violences que les médias attribuent volontiers à des facteurs religieux ou identitaires, alors que leurs causes profondes sont à rechercher dans le fait – pour citer la constitution de l'Organisation internationale du Travail – « qu'il n'est pas de paix durable sans justice sociale ». Les économistes du Fonds monétaire international eux-mêmes viennent de reconnaître cette corrélation dans un rapport mettant en garde contre les effets négatifs de l'accroissement des inégalités sur la prospérité économique[30]. Ceci est vrai des révolutions arabes, comme l'a montré Gilbert Achcar[31], mais aussi du délitement du lien social dans les banlieues les plus pauvres des grandes villes. Partout dans le monde, le chômage de masse et la pauvreté sont le terreau de la

dislocation des structures familiales, de la délinquance et des « luttes de reconnaissance » religieuses ou identitaires.

Le retour de la confrontation binaire de l'ami et de l'ennemi résulte de ce discrédit, de cette perte de confiance dans la figure du Tiers. Faute d'une Référence commune, sous l'égide de laquelle chacun est assuré d'une place reconnue de tous, la société est menacée de dislocation entre des groupes hostiles. Contrairement à ce qu'avance Carl Schmitt, une telle crise ne se dénoue pas nécessairement par l'instauration d'un état d'exception. L'affaissement d'une structure juridique peut conduire à la réactivation d'une autre, qui l'avait précédée et ressurgit sous des formes nouvelles.

Les liens d'allégeance

Un changement frappant est intervenu au tournant des XXe-XXIe siècles dans la façon dont les États-Unis, pour un temps seule puissance impériale, ont envisagé de refaçonner l'ordre du monde. Se détournant des *organisations* internationales, ils ont agi en mettant sur pied des *coalitions*, regroupant pour les besoins d'une entreprise déterminée tous les États prêts à se ranger sous leur bannière. L'invasion de l'Irak en 2003 est ainsi intervenue en contravention de la légalité internationale, sous la forme d'une *coalition of the willing*, une « coalition des volontaires[32] ». Se sont empressés d'y participer les dirigeants des pays dits de la Nouvelle Europe, dont l'autre point commun était un alignement sans faille sur les politiques économiques ultralibérales. Cette guerre a ainsi renoué avec la pratique féodale qui consistait pour un monarque à appeler auprès de lui, en vue d'une expédition militaire, tous ses vassaux, qui devaient le rejoindre munis de leur équipement et d'un nombre d'hommes proportionnel à leur rang et qualité[33]. La contribution en hommes à la Coalition dirigée par le président Bush est ainsi allée de 7 100 Britanniques à 700 Polonais, 97 Tchèques et seulement 29 Ukrainiens. Le recours à ce type de coalition est devenu en peu d'années un mode habituel de traitement des situations de crise internationale, en violation des règles de fonctionnement des Nations unies.

Un tournant du même type a été pris s'agissant des règles du commerce international. Dernière née des grandes organisations internationales et dotée d'un organe de règlement des différends, l'Organisation mondiale du

commerce avait reçu pour mission en 1994 d'élaborer dans un cadre multilatéral des règles d'application générales. Elle a beaucoup fait en ce domaine, mais a échoué à étendre la libéralisation des échanges, notamment dans les secteurs des services et de l'agriculture. Cet essoufflement contraste avec l'essor des accords bilatéraux de libre-échange. Formule évidemment beaucoup plus favorable aux intérêts de grandes puissances commerciales qui, comme les États-Unis ou l'Union européenne, sont en mesure de dicter leurs conditions aux petits pays, prêts à leur faire allégeance en contrepartie de l'ouverture de leurs grands marchés. La partie est évidemment beaucoup plus serrée dans le cas du Partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (Transatlantic Trade and Investment Partnership ou TIPP), en cours de négociation entre la Commission européenne et les États-Unis. Mais l'enjeu est le même et explique les réticences de ceux qui redoutent que ce traité ne vienne sceller juridiquement l'inféodation de l'Europe aux normes américaines en matière sociale, fiscale et environnementale.

Le déclin des organisations internationales au profit des coalitions et celui des normes internationales au profit de traités inégaux sont le symptôme d'une transformation plus générale des modes de gouvernement. De fait, il n'existe pas une variété infinie de types de structure juridique, même si chacun de ces types peut être décliné de mille manières différentes. À grands traits, on peut distinguer, transposant ici une vieille distinction de la philosophie politique chinoise, le gouvernement par les lois et le gouvernement par les hommes[34]. Dans un système de *gouvernement par les lois*, la soumission de tous à des lois générales et abstraites est la condition de la liberté reconnue à chacun. Cette structure implique la mise en scène d'un Tiers garant des lois, qui transcende la volonté et les intérêts des individus. Elle rend possible l'articulation des deux plans juridiques soigneusement distingués en ouverture du Digeste : celui des règles dont l'objet échappe au calcul d'utilité individuelle, qui relèvent de la délibération et du domaine de la Loi ; et celui des règles dont l'objet relève de calculs d'utilité individuelle, qui relèvent de la négociation et du domaine du contrat[35]. Ce type de montage autorise à traiter, sur le plan contractuel, les hommes et les choses comme des entités abstraites et échangeables, dont la valeur peut être rapportée à un même étalon monétaire. Car leurs différences qualitatives sont prises en charge par le domaine de l'incalculable qui échoit à la Loi. Dans un système de *gouvernement par les hommes*, ces derniers sont

inscrits dans des réseaux de liens de dépendance. Ce n'est pas la soumission de tous à une même loi abstraite qui est alors recherchée, mais la conformité du comportement de chacun à la place qu'il occupe dans ce réseau. Chacun doit servir au mieux les intérêts de celui dont il dépend et pouvoir compter sur la loyauté de ceux qui dépendent de lui. C'est l'inscription dans ces liens d'allégeance, et non la soumission à une même loi impersonnelle, qui définit alors la condition juridique des hommes, aussi bien dans leurs rapports mutuels que dans les rapports avec les choses. La figure du Tiers garant ne disparaît pas dans ces formes de gouvernement, mais c'est un garant des liens et non plus un garant des lois. Un tel montage permet de faire l'économie de la figure de l'État souverain. En revanche, il mêle nécessairement le domaine du calculable et de l'incalculable. Ce dernier n'étant pas pris en charge par une instance tierce, les distinctions du privé et du public se brouillent[36].

Historiquement, on peut identifier plusieurs formes de gouvernement par les hommes : le ritualisme en est un, déjà brièvement évoqué[37]. Le féodalisme en est un autre, qui a joué un rôle beaucoup plus important dans l'histoire européenne. Rares sont les systèmes politiques qui, comme la Chine impériale, sont parvenus (et ce fut peut-être l'une des raisons de son exceptionnelle longévité) à réaliser une réelle hybridation du gouvernement par les lois et du gouvernement par les hommes. Le plus fréquent est qu'ils soient dominés par l'un des deux, tout en possédant cependant toujours quelque trait de l'autre. Le délitement d'un de ces types de gouvernement conduit à la résurgence de l'autre, qui n'a jamais complètement disparu de la mémoire institutionnelle. Ainsi, dans l'Europe des XIIe-XIIIe siècles, le déclin de la féodalité et de son mode de gouvernement par les hommes est allé de pair avec la montée en puissance des États souverains fondés sur le règne de la loi. Il y a de nombreuses raisons de penser que la période qui s'est alors ouverte arrive à échéance. Face à la crise du *rule of law* et aux impasses de la gouvernance par les nombres, le gouvernement par les hommes refait surface sous des formes inédites. La Chine contemporaine tente ainsi de faire l'économie de l'instauration d'un véritable État de droit en réactivant les idéaux confucéens de l'harmonie sociale[38]. En Europe, le reflux du gouvernement par les lois s'accompagne d'une résurgence de la structure juridique féodale. Dès lors que leur sécurité n'est pas garantie par une loi s'appliquant également à tous, les hommes n'ont plus d'autre issue en effet que de rechercher cette garantie dans les liens d'allégeance qu'ils tissent

entre eux. Faire allégeance permet d'obtenir la protection de plus puissant que soi, tandis qu'accorder cette protection permet d'obtenir le soutien de moins puissant que soi. L'allégeance s'installe dans les faits avant de trouver sa traduction juridique. Elle est aujourd'hui à l'œuvre aussi bien dans les réseaux de *dealers* ou les zones de guerre civile que dans les partis politiques[39] ; aussi bien dans les liens qui soumettent le personnel politique à l'emprise de la finance[40] que dans la dépendance des entreprises filiales ou sous-traitantes à l'égard de leurs donneurs d'ordres. En sapant l'hétéronomie de la loi, la gouvernance par les nombres ne fait pas advenir le règne de la pure autonomie individuelle, mais donne le jour à ces réseaux d'allégeance, où le public et le privé se mêlent. Résultat évidemment ironique du point de vue des idéaux contemporains, puisque c'est la quête d'un pouvoir impersonnel qui conduit en fin de compte à la résurgence, sous des formes nouvelles, de l'allégeance comme mode central de gouvernement.

Avec l'extension de ces réseaux d'allégeance à tous les domaines de la vie sociale, c'est la structure juridique de la féodalité qui refait surface. Avancée par plusieurs auteurs[41], l'hypothèse de la reféodalisation du Droit ne signifie pas un retour au Moyen Âge, mais la résurgence de cette structure, que la construction des États-nations avait fait disparaître, ou plus exactement sur les débris de laquelle ces États avaient été édifiés. Il faut, pour le comprendre, garder à l'esprit que les catégories dogmatiques du passé ne s'inscrivent pas dans une histoire linéaire, mais constituent une réserve enfouie de sens, toujours susceptible de revenir au jour et d'y produire de nouveaux effets normatifs[42].

La féodalité a toujours ressurgi dans des périodes marquées par l'affaiblissement du pouvoir central[43], mais à chaque fois sous une forme différente. La féodalité chinoise ou japonaise, par exemple, se distingue par bien des traits de celle qui s'est construite dans l'Occident médiéval[44]. Comme le ritualisme, le féodalisme est dominé par l'idée de lien personnel, et l'un des éléments propres de la féodalité occidentale, qui s'est bâtie sur les décombres de l'Empire romain, fut de donner une forme juridique aux liens de dépendance entre les hommes[45]. Le lien de base, qui y constitue la trame du tissu social, est la vassalité, c'est-à-dire un contrat d'un type très particulier qui combine un élément personnel et un élément réel[46]. L'élément personnel réside dans l'inféodation d'une personne à une autre, et se réalise, selon la condition des intéressés, soit par l'*hommage*,

soit par le *servage*. L'élément réel réside dans la concession faite à l'inféodé d'un bien grevé de charges au bénéfice du concédant, qui prend la forme, selon la condition des intéressés, d'un *fief* ou d'une *tenure servile*. Cette structure peut servir de grille de lecture aux transformations du droit contemporain, où apparaissent de nouvelles techniques d'inféodation des personnes et de concession des choses.

L'inféodation des personnes

Les techniques d'inféodation des personnes se présentent aujourd'hui sous le nom de ce qu'on appelle des réseaux[47]. La représentation du monde comme un réseau de particules communicantes a été portée après la Seconde Guerre mondiale par la cybernétique, avant d'inspirer la philosophie postmoderne et la doctrine *Law and Economics*. Cette représentation se trouve aujourd'hui mise en œuvre par les techniques de management participatif, qui assujettissent l'action des hommes à la réalisation d'objectifs et non plus à l'observation de règles[48]. La structure du réseau est une pièce centrale de la gouvernance par les nombres. Aussi beaucoup de bons auteurs ont-ils emprunté aux modèles biologique ou informatique pour en faire la théorie[49]. Mais le réseau étant la forme d'organisation typique du monde féodal, sa nature juridique apparaît très clairement à la lumière des concepts qu'il nous a légués. La résurgence de la structure vassalique se manifeste par un double déplacement : du souverain au suzerain, et de la loi au lien.

Le *passage du souverain au suzerain* est en Europe la face la plus visible de l'inféodation des personnes. Tandis que le souverain est titulaire d'un pouvoir suprême, qui se pose lui-même, est cause de soi et peut s'exercer directement sur tous ses sujets, le suzerain n'a de prise directe que sur ses propres vassaux et non pas sur les vassaux de ses vassaux. C'est la raison pour laquelle la souveraineté a constitué, de la fin du Moyen Âge à nos jours, la clé de voûte de la théorie moderne de l'État. Elle est impropre à rendre compte des transformations contemporaines de ce dernier, dont la position s'apparente de moins en moins à celle d'un souverain et de plus en plus à celle d'un suzerain. L'Union européenne est la manifestation la plus éclatante de ce retour de la suzeraineté. La puissance publique européenne n'est évidemment pas une puissance souveraine. Officiellement soumise depuis le Traité de Maastricht au

« principe de subsidiarité[50] », l'Union européenne n'a pas d'armée, pas de réel gouvernement, une administration très peu nombreuse au regard des populations qui lui sont soumises ; elle ne lève pas elle-même l'impôt et la plupart des règles qu'elle édicte (par voie de directives) ne sont applicables que par le filtre de transpositions dans les législations nationales. M. Jacques Delors, alors président de la Commission européenne, avait parlé à son propos d'« objet politique non identifié[51] ». L'identifier devient aisé si, au lieu de raisonner en termes de souveraineté, on applique aux institutions européennes le concept de suzeraineté. L'Union n'exerce sur les peuples qu'un pouvoir indirect, qui requiert la médiation des États qui se reconnaissent ses vassaux. Sa caractéristique essentielle est d'inféoder les États membres, et cette inféodation revient à les soumettre à une entité juridique qui est elle-même privée de l'essentiel des attributs de la souveraineté sur ses propres citoyens. Autrement dit, il s'agit d'une *inféodation à une entité suzeraine*.

Cette position suzeraine de l'Union européenne est aussi celle de certaines organisations économiques internationales, telles le Fonds monétaire international (FMI), dont le pouvoir sur la vie des peuples ne peut s'exercer que par l'allégeance des États qui se soumettent aux programmes de réforme qu'elles leur assignent, et renoncent ainsi à une part de leur souveraineté[52]. Ces programmes ne reposent pas sur de véritables contrats, mais sur un acte d'allégeance, formalisé par une lettre d'intention adressée au FMI par l'État concerné. Ces lettres sont publiées avec leurs annexes sur le site du FMI. Elles se présentent à peu près toutes de la même façon[53]. Ainsi, par exemple, dans celle qu'il a adressée le 2 décembre 2013 à la directrice générale du FMI, le gouvernement malien atteste avoir progressé dans la mise en œuvre des politiques qui lui ont été assignées et avoir « atteint les indicateurs » correspondants ; il présente les politiques économique et financière qu'il va mettre en œuvre au cours des trois années suivantes, visant notamment à préserver la stabilité macroéconomique, améliorer la gestion des finances publiques et faciliter le développement du secteur privé, notamment du secteur financier ; et enfin il sollicite le versement de 46 millions de dollars au titre d'une facilité élargie de crédit[54]. Derrière la façade de la « gouvernance économique » que ces institutions prétendent exercer, il n'est pas difficile de percevoir des techniques de vassalisation, à terme incompatibles avec la souveraineté des peuples des pays concernés.

Ce mouvement s'est puissamment accéléré depuis l'implosion des marchés financiers en 2008. Pour renflouer les banquiers menacés de faillite ou limiter les effets économiques et sociaux de leur cupidité et de leur impéritie, les États et les banques centrales ont dépensé sans compter, parvenant ainsi à convertir une montagne de dettes privées en un gouffre de dettes publiques. Après qu'ils eurent pris en charge la facture de la crise, argument a été tiré des dettes ainsi souscrites pour enjoindre aux États de privatiser ce qui reste de services publics et de déréglementer complètement les marchés du travail. Au besoin en installant pour un temps à leur tête des hommes issus des milieux bancaires à l'origine de la crise. Comme le montre le cas d'école de la « crise grecque », il y a là bien plus que le procédé bien connu de privatisation des bénéfices et de socialisation des pertes : une remise en cause frontale du droit des peuples à se gouverner eux-mêmes. Le mot d'ordre de Friedrich Hayek visant à « détrôner la politique[55] » et à instaurer une « démocratie limitée » qui mette hors de portée électorale la question de la répartition des richesses est ainsi méthodiquement mis en œuvre en Europe.

Le *déplacement de la loi au lien* est propre à caractériser le foisonnement de nouveaux contrats, qui n'ont plus seulement pour objet d'obliger les parties à donner, faire ou ne pas faire quelque chose de déterminé, mais à créer entre elles un lien qui oblige l'une à se comporter conformément aux attentes de l'autre. C'est le cas de la plupart des contrats qui organisent la dépendance économique d'une personne physique ou morale à l'égard d'une autre. Intégrant une personne dans l'organisation de l'activité d'une autre, ils rétroagissent sur la condition des parties et obligent à définir entre elles un lien doté d'un minimum de stabilité. C'est le cas notamment des contrats relationnels (*relational contracts*) dont l'essor a été étudié par Ian R. MacNeil aux États-Unis[56]. En relèvent également les « contrats d'existence » (*Life time Contracts*), tels les contrats de travail, les baux d'habitation ou les prêts immobiliers, qui ont tout récemment fait l'objet d'une importante recherche collective dirigée par Luca Nodler et Udo Reifner[57].

Les mêmes techniques se retrouvent à l'œuvre dans l'action publique. Au lieu de réglementer les activités de personnes privées ou publiques, l'État leur confie le soin de définir elles-mêmes les modalités de réalisation des objectifs qu'il leur fixe tout en chargeant des autorités *ad hoc* du contrôle de cette réalisation et en se réservant la possibilité de

rétroagir aux manquements constatés[58]. Nous avons déjà évoqué ces techniques, qui sont déclinées en droit interne sous le nom de « contractualisation de l'action publique » et dont il est fait grand usage dans les rapports entre l'État et les collectivités territoriales ou les établissements publics[59]. Recourant à force indicateurs et procédures d'évaluation quantitative de la performance, elles visent à mettre en œuvre les idéaux de la gouvernance par les nombre. Du point de vue juridique, elles se traduisent par ce que Michel Laroque a appelé des techniques de tutelle[60] : les établissements publics n'agissent plus seulement sous l'égide de la loi, mais sous celle du lien contractuel qu'ils ont souscrit. Derrière l'attirail de la gouvernance par les nombres, ce sont des rapports de vassalité qui se tissent ainsi entre l'État et la cascade d'organismes qui, tels les Agences régionales de santé[61] ou les Communautés d'universités et établissements[62], le séparent désormais de l'usager, et même des opérateurs de service public.

En droit de l'Union européenne, ces techniques se répandent sous la bannière de la gouvernance économique, qui conduit à la mise en place de mécanismes de contrôle permanent du respect par les États des obligations qu'ils souscrivent en matière de comptes publics[63]. Ces mécanismes relèvent bien eux aussi d'un projet de gouvernance par les nombres, mais la mise en œuvre de ce projet aboutit à tout autre chose que le pilotage automatique rêvé par ses concepteurs. Les critères de Maastricht n'ont quasiment jamais été respectés par les pays de la zone euro et l'on peut douter que se déclenchent un jour « automatiquement » les mécanismes correcteurs instaurés par le Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance au sein de l'Union économique et monétaire. Dans les faits, ces dispositifs d'inspiration cybernétique ont pour principal effet de placer les démocraties dans un rapport de dépendance vis-à-vis de la Commission et de la Banque centrale européenne. Le lien d'allégeance vis-à-vis de ces deux instances non élues prend alors le pas sur la loi dans la détermination des politiques économiques et sociales.

La concession des choses

L'essor des techniques de concession des choses est l'autre symptôme de la résurgence du gouvernement par les hommes. Dans le système féodal, où la richesse était essentiellement foncière, on considérait les

hommes comme de simples tenanciers des biens terrestres qui, en dernière instance, appartiennent à Dieu. L'idée demeure aujourd'hui encore en droit anglais, qu'aucun sujet ne peut être techniquement « propriétaire » de la terre, même s'il en a le bénéfice exclusif, puisque tous la tiennent du Souverain[64]. On tenait donc toujours la terre d'autrui, et ce n'est que par exception (dans le cas des *alleux*) que les droits dont on disposait sur elle ne dérivaient pas d'un lien de dépendance avec un autre homme. D'où la distinction médiévale du *domaine utile*, attribué au tenancier, et du *domaine éminent*, conservé par le seigneur qui lui a concédé en fief ou en tenure roturière ou servile. Cette concession est indissociable des liens personnels entre concédant et concessionnaire, de la fidélité due par le vassal au suzerain ou des prestations économiques dues par le roturier ou le vilain à son seigneur. Le même système de concession se retrouve en droit féodal s'agissant de l'attribution des charges publiques ou ecclésiastiques. Le titulaire d'une telle charge se voyait attribuer un « bénéfice », c'est-à-dire le revenu de biens attachés à cette charge. Ce lien entre *officium* et *beneficium* est à l'origine de la vénalité des offices et des charges qui prospéra jusqu'à la fin de l'Ancien Régime[65] et continue de régir certaines professions réglementées, comme les notaires ou les taxis. Les rapports des hommes aux choses étaient ainsi toujours l'ombre portée des rapports entre les hommes[66]. Comme l'a montré Louis Dumont, l'idéologie économique implique au contraire que les relations entre les hommes soient subordonnées aux relations entre les hommes et les choses[67]. L'économie de marché a en effet besoin de biens propres à l'échange, nettoyés de toute trace de liens personnels. L'analyse du droit positif montre ici encore une résurgence de la structure féodale, qui se marque par le démembrement de la propriété et par l'affermage des fonctions.

Le *démembrement de la propriété* est une conséquence évidente de la consécration et de l'essor des droits de propriété intellectuelle. Celle-ci consiste à reconnaître à une personne un droit sur une chose qui peut être la propriété matérielle d'une autre. Les prérogatives du propriétaire intellectuel varient selon les cas, mais elles conduisent toujours à faire perdre sa portée absolue à la propriété matérielle du bien. Car le droit du propriétaire intellectuel suit la chose, quel que soit son détenteur matériel. Ainsi que Marcel Mauss en avait fait la remarque, la propriété intellectuelle fait ressurgir dans le monde moderne l'« esprit des choses », qu'on croyait propre aux sociétés « archaïques », cet esprit qui suit la

chose où qu'elle aille et doit toujours faire retour à celui qui l'a mise en circulation[68]. Permettre cette libre circulation et obliger dans le monde entier tout détenteur de la chose à honorer la dette qu'il a contractée vis-à-vis du propriétaire de l'esprit de la chose, telle est la raison des accords relatifs à la propriété intellectuelle, conclus dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce, dits accords TRIPS[69]. La résurgence de la vieille distinction féodale entre domaine utile et domaine éminent est ici évidente. Or, la superposition sur un même objet des droits du propriétaire intellectuel et du propriétaire matériel conduit nécessairement à placer celui-ci dans la dépendance de celui-là. La Cour suprême des États-Unis a ainsi jugé qu'à partir du moment où la loi étend à des organismes vivants le champ d'application de la propriété intellectuelle, la capacité de reproduction propre à ces organismes est transmise aux brevets dont ils sont l'objet[70]. Un agriculteur qui a acheté des semences à Monsanto ne peut donc, sans violer les droits de ce dernier, utiliser le grain issu de ces semences pour les saisons suivantes. Il n'a pas davantage le droit d'utiliser des grains destinés à l'alimentation achetés à un autre producteur et ayant contracté les mêmes propriétés. D'où un asservissement inédit des cultivateurs au pouvoir des entreprises qui leur fournissent des semences. Ils cessent d'être des producteurs indépendants pour devenir durant toute la durée du brevet – en l'espèce, vingt ans – les tenanciers de cultures dont ils n'ont plus la pleine propriété. Plus généralement, la propriété intellectuelle est à l'origine d'une économie de rente qui place sous la dépendance de ses détenteurs non seulement des personnes, mais aussi des États[71].

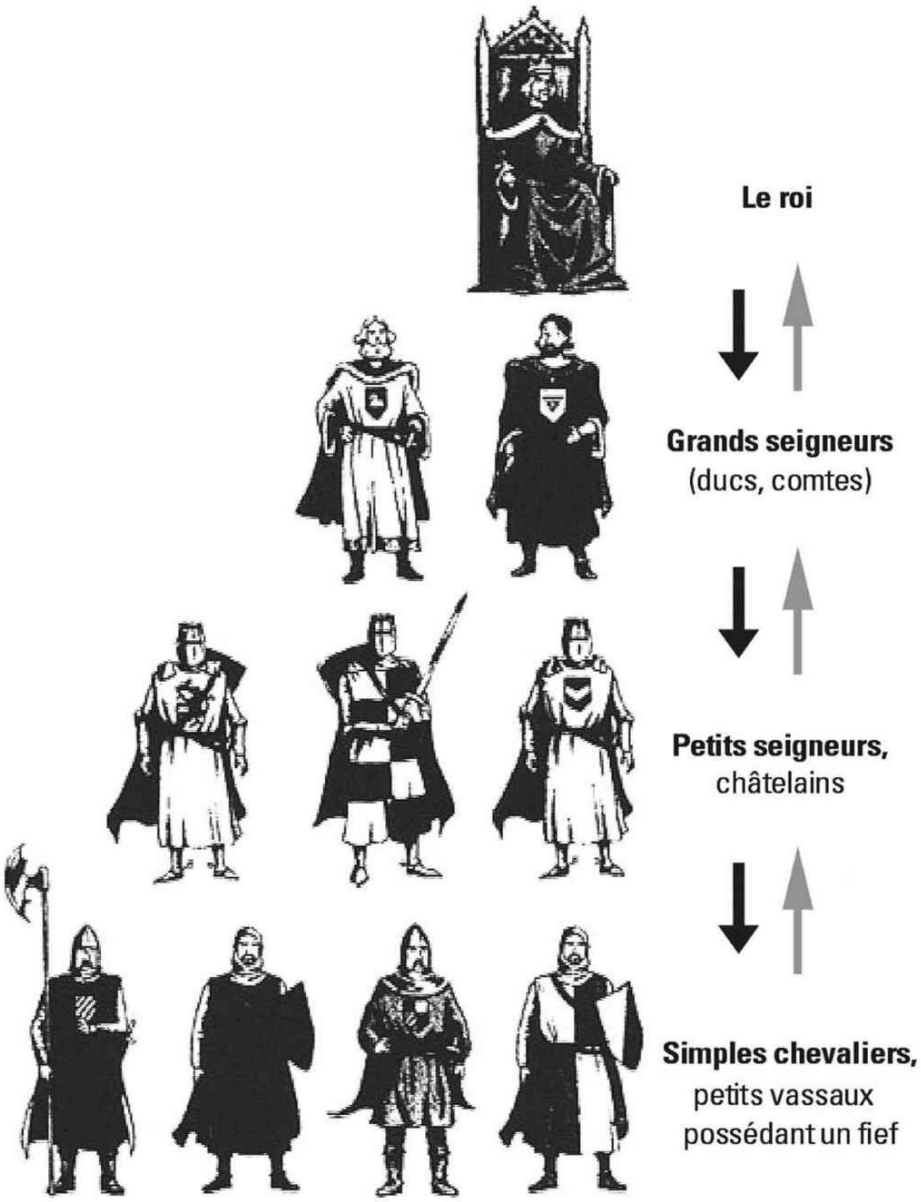
La propriété intellectuelle n'est pas le seul facteur de fragmentation du droit de propriété. Ce dernier ne suffit plus à rendre compte de la réalité du contrôle économique de nombreux biens, lequel se trouve divisé entre plusieurs titulaires, personnes privées ou autorités publiques. Cela ne surprend pas s'agissant de « choses » qui ne sont dans le commerce que par l'effet d'une fiction, comme le travail, la nature ou la monnaie[72]. De telles fictions ne sont tenables que moyennant la limitation des droits de ceux qui s'approprient ces ressources humaines ou naturelles, dont la préservation et le renouvellement intéressent le bien commun. C'est parce qu'ils visent à contenir l'exploitation de ces ressources dans les limites du supportable que le droit du travail ou le droit de l'environnement permettent de faire *comme si* le travail et la nature étaient des marchandises. Réunies ces dernières années sous le vocable de

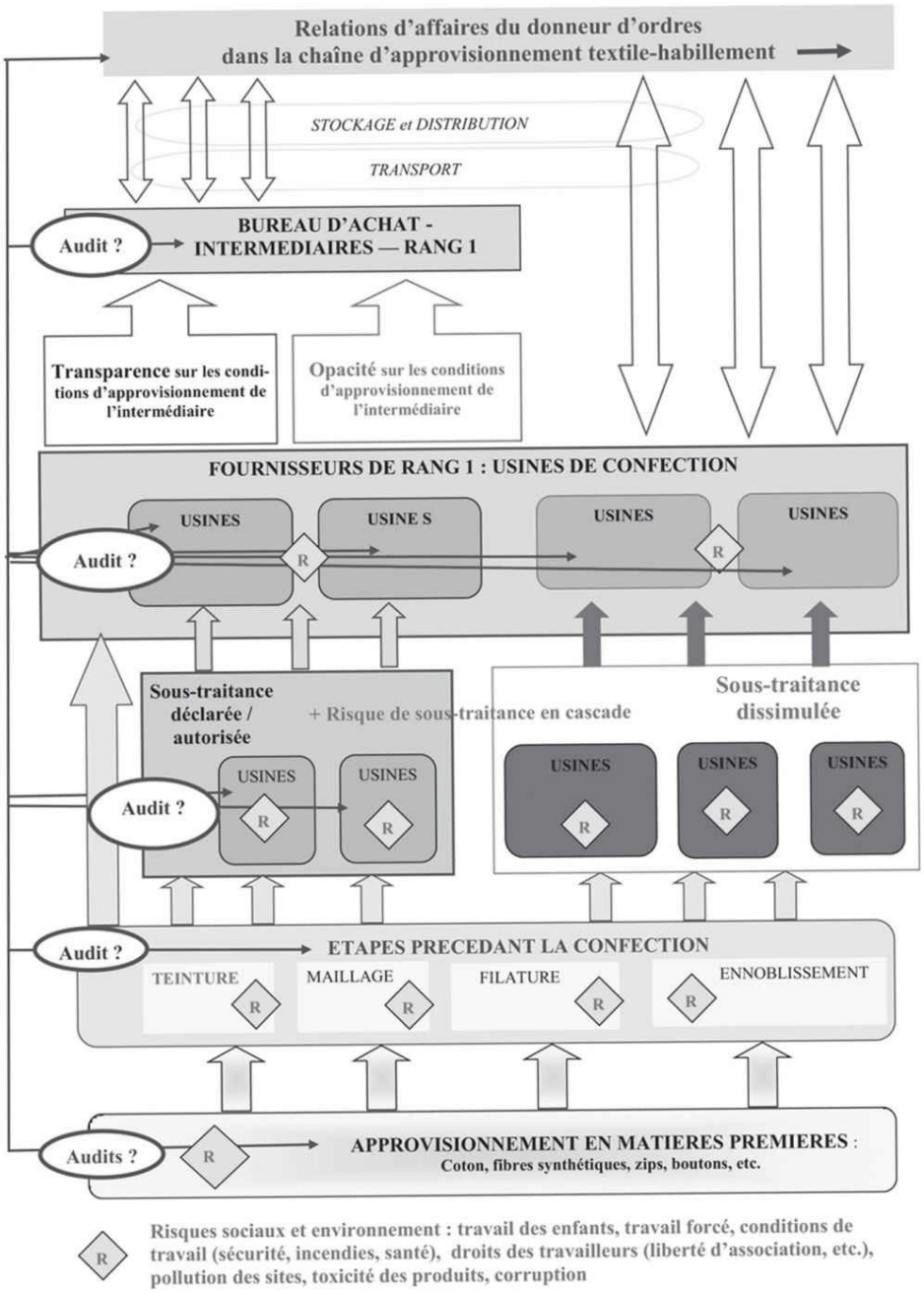
« développement durable », ces contraintes légales sont autant de rappels du caractère relatif de la propriété privée sur ce type de ressources, qui relèvent du domaine éminent d'Êtres transcendants, tels le patrimoine commun de la Nation ou celui de l'Humanité[73]. La notion de patrimoine retrouve ici sa fonction d'articulation dans la longue durée du droit des biens et des personnes[74]. Elle a même été étendue au génome humain, pour en limiter l'exploitation et la commercialisation[75].

Le droit de la responsabilité concourt aussi désormais à cette superposition de liens de droit portant sur un même objet. En obligeant le gardien d'une chose à répondre des dommages qu'elle cause, le régime de responsabilité objective inventé à la fin du XIXe siècle avait déjà fait réapparaître l'idée d'un tenancier de la chose, éventuellement distinct du propriétaire. L'altération du rapport exclusif entre l'homme et sa propriété est encore plus manifeste dans le régime de responsabilité du fait des produits défectueux[76]. C'est alors le producteur de la chose – celui qui l'a fabriquée ou mise en circulation sur le marché – qui demeure responsable des dommages causés par les défauts de son produit, qu'il soit ou non lié par un contrat avec la victime. De même que la propriété intellectuelle, la responsabilité du producteur suit la chose entre les mains de ses détenteurs successifs et oblige à organiser une « traçabilité » du produit[77]. Ici, c'est une dette du producteur et non pas une créance de l'auteur qui circule avec le produit. Le producteur demeure garant de la sécurité de la chose en quelques mains qu'elle se trouve, si bien que la responsabilité du fait de cette chose se dédouble entre une responsabilité utile, qui incombe au gardien, et une responsabilité éminente, dont le producteur ne peut s'affranchir.

L'*affermage des fonctions* se manifeste aussi bien dans le public que dans le privé et brouille la frontière qui les sépare. Le phénomène s'est d'abord affirmé dans la gestion des entreprises privées. Sous la pression de la financiarisation de l'économie, celles-ci ont segmenté leur activité en unités de coûts et de profits et soumis ces unités à des exigences croissantes de rendement. Cette autonomisation est allée de pair avec l'externalisation des fonctions les moins rentables, et la focalisation des entreprises sur ce qu'on a appelé leur « métier principal », c'est-à-dire sur l'activité où elles apparaissaient les plus compétitives aux yeux des marchés financiers. D'où une évolution aujourd'hui bien connue du paradigme de l'entreprise : le modèle « fordiste » d'une organisation

intégrée et fortement hiérarchisée a cédé la place à un modèle réticulaire dans lequel l'entreprise concède à d'autres une part croissante des activités indispensables à la réalisation de ses produits. Diverses techniques juridiques ont été déployées à cet effet. Celle des groupes de sociétés repose sur la détention par une société (dite société mère) d'une part du capital d'une filiale assez importante pour exercer sur elle une « influence dominante[78] ». D'autres reposent sur des techniques contractuelles, comme les concessions ou les franchises dans les réseaux de distribution[79], les contrats de sous-traitance dans l'industrie[80], les contrats d'intégration en matière agricole[81], les référencements des fournisseurs des grandes surfaces[82], etc. Toutes ces techniques répondent toutefois à une structure semblable, qui est celle de la tenure-service : une entreprise dominante confie à un tenancier (sous-traitant, distributeur, fournisseur, etc.) une activité économique profitable, moyennant le respect d'un certain nombre de règles et de contrôles définis par cette entreprise. Ce tenancier peut faire lui-même appel aux services d'autres entreprises placées sous son contrôle, dans la cadre par exemple d'une sous-traitance de niveau 2, qui occupe une position équivalente à celle du vavasseur, le vassal du vassal[83], dans la structure féodale ; lui aussi pourra faire de même en recourant à un sous-traitant de niveau 3. Le sous-traitant peut aussi, pour jouir d'une autonomie plus grande vis-à-vis de l'entreprise dominante, travailler pour plusieurs maîtres. Un même sous-traitant de fournitures automobiles – par exemple, de climatiseurs ou de logiciels – pourra ainsi travailler pour plusieurs marques concurrentes. Tout comme les réseaux féodaux, ces réseaux commerciaux ne sont donc pas nécessairement pyramidaux, ou plus exactement la pyramide peut dans certains cas reposer sur sa pointe. Un même vassal pouvait en effet être l'homme de plusieurs seigneurs, créant ainsi entre ces derniers la possibilité d'une concurrence, d'un conflit de loyauté. L'invention de l'« hommage lige », qui donnait la primauté à l'un de ces seigneurs sur les autres dans les obligations du vassal, avait pour objet de prévenir de tels conflits d'intérêts[84]. Une fonction à peu près semblable est assurée aujourd'hui par les clauses d'exclusivité dans les relations commerciales[85] ou les clauses de non-concurrence en droit du travail[86]. On peut ainsi, sans forcer le trait, mettre en regard la représentation pédagogique de la féodalité dans un manuel scolaire et celle des réseaux de fournitures dans le secteur du textile[87].


Le roi
Grands seigneurs
(ducs, comtes)
Petits seigneurs,
châtelains
Simples chevaliers,
petits vassaux
possédant un fief



© D.R. / OCDE.

L'*affermage des fonctions publiques* est quant à lui inhérent à la contractualisation de l'action de l'État. S'inspirant du modèle du management privé, ce dernier s'est engagé dans un double mouvement de segmentation de ses différentes fonctions et d'extériorisation de celles qui ne lui semblaient pas relever de son « métier principal ». Les premières tendent à être autonomisées moyennant leur engagement au respect de certains objectifs et leur soumission à des indicateurs chiffrés de réalisation de ces objectifs. Les secondes sont privatisées, moyennant leur

régulation par des autorités de régulation, investies du rôle de gardienne de l'intérêt général à l'égard d'un produit ou d'un service déterminé : l'électricité, les routes, les télécommunications, la Bourse, les chemins de fer, les prisons, etc.[88]. Tout l'attirail juridique féodal resurgit ici aussi sous des formes nouvelles. La vénalité des offices et des charges, dans laquelle Adhémar Esmein voyait il y a un siècle une « organisation monstrueuse[89] », fait un retour en force au nom du démantèlement des monopoles dont jouissaient les entreprises publiques. La tenure-service redevient la forme normale d'exercice de ce que le Traité relatif au fonctionnement de l'Union européenne nomme les services économiques d'intérêt général (art. 14 et Protocole n° 26). Et derrière le principe de séparation des opérateurs économiques et des régulateurs, c'est la vieille distinction du pouvoir (*potestas*) et de l'autorité (*auctoritas*) qui réapparaît, distinction typique des manières féodales de lier tous les pouvoirs et de conjurer ainsi les risques de l'absolutisme et de la toute-puissance.

Encore une fois, il ne s'agit nullement de prétendre que nous *retournons* au Moyen Âge, mais seulement de comprendre que les concepts juridiques propres à la féodalité fournissent d'excellentes clés d'analyse des bouleversements institutionnels de grande ampleur qui sont à l'œuvre derrière la notion acritique de « globalisation ». Il ne s'agit pas davantage de porter à ce stade un jugement de valeur sur ces bouleversements, ni de défendre la thèse d'un « éternel retour », comme si l'histoire en se faisant ne donnait pas le jour à des configurations juridiques inédites. Autant il est faux en effet d'envisager le monde globalisé comme un monde plat, une *tabula rasa* où se déploierait de manière uniforme la gouvernance par les nombres, autant il serait absurde de l'envisager comme la juxtaposition de cultures persistant invariablement dans leur être et de méconnaître ainsi leur perméabilité aux influences mutuelles. Sous le poids de deux siècles et demi de domination coloniale et d'impérialisme économique et culturel, il n'y a pas aujourd'hui de civilisation dans le monde, pas même au Vanuatu ou en Amazonie, qui n'ait été influencée par les manières occidentales de gouverner les sociétés humaines. Toutes sont désormais concernées par l'effacement du règne de la loi au profit de la gouvernance par les nombres. Et toutes voient s'étendre les réseaux d'allégeance au cœur de leurs institutions. La résurgence d'une structure ne signifie donc pas une répétition du passé. Elle donne au contraire le jour à des constructions nouvelles qui recyclent les matériaux de celle dont elle vient pallier la ruine. Reste à caractériser ce monde en gésine. Et il n'est pas de meilleur

point d’observation du gouvernement des hommes que la manière dont on les fait travailler.

12

Un « régime de travail réellement humain »

I. De la mobilisation totale à la crise du fordisme

> « La non-adoption par une nation quelconque d'un régime de travail réellement humain fait obstacle aux efforts des autres nations désireuses d'améliorer le sort des travailleurs dans leurs propres pays. »
> *Préambule de la Constitution de l'Organisation internationale du travail*

La gouvernance par les nombres a d'abord répondu aux problèmes soulevés par le travail. La division du travail occupe dans l'organisation de la société toute entière une place nodale, qui a été tôt repérée par les fondateurs de l'économie politique[1] et de la sociologie[2]. Parler de société « esclavagiste », « agraire », « nomade », « féodale » ou « industrielle », c'est reconnaître à l'esclavage, à l'agriculture, à l'élevage, au servage ou au salariat une place centrale dans l'organisation de la société toute entière. Pour désigner le monde actuel, on parle volontiers de société « post-industrielle », ce qui est une manière de dire notre difficulté à identifier le régime de travail qui le caractérise. L'industrie en effet, dans ses formes les plus tayloriennes, n'a nullement disparu, mais s'est massivement déplacée hors du monde occidental. Quant au « post- », il tient lieu, ici comme ailleurs – dans « post-moderne » ou « post-humain » –, de point d'interrogation sur un monde en gésine. « Post-industriel » veut donc dire que la crise de nos institutions se situe dans la dynamique ouverte à l'âge industriel, mais que nous ne sommes pas encore parvenus à la comprendre ni à la conceptualiser. Il y a donc de bonnes raisons de penser qu'une analyse juridique des transformations du travail depuis un siècle est de nature à éclairer la nature de cette crise et ses issues possibles. Nous allons tenter de vérifier cette hypothèse en analysant les avatars de ce que le Traité de Versailles a appellé en 1919 un « régime réellement humain du travail ». Dans ce chapitre seront examinés les développements de ce

régime jusqu'à la crise du fordisme, et dans le suivant, la structure des liens d'allégeance qui accompagnent dans les entreprises l'instauration de la gouvernance par les nombres.

Le compromis fordiste

Pour comprendre le statut salarial issu de ce qu'on a appelé le compromis fordiste, il faut commencer par revenir à l'événement fondateur de la société industrielle, c'est-à-dire à la Première Guerre mondiale. Cette guerre a apporté à l'histoire du travail deux choses à première vue contradictoires, mais en réalité solidaires l'une de l'autre : la gestion industrielle du « matériel humain » ; et l'appel à fonder « un régime du travail réellement humain ».

Durant cette guerre, note Ernst Jünger, « les pays se sont transformés en gigantesques usines produisant des armées à la chaîne afin d'être en mesure vingt-quatre heures sur vingt-quatre, de les envoyer au front où un processus sanglant de consommation […] complètement mécanisé jouait le rôle du marché[3] ». L'organisation taylorienne du travail a cessé d'être cantonnée aux usines les plus modernes pour s'étendre à la société toute entière. Jünger décrit ce tournant en termes de « mobilisation totale ». Les guerres « à l'ancienne », du type de celles qui ont opposé les monarchies européennes jusqu'au XIXe siècle, n'engageaient qu'une partie des ressources humaines et matérielles des États belligérants. La Première Guerre mondiale fut la première expérience en vraie grandeur d'une « mobilisation totale », c'est-à-dire d'un processus dans lequel « toute existence est convertie en énergie[4] ». L'image de la guerre, celle qui la représente comme une action armée, écrit-il, « s'estompe de plus en plus au profit de la représentation bien plus large qui la conçoit comme un gigantesque processus de travail[5] ». Dans la phase terminale de cette évolution, entamée pendant la Première Guerre mondiale, « il n'y a plus aucune activité – fût-ce celle d'une employée domestique travaillant à sa machine à coudre – qui ne soit une production destinée, à tout le moins indirectement, à l'économie de guerre[6] ». Or, les formes d'organisation ainsi mises en œuvre durant la Grande Guerre ont continué d'imprimer leur marque une fois la paix revenue. « La plus grande leçon que la guerre nous ait enseignée, déclarait ainsi en 1919 l'ingénieur américain George Babcock devant la Society to Promote the Science of Management, est que

l'expansion et l'approfondissement des principes d'organisation industrielle, développés sous la forme des principes tayloriens d'organisation scientifique, ont trouvé leur justification pratique sous le fardeau le plus lourd qu'ils aient jamais eu à porter[7]. » Cette observation faite pour les besoins du management, Jünger l'étendait à l'organisation des États :

> Malgré les spectacles tout aussi grandioses qu'effroyables des dernières batailles de matériel, où les hommes ont pu assister au triomphe sanglant de leur talent d'organisation, les possibilités ultimes n'ont pas encore été atteintes ; même si l'on s'en tient au versant technique de ce processus, elles ne peuvent l'être qu'à partir du moment où l'ordre militaire impose son modèle à l'ordre public de l'état de paix. C'est ainsi que, dans bien des États de l'après-guerre, nous pourrons observer à quel point les nouvelles méthodes d'organisation se conforment déjà au modèle d'une mobilisation totale[8].

Le concept de mobilisation totale a inspiré aussi bien celui d'État total employé par Carl Schmitt que celui de totalitarisme développé par Hannah Arendt. Il conserve une grande valeur heuristique dans la mesure où la mobilisation totale a pris aujourd'hui la forme d'un Marché total[9], sur lequel toute existence est convertie en ressource quantifiée[10] et qui engage tous les habitants de toutes les nations du monde dans une guerre économique perpétuelle et sans merci.

Le second apport de la Première Guerre mondiale au régime du travail est plus souvent aperçu et célébré : il s'agit de la création par le Traité de Versailles de l'Organisation internationale du travail (OIT)[11]. Repris de ce traité, l'exposé des motifs de cette création figure aujourd'hui dans le Préambule de la Constitution de l'OIT :

> Attendu qu'une paix universelle et durable ne peut être fondée que sur la base de la justice sociale ;
>
> Attendu qu'il existe des conditions de travail impliquant pour un grand nombre de personnes l'injustice, la misère et les privations, ce qui engendre un tel mécontentement que la paix et l'harmonie universelles sont mises en danger, et attendu qu'il est urgent d'améliorer ces conditions […] ;
>
> Attendu que la non-adoption par une nation quelconque d'un régime de travail réellement humain fait obstacle aux efforts des autres nations

désireuses d'améliorer le sort des travailleurs dans leurs propres pays ;

les hautes parties contractantes, mues par des sentiments de justice et d'humanité aussi bien que par le désir d'assurer une paix mondiale durable, ont convenu ce qui suit : […] Il est fondé une organisation permanente chargée de travailler à la réalisation du programme exposé dans le Préambule.

Sans justice sociale, nous aurons la guerre ; la justice sociale implique un « régime de travail réellement humain » ; or, un tel régime ne peut advenir sans une police sociale de la concurrence à l'échelle mondiale ; il faut donc qu'une organisation internationale soit chargée de définir et de mettre en œuvre des normes du travail communes à toutes les nations. Voilà en résumé l'autre leçon qui fut tirée de l'expérience de la Première Guerre mondiale à la question de l'organisation du travail. Cet apport sera durable, puisque l'OIT est la seule organisation internationale à avoir survécu à la disparition de la Société des Nations. Son mandat a été réitéré et précisé à la fin de la Seconde Guerre mondiale par la Déclaration de Philadelphie et elle s'apprête à fêter dignement son centenaire en 2019.

Comment se sont articulés ces deux legs de la Grande Guerre ? L'aspiration à un « régime de travail réellement humain » est-elle compatible avec l'« organisation scientifique du travail » et la mobilisation totale du capital humain dans une compétition généralisée ? La réponse dépend de l'interprétation que l'on fait de la notion de « régime de travail réellement humain ». Elle peut en effet s'entendre dans un sens fort ou dans un sens faible.

Dans son sens fort, c'est le travail lui-même qui doit être réellement humain. Mais qu'est-ce qu'un travail réellement humain ? À première approche, on peut dire qu'il doit s'agir d'un travail permettant à celui qui l'exécute de mettre une part de lui-même dans ce qu'il fait. Car tel est le propre du travail de l'homme, ce qui le distingue de celui de l'animal ou de la machine. Il prend racine dans des représentations mentales que le travailleur s'efforce d'inscrire dans l'univers des choses ou des symboles. En cela, le travail est aussi une école de la raison : mettant nos images mentales aux prises avec les réalités du monde extérieur, il nous oblige à prendre la mesure, et de ce monde, et de ces représentations. Simone Weil l'a dit dans l'une de ces formules fulgurantes dont elle a le secret : « C'est par le travail que la raison saisit le monde même, et s'empare de l'imagination folle[12]. » Cette confrontation n'existe pleinement que dans

ce qu'on appelle très improprement le travail manuel, qui mobilise à la fois le corps et l'esprit dans l'expression d'un *savoir-faire*[13]. Le travail intellectuel a bien lui aussi une dimension physique puisqu'il requiert un état de santé minimal, mais il ne met pas le corps aux prises avec le monde comme le fait le travail du paysan, de l'ouvrier, du sculpteur ou du danseur. Proudhon disait que « celui qui a son idée dans le creux de la main est souvent un homme de plus d'intelligence, en tout cas, plus complet que celui qui la porte dans sa tête, incapable de l'exprimer autrement que par une formule[14] ». Le travail de ceux que Robert Reich appelle des « manipulateurs de symboles[15] » mobilise un savoir-dire, un savoir-écrire ou un savoir-compter, mais pas un savoir-faire. Il ne confronte pas directement ces travailleurs aux réalités de leur milieu vital, ce qui les expose au risque de délirer. Cioran en a fait la remarque à propos des penseurs :

> Le tête-à-tête avec l'idée incite à déraisonner, oblitère le jugement et produit l'illusion de la toute-puissance. En vérité, être aux prises avec une idée rend insensé, enlève à l'esprit son équilibre et à l'orgueil son calme […]. Le penseur en train de noircir une page sans destinataire se croit, se sent l'arbitre du monde[16].

Cette pente délirante n'est pas l'apanage des penseurs et des idéologues, elle est aussi celle des ingénieurs de la finance, que leur travail installe dans le réacteur nucléaire de la gouvernance par les nombres. Comme l'ont montré quelques affaires récentes – en France, l'affaire Kerviel[17] –, ce travail aussi « oblitère le jugement et produit l'illusion de la toute-puissance ». Il entraîne les *traders*, et nous avec, dans des boucles spéculatives dont le dénouement ne peut advenir que par un retour catastrophique du principe de réalité. Dans l'affaire Kerviel, la Cour de cassation a estimé que le défaut de contrôle hiérarchique de ce trader par son employeur, la Société générale, « avait concouru au développement de la fraude [commise par lui] et à ses conséquences financières » et en a déduit que le salarié – quoique condamné au pénal – ne pouvait être tenu civilement responsable desdites conséquences[18].

Se dessinent ainsi les deux limites au-delà desquelles un travail méconnaît la condition humaine : celle d'un déni de la pensée et celle d'un déni de la réalité. Le *déni de la pensée* advient lorsqu'on prétend aligner le travail de l'homme sur le modèle de la machine, aussi perfectionnée soit-elle. Le taylorisme a été l'expression la plus achevée de cette forme de

déshumanisation du travail. Le réduisant à une succession de gestes chronométrés, il interdit explicitement aux ouvriers de penser – d'autres étant payés pour cela, comme le disait Taylor. Le *déni de la réalité* est moins souvent aperçu. Il advient lorsqu'on coupe le travail de manipulation des symboles de toute expérience des réalités sous-jacentes à cette symbolisation. Pour employer une métaphore aujourd'hui répandue, ce type de travail substitue la carte au territoire[19] : il congédie les faits au profit de leur représentation imaginée. Nourrie par le scientisme et le fétichisme du chiffre, cette déconnection du réel expose au risque de délire individuel ou collectif. Elle ne menace malheureusement pas seulement les ingénieurs de la finance, mais plus généralement tous les dirigeants politiques et économiques, dès lors qu'ils ne perçoivent plus le monde qu'au travers de sa représentation chiffrée. Ces deux formes de déshumanisation du travail ne sont pas les deux branches d'une alternative. Les massacres déments du XXe siècle ont montré au contraire qu'elles peuvent se combiner, lorsque des masses décervelées sont enrôlées au service de dirigeants hallucinés. Le délire scientiste recèle le même potentiel meurtrier que le fanatisme religieux et l'un et l'autre se nourrissent aujourd'hui mutuellement.

Est donc inhumain le régime qui ravale le travailleur à l'état de la bête ou de la machine, en le considérant comme le pur instrument des pensées d'autrui. Mais est aussi inhumain le régime qui coupe le travailleur de toute expérience des réalités sur lesquelles il agit. Circonscrit par ces deux limites, le travail « réellement humain » possède une irréductible ambivalence : il est à la fois maîtrise du monde et soumission au monde, œuvre et peine. La Constitution de l'OIT aurait pu être interprétée dans ce sens fort, qui oblige à se pencher sur le travail lui-même.

Mais la notion de « régime de travail réellement humain » peut s'entendre de façon moins exigeante, en considérant que c'est le régime qui doit être humain, et pas forcément le travail en tant que tel. Ainsi compris, l'objectif fixé à l'OIT consiste à rendre humainement supportable un travail qui ne l'est pas forcément en lui-même. Pour le dire avec les mots choisis par Norbert Wiener pour sous-titrer son livre *Cybernétique et société*, on se contentera alors de s'interroger sur l'« usage humain des êtres humains[20] ». C'est à n'en pas douter ce sens faible que les rédacteurs du Traité de Versailles avaient en tête. En témoigne la version anglaise du texte, où la notion de « régime de travail réellement humain » se trouve traduite par « *humane conditions of labour* ». L'exigence d'humanité ne

vise pas ici le travail lui-même, mais ses conditions d'exécution. Cette interprétation restrictive est confortée par l'alinéa 2 du Préambule, qui donne de ces conditions une liste d'exemples. Aucun d'entre eux ne concerne le travail en tant que tel, mais seulement son coût, sa durée, son innocuité, ainsi que la liberté syndicale et la formation professionnelle. Autrement dit, ces conditions visent les termes de l'échange salarial, et non pas la dimension qualitative du travail.

Cette interprétation est celle qui a prévalu depuis la Première Guerre mondiale jusqu'à nos jours. Non pas sans discussion ni résistance. Mais comme l'a montré Bruno Trentin dans son maître livre sur la crise du fordisme, ces voix discordantes ne sont pas parvenues à se faire entendre d'une gauche politique et syndicale qui non seulement s'est majoritairement convertie à l'idée d'organisation scientifique du travail, mais a fait de cette organisation un modèle de gouvernement de la société toute entière[21]. Lénine voyait ainsi dans le taylorisme « un immense progrès de la science[22] ». Selon lui, « si les masses laborieuses qui instaurent le socialisme ne savent pas adapter leurs institutions au mode de travail de la grande industrie mécanique, il ne saurait être question d'instaurer le socialisme[23] ». Trentin cite quant à lui Gramsci, selon lequel la division du travail industriel faisait ressentir au prolétaire « la nécessité que le monde entier soit comme une seule et immense usine, organisé avec la même précision, la même méthode, le même ordre dont il constate qu'il est vital dans l'usine où il travaille[24] ».

Cette fascination générale pour l'organisation scientifique du travail procède, selon Simone Weil, de l'empire exercé sur les esprits par le modèle de la science classique, notamment de la physique classique qui, de Galilée jusqu'au XIXe siècle, a pensé pouvoir expliquer le fonctionnement du monde par un calcul de masse et d'énergie. Notion d'énergie directement dérivée de celle du travail dans son sens le plus élémentaire de force physique. C'est cette notion déshumanisée d'un travail réduit à l'état d'énergie mécanique que le taylorisme a mise en œuvre[25]. Le taylorisme n'est que l'expression, dans l'usine, de cette fascination pour la science, fascination qui s'exprime dans tous les champs de la culture et pousse à considérer l'être humain comme une machine. L'essor industriel s'est accompagné dans la seconde moitié du XIXe siècle de celui des sciences sociales, qui prétendent étudier les hommes comme on étudie les choses. Sciences physiques et biologiques, techniques

industrielles, sciences sociales et organisation scientifique du travail : tout est lié et tout porte à considérer que les hommes peuvent être observés et traités comme des choses, dont l'utilisation est débarrassée de toute considération du bien ou du juste. « Rien n'est plus étranger au bien, observe ainsi Simone Weil, que la science classique, elle qui prend le travail le plus élémentaire, le travail d'esclave, comme principe de sa reconstruction du monde ; le bien n'y est même pas évoqué par contraste, comme terme antagoniste[26]. »

S'est ainsi forgé, au nom des progrès de la science, un consensus sur la manière de travailler efficacement : si la durée du travail et la répartition de ses fruits se discutent, son contenu en revanche ne se discute pas, car il est censé obéir à des impératifs scientifiques et techniques. C'est ce qu'on a appelé le « compromis fordiste », du nom de Henry Ford qui décida d'allouer aux ouvriers une part de la productivité gagnée par l'organisation taylorienne du travail instaurée dans ses usines. En doublant en 1914 le montant des salaires horaires, Ford fidélisa sa main-d'œuvre et la convertit en clientèle pour ses voitures. Ce *welfare capitalism* se révéla extrêmement profitable et devint bientôt le modèle à suivre. Le résultat de ce consensus a été une réduction du périmètre de la justice sociale aux trois domaines évoqués par le Préambule de la Constitution de l'OIT : celui des termes quantitatifs de l'échange salarial (salaire, temps de travail, prestations sociales) ; celui de la sécurité physique au travail ; et enfin celui des libertés collectives (liberté syndicale et négociation collective). En revanche, la question de la direction du travail a été entièrement située du côté de la technique. On a considéré qu'elle relevait d'un critère d'efficacité et non pas de justice et échappait par conséquent aussi bien à la démocratie politique qu'à la démocratie sociale. Ce reflux de la justice au profit de la technique est une constante de l'histoire juridique contemporaine. Une fois justifiée par la technique, la division du monde du travail entre ceux à qui on interdit de penser et ceux qui sont payés pour le faire, change de nature. Elle ne se présente plus comme une injustice fondamentale que le droit doit corriger, mais comme un mal nécessaire que le droit doit compenser. L'objet du droit social n'est pas dès lors d'instaurer une juste division du travail et de garantir à chacun l'expérience d'un « travail réellement humain », mais de compenser une aliénation au travail jugée inévitable pour le plus grand nombre. Est ainsi apparue ce qu'on appelle aujourd'hui la « gauche d'accompagnement », dont l'ambition se limite à rendre humainement plus supportables les

sacrifices jugés indispensables à la marche du progrès technique et économique. Depuis l'installation d'un chômage de masse, le « droit à l'accompagnement », qui a d'abord été reconnu aux malades en fin de vie[27], a ainsi fait une entrée en force en droit du travail[28].

Les concepts fondamentaux du droit du travail moderne découlent de cette restriction du périmètre de la justice sociale. Ainsi, le concept de *subordination* fait de la soumission aux ordres le critère essentiel de la qualification du contrat de travail, tandis que le concept d'*emploi* désigne l'ensemble des sécurités attachées par la loi à cet état de subordination : limitation du temps de travail, minima de salaires, hygiène et sécurité, sécurisation du contrat de travail, assurances sociales. Employer, au sens étymologique, c'est « plier dans » (*in-plicare*), et l'emploi désigne les conditions sous lesquelles un travailleur peut se plier à la volonté d'autrui dans l'exécution de son travail. « Le droit d'obtenir un emploi » proclamé par la Constitution française, c'est le droit de tirer d'un travail au service d'autrui les moyens de vivre dignement. La Déclaration universelle des droits de l'Homme (1948) est formulée de façon plus compréhensive puisqu'elle proclame dans son article 23 le « droit au travail ». Article d'autant plus remarquable que c'est le seul (avec l'article 22 relatif à la sécurité sociale) à référer explicitement à la dignité humaine les droits qu'il déclare. Mais il ne le fait justement qu'à l'appui du « *droit à une rémunération équitable et satisfaisante* […] assurant [à chacun] ainsi qu'à sa famille une existence conforme à la dignité humaine ». Autrement dit, dans une perspective de contrepartie financière d'un travail dont le contenu semble excéder le périmètre des droits de l'Homme.

Le droit du travail a ainsi servi à concilier les deux apports a priori inconciliables de la Grande Guerre : d'un côté, la réification du travail, métamorphosé en « force de travail » qu'on peut acheter et vendre comme on le ferait de l'énergie électrique[29] et, d'un autre côté, l'insertion dans tout contrat de travail d'un statut salarial qui protège la personne du travailleur contre les effets physiques et économiques de cette réification[30]. Ainsi conçu, le droit du travail a rendu soutenable la fiction du travail-marchandise et constitué, avec le droit de la sécurité sociale et les services publics, l'une des bases institutionnelles d'un marché du travail. Les changements de dénomination de ce marché sont, du reste, instructifs. Avec la consolidation durant les Trente Glorieuses du statut salarial, l'appellation initiale de « marché du travail » avait cédé la place à celle de « marché de l'emploi ». Depuis le tournant néolibéral des années

1980, le marché du travail a reconquis sa place dans le vocabulaire politique et économique. Antienne de la Commission européenne et des organisations économiques internationales, la « réforme des marchés du travail » – réformes « courageuses » (il faut du courage en effet pour taper sur les faibles), mais indispensables – est le nom de code du démantèlement du droit du travail hérité de l'ère fordiste. Ce démantèlement doit rendre au « capital humain » sa liquidité et permettre la « mobilisation totale » du travail dans la compétition économique internationale.

La déconstruction du droit du travail

Cette remise en cause du compromis fordiste a répondu à deux séries de raisons, déjà largement évoquées[31]. Des raisons technologiques tout d'abord. La révolution numérique et le changement d'imaginaire qui l'accompagne conduisent à ne plus penser le travail sur le modèle mécanique de l'horloge, mais sur celui, cybernétique, de l'ordinateur. Les théories du management sont ainsi passées du taylorisme à la direction par objectifs. Des raisons politiques ensuite. La chute du communisme et la libéralisation de la circulation des capitaux et des marchandises ont eu pour effet de mettre en concurrence à l'échelle du globe, non seulement les entreprises et les travailleurs, mais aussi les législations sociales et fiscales. Ces transformations ont sapé les bases du compromis que le droit social avait réalisé à l'échelon national entre la réification du travail et la protection du travailleur. On aboutit ainsi à cela même que voulaient éviter les constituants de l'OIT : la non-adoption par certains pays d'un régime de travail réellement humain fait aujourd'hui « obstacle aux efforts des autres nations désireuses d'améliorer le sort des travailleurs dans leurs propres pays ». Encouragé par les organisations économiques et financières internationales et par la Commission européenne, au nom du respect de l'« avantage comparatif » que représente une main-d'œuvre bon marché pour ces pays, ce retournement n'a pas pu être empêché ni même freiné par l'OIT. Affaiblie politiquement par la disparition de la rivalité Est/Ouest, cette organisation internationale n'a ni carottes ni bâtons pour inciter les États à ratifier et à observer ses normes.

Quant à la révolution numérique et à la gouvernance par les nombres qui l'accompagne, elles ont modifié profondément l'organisation du travail. Il

ne suffit plus d'obéir, il faut être compétitif et performant : tel est le nouvel horizon de la mobilisation totale. Une préfiguration de ce nouveau mode de gouvernement des hommes se trouvait déjà à l'œuvre dans les régimes totalitaires : « Seule compte, notent ainsi Murard et Zylberman à propos du régime nazi, la constante marche en avant vers des objectifs sans cesse nouveaux […]. Dans l'État sans lois, obéir à la lettre n'est rien ; plus que sur l'ordre, le citoyen sain se règle sur la volonté supposée de son chef[32]. » À la volonté supposée du chef, la gouvernance par les nombres substitue seulement l'objectivité supposée des chiffres. Les formes contemporaines de gestion de la ressource humaine ne requièrent plus du travailleur qu'il obéisse mécaniquement aux impulsions qu'il reçoit, à la manière d'un piston ou d'un engrenage, mais qu'il réagisse aux signaux qui lui parviennent de son environnement, en sorte de réaliser les objectifs fixés par le programme.

Dès lors, l'organisation du travail ne repose plus sur la division du travail entre dirigeants et subordonnés, ni sur la décomposition du travail de ces derniers en un ensemble d'opérations simples et mesurables. Elle vise la mobilisation des capacités de tous les travailleurs, y compris les dirigeants. Les uns comme les autres doivent se montrer réactifs et réaliser les objectifs quantifiés qui leur sont assignés. Au plan juridique, cette nouvelle conception du travail signifie un dépassement de l'opposition entre autonomie et soumission de la volonté. L'organisation du travail industriel reposait sur la distinction du travail indépendant et du travail salarié et sur la *subordination des dirigés* aux dirigeants. Celle du travail post-industriel repose sur la *programmation de tous*. Seules diffèrent les modalités juridiques et financières de cette programmation : pour les dirigeants, ces modalités relèvent d'une politique de la carotte (du type bonus, stock-options, retraites chapeau, etc.) et pour les dirigés d'une politique du bâton (insécurisation *de* et *dans* l'emploi). Cette rupture du compromis fordiste a été voulue et organisée par les tenants de l'ultralibéralisme, pour qui le statut salarial est une entrave à l'ordre spontané du marché et une source de coûts et de rigidités. Le principal levier utilisé pour démanteler ce statut est la mise en concurrence internationale des travailleurs. Rendue possible par le coût artificiellement bas de l'énergie et des transports, qui rend attractif la délocalisation de la production dans les pays à main-d'œuvre bon marché, cette mise en concurrence a aussi été facilitée par l'essor des technologies numériques, qui permettent de déterritorialiser le travail, lorsqu'il porte sur des signes

et non pas sur des choses. Les syndicats ont le plus souvent réagi à cette déconstruction méthodique du droit social par une défense du statu quo. Cette posture défensive s'explique notamment par la baisse du nombre de leurs adhérents et par la position de force des entreprises dans un contexte de chômage de masse et de libre circulation des capitaux et des marchandises. Une telle posture amène les syndicats à se replier sur leurs bastions les moins exposés à la montée du chômage et à la précarité, notamment sur le secteur public et, au sein du secteur privé, sur les titulaires d'un emploi stable. Ils se coupent ainsi des travailleurs précaires, à commencer par les jeunes, et concourent à ce qu'on a appelé la dualisation du marché du travail ou la fracture sociale, c'est-à-dire à l'approfondissement de la crise du compromis fordiste.

Depuis trente ans, le droit du travail a ainsi été le théâtre d'une lente et inexorable érosion des sécurités qu'il confère. Cette évolution est particulièrement nette à l'échelle de l'Union européenne. De la fin des années 1970 jusqu'à l'élargissement de la Communauté européenne aux anciens pays communistes en 2004, la déréglementation des marchés du travail prônée par le Royaume-Uni de Mme Thatcher était restée une position isolée en Europe. Le gouvernement britannique était seulement parvenu à bloquer presque tous les projets de directive en droit du travail. Lors du Traité de Maastricht, il avait obtenu une clause d'*opting-out*, lui permettant d'échapper aux dispositions sociales annexées à ce traité. Cet isolement politique a cessé avec l'ouverture de l'Union aux anciens pays communistes. À la différence des précédents, cet élargissement a entraîné une modification profonde des équilibres existant au sein de l'Union et tout particulièrement de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE). Ainsi que l'a noté le Bundesverfassungsgericht, cette Cour, qui a un pouvoir normatif considérable, échappe au principe de démocratie sur lequel prétend reposer l'Union[33]. Sa composition et ses règles de délibération ne tiennent pas compte du poids démographique des pays membres et obéit à la règle : 1 pays/1 siège. Alors que sa jurisprudence antérieure s'était montrée très prudente dans le domaine social, elle s'est clairement ralliée au credo néolibéral à partir des fameux arrêts *Laval* et *Viking* de 2007-2008. Cette nouvelle politique jurisprudentielle ne s'est pas démentie depuis. L'illustration la plus récente de cette déconstruction libérale du droit du travail est l'arrêt que la Cour de justice a rendu le 15 janvier 2014 dans l'affaire *Association de médiation sociale*[34]. Cette affaire posait la question de savoir si le juge national peut écarter une

disposition de droit interne lorsque cette disposition est contraire à un principe qui a été consacré par la Charte des droits fondamentaux (aujourd'hui partie intégrante du Traité) et mis en œuvre par une directive. À cette question, la Cour avait répondu par l'affirmative, dans ses arrêts *Mangold*[35] et *Kücükdeveci*, relatifs au principe de non-discrimination en fonction de l'âge, consacré par l'article 21 de la Charte. La question posée était la même dans l'affaire *Association de médiation sociale*, à cette différence près qu'elle concernait le droit à l'information et la consultation des travailleurs consacré par l'article 27 de la Charte, et mis en œuvre par la directive 2002/14 établissant un cadre général relatif à l'information et à la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne. Or, dans ce cas, la Cour a refusé d'attacher le moindre effet normatif aux dispositions de la Charte. Quel argument la Cour invoque-t-elle pour dénier au droit à l'information et à la consultation la portée normative qu'elle accorde au principe de non-discrimination ? Ce dernier, affirme-t-elle, « se suffit à lui-même pour conférer aux particuliers un droit subjectif invocable en tant que tel[36] ». Pour quelle raison le droit d'être informé ou consulté dans les cas précisés par un instrument de droit dérivé (comme la directive 2002/14) ne serait-il pas lui aussi un « droit subjectif invocable par les particuliers » ? Il n'y en a aucune au plan juridique et l'on pourrait bien plutôt affirmer que le *droit* à information et consultation est plus facile à mettre en œuvre que le *principe* de non-discrimination. Il n'y a pas besoin en effet de procéder à des comparaisons entre salariés pour savoir si l'un d'eux n'est pas pris en compte dans la mise en place d'institutions représentatives (c'était la question précise soulevée par cette affaire). Le droit à l'information et à la consultation, tout comme le droit syndical, le droit de grève ou le droit à la négociation collective ne sont nullement des créances contre l'État dont la justiciabilité serait nulle ou simplement normative. Il s'agit de *droits individuels s'exerçant collectivement*[37] : droits opposables aux employeurs que l'État doit seulement protéger, comme il doit protéger tous les droits civils et politiques.

Cette décision, comme les arrêts *Viking* et *Laval* et tous ceux rendus depuis dans la même veine, n'est donc nullement imposée par les textes : elle exprime un choix de politique jurisprudentielle. La Cour met en œuvre la doctrine *Law and Economics*, qui prescrit d'évaluer toute règle de droit à l'aune de la norme économique. C'est pourquoi, dans le même temps et avec la même vigueur, elle réduit autant qu'elle le peut le champ des libertés collectives et ne cesse en revanche d'étendre celui du principe de

non-discrimination. Elle voit dans les libertés collectives un pouvoir de marché, et donc autant d'entraves potentielles à l'exercice des libertés économiques. En revanche, la lutte contre les discriminations répond à la recherche d'une plus grande liquidité du « capital humain ». Elle est donc jugée par nature bénéfique, car elle répond à ce que Gwenola Bargain appelle « la quête de l'anonymat des acteurs économiques, libres de contracter à moindre coût[38] ». Aussi la Cour donne-t-elle la plus grande portée possible à ces droits qui, tel le principe de non-discrimination, contribuent à la liquidité du capital humain sur le marché du travail en obligeant à considérer tous les individus comme des particules contractantes identiques et interchangeables, indépendamment de leur sexe, de leur âge, de leur nationalité, etc. On pourrait en donner pour exemple l'interdiction du travail de nuit des femmes qui a été jugée discriminatoire et prohibée en conséquence par le droit européen[39], avec pour résultat une augmentation générale de la proportion de salariés devant travailler de nuit, qui a crû depuis vingt ans de 100 % pour les femmes et 25 % pour les hommes[40]. Il s'agit bien d'une logique de mobilisation totale de la force de travail, à rebours d'une logique sociale de réduction du travail de nuit pour les deux sexes. De l'autre main, la Cour de justice européenne réduit autant qu'elle le peut la portée des droits dont l'exercice est susceptible d'entraver l'« ordre spontané » du marché du travail, à commencer bien sûr par le droit de contester cet ordre, droit qui se décline en matière d'information et de consultation, de représentation, de négociation et d'action collective.

Ni la défense du *statu quo*, ni le démantèlement des sécurités héritées de l'ère fordiste ne sont pourtant des solutions viables à long terme. Voir dans le compromis fordiste une sorte de fin de l'histoire du droit social, c'est oublier l'observation de Marx sur l'instabilité inhérente aux formes d'organisation de l'industrie moderne. Celle-ci, observait-il, est par nature révolutionnaire et « bouleverse avec la base technique de la production les fonctions des travailleurs et les combinaisons sociales du travail, dont elle ne cesse de révolutionner la division établie en lançant sans interruption des masses de capitaux et d'ouvriers d'une branche de production dans une autre », ce qui « finit par détruire toutes les garanties de vie du travailleur, toujours menacé de se voir retirer, avec le moyen de travail, les moyens d'existence[41] ». Penser au contraire qu'un marché du travail pourrait durablement fonctionner en ignorant le temps long de la vie humaine, c'est, comme le proclame justement la Constitution de l'OIT, prendre la

fiction du travail-marchandise pour une réalité et faire le lit de la violence. Dans le cas de l'Union européenne, il n'est pas besoin d'être grand clerc pour observer que son renoncement à toute ambition « sociale » et la politique de démantèlement méthodique de l'État social dans lequel elle s'est engagée, ne peuvent que saper sa légitimité politique et menacer à terme son existence même.

Les voies d'un nouveau compromis

La question posée par la crise de l'État social n'est donc pas de conserver ou de détruire l'héritage fordiste, mais bien plutôt de définir un nouveau compromis entre la liberté d'entreprendre et la protection des travailleurs. Depuis la fin du siècle dernier, cette question a donné lieu à de nombreuses réflexions qui, à grands traits, dessinent deux orientations possibles.

La première est celle de la *flexicurité*, dont les grandes lignes ont été définies par la Commission européenne en 2007[42]. Cette orientation, qui se réclame du « modèle nordique[43] », a été défendue en France par une multitude de rapports et d'experts, qui ont en commun d'envisager le droit du travail comme une variable d'ajustement des politiques économiques. Le rapport de la commission de Virville a ainsi formulé en 2004 une cinquantaine de propositions « pour un code du travail plus efficace[44] ». Le rapport Cahuc-Kramarz[45] a inspiré la création en 2005 des contrats nouvelle embauche (CNE) et première embauche (CPE), conduisant le gouvernement de M. Villepin à un naufrage politique et juridique[46]. Les rapports Camdessus[47] et Attali[48] ont relayé en France l'appel des organisations économiques internationales[49] à une « fluidification » du marché du travail susceptible de « dynamiser » la croissance. Plus récemment, trois éminents économistes ont proposé d'instaurer en France un nouveau modèle social, en commençant par démanteler le salaire minimum[50]. Il faut vraiment avoir la mémoire courte pour penser que de telles idées sont véritablement nouvelles, alors qu'elles étaient déjà avancées au XIXe siècle contre l'interdiction du travail des enfants et qu'elles sont prêchées sans relâche depuis quarante ans par les catéchumènes du néolibéralisme qui ont conduit le monde à la faillite de 2008. Comme l'écrivait déjà il y a vingt ans Jean-Jacques Dupeyroux à la lecture d'un de ces innombrables rapports – dû celui-là à M. Minc, qui

s'en prenait déjà à l'extravagante générosité du salaire minimum – : « Depuis deux siècles, la même obsession névrotique des nantis : les ouvriers se goinfrent[51]. » Qui peut croire sérieusement qu'il suffirait pour sortir la France du marasme économique de supprimer les seuils sociaux, de faire travailler le dimanche, de supprimer le salaire minimum, d'interdire la contestation judiciaire des licenciements et autres recettes miraculeuses présentées au concours Lépine de la déconstruction du droit du travail ? Sans dresser à aucun moment le bilan des réformes adoptées sous l'égide de la *corporate governance*, de la libéralisation des échanges ou de la dérégulation des marchés financiers ? Sans s'interroger sur les malfaçons évidentes de l'euro ? Ni sur la responsabilité propre des élites économiques françaises, dont le moins qu'on puisse dire est qu'elles n'ont pas la culture industrielle de leurs homologues allemandes ? Le courage pour les dirigeants politiques et économiques ne consisterait-il pas à s'interroger sur leurs propres responsabilités avant d'ôter aux plus faibles les maigres protections dont ils disposent encore ?

Une toute autre orientation consiste au contraire à placer le travail, et non le Marché, au cœur du politique et à reposer à nouveaux frais la question d'un « régime de travail réellement humain ». Une telle orientation avait été esquissée en 1995 dans le rapport Boissonnat intitulé « Le travail dans vingt ans », qui préconisait une refondation du droit du travail, tenant compte de toutes les formes d'activité et non pas seulement du travail salarié[52]. Elle se retrouve dans le rapport du groupe d'experts réuni à la fin du XXe siècle par la Commission européenne et dont les conclusions ont été publiées en France sous le titre « Au-delà de l'emploi[53] ». Ce rapport dessinait les lignes de force d'un « état professionnel » des personnes qui leur permettrait d'exercer une réelle liberté de choix tout au long de leur vie, de passer d'une situation de travail à une autre et de concilier vie privée et vie professionnelle. À cette fin, il recommandait le développement de « droits de tirages sociaux » qui, sur le modèle des congés spéciaux (congés de formation, congés parentaux, etc.), donnent au travailleur les moyens d'exercer réellement sa liberté du travail. À cette orientation répond aussi le renouvellement des objectifs de l'action syndicale, désormais définis en termes de « sécurité sociale professionnelle » par la CGT et de « sécurisation des trajectoires professionnelles » par la CFDT[54].

Il suffit de comparer terme à terme les concepts mobilisés par chacune

de ces deux orientations pour mesurer ce qui les sépare : la *flexicurité* conduit à raisonner en termes de flexibilité, d'efficacité économique, de Marché, de capital humain et d'employabilité ; l'état professionnel des personnes en termes de liberté, de justice sociale, de Droit, de travail et de capacité.

FLEXICURITÉ	ÉTAT PROFESSIONNEL
Flexibilité	Liberté
Efficacité économique	Justice sociale
Marché	Droit
Capital humain	Travail
Employabilité	Capacité

La première orientation peut se réclamer de l'article 145 du TFUE (ex-article 125 TCE), qui enjoint aux États de « promouvoir une main-d'œuvre qualifiée, formée et susceptible de s'adapter, ainsi que de marchés du travail aptes à réagir rapidement à l'évolution de l'économie ». Elle prend pour point de départ les besoins supposés du Marché et vise à procurer en temps réel aux entreprises une « ressource » humaine qui réponde à ses exigences. La seconde orientation peut se réclamer de la Déclaration de Philadelphie, qui enjoint aux États de promouvoir « l'emploi des travailleurs à des occupations où ils aient la satisfaction de donner toute la mesure de leur habileté et de leurs connaissances et de contribuer le mieux au bien-être commun », ainsi que de l'article 15.1 de la Charte européenne, selon laquelle « toute personne a le droit de travailler et d'exercer une profession librement choisie ou acceptée ». Dans un cas, l'on part des besoins supposés du Marché pour y adapter la main-d'œuvre ; dans l'autre, on prend pour point de départ la créativité des hommes et l'on s'efforce de construire un Droit et une économie qui leur permettent de l'exprimer[55].

Selon Roland Barthes, « l'Histoire n'assure jamais le triomphe pur et simple d'un contraire sur son contraire : elle dévoile, en se faisant, des issues inimaginables, des synthèses imprévisibles[56] ». L'histoire du Droit confirme la justesse de cette observation et l'évolution du droit du travail en ce début de siècle résulte de la tension entre ces deux conceptions du travail. Cette évolution reflète certes le nouvel état du rapport des forces politiques et économiques, rapport très défavorable aux travailleurs, en raison de la distorsion entre les libertés collectives (qui demeurent, là où elles sont encore reconnues, cantonnées aux frontières nationales) et les libertés de circulation internationale des capitaux et des marchandises. Un large consensus s'est établi parmi les partis de gouvernement pour

accorder la primauté absolue aux libertés du capital sur celles du travail. La croyance dans les bienfaits de la compétition mondiale a acquis pour eux la valeur d'un dogme. À rebours des directives de la Déclaration de Philadelphie, on prend soin désormais de ne pas apprécier l'efficacité du nouvel ordre économique international à l'aune de ses effets en termes de justice sociale. À de rares excetions près – dont le rapport déjà cité du BIT en 2008[57] –, cette évaluation est une question taboue. D'où l'effondrement de toute perspective véritablement réformiste, les partis de gauche comme ceux de droite semblant avoir renoncé à penser à nouveaux frais la question de la justice sociale : ils pratiquent ce que Bruno Trentin appelait le « transformisme », qui « identifie la politique avec l'art de l'adaptation aux circonstances et avec l'impératif de gouvernabilité de l'évolution des mœurs et de la société[58] ». Dans un tel contexte, il n'est donc pas surprenant que la tendance soit au démantèlement plutôt qu'à la rénovation de ce qu'on appelait encore il y a peu le modèle social européen. Modèle social dont le président de la BCE a annoncé, il y a deux ans, la disparition sans que personne ne s'en émeuve. La tendance lourde est celle de la mise en concurrence des droits nationaux et de la « réforme des marchés du travail » dans le sens de leur réactivité et de leur adaptation aux attentes des investisseurs. On ne peut que saluer la performance politique qui a consisté à faire oublier que la crise de 2008 était due aux marchés financiers pour l'imputer aux marchés du travail et aux protections extravagantes dont jouiraient les salariés et les chômeurs dans nos pays.

Il faut cependant noter que les réformes du droit du travail témoignent aussi, quoique à l'état de germes, de la recherche tâtonnante d'un nouveau « régime de travail réellement humain ». Au plan européen, les bases juridiques existent pour avancer en ce sens. La Charte des droits fondamentaux en est une, pour peu que la Cour de justice ne s'emploie pas à vider ses dispositions sociales de tout effet normatif. De telles bases se trouvent aussi dans les traités et en droit dérivé. En dépit de quelques tentatives en ce sens[59], les objectifs sociaux assignés à la Communauté européenne et aux États membres par l'article 117 du Traité de Rome n'ont pas été effacés du TFUE, dont l'article 151 dispose que « l'Union et les États membres […] ont pour objectifs la promotion de l'emploi, l'amélioration des conditions de vie et de travail, permettant leur égalisation dans le progrès, une protection sociale adéquate, le dialogue social, le développement des ressources humaines permettant un niveau d'emploi élevé et durable et la lutte contre les exclusions ». Certes, la Cour

de justice a jugé en 1987 dans son arrêt *Giménez* que ces dispositions étaient purement programmatiques, en sorte que « les orientations générales de la politique sociale définie par chaque État membre […] ne sauraient faire l'objet d'un contrôle juridictionnel quant à leur conformité aux objectifs sociaux énoncés dans l'article 117 du traité (art. 151 TFUE)[60] ». Mais elle n'en estimait pas moins encore à l'époque que « le caractère programmatique des objectifs sociaux énoncés à l'article 117 n'implique pas qu'ils sont dépourvus de tout effet juridique. Ils constituent en effet des éléments importants, notamment pour l'interprétation d'autres dispositions du traité et du droit communautaire dérivé dans le domaine social. La mise en œuvre de ces objectifs doit être néanmoins le résultat d'une politique sociale qu'il appartient aux autorités compétentes de définir[61] ». La réalisation de ces objectifs sociaux suppose donc une volonté politique qui semble avoir déserté les institutions européennes, à commencer par la Cour de justice depuis 2007. Leur méconnaissance pourrait toutefois finir par se heurter à la résistance de certains États membres. Dans sa décision sur le Traité de Lisbonne, le Bundesverfassungsgericht a ainsi ouvert la voie à un contrôle constitutionnel des atteintes que l'Union européenne porterait aux principes de base d'un État social. Selon le juge constitutionnel allemand, « la Loi fondamentale ne défend pas uniquement les fonctions sociales de l'État allemand contre un empiètement par des institutions supranationales, mais elle veut également lier la puissance publique européenne à la responsabilité sociale, lorsqu'elle exerce les fonctions qui lui ont été transférées[62] ». En France, on peut douter que nos hautes juridictions soient capables d'une telle fermeté, mais le législateur ne peut ignorer tout à fait le caractère social de la République, si bien que la « réforme du marché du travail » opérée en 2013, alors même qu'elle répondait aux injonctions de la flexibilisation, a été placée sous l'égide de la sécurisation de l'emploi.

Il faut donc se garder d'une interprétation unilatérale des transformations du droit du travail, qui laissent aussi transparaître une redéfinition de ce qu'est un régime réellement humain du travail.

13

Un « régime de travail réellement humain »

II. De l’échange quantifié à l’allégeance des personnes

« L’homme est plus riche par ceux qu’il a que par ce qu’il a[1]. »
Proverbe bamiléké

Sous le régime fordiste, le contrat de travail se présente comme un échange quantifié. En contrepartie d’une certaine quantité d’heures de travail le salarié reçoit une certaine quantité d’argent et ce sont les termes de cet échange – la durée du travail et le montant des salaires – qui constituent l’objet de la négociation collective. Dans un pays comme la France, cette négociation est encadrée par la loi qui fixe un minimum pour les salaires et un maximum pour la durée du travail, ainsi qu’une durée légale de travail au-delà de laquelle le salaire doit être majoré. La fiction qui permet de réduire ainsi le travail à une quantité mesurable de temps, c’est-à-dire à une marchandise négociable, a été rendue soutenable par le droit social (droit du travail et de la sécurité sociale), qui insère dans le contrat un statut prenant en compte le temps long de la vie du travailleur. Ce statut protège, d’une part, la sécurité physique et économique du travailleur et, d’autre part, sa liberté contractuelle (au moyen des libertés collectives). Le travail proprement dit n’apparaît pas dans ce montage, car son organisation relève entièrement du droit de l’employeur de disposer du temps de travail qu’il a acheté. Ceci explique la place nodale du critère de la subordination juridique dans la qualification du contrat de travail. Le travail est ramené dans l’économie du contrat à un temps quantifié, durant lequel le salarié abdique toute volonté propre pour se tenir prêt à obéir aux ordres qui lui seront donnés par l’employeur ou par le supérieur hiérarchique qui le représente. La loi a consacré cette définition du temps de travail : « La durée du travail effectif est le temps pendant lequel le salarié est à la disposition de l’employeur et se conforme à ses directives

sans pouvoir vaquer librement à des occupations personnelles[2]. »

Cette « forclusion du travail[3] » apparaît en pleine lumière dans le fameux arrêt « *Île de la tentation* », par lequel la Cour de cassation a qualifié en 2009 de contrat de travail la participation à une émission dite de téléréalité[4]. « L'Île de la tentation » avait pour objet de « tester les sentiments de couples non mariés et non pacsés », invités à passer douze jours dans une île exotique et à y partager sous l'œil de nombreuses caméras des activités récréatives (plongée, équitation, ski nautique, voile) avec des célibataires de sexe opposé. Chaque participant s'engageait ainsi, moyennant une indemnité de 1 500 euros, à « livrer son intimité au public » en étant filmé « dans des relations interpersonnelles générées naturellement par une vie communautaire entre couples et célibataires ». L'exploitation de la misère humaine à des fins de spectacle n'est pas chose nouvelle. On se souvient des marathons de danse, mettant aux prises à des fins lucratives les chômeurs victimes de la crise de 1929, que Sydney Pollack a mis en scène dans son film *On achève bien les chevaux*[5]. La télévision exploite aujourd'hui le même filon en promettant la célébrité à des jeunes gens invités à participer devant des millions de personnes à des jeux dont la règle consiste toujours au fond – sur le modèle du dilemme du prisonnier[6] – à être prêt à tout pour s'imposer aux autres. Certains des participants à cette émission ayant demandé la requalification de leur engagement en contrat de travail, la société de production fit valoir que participer, tous frais payés, à des activités récréatives ne constitue pas un travail. La Cour de cassation a écarté cet argument au motif que les participants « devaient suivre les règles du programme définies unilatéralement par le producteur, qu'ils étaient orientés dans l'analyse de leur conduite, que certaines scènes étaient répétées pour valoriser des moments essentiels, que les heures de réveil et de sommeil étaient fixées par la production, que le règlement leur imposait une disponibilité permanente, avec interdiction de sortir du site et de communiquer avec l'extérieur, et stipulait que toute infraction aux obligations contractuelles pourrait être sanctionnée par le renvoi ». Leur prestation consistant à « prendre part à des activités imposées et à exprimer des réactions attendues », le contrat les liant à la société de production fut donc qualifié de contrat de travail.

En dépit des critiques dont l'ont accablée beaucoup de commentateurs, cette décision est parfaitement fondée en droit. La notion de travail qui

préside au contrat de travail est celle d'un « travail abstrait » au sens de Marx, c'est-à-dire d'un travail défini non par sa valeur d'usage, mais par sa valeur d'échange[7]. Le contrat de travail – et avec lui le marché du travail – a précisément pour objet de ramener à des quantités commensurables (et donc échangeables) de temps et d'argent l'infinie diversité des activités humaines et le sens particulier que nous prêtons à chacune d'elle. C'est cette notion de travail abstrait qu'a caractérisée la Cour de cassation dans l'affaire de « L'Île de la tentation », en considérant que « la prestation des participants à l'émission avait pour finalité la production d'un bien ayant une valeur économique[8] ». Tant que la santé physique ou mentale des salariés n'est pas menacée, le juge n'a pas à se prononcer sur le contenu, le sens ou l'utilité des activités qui leur sont prescrites, car ce contenu, ce sens et cette utilité relèvent du pouvoir de direction que le contrat confère à l'employeur.

Le plus intéressant dans cette affaire n'est pas l'application, au demeurant impeccable, des critères de qualification du contrat de travail, mais le déplacement de sens que la direction par objectifs et le management participatif impriment à la subordination. Les émissions de téléralité constituent un exemple parfait de la direction par objectifs et de la fiction qu'elle met en œuvre : non plus la fiction du travail-marchandise, mais celle de la liberté programmée. Substituant la *programmation* au *commandement*, ces nouvelles formes d'organisation du travail restituent au travailleur une sphère d'autonomie dans la réalisation de leur prestation. En faisant de l'expérimentation psychologique sur les êtres humains un spectacle lucratif, la téléréalité place ses cobayes dans une situation de ce type : ils doivent se conformer non pas à des ordres, mais à ce que l'arrêt nomme très exactement les « règles du programme ». Ainsi programmés, ils n'agissent pas librement, mais expriment des « réactions attendues ».

Confirmant une jurisprudence bien établie, ce cas limite montre que le droit du travail peut parfaitement assimiler des activités ainsi programmées, dès lors que leurs conditions d'exécution trahissent un état de subordination. Cette assimilation toutefois transforme le contrat de travail de l'intérieur, en faisant basculer la subordination de l'obéissance vers la programmation. Depuis une trentaine d'années se dessinent ainsi de « nouveaux visages de la subordination[9] », qui brouillent la frontière entre travail subordonné et travail indépendant. En droit du travail, on assiste à l'affirmation d'une certaine *autonomie dans la subordination*, résultant notamment du droit reconnu au salarié de s'affranchir de celle-ci pour des

raisons de sécurité (droit de retrait) ou bien pour se consacrer à d'autres activités rémunérées ou non (congés spéciaux). Et réciproquement, on observe parmi les travailleurs juridiquement indépendants la multiplication de situations de *dépendance dans l'autonomie*, résultant notamment de contrats intégrant leur activité à des réseaux de production ou de distribution. Ces deux tendances sont complémentaires et métamorphosent les relations de travail, qu'elles soient salariales ou commerciales, en rapports d'allégeance.

Loin de se démentir, ces tendances se sont affirmées ces dernières années, en sorte qu'il est possible de les analyser plus finement. On s'en tiendra ici aux transformations de l'économie du contrat de travail, qui est le noyau dur du régime du travail depuis l'ère industrielle. Leur analyse juridique permet de mettre en évidence l'apparition d'un lien d'allégeance du salarié vis-à-vis de l'employeur, et le reflux corrélatif de l'échange quantifié qui caractérisait ce contrat. Cette allégeance combine deux éléments : un élément personnel, faisant peser sur le salarié l'obligation de se mobiliser pour répondre aux attentes de l'employeur, c'est-à-dire d'être à tout moment disponible et réactif ; et un élément réel, fait de droits attachés à sa personne pour le rendre plus autonome et moins dépendant de son emploi.

La mobilisation totale au travail

Avec la direction par objectifs, la mobilisation totale exige des travailleurs autre chose que l'obéissance : la capacité de réagir en temps réel aux signaux qui leur parviennent pour réaliser les objectifs assignés par le programme[10]. Il ne s'agit donc plus pour eux de se contenter d'exécuter les ordres qu'on leur donne pendant un temps convenu à l'avance. Sous ce nouveau régime de travail, inhérent à la gouvernance par les nombres, ils doivent se tenir prêts à répondre aux besoins du marché, tels qu'ils sont appréciés par leur employeur ou – s'ils sont chômeurs – par l'Agence de l'emploi[11]. Autrement dit, ils doivent être à tout moment *mobilisables* et le moment venu *se mobiliser* pour réaliser les objectifs qu'on leur assigne.

La disponibilité et la réactivité sont les deux faces – passive et active – de cette mobilisation totale des personnes. Au plan juridique, elles se traduisent l'une et l'autre par une certaine indétermination des termes de

l’échange contractuel.

Disponibilité : l’indétermination des conditions de travail

Une manifestation à l’état pur de l’exigence de disponibilité en régime d’allégeance se trouve dans les contrats dits « zéro heure », qui ont connu ces dernières années un grand essor au Royaume-Uni. Début 2014, on évaluait leur nombre à 1,4 million de contrats dont 583 000 représentant un emploi à titre principal[12]. Ce nouveau type de contrat permet de situer l’horizon du régime d’allégeance : celui d’une totale disponibilité du travailleur, qui se traduit par une indétermination totale des prestations. « Zero hour contract » (ZHC) est un terme générique pour désigner des situations dans lesquelles un travailleur s’engage à se tenir à la disposition d’un employeur, qui demeure libre de fixer le nombre et le moment des heures de travail qui seront effectuées et payées[13]. Inventés par la pratique dans un contexte de réduction drastique des allocations chômage, les contrats zéro heure sont concentrés dans quelques secteurs d’activité, au premier rang desquels l’hôtellerie et la restauration, les services à la personne, le commerce de détail et le bâtiment. Il ne faut pas confondre ces contrats avec les contrats de travail *on call*, dans la mesure où ces derniers prévoient la durée et la rémunération des périodes d’astreinte, pendant lesquelles les salariés doivent se tenir prêts à répondre à un ordre de mobilisation de leur employeur. Il ne faut pas non plus les confondre avec l’emploi *at will*, qui est de règle en droit américain et désigne le droit discrétionnaire de l’employeur de rompre le contrat quand bon lui semble.

L’essor de ces contrats « zéro heure » a fini par soulever un problème de qualification juridique : faut-il considérer les travailleurs concernés comme des *workers* ou comme des *employees* ? Cette distinction recouvre à peu près celle que le droit français établit entre indépendants et salariés. À peu près, car il n’existe pas au Royaume-Uni d’équivalent d’un code du travail, c’est-à-dire un ensemble systématique de règles applicables à tous les salariés. Chaque loi (*statute law*) précise son champ d’application. Certaines couvrent à la fois les *workers* et les *employees*, tandis que d’autres peuvent ne concerner que certaines catégories d’*employees*. La jurisprudence n’en a pas moins élaboré un faisceau d’indices permettant de distinguer les uns des autres et considère que le travail salarié est celui qui est accompli (a) personnellement, (b) sous le contrôle du donneur d’ordres

et (c) dans un rapport de mutualité d'obligations[14]. Ce troisième paramètre est évidemment le plus brumeux et c'est lui qui fait difficulté dans le cas des ZHC. Aussi les tribunaux ont-ils procédé au cas par cas dans les litiges qui leur ont été soumis. L'*Employment Appeal Tribunal* (EAT) a ainsi requalifié en 2012 un ZHC en contrat de travail, considérant que la régularité des heures *effectivement* travaillées suffisait à établir la mutualité des obligations dans le cadre d'un « contrat cadre » (qualifié par le juge de « *global or "umbrella" contract of employment*[15] »).

La question fondamentale est de savoir si un « pur » contrat zéro heure – c'est-à-dire ne comportant aucun minimum garanti d'heures de travail – est encore un contrat. En droit français, ce contrat serait considéré comme nul. Le code civil dispose en effet que « toute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige[16] ». L'employeur ne s'oblige à rien puisqu'il ne fournira du travail au salarié que « s'il le veut ». Les obligations du salarié sont en revanche bien réelles (être à disposition de l'employeur), mais étant dépourvues de toute contrepartie, elles n'ont pas de « cause », au sens juridique, et sont donc privées d'effet[17]. La nullité devrait aussi être encourue en *common law* : le contrat s'y définit, non comme la rencontre de volontés, mais comme un échange (*bargain*), qui requiert, outre une offre et une acceptation, une *consideration*, c'est-à-dire une contrepartie ayant une valeur économique[18]. Le contrat zéro heure n'est donc pas un véritable contrat, mais un pur lien d'allégeance, qui fait du travailleur une ressource mobilisable à tout moment.

L'exigence de disponibilité n'a pas donné le jour en droit français à un tel degré d'indétermination des prestations des parties à une relation de travail. Mais cette indétermination n'en a pas moins gagné du terrain ces dernières années. Elle résulte tout d'abord du nouveau régime de la modification du contrat, tel qu'il s'est affirmé depuis 1996. En principe, le contrat est la loi des parties et ne peut être modifié que de leur commun accord. Toutefois, s'agissant du contrat de travail, l'application de ce principe doit être concilié avec le pouvoir qu'a l'une des parties de diriger les activités de l'autre. D'un même mouvement, le contrat fonde et limite ce pouvoir. Mais où fixer cette limite ? Jusqu'en 1996, c'est *l'interprétation de la volonté des parties* qui servait à la tracer. Si une décision de l'employeur affectait une disposition « essentielle », c'est-à-dire qui avait été déterminante du consentement du salarié, on avait affaire

à une « modification substantielle » du contrat, qui requérait son consentement. En 1987, la jurisprudence avait décidé que la seule poursuite du contrat ne permettrait plus de présumer ce consentement du salarié : l'employeur doit s'en assurer, quitte à procéder à un licenciement en cas de refus de la modification[19]. Cette évolution allait dans le sens d'une revalorisation de l'autonomie du salarié, non seulement lors de la conclusion du contrat, mais aussi tout au long de son exécution. Une autonomie dans la subordination en somme. En 1996, un pas de plus a été franchi dans cette métamorphose de la subordination. Pour décider si le changement intervenu modifie ou non le contrat de travail, la Cour de cassation a abandonné l'interprétation subjective de la volonté des parties au profit d'une définition objective du pouvoir de direction de l'employeur[20]. Ce dernier n'a pas le droit de modifier unilatéralement le contrat, mais en revanche il peut imposer toute espèce de modification des conditions de travail du salarié, car la fixation de ces conditions relève de son pouvoir de direction.

Ce changement n'est pas seulement terminologique, il touche à la conception même de la relation de travail. Il a généralement été interprété comme une revalorisation du contrat individuel, dont la force obligatoire ne peut plus être mise en échec par l'employeur, même sur des points mineurs (non substantiels). Cette interprétation contient certainement une grande part de vérité. On se souvient du mot d'ordre des réformes Auroux au tournant des années 1980 : « Citoyens dans la Cité, les salariés doivent l'être aussi dans leur entreprise[21]. » Ces réformes visaient à ce que, dans l'exercice même du pouvoir de direction de l'employeur, le salarié ne perde pas sa qualité de sujet de droit. D'où, d'une part, la reconnaissance de droits nouveaux comme le droit de retrait des situations dangereuses ou le droit d'expression directe et, d'autre part, la limitation fonctionnelle des pouvoirs patronaux posée par la loi du 4 août 1982 : « Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché[22]. » Cette belle formule manifestait déjà une métamorphose du lien de subordination : le salarié n'est pas réduit à l'état d'outil entre les mains de l'employeur, il est reconnu comme sujet agissant, titulaire de libertés individuelles et collectives que l'on doit préserver autant qu'il est possible. Mais cette médaille a évidemment son revers : dans la mesure nécessaire à l'accomplissement du travail, la loi consacre explicitement le pouvoir de

l'employeur de restreindre les droits et libertés des salariés.

Le nouveau régime de la modification du contrat s'inscrit dans la même perspective. Il « civilise l'entreprise » en y préservant les attributs que le salarié tire de sa qualité de contractant et dans le même temps il donne une base objective au pouvoir de l'employeur de modifier les conditions de travail du salarié, quelle que soit l'importance qu'elles revêtaient pour ce dernier. Dans l'affaire qui a donné lieu à ce changement de perspective, le salarié n'était pas parvenu à atteindre les objectifs financiers qui lui avaient été assignés par son employeur. Aussi ce dernier avait-il décidé de le reclasser dans son emploi antérieur, moins bien rémunéré. C'est dans ce contexte de direction par objectifs que la Cour de cassation a décidé que le refus d'un changement de ses conditions de travail décidé par l'employeur exposait le salarié à un licenciement pour faute grave, c'est-à-dire sans préavis ni indemnités[23]. Cette nouvelle jurisprudence n'entraîne pas un affaiblissement, mais une mutation du lien de subordination. Le salarié auquel on restitue tous les attributs de sa qualité de contractant doit se mobiliser au service des objectifs définis par l'employeur. Et se mobiliser, c'est accepter par avance toute espèce de modification de ses conditions de travail, quelle que soit l'importance subjective qu'on leur prête. Le contrat de travail emporte ainsi une *acceptation anticipée* par le salarié des modifications des conditions de travail décidées par l'employeur[24].

L'indétermination qui en résulte est en principe circonscrite par l'intangibilité des obligations que cet employeur a lui-même souscrites. Mais sur ce point aussi la jurisprudence a évolué, dans le sens d'une définition « objective » du pouvoir de direction, qui met à mal la force obligatoire du contrat lui-même. Elle a en effet inventé l'existence, dans le contrat de travail, de clauses qui auraient une valeur « purement informative » et ne lieraient donc pas l'employeur. Cette qualification est apparue en 2003 dans une affaire concernant la comptable d'une entreprise[25]. Son contrat stipulant clairement qu'elle exercerait ses fonctions à Antony, elle avait refusé d'aller travailler dans les nouveaux locaux de la société situés à une quinzaine de kilomètres d'Antony, mais à plus d'une heure de transport en commun. Licenciée pour faute grave, elle arguait de la force obligatoire de son contrat de travail. Vainement, puisque la Cour de cassation estima que « la mention du lieu de travail dans le contrat de travail a valeur d'information, à moins qu'il soit stipulé par une clause claire et précise que le salarié exécutera son travail

exclusivement dans ce lieu[26] ». Confirmée depuis, cette jurisprudence fait prévaloir sur les dispositions du contrat la notion « objective » de « secteur géographique » d'activité[27]. Notion fort vague, en dépit de son objectivité supposée. Elle pourrait peut-être permettre de tenir compte de la desserte en moyens de transport[28], mais pas de la distance du domicile du salarié à son nouveau lieu de travail, alors que cette considération « subjective » aurait été retenue avant le changement de jurisprudence de 1996. Faisant un pas de plus dans l'objectivation du pouvoir de direction, la Cour de cassation a par la suite admis que « l'affectation occasionnelle d'un salarié en dehors du secteur géographique où il travaille habituellement ou des limites prévues par une clause contractuelle de mobilité géographique peut ne pas constituer une modification de son contrat de travail […] lorsque cette affectation est motivée par l'intérêt de l'entreprise, qu'elle est justifiée par des circonstances exceptionnelles, et que le salarié est informé préalablement dans un délai raisonnable du caractère temporaire de l'affectation et de sa durée prévisible[29] ». Le contrat doit ainsi céder devant l'exigence de mobilité, ou plus exactement la pérennité du *lien* contractuel a pour contrepartie l'affaiblissement de la force obligatoire de son contenu.

Cette érosion de la force obligatoire du contrat de travail est aussi visible dans la loi du 14 juin 2013 « relative à la sécurisation de l'emploi[30] ». Fruit d'un accord national interprofessionnel et portée par un gouvernement de gauche, cette loi est censée établir de nouveaux équilibres entre flexibilité des entreprises et sécurité des salariés. Deux nouveaux types d'accord collectif d'entreprise ont été instaurés à cette fin, qui ont pour objet de suspendre la force obligatoire de certaines clauses des contrats individuels de travail. D'une part, des *accords de mobilité interne* à l'entreprise, qui peuvent être conclus dans des entreprises n'ayant pas de projet de réduction d'effectifs, mais désireuses de pouvoir imposer une mobilité professionnelle ou géographique à leurs salariés[31]. D'autre part, des *accords de maintien dans l'emploi* au profit des entreprises en proie à « de graves difficultés économiques conjoncturelles », qui peuvent prévoir dans certaines limites une baisse des salaires[32]. Dans les deux cas, les salariés qui refusent la suspension de certaines clauses de leur contrat s'exposent à un licenciement dont la qualification juridique est prédéterminée par la loi, ce qui met en principe l'employeur à l'abri de toute contestation judiciaire.

Ces nouveaux accords ne se contentent pas de rendre relative la force obligatoire du contrat ; ils y introduisent en contrepartie à la charge de l'employeur des obligations nouvelles qu'on aurait qualifiées en d'autres temps de « paternalistes » : il doit ainsi se soucier de la situation de famille du salarié, du maintien ou de l'amélioration de sa qualification[33]. À l'échange prévisible de quantités de temps et de salaires, ces dispositifs substituent la promesse d'un lien personnel durable. Bien sûr, la sécurité du lien que font miroiter ces accords est fragile, souvent même illusoire, tandis que l'insécurisation du temps et du lieu de travail, voire de la rémunération, est, elle, bien réelle. Mais du point de vue de l'analyse juridique, ce reflux d'un échange de prestations déterminées au profit d'une inféodation des personnes n'en est pas moins révélateur d'un mouvement de fond. Reprenant les grandes lignes d'un projet élaboré sous le précédent quinquennat présidentiel, sous le nom d'accords « compétitivité-emploi[34] », les accords de mobilité ou de maintien dans l'emploi procèdent d'un consensus politique (et non pas syndical) implicite, et non d'un emballement politique conjoncturel.

Il y a là autant de manifestations d'un phénomène plus large d'érosion de la force obligatoire des contrats individuels de travail face au statut collectif de l'entreprise. Le Conseil constitutionnel n'a, par exemple, rien trouvé à redire à une disposition adoptée sous la droite et maintenue sous la gauche, selon laquelle la mise en place par un accord collectif d'une modulation annuelle du temps de travail « ne constitue pas une modification du contrat de travail[35] ». Source éventuelle de contraintes importantes pour les salariés, qui ne sont plus assurés de la régularité de leurs horaires de travail, cette annualisation peut aussi enfreindre les stipulations de leurs contrats de travail, et donc le principe de liberté contractuelle auquel est aujourd'hui reconnue une valeur constitutionnelle. Saisi de cette question, le Conseil constitutionnel a jugé que « le législateur a entendu permettre l'adaptation du temps de travail des salariés aux évolutions des rythmes de production de l'entreprise ; […] cette possibilité de répartition des horaires de travail sans obtenir l'accord préalable de chaque salarié est subordonnée à l'existence d'un accord collectif, applicable à l'entreprise, qui permet une telle modulation […] ; il s'ensuit que ces dispositions, fondées sur un motif d'intérêt général suffisant, ne portent pas à la liberté contractuelle une atteinte contraire à la Constitution[36] ». L'adaptation des salariés aux rythmes de production est donc de nature à justifier une atteinte à la liberté contractuelle. Souffle ici

l'esprit de l'article 145 du Traité de fonctionnement de l'Union européenne, appelant à la promotion d'une main-d'œuvre susceptible de s'adapter et de réagir rapidement aux besoins de l'économie. Avec, en filigrane, l'analyse économique du droit et sa mise en balance du droit et de l'efficacité. Cette consécration constitutionnelle de l'adaptation des salariés aux rythmes de production de l'entreprise fait bon marché du « principe général de l'adaptation du travail à l'homme », proclamé par le droit européen en matière de santé et de sécurité au travail et d'aménagement du temps de travail[37]. En consacrant le principe inverse, celui de l'adaptation des salariés aux rythmes de production de l'entreprise, le Conseil constitutionnel montre également le peu de poids qu'il accorde au principe de liberté contractuelle des salariés. Il en va tout autrement, nous le verrons, lorsqu'est invoquée devant lui la liberté contractuelle des employeurs[38].

Réactivité : l'indétermination des opérations de travail

Les nouvelles méthodes de management cherchent à mobiliser les capacités intellectuelles des travailleurs. Leur travail n'est plus décomposé en un ensemble d'opérations simples, qu'ils doivent accomplir dans le minimum de temps possible, mais se trouve piloté par des résultats à atteindre. Du point de vue du salarié, cette évolution est ambivalente. Dans la mesure où elle lui restitue une certaine maîtrise sur l'accomplissement de sa tâche, elle peut être la source d'une certaine liberté dans le travail, à charge pour lui de rendre compte de l'usage qu'il fait de cette liberté. Lorsqu'en revanche la direction par objectifs consiste à mettre à la charge du travailleur une obligation de résultat, sans lui donner pour autant les moyens de peser sur le sens de son travail, cette évolution peut être la source d'une aggravation de l'aliénation au travail. Au plan juridique, cette modification des formes d'organisation du travail pose la question de la place de ces objectifs dans l'économie du contrat de travail : l'employeur peut-il les fixer souverainement ? Selon quelle procédure leur réalisation peut-elle être évaluée ? Et quelles conséquences tirer de leur non-réalisation ? Les réponses apportées à ces trois questions éclairent la nature des nouveaux liens d'allégeance qui se tissent ainsi dans la sphère économique.

La *fixation des objectifs* relève du pouvoir de direction de

l'employeur[39]. Et même de ses devoirs lorsque le contrat de travail prévoit que tout ou partie de la rémunération sera indexée sur leur réalisation[40]. Pour être opposables au salarié, les objectifs doivent toutefois remplir trois conditions aujourd'hui bien fixées en jurisprudence : la transparence (ils doivent avoir été portés à sa connaissance[41]) ; le réalisme (ils doivent être « raisonnables et compatibles avec le marché[42] ») ; et enfin, la capacité personnelle et matérielle de les atteindre (le salarié doit avoir reçu la formation et la qualification requises ainsi que les moyens matériels d'accomplir sa mission[43]). L'*évaluation de la réalisation des objectifs* est le corollaire de l'autonomie concédée au travailleur pour qu'il les atteigne, d'où son omniprésence dans tous les dispositifs de gouvernance par les nombres. Michael Power a montré dans un livre séminal qu'il s'agissait d'un nouveau rituel, caractéristique de ce qu'il appelle l'*Audit Society*, dont l'exercice, loin d'être neutre, est source de nombreux effets pervers dans le fonctionnement des organisations[44]. L'un de ces effets est l'apparition de nouveaux risques d'atteinte à la santé mentale[45]. Ces « méthodes et techniques d'évaluation des salariés[46] » recouvrent une très grande variété de dispositifs que les sciences de gestion se sont efforcées d'inventorier. Elles font évidemment une grande place à la quantification, mais elles recourent aussi à des outils qualitatifs, dont le plus emblématique est l'entretien d'évaluation, au cours duquel le salarié est invité à un exercice d'introspection sur les tâches qui lui sont assignées et sur la façon dont il s'en acquitte[47]. Enfin la *force juridique des objectifs* est limitée dans la mesure où le contrat de travail fait peser sur le salarié une obligation de moyens et non de résultat. D'une façon générale, la Cour de cassation estime que « l'insuffisance des résultats ne peut constituer en soi une cause de licenciement[48] ». Cependant cela ne veut pas dire que la fixation d'objectifs soit sans effet sur l'exécution du contrat. Leur non-réalisation pourra ainsi justifier une baisse du salaire[49]. Quand on sait que le montant du salaire constitue le noyau dur des obligations patronales, celui auquel il ne peut toucher même pour de bonnes raisons disciplinaires[50], on mesure ici l'impact de la direction par objectifs sur l'économie du contrat de travail. La baisse de la rémunération pourra aussi résulter de la révision unilatérale par l'employeur des objectifs assignés au salarié. La Cour de cassation lui en reconnaît le droit dès lors que « le contrat de travail stipulait que la détermination des objectifs conditionnant la rémunération variable du salarié relevait du pouvoir de direction de

l'employeur[51] ». Est ainsi mise en échec la règle selon laquelle aucune réduction du salaire ne pourrait être imposée au salarié sans son accord, règle où certains auteurs voyaient la manifestation par excellence de la restauration de la force obligatoire du contrat individuel[52]. L'insertion d'une telle clause dans le contrat de travail permet donc à l'employeur de baisser la rémunération sans avoir à renégocier le contrat et sans avoir à se placer sur le terrain disciplinaire, où une telle réduction serait constitutive d'une sanction prohibée.

Que retenir de cet exposé un peu technique des manifestations juridiques de l'impératif de mobilisation des salariés ? Il montre d'abord à quel point est trompeuse la terminologie imposée par la Cour de cassation, selon laquelle « la vie personnelle du salarié » échapperait au pouvoir de direction de l'employeur[53]. Ce qui lui échappe, ce sont les choix de vie privée dans lesquels ce pouvoir prétendait jadis s'ingérer : ses mœurs, son statut familial, sa religion ou sa façon de se vêtir. En revanche, l'emprise sur la personne du salarié est considérablement renforcée par la direction par objectifs. Le propre du travail salarié a toujours été d'opérer une certaine réification de la personne qui est à la fois sujet et objet du contrat de travail. Réciproquement, sa prestation de travail, et le statut salarial qui lui est attaché, participent de l'identité professionnelle du travailleur, c'est-à-dire de sa reconnaissance en tant que personne. La déstabilisation des cadres spatio-temporels d'exécution du travail et l'autonomie programmée inhérente à la direction par objectifs conduisent, non à une réduction, mais à un accroissement de l'engagement de la personne du salarié. Cette tendance est aggravée par l'exigence plus générale de mobilisation totale de la force de travail, dont l'obsession des dirigeants français de gauche comme de droite à abolir le repos dominical est la manifestation la plus caricaturale[54]. L'idée d'un temps collectif pouvant échapper au règne du Marché leur est devenue à proprement parler insupportable, alors qu'on voit dans le même temps les entreprises allemandes les plus performantes s'engager dans le mouvement inverse, de reconstitution d'un « régime de travail réellement humain », en déconnectant d'autorité leurs salariés de leur messagerie professionnelle pendant leur temps de repos[55]. La déstructuration de la vie familiale engendrée par le travail dominical ou par le travail de nuit – lui aussi en augmentation constante – est pourtant bien connue, mais elle échappe aux indicateurs économiques qui régissent la gouvernance par les nombres. Les notions d'intensité et de stress au travail, de pénibilité et de risques psychosociaux, qui ont fleuri dans le

domaine de la santé et de la sécurité au travail, sont autant de témoins de cette emprise croissante, qui ne s'exerce plus seulement de l'extérieur, sous la forme d'ordres à exécuter, mais de l'intérieur, par l'internalisation et l'incorporation de contraintes et de risques qui étaient dans le modèle fordiste du ressort exclusif de l'employeur.

Les limites que le droit pose à cette emprise dessinent toutes la figure d'un travailleur libre et rationnel. Il ne peut se voir imposer de contraintes ou de contrôles dont il n'ait été préalablement informé et le droit lui est reconnu de contester ceux qui n'apparaîtraient pas justifiés ou proportionnés à la tâche à accomplir. Il est dans la situation d'un homme libre qui, ayant fait allégeance à autrui, doit mobiliser le meilleur de lui-même au service de ce dernier. De son côté, l'employeur, s'il n'a plus le droit de se mêler de la vie privée de son salarié, a le devoir de s'en soucier, lorsqu'il entend, par exemple, lui imposer des contraintes nouvelles difficilement compatibles avec sa vie familiale. S'il peut légitimement lui assigner des objectifs, c'est à la condition de lui donner la formation et les moyens matériels nécessaires pour les atteindre. Et s'il conserve le droit de le congédier pour des raisons économiques, c'est à la condition d'avoir tout fait pour le garder à son service, serait-ce en modifiant ses conditions de travail, voire en réduisant son salaire. Ce tableau juridique ne donne évidemment pas une image fidèle des pratiques, mais il permet de mettre en évidence la structure du lien d'allégeance, qui associe un certain nombre de droits nouveaux à l'exigence croissante de disponibilité et de réactivité.

Les « nouveaux droits » attachés à la personne

À la fiction du travail-marchandise, la nouvelle économie du contrat de travail substitue ainsi progressivement la fiction du travailleur libre. Le prix à payer pour soutenir cette fiction consiste à doter ce travailleur de droits nouveaux, censés lui permettre de faire face à ses responsabilités, et qui l'accompagneront dans son « parcours professionnel ». Car cette émancipation relative est lourde de dangers pour l'émancipé, qui se trouve privé des protections attachées à sa domestication antérieure. Il faut, pour le comprendre, se souvenir de la signification juridique première de la notion d'émancipation. En droit romain, l'émancipation est d'abord apparue comme une sanction infligée par un *pater familias* à son fils, ainsi

privé de sa protection[56] – et de sa succession. Sanction moins grave que la mort ou la vente à l'étranger, mais plus punitive que la simple exhérédation. Car l'émancipation ne rendait l'enfant *sui iuris*, c'est-à-dire ne lui conférait une pleine capacité juridique, qu'en le faisant mourir pour son ancienne famille et en lui infligeant une série de *capitis deminutiones*, de réductions de droits. Ce n'est qu'avec le temps que le régime de l'émancipation s'est adouci. On a notamment admis que l'émancipé puisse conserver la propriété de son *pécule profectice*, c'est-à-dire des biens qu'il avait pu acquérir avec l'argent de son père avant son émancipation. Une forme fréquente d'émancipation, avec *remancipatio patri*, conduisait à traiter l'émancipé comme l'affranchi de son père, qui conservait sur lui les prérogatives d'un patron[57].

Ce statut de l'émancipé éclaire l'ambivalence de celui du travailleur post-fordiste. Certes, il échappe à la férule taylorienne : son travail n'est plus décomposé en une succession de gestes contraints et il acquiert une certaine autonomie dans la manière de s'en acquitter. Mais cette autonomie est une autonomie dans la subordination, ce qui implique moins de sécurité contractuelle et davantage de responsabilités. Émancipé des contraintes tayloriennes et davantage livré à lui-même, le travailleur est exposé plus directement aux contraintes du marché, auxquelles il doit pouvoir s'adapter. Pour faire face à ces risques nouveaux, pour qu'il soit à tout moment et en tout lieu mobilisable et réactif, on le dote de garanties qui tendent à se détacher de l'appartenance à une profession ou à une entreprise déterminée, pour s'attacher à sa seule personne et l'accompagner tout au long de sa vie. À l'exigence de mobilisation permanente qui pèse désormais sur lui correspond ainsi la personnalisation de certains de ses droits qui, à la manière du *pécule profectice*, lui demeurent attachés et sont opposables à tout employeur. Depuis le début des années 2000, on a ainsi assisté à la montée en puissance de droits attachés à la personne des salariés. Contrairement à ce qu'exigerait l'accroissement de leurs libertés concrètes, ces droits ont surtout pour objet de promouvoir l'adaptabilité des travailleurs aux attentes du marché du travail et de compenser la moindre protection qui leur est accordée en termes d'emploi et de protection sociale. Ces droits nouveaux se traduisent par de nouveaux devoirs pour l'employeur. Le contrat de travail ne l'oblige plus seulement à payer une somme d'argent, mais aussi à veiller au maintien des capacités professionnelles des salariés. Non seulement leurs capacités physiques, mais aussi leurs capacités mentales et leur

qualification professionnelle. Le devoir de prendre soin de la personne du travailleur, et pas seulement de son intégrité physique, avait été progressivement évacué de la relation de travail avec le recul du paternalisme et le transfert sur la sécurité sociale de la charge du temps long de la vie du salarié. Il y fait aujourd'hui retour, mais sous des formes nouvelles. À grands traits, on peut distinguer, parmi ces obligations nouvelles de l'employeur, celles dont il doit s'acquitter personnellement et celles dont il peut se décharger moyennant finances sur un organisme extérieur à l'entreprise.

Le devoir de soutenir l'aptitude professionnelle des salariés relève de la première catégorie[58]. Inventé en 1992 par la Cour de cassation[59], il a été consacré depuis par la loi, qui fait peser sur l'employeur une obligation de résultat (assurer l'adaptation des salariés à leur poste de travail), une obligation de moyens (veiller au maintien de leur capacité professionnelle) et une simple obligation morale (développer leurs compétences)[60]. La seconde de ces obligations – l'obligation de vigilance – doit être soulignée car elle est caractéristique de l'allégeance. D'une façon générale, elle se traduit par un déplacement de la loi au lien contractuel, lien qui emporte pour le maître le devoir de veiller aux intérêts à long terme de ceux qui le servent. C'est un trait que nous retrouverons dans les relations entre entreprises dominantes et dominées dans les chaînes de sous-traitance[61].

Le renouveau de la prévoyance collective

L'autre catégorie de devoirs pesant sur l'employeur recouvre ceux dont il s'acquitte en contribuant au financement de garanties collectives, dont la mise en œuvre relève d'un tiers à la relation de travail. Ces garanties relèvent de ce qu'on appelle la prévoyance[62]. Elles méritent qu'on s'y arrête davantage, car elles sont l'objet d'une lutte sourde entre deux conceptions possibles : l'une qui les conçoit en termes de droits patrimoniaux, adossés au marché de l'assurance ; l'autre qui les conçoit en termes de droits sociaux, adossés à des solidarités civiles. Un bref rappel historique est nécessaire pour saisir cet enjeu crucial.

De l'anéantissement des corporations jusqu'à la création de la sécurité sociale, le domaine de la prévoyance était livré à l'initiative privée. Initiative des salariés eux-mêmes, qui accumulaient une épargne de précaution ou initiative de patrons considérant qu'ils avaient une dette

morale à l'égard de leurs salariés âgés, accidentés, chargés de famille ou malades. Ces initiatives individuelles ont pris une *dimension collective*, lorsque ces patrons recoururent à des compagnies d'assurance pour opérer entre eux une péréquation de ces charges. Quant aux salariés, ils fondèrent des sociétés de secours mutuel, qui héritèrent des fonctions sociales assurées sous l'Ancien Régime par les confréries de métier. Légalisées d'abord en 1852 et aujourd'hui régies par le code de la mutualité, les mutuelles sont des organismes sans but lucratif, gérés par des représentants de leurs adhérents. Coexistaient donc déjà deux types de prévoyance collective, procédant toutes deux d'initiatives privées, mais relevant l'une du marché de l'assurance et l'autre de solidarités professionnelles.

La création de la sécurité sociale par les ordonnances du 4 et du 19 mars 1945 est à certains égards l'héritière de cette tradition. À la différence du modèle britannique, elle n'a pas pris en France la forme d'un service public administré par l'État, mais celle d'un mixte de droit privé et de droit public. L'originalité du plan français résidait dans le principe de démocratie sociale, consistant à confier aux représentants des intéressés la gestion d'un système destiné à couvrir toute la population. Cette instauration de la sécurité sociale n'en opéra pas moins une rupture qualitative avec la prévoyance collective. Reposant sur le « principe de solidarité nationale[63] », elle est obligatoire, et non plus volontaire, et les droits qu'elle fait naître sont attachés aux personnes et les accompagnent « du berceau à la tombe ». Premier facteur de sécurisation des parcours professionnels, la sécurité sociale est aussi le principal outil d'externalisation des responsabilités sociales de l'employeur. Elle est devenu un « Tiers obligé » de tout contrat de travail, dotant le salarié de droits personnels qui l'émancipent du paternalisme patronal. Ces droits étant nécessairement limités, la création de la sécurité sociale ne fit pas disparaître le besoin de ce qu'on a appelé à partir de cette date la protection sociale complémentaire. Le législateur a donc permis aux partenaires sociaux de créer, par voie de convention collective, des institutions paritaires à but non lucratif assurant la péréquation entre cotisants de la charge des prestations qu'elles versaient aux salariés ou à leurs ayants-droit[64]. Ces institutions intervenaient à côté des mutuelles. En revanche, les assurances à but lucratif furent exclues de la prévoyance complémentaire. Celle-ci, pensait-on alors, devait reposer exclusivement sur les principes de solidarité volontaire et de démocratie sociale. Ces bases normatives sont celles sur lesquelles a été édifié dès 1947 le système

des caisses de retraites complémentaires, puis en 1958 le régime de l'assurance chômage, lui aussi fondé sur une convention collective et géré paritairement. Ces différents régimes, étant devenus obligatoires, se sont rapprochés de la sécurité sociale et ils lui sont assimilés du point de vue du droit européen, même s'ils ont conservé à ce jour une certaine autonomie de gestion. En revanche, la solidarité volontaire demeure de règle pour la couverture des autres risques pris en charge par la prévoyance complémentaire.

À compter des années 1980, le tournant néolibéral et la pression du droit européen se conjuguèrent pour réintégrer l'assurance privée dans le champ de la protection sociale complémentaire et pour soumettre progressivement aux mêmes règles tous les opérateurs intervenant sur ce « marché » gigantesque et prometteur. Pas moins de huit lois et ordonnances ont ainsi été adoptées entre 1985 et 2003[65]. La plus importante fut la loi Evin du 31 décembre 1989, dont l'objectif premier était de transposer au secteur de la prévoyance collective les directives européennes relatives à la libre prestation de service en matière d'assurance des personnes. Au nom du « renforcement des garanties offertes aux personnes assurées » (intitulé de la loi), un provisionnement obligatoire de leurs engagements fut notamment imposé aux institutions paritaires et aux mutuelles. Le principe de répartition fut ainsi condamné, dans le but de fluidifier ce marché et de faire jouer la concurrence entre les trois types d'opérateurs qui se le disputent désormais : les institutions paritaires, les compagnies d'assurance et les mutuelles[66]. Le lien établi en 1945 entre la base conventionnelle de la protection sociale complémentaire, son caractère non lucratif et sa gestion démocratique a ainsi été rompu. En contrepartie, les assureurs admis sur le marché ont été soumis à certaines règles inspirées du principe de solidarité (garantie viagère, uniformité des tarifs ; interdiction des surprimes individuelles) et un avantage fiscal a été consenti aux contrats dits solidaires et responsables, prévoyant un parcours de soins et ne comportant aucune sélection médicale[67].

Dans l'état présent du droit positif, la prévoyance collective se présente sous la forme de ce que la loi appelle des « garanties sociales[68] » ou des « garanties collectives des salariés[69] ». Financées par l'entreprise et bénéficiant d'un régime fiscal et social favorable, ces garanties sont en principe instituées par voie de conventions ou d'accords collectifs. Elles ont eu pour objet premier de couvrir des risques ignorés ou

incomplètement pris en charge par la sécurité sociale[70]. Situées à l'articulation du droit du travail, du droit de la sécurité sociale et du droit de l'assurance, les garanties sociales ont deux caractères communs. Le premier est l'*externalisation de leur gestion financière* auprès d'organismes spécialisés, qui perçoivent des cotisations des entreprises et versent des prestations aux salariés. Ces derniers sont ainsi titulaires d'une créance sur ces organismes, créance distincte de la créance salariale bien qu'elle prenne sa source dans le contrat de travail. À l'instar du droit de la sécurité sociale, l'intervention d'un Tiers débiteur des prestations permet de concilier le temps limité de l'échange contractuel avec le temps long de la vie du travailleur, sans maintenir ce dernier dans un lien de dépendance paternaliste avec son employeur. L'autre caractéristique commune à ces garanties est d'*opérer une péréquation* de la charge de leur financement entre les cotisants. Mais la façon dont cette péréquation est organisée est le lieu d'une tension permanente entre deux conceptions : celle qui y voit d'abord un marché, qu'il faut ouvrir à la concurrence entre prestataires de services ; et celle qui y voit d'abord l'expression de solidarités professionnelles, dont il faut encourager l'exercice. Dans une *perspective de libre concurrence*, la péréquation repose exclusivement sur des techniques actuarielles d'agrégation statistique des risques, c'est-à-dire sur un pur calcul de probabilités. Relevant de la gouvernance par les nombres, elle ignore les liens entre les personnes pour réduire ces dernières à des facteurs de risque. Dans une *perspective de solidarité*, la péréquation des risques a pour fonction, non seulement de doter chacun de certaines garanties, mais aussi de compenser les inégalités de fortune et d'exposition à ces risques. Autrement dit, elle tient compte de la règle « de chacun selon ses capacités, à chacun selon ses besoins ». Ce principe ressort clairement aujourd'hui encore de la définition légale des mutuelles, qui ont pour objet, par « une action de prévoyance, de solidarité et d'entraide […], de contribuer au développement culturel, moral, intellectuel et physique de leurs membres et à l'amélioration de leurs conditions de vie[71] ». Autant d'objectifs qui n'ont évidemment aucune place sur le marché de l'assurance.

L'introduction en France d'un dispositif de « sécurisation de l'emploi » en 2013 a été l'occasion d'un choc frontal entre ces deux conceptions. En contrepartie de « l'anticipation négociée des mutations économiques », c'est-à-dire de l'érosion de la force obligatoire des contrats de travail[72], ont été instaurés de « nouveaux droits individuels pour la sécurisation des

parcours ». Cet intitulé sonne comme un coup de cymbale, mais l'article 1er qui le suit immédiatement ne crée pas à proprement parler de « nouveau droit » : il étend à tous les salariés le droit à une couverture complémentaire des risques de maladie, de maternité et d'accident. Comment comprendre cet abus de langage qui consiste à déclarer nouveau l'un des droits les plus anciennement reconnus aux travailleurs salariés : le droit à l'assurance maladie ? La réponse à cette question ne se trouve pas du côté du droit du travail, mais de celui de la sécurité sociale, et plus précisément de son désengagement progressif de la couverture de ce qu'on appelle le « petit risque » en matière de santé. L'assurance maladie a fait depuis vingt ans l'objet de ce que Didier Tabuteau appelle une « politique du salami », qui consiste « à découper en fines tranches l'assurance maladie obligatoire, pour permettre son absorption, progressive et tolérée, par les organismes de protection complémentaire[73] ». Dans un contexte de réduction drastique des « dépenses publiques », cette privatisation en douceur des segments les plus rentables du marché gigantesque que représente le secteur de la santé apparaît aujourd'hui irréversible[74]. Le montant des dépenses courantes de santé représentait 243 milliards d'euros en 2012, soit 12 % du PIB[75]. Or – magie de la gouvernance par les nombres –, il suffit qu'un service soit privatisé pour que, de charge publique, il se métamorphose miraculeusement en facteur de croissance économique dans les comptes de la nation. C'est le cas du marché de la prévoyance maladie, qui représentait 31,10 milliards d'euros en 2011[76], et dont le volume augmente mécaniquement à chaque diminution de la prise en charge par la sécurité sociale. On comprend mieux, dans cette perspective, la priorité donnée à la couverture complémentaire santé dans la loi de sécurisation de l'emploi. Il ne s'agit nullement de donner aux salariés des droits véritablement nouveaux, qui les armeraient face aux risques accrus qu'ils courent sur le marché du travail, mais bien plutôt de pallier la dégradation des prises en charge des dépenses de santé par la sécurité sociale, tout en poursuivant une politique méthodique de privatisation de l'assurance maladie et de réduction de la « dépense publique ».

Le marché contre la solidarité civile

Si l'on prend acte de cette évolution, la question qui se pose est de

savoir quel type de privatisation on entend privilégier : faut-il favoriser plutôt la libre concurrence et le marché de l'assurance, ou bien la solidarité et les organismes à but non lucratif ? La généralisation de la complémentaire santé décidée en 2013 a fourni au *lobby* des assurances l'occasion de rouvrir cette question, qui n'a cessé de se poser depuis 1945. La loi de sécurisation de l'emploi entendait autoriser les partenaires sociaux à établir « un haut degré de solidarité » à l'échelle des branches professionnelles, en désignant un organisme unique pour assurer cette protection. La licéité de ces clauses de désignation avait été reconnue en 2011 par la Cour de justice de l'Union européenne, pourtant peu suspecte d'hostilité aux libertés économiques[77]. Le Conseil constitutionnel les a tout de même déclarées contraires à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle, dans une décision qui réalise le tour de force de ne piper mot de solidarité[78]. Donnant ainsi satisfaction à une revendication ancienne des entreprises d'assurance, cette décision a été jugée désastreuse par les représentants des petites et moyennes entreprises, tel le représentant de l'Union professionnelle de l'artisanat, qui a souligné la situation de vulnérabilité des petites entreprises, livrées aux « démarches et pressions de toutes natures que ne manquera pas d'exercer sur elles le secteur de l'assurance[79] ».

Les avatars de la généralisation de l'assurance maladie complémentaire sont riches d'enseignements, dans la mesure où ils ont mis en lumière deux conceptions différentes des droits destinés à sécuriser les parcours professionnels. La conception retenue par le législateur était celle de *garanties collectives s'exerçant individuellement*. Ces garanties sont collectives non seulement en raison de la nature de l'acte qui les crée (une convention ou un accord collectif), mais aussi en raison de la possibilité reconnue aux signataires de ces conventions de fonder ces droits sur un *régime de solidarité*, géré par des représentants de ceux qui le financent. Fondés sur de tels régimes, les droits individuels destinés à protéger le salarié tout au long de sa vie professionnelle sont des *droits sociaux*. La conception imposée par le Conseil constitutionnel est au contraire celle de droits purement individuels, qui ne procèdent plus d'un régime instituant une solidarité entre les membres d'une même profession, mais d'une créance sur un organisme financier ou un assureur. Autrement dit, il ne s'agit plus à proprement parler de droits sociaux, mais de *droits patrimoniaux*, fondés sur la capitalisation et non sur la solidarité.

Cette conception financière étend l'empire du Marché et est adaptée à la

recherche d'une plus grande liquidité du « capital humain ». Évinçant le principe de solidarité, elle a en revanche pour effet d'accroître les inégalités entre salariés et de donner libre cours à ce qu'on appelle l'*effet Matthieu*, qui consiste à donner toujours plus à ceux qui ont déjà beaucoup et moins à ceux qui ont peu. Car, comme le montrent les évolutions les plus récentes d'autres garanties sociales, le respect du principe de solidarité est une condition déterminante de leur efficacité. Le cas du système de formation professionnelle est particulièrement frappant. Aux termes de la Constitution, « la Nation garantit l'*égal accès* de l'enfant et de l'adulte à l'instruction, à la formation professionnelle et à la culture[80] ». La loi dite Delors du 16 juillet 1971 a mis en œuvre cette garantie sociale en posant les bases du système français de formation professionnelle continue. Or, le choix opéré à cette époque avait précisément consisté à instituer un *marché de la formation*, plutôt que de confier celle-ci à un service public (comme l'éducation nationale) ou à un régime de solidarité à but non lucratif. Sur ce marché se rencontrent donc la demande de formation des entreprises et l'offre des dispensateurs de formation. Le système n'est pas financé par des cotisations mais par des taxes. Une dépense minimale de formation est imposée à toutes les entreprises, sur le montant desquelles elles peuvent partiellement imputer les actions de formation qu'elles décident d'organiser pour leur personnel, le reste étant versé à des organismes agréés dont l'architecture a été maintes fois réformée. Depuis 2009, ces organismes sont obligatoirement paritaires et ne peuvent être eux-mêmes dispensateurs de formation. Ce marché de la formation est régulé par la négociation collective de branche et par les services de l'État et les régions.

En dépit des nombreuses réformes dont ce marché de la formation a fait l'objet depuis 1971, il n'a cessé d'engendrer des inégalités considérables dans l'accès à la formation. Les petites et moyennes entreprises, les femmes et les demandeurs d'emploi sont les grands perdants de ce système, où l'effet Matthieu joue à plein : on donne à ceux qui ont déjà et on prend à ceux qui n'ont rien. « Le système est tellement peu redistributif, peut-on lire dans un rapport parlementaire récent, que les PME de 10 à 49 salariés financent à hauteur de 50 millions d'euros par an la politique de formation des entreprises de plus grande taille. Moins de 3 % des sommes collectées au titre du plan de formation font l'objet d'une péréquation au profit des PME[81]. » Ce bilan montre la dynamique inégalitaire où engage l'éviction du principe de solidarité dans la mise sur pied des droits attachés

à la personne des salariés. En matière de formation professionnelle, ce constat a conduit en 2014 les partenaires sociaux et le législateur à ne plus s'en remettre seulement à la régulation du marché de la formation, mais à faire jouer la solidarité au profit des salariés des petites entreprises[82]. Ce reflux de la logique du marché vers celle de la solidarité a eu pour corollaire la création d'un compte personnel de formation, ouvert à toute personne ayant terminé sa scolarité et destiné à fonctionner jusqu'à son départ en retraite[83]. Ce compte ne concerne donc pas les seuls salariés en activité et son utilisation dépend de l'initiative de son titulaire, qui n'a pas à obtenir l'accord de son employeur dès lors que les heures de formation qu'il sert à financer sont prises en dehors des heures de travail. Enfin, « les heures de formation inscrites sur le compte demeurent acquises en cas de changement de situation professionnelle ou de perte d'emploi de son titulaire[84] ». C'est ce qu'on appelle la « portabilité » du droit à formation, lequel, à la manière d'un compte d'épargne, est un droit de tirage dont on peut user tout au long de sa vie pour faire face à des difficultés ou, au contraire, pour mener à bien de nouveaux projets professionnels.

La terminologie bancaire utilisée ici est caractéristique de beaucoup de ces « nouveaux droits » attachés à la personne, tels le bilan de compétence, le compte épargne-temps ou le compte personnel de formation. Mais il ne faut pas y voir nécessairement la marque d'une véritable capitalisation. Participant de l'état professionnel des personnes, ils sont en principe incessibles et insaisissables et relèvent de la zone grise qui sépare les droits patrimoniaux et les droits extrapatrimoniaux[85]. Et surtout ils sont pour la plupart d'entre eux adossés à la solidarité des membres d'un groupe professionnel et non à un dépôt en capital. Ces droits donnent une forme moderne à un type de richesse bien connue de nombreuses sociétés traditionnelles, où est considéré comme riche non pas celui qui a amassé un tas d'or, mais celui qui a tissé suffisamment de liens avec autrui pour pouvoir compter sur leur entraide. « L'homme est plus riche par ceux qu'il a que par ce qu'il a », dit un adage bamiléké[86]. Le riche, c'est celui qui « a beaucoup de gens » sur lesquels il peut compter. Cela ne dissuade pas de l'effort de prévoyance, mais comme le montre le cas des tontines africaines, c'est la solidarité de ceux qui sont tour à tour créanciers et débiteurs qui constitue la garantie la plus sûre de l'épargne de chacun.

Adosser ainsi la sécurité économique sur des liens de solidarité entre les personnes plutôt que sur la propriété individuelle d'un capital est en

revanche directement contraire à la dogmatique libérale. Celle-ci se représente la société comme une collection de sujets entourés d'objets et elle fait de la propriété individuelle l'alpha et l'oméga du rapport du sujet à l'objet. Elle a donc énormément de mal à penser l'inscription des hommes dans leur milieu vital, qu'il s'agisse de leur milieu social ou de leur milieu naturel.

Le concept de « droits de tirage sociaux » demeure un concept utile pour penser ces nouveaux droits attachés à la personne et comprendre ce qui les relie et ce qui les distingue de la sécurité sociale, qui avait la première signifié le retour de droits fondés sur la solidarité[87]. Ces droits sont attachés non à l'emploi, mais à la personne du travailleur et contribuent ainsi à assurer la continuité de l'état professionnel par delà la discontinuité et l'hétérogénéité des situations de travail. Ils permettent aux salariés de se libérer pendant un certain temps du travail subordonné pour se consacrer à une autre activité socialement utile. Ce sont des droits de *tirage*, car leur réalisation dépend d'une double condition : la constitution d'une « provision » suffisante et la décision de leur titulaire d'user de cette provision. Et ce sont des droits *sociaux*, aussi bien dans leur mode de constitution – abondement diversifié de la provision, dont la constitution peut mobiliser différents cercles de solidarité – que dans leurs objectifs – utilité sociale de l'activité rendue possible par l'exercice du droit. Alors que la sécurité sociale protège contre des risques de l'existence, les droits de tirage sociaux ont vocation à permettre une réelle liberté de choix dans la conduite de sa vie professionnelle. Les évolutions les plus récentes du droit positif montrent que cette perspective n'est pas totalement absente de ce qu'on appelle la « sécurisation des parcours professionnels », notamment en matière de formation professionnelle et de santé et de sécurité au travail. Mais la tendance lourde est plutôt celle d'un enfoncement dans la réification du travail, assimilé à un « capital humain » livré sans reste à l'empire du Marché total. Si la généralisation des liens d'allégeance semble irrésistible, la forme que ces liens prendront reste donc largement ouverte à l'action des hommes.

La relation de travail n'a pas cessé d'être le noyau des formes modernes de gouvernement des hommes. L'analyse juridique un peu aride de ses transformations actuelles était donc le préalable nécessaire à l'identification, en termes plus généraux, de la structure des liens d'allégeance, tels qu'ils se développent à tous les niveaux de l'organisation sociale.

14

La structure des liens d’allégeance

Ubi emolumentum, ibi onus[1].

(« Là où est le profit, doit être la charge. »)

La structure du lien d’allégeance mise en lumière dans l’évolution de la relation individuelle de travail se retrouve à l’œuvre aussi bien dans les rapports entre entreprises dominantes et dominées qu’entre États impériaux et entreprises dominantes.

L’allégeance dans les réseaux d’entreprises

Un cas particulièrement monstrueux permet de saisir sur le vif les liens d’allégeance qui se tissent dans les réseaux d’entreprises : celui du drame du Rana Plaza et des suites qui lui ont été données. Les faits ont été largement rapportés dans la presse. Une entreprise bangladaise de confection, installée dans la banlieue de Dacca, fournissait de nombreuses grandes marques occidentales en vêtements bon marché.

Le 24 avril 2013, l’immeuble dit Rana Plaza, où était installée cette entreprise de confection, s’est effondré, faisant 1 133 morts, très majoritairement des ouvrières, et 2 000 blessés dont de nombreux handicapés à vie. Les images de cette catastrophe industrielle, la plus grande depuis celle de Bhopal en 1984, ont fait le tour du monde, ouvrant une fenêtre – vite refermée depuis – sur les réalités sociales de la globalisation dans les pays pauvres.

Rana Plaza, 24 avril 2013 © Abir Abdullah

La veille de l'accident, des fissures avaient été repérées dans l'édifice, laissant craindre un risque imminent d'effondrement[2]. Le bâtiment avait alors été évacué. Le lendemain, sous la menace d'amendes et de retenues sur salaires, les ouvrières furent contraintes de regagner leurs postes de travail. L'immeuble, à vocation résidentielle, avait été construit sur une zone marécageuse et utilisé en violation des règles minimales de sécurité. En l'absence de tout permis, quatre étages supplémentaires avaient été construits sur les cinq qu'il comprenait initialement. Un groupe électrogène avait été installé sur son toit, dont les vibrations, conjuguées à celles des machines, auraient provoqué l'écroulement. Les vêtements de confection retrouvés dans les décombres portaient les étiquettes de nombreuses grandes marques occidentales, notamment françaises (Auchan, Tex [Carrefour], Camaïeu, Casino et Leclerc), italiennes (Benetton), anglaise (Primex) et américaines (notamment Walmart).

Venant démentir le récit d'une mondialisation heureuse et profitable aux travailleurs des pays émergents, cet accident a attiré pour un temps l'attention des médias sur l'impact social des nouvelles formes d'organisation du travail dans l'économie globalisée. Sentant le doute se répandre sur les vertus civilisatrices de la globalisation économique, ses prédicateurs n'ont pas manqué de rappeler la saine doctrine. « On aurait grand tort, écrivit ainsi le directeur d'un grand hebdomadaire de gauche, de se lancer dans une condamnation vertueuse de la mondialisation ou de

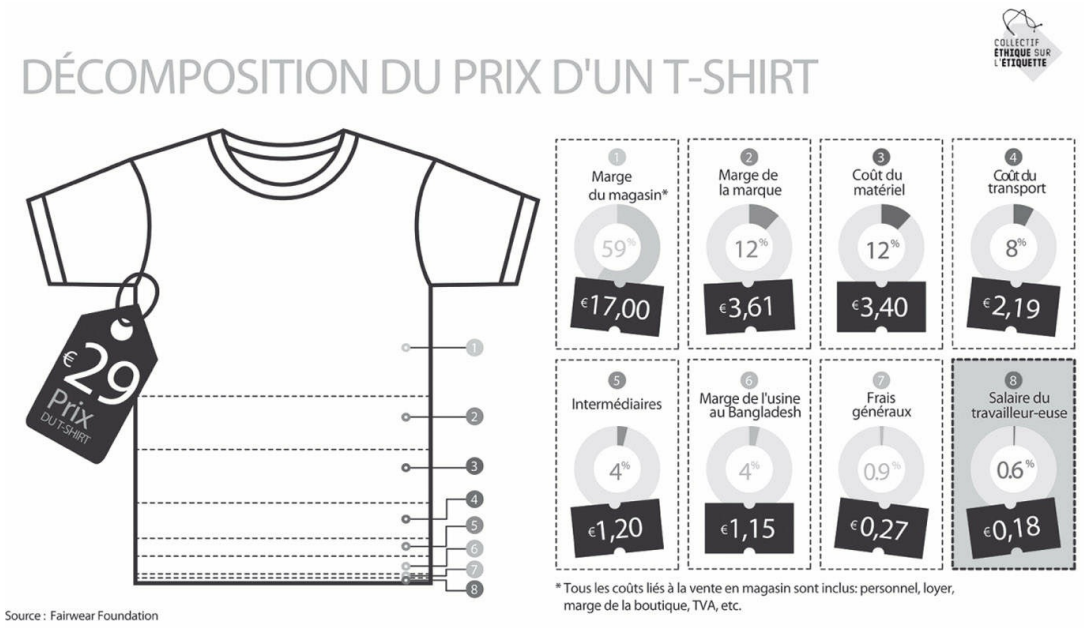
prôner on ne sait quel grand soir radical […]. Pour ces jeunes femmes, le travail en atelier est préférable à l'oppression familiale et économique qu'elles vivent dans les campagnes. Paradoxalement, leur emploi au Rana Plaza leur procurait une forme d'émancipation[3]. » Sous des habits neufs, le discours colonial n'a pas changé et certains pensent aujourd'hui comme hier pouvoir décider depuis Paris du mieux-être des « indigènes » des pays du Sud et passer par pertes et profits ceux qui meurent écrasés sous le rouleau compresseur du commerce sans entraves. « Civiliser au sens moderne du terme, déclarait déjà le président de la Chambre de commerce de Lyon à la fin du XIXe siècle, signifie apprendre aux gens à travailler pour pouvoir acheter, échanger et dépenser[4]. » Soucieuses de leur image, la plupart des entreprises occidentales impliquées dans ce drame se réclamaient de leur « responsabilité sociale ». La médiatisation jouant depuis la libéralisation du commerce international un rôle comparable à celui des grandes grèves durant l'ère industrielle, l'indignation de l'opinion mondiale les plaça soudain face à leurs responsabilités véritables. Sous la pression des médias et des deux organisations internationales ayant élaboré des codes de bonne conduite en matière de responsabilité sociale des entreprises – l'Organisation internationale du Travail et l'OCDE –, ces entreprises, dont le chiffre d'affaires au Bangladesh s'est élevé à 24,5 milliards de dollars en 2013, durent prendre des initiatives pour prévenir la répétition de ce type d'accidents.

Cette affaire illustre tout d'abord l'ambivalence pour les transnationales des effets de l'effacement des frontières du commerce. Cet effacement les a émancipées de la tutelle des États et leur permet de recourir aux délocalisations et au *law shopping* fiscal, social et environnemental. Ainsi émancipées, les grandes entreprises asservissent celles de plus petite taille, qui participent aux réseaux qu'elles tissent à l'échelle du globe. Le revers de cette médaille est de les précipiter dans une sorte de vide institutionnel et de les exposer à de nouveaux risques, qu'elles tentent justement de conjurer en invoquant leur capacité d'autorégulation ou leur « responsabilité sociale ».

Tant que l'ordre juridique international fut constitué d'un pavage d'États souverains et maîtres de leurs frontières, l'action des entreprises s'inscrivait dans l'articulation du public et du privé. L'État prenait en charge ce que le Digeste appelle les « choses sacrées », c'est-à-dire tout ce qui relève de l'incalculable : le statut des personnes et la survie de la

communauté politique[5]. Les échanges entre particuliers pouvaient se déployer sous cette égide, selon une logique de pur calcul d'utilité. Dans un tel contexte institutionnel, la fameuse proclamation de Milton Friedman, selon laquelle « l'unique responsabilité sociale de l'entreprise est celle de faire des profits[6] », témoignait sans doute d'une conception très primitive de l'entreprise[7], mais elle n'avait au fond rien de scandaleux. À partir du moment où un entrepreneur obéit aux lois et s'acquitte de ses impôts, il n'y a pas de raison d'exiger de lui qu'il prenne en charge ce qu'il incombe au législateur de garantir : le temps long de la vie humaine dans ses dimensions sociale et environnementale. Cette situation demeure vraie pour la plupart des petites entreprises, mais elle ne l'est plus pour les entreprises transnationales, que l'effacement des frontières du commerce libère de la tutelle des États et autorise à choisir les lois qui leur sont le plus profitable à l'échelle de la planète. Autrement dit, elle les autorise à échapper à ce que la Déclaration universelle des droits de l'Homme (1948) nomme un régime de droit (*rule of law*).

L'affaire du Rana Plaza est une tragique illustration des opportunités et des risques que représente cette échappée du droit pour les grandes entreprises. D'un côté, elles peuvent se soustraire aux contraintes sociales et environnementales et augmenter leurs profits de façon vertigineuse, en recourant par sous-traitants interposés à ce que le pape François a justement appelé un « travail d'esclave[8] ». En témoigne l'effondrement de la valeur relative du coût du travail de fabrication dans le prix d'un t-shirt sur les marchés occidentaux : 0,6 %, soit le centième de la marge du distributeur[9].



© Collectif Éthique sur l'étiquette. L'éditeur remercie le Colllectif pour son aimable autorisation.

Mais d'un autre côté, ces grandes entreprises se trouvent exposées au risque de devoir répondre des atteintes aux droits fondamentaux qui résultent de la surexploitation des hommes et des ressources naturelles, lorsque ces atteintes sont portées sur la place publique. À la différence des entreprises de type fordiste, qui intégraient toute la chaîne de production, les entreprises transnationales sont organisées en réseaux d'entités juridiques et économiques autonomes, de facture typiquement féodale[10]. Juridiquement, elles ne sont donc pas en principe responsables des fautes commises et des risques encourus par leurs filiales, leurs sous-traitants ou leurs fournisseurs. La personnalité morale fait office de pare-feu en cas d'accident. Ce montage permet jusqu'à un certain point de découpler les lieux de pouvoir économique et les lieux d'imputation de responsabilité, comme l'ont montré, par exemple, les scandales à répétition intervenus depuis vingt ans en matière de produits alimentaires défectueux. Le revers de cette médaille est que les grandes entreprises n'ont plus le contrôle direct des conditions de fabrication. Elles cherchent, certes, à en maintenir le contrôle indirect, mais celui-ci se dilue au fur à mesure de l'allongement de la chaîne des sous-traitants et fournisseurs. D'où deux conséquences préjudiciables pour elles : la première est de perdre leurs compétences techniques, en sorte que leurs vassales peuvent devenir un jour des concurrentes – c'est l'une des leçons amères de la « conquête » du marché

chinois par les firmes euro-américaines ; la seconde est de s'exposer au risque de se retrouver au centre d'un scandale humanitaire ou écologique, et de voir par exemple leur marque exposée dans les médias, maculée du sang des ouvrières du Rana Plaza. Dans une telle hypothèse, le pare-feu de la personnalité morale ne leur est plus d'un grand secours, car ce sont elles que l'opinion, et donc leur clientèle, jugera responsables.

Pour éviter d'être tenues ainsi directement responsables des dommages sociaux ou environnementaux causés par leurs fournisseurs ou sous-traitants, les grandes entreprises sont conduites à structurer leurs rapports avec ces derniers dans un sens qui tout à la fois permette de les contrôler et leur donne les moyens de se conduire de façon responsable. L'analyse des liens d'allégeance qui se tissent ainsi entre les entreprises doit être conduite en termes généraux, même si techniquement cette allégeance ne se présente pas de la même manière selon qu'on a affaire à un rapport de mère à filiale, de donneur d'ordres à sous-traitants ou de client à fournisseurs. Car il y a là autant de modalités d'un même rapport de vassalité. La nature de ce rapport s'éclaire si on le rapproche des transformations de la relation de travail salarié étudiées au chapitre précédent. L'allégeance au travail se manifeste alors par l'établissement d'une autonomie dans la subordination du salarié vis-à-vis de son employeur. Le lien d'allégeance implique, nous l'avons vu, un engagement plus grand de la personne du salarié, qui ne doit plus se contenter d'obéir mécaniquement à des ordres pendant un temps et dans des lieux fixés à l'avance, mais se mobiliser totalement dans la réalisation des objectifs qui lui sont assignés et se soumettre à des procédures d'évaluation de ses performances. Il implique en contrepartie pour l'employeur le devoir de veiller sur les ressources physiques et mentales et la capacité professionnelle du travailleur, afin de préserver son « employabilité » sur le marché du travail.

La formalisation de liens semblables se retrouve *mutatis mutandis* dans les deux accords conclus après la catastrophe du Rana Plaza, l'un regroupant essentiellement les entreprises européennes[11] et l'autre les entreprises nord-américaines[12]. L'accord « américain » est le moins contraignant et maintient soigneusement les syndicats à l'écart du dispositif de suivi de sa mise en œuvre. L'accord « européen » est plus ambitieux et donc plus riche d'enseignements. Il a été conclu le 15 mai 2013 sous les auspices de l'OIT entre un certain nombre d'entreprises multinationales et les syndicats internationaux de la filière, Industri ALL et

Uni Global Union. D'une durée de cinq ans, il vise à renforcer les inspections dans le domaine de la sécurité et des incendies dans l'industrie textile, à améliorer la santé des travailleurs et la sécurité professionnelle. À ce jour, cet accord regroupe 103 marques d'acheteurs et prévoit l'inspection de 1566 usines. La supervision de sa mise en œuvre est confiée à un comité de pilotage présidé par un représentant de l'OIT, où siègent à parité les entreprises donneuses d'ordre et les syndicats. Assorti d'un mécanisme contraignant de règlement des différends, ce dispositif poursuit cinq objectifs : la mise en place d'*inspections* crédibles ; la *prévention* avec une mise aux normes des usines en matière de sécurité ; la programmation de stages de *formation* sur le thème de la sécurité ; le déploiement d'un système de *communication* ascendante ; et enfin une garantie de *transparence* sur les sites audités (accès aux données). Les donneurs d'ordres signataires s'engagent à contribuer financièrement à la mise en œuvre de l'accord (conduite des inspections, formation des inspecteurs, remise aux normes des usines) au prorata du montant de leurs commandes. Le premier rapport d'inspection a été rendu à l'automne 2014 : il a mis au jour 80 000 infractions aux règles de sécurité et prescrit des travaux dont le montant est estimé à plus d'un milliard de dollars[13].

Trois caractéristiques du rapport d'allégeance se dégagent de cette formalisation collective des rapports de production. L'accord consacre en premier lieu la *dépendance des fournisseurs*, qui doivent se soumettre aux inspections diligentées par le consortium des donneurs d'ordres, appliquer les mesures correctives prescrites par les inspecteurs et mettre en œuvre les programmes de formation à la sécurité de leur personnel. Le tout sous peine d'une sanction économique extrêmement lourde : l'exclusion du marché représenté par l'ensemble des entreprises adhérant à l'accord, autrement dit un *bannissement économique*. Cette dépendance implique pour le fournisseur le devoir de se rendre transparent aux donneurs d'ordres, d'une manière comparable à la transparence attendue du salarié dans ses entretiens d'évaluation. En second lieu, cet accord consacre l'*obligation pour les donneurs d'ordres de soutenir leurs fournisseurs*, pour qu'ils puissent faire face à leurs nouvelles obligations. Ceci exige d'inscrire leurs rapports économiques dans un temps long, normalement ignoré par les *cost-killers* en quête de « création de valeur ». Affirmant leur volonté de « maintenir des relations d'approvisionnement à long terme avec le Bangladesh », les donneurs d'ordres s'engagent à négocier des modalités commerciales avec leurs fournisseurs garantissant que les usines

soient financièrement à même « de respecter les exigences de sécurité découlant de la mise en œuvre de l'accord ». Ce soutien peut aussi prendre la forme d'aides financières accordées par un donneur d'ordres à un fournisseur. Par ailleurs, l'accord établit un mécanisme de solidarité financière entre ses signataires, chacun contribuant au prorata de son chiffre d'affaires au Bangladesh, aux mesures d'inspection et de formation. Combinée à l'adoption de normes communes de sécurité, cette mutualisation des audits est une véritable mesure de police sociale de la concurrence, qui exclut du champ de cette dernière le coût des mesures de sécurité physique au travail. Enfin, en troisième lieu, l'accord établit une *responsabilité solidaire* à l'égard de certains tiers à la relation entre donneur d'ordres et fournisseur. Il permet ainsi aux salariés du fournisseur de percer l'écran de la personnalité morale de leur employeur pour saisir directement le donneur d'ordres dont il dépend. Ce dernier se voit ainsi reconnaître un droit d'immixtion dans la gestion du personnel du fournisseur sur les points qui intéressent l'exécution de l'accord[14]. Jugé exemplaire, aussi bien par les syndicats que par l'OIT et l'OCDE, cet accord l'est en effet par sa dimension internationale et sa valeur d'exemple. Sa portée géographique (le textile au Bangladesh) et matérielle (la sécurité des bâtiments et la prévention des incendies) est certes très limitée, mais sa structure normative est significativement la même que celle de nombreuses dispositions impératives en droit interne ou européen.

La définition juridique de l'allégeance ne ressort pas en effet de la seule initiative des transnationales. Apparus depuis longtemps en droit interne, les rapports de dépendance entre les entreprises ont donné lieu à des dispositions légales ou prétoriennes, où se retrouve la même structure juridique de l'allégeance, avec ses trois composantes caractéristiques : la surveillance de la vassale par la suzeraine ; le soutien de la vassale par la suzeraine et enfin la responsabilité de la suzeraine pour les agissements de sa vassale.

Un *pouvoir* et un *devoir de surveillance* a ainsi été mis à la charge des donneurs d'ordres en matière de lutte contre le travail clandestin, la loi leur imposant de vérifier l'immatriculation de leurs sous-traitantes et la déclaration des salariés qu'elles emploient[15]. Une obligation du même genre a été posée par la jurisprudence en matière d'affrètement de navires, à l'occasion de l'affaire de l'*Erika*. On se souvient de cette catastrophe écologique, causée par le naufrage d'un pétrolier de vingt-cinq ans d'âge, inapte à naviguer par gros temps en Atlantique. La société Total plaidait

son irresponsabilité civile et pénale, arguant du fait qu'elle n'était ni propriétaire ni affréteur du navire, le contrat de transport ayant été conclu par l'une de ses filiales. Elle n'en a pas moins été condamnée, pour n'avoir pas accompli « les diligences normales qui lui incombaient » en ne procédant pas aux contrôles techniques qu'elle avait elle-même prévus et dont la mise en œuvre lui conférait « le droit de monter à bord du pétrolier *Erika*, d'observer les opérations de chargement et déchargement, d'inspecter les citernes et d'accéder aux documents du navire, ce qui lui donnait un pouvoir de contrôle non seulement sur sa cargaison mais sur la marche du navire[16] ». Le droit français se rapproche ici des solutions adoptées aux États-Unis après la marée noire de l'*Exxon Valdez*, la loi américaine permettant de poursuivre en responsabilité tous ceux qui, de près ou de loin, ont pris part à l'opération de transport, cette règle conduit nécessairement les affréteurs à contrôler les conditions dans lesquelles opèrent les transporteurs avec lesquels ils contractent[17].

Le *devoir de soutien* se traduit par l'obligation faite à l'entreprise suzeraine de veiller à la viabilité économique de ses vassales. Cette obligation a été consacrée dans les relations entre les grandes surfaces et leurs fournisseurs par le code de commerce, qui interdit notamment « de soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ; d'obtenir ou de tenter d'obtenir, sous la menace d'une rupture brutale totale ou partielle des relations commerciales, des conditions manifestement abusives concernant les prix, les délais de paiement, les modalités de vente ou les services ne relevant pas des obligations d'achat et de vente ; de rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, sans préavis écrit tenant compte de la durée de la relation commerciale et respectant la durée minimale de préavis déterminée, en référence aux usages du commerce, par des accords interprofessionnels[18] ». L'obligation de veiller à la viabilité économique de l'entreprise vassale a aussi été consacrée par la jurisprudence en matière de travail dissimulé[19]. Plus généralement, un devoir d'attention se trouve à l'œuvre dans les obligations d'information qui pèsent sur le donneur d'ordres à l'égard de ses sous-traitants[20]. Il pourrait même conduire à engager la responsabilité du donneur d'ordres dans les conséquences de la cessation d'activité de sa filiale, lorsque cette cessation n'a pas d'autre motif que l'accroissement de sa propre rentabilité au détriment de l'emploi dans la filiale[21].

La *responsabilité solidaire*, enfin, est une technique en plein essor dans l'encadrement juridique des réseaux d'entreprises, tant en droit interne qu'en droit européen. La société suzeraine est alors amenée à répondre des agissements de sa vassale. Sans surprise, c'est pour imposer le respect du droit de la concurrence que cette « levée du voile » de la personnalité morale a d'abord été rendue possible par la Cour de justice de l'Union européenne[22]. Après avoir rappelé qu'au regard du droit européen, doit être considérée comme une entreprise « toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement », la Cour a jugé que « la notion d'entreprise, placée dans ce contexte, doit être comprise comme désignant une unité économique même si, du point de vue juridique, cette unité économique est constituée de plusieurs personnes physiques ou morales ». Lorsqu'une telle entité économique enfreint les règles de la concurrence, poursuit la Cour, « il lui incombe, selon le principe de la *responsabilité personnelle*, de répondre de cette infraction ». Mais qui doit ainsi répondre personnellement de l'infraction, alors que l'entreprise est une « entité économique » transcendant la personnalité juridique des sociétés qui la composent ? La Cour répond sans hésiter que ce doit être la société mère : « Le comportement d'une filiale peut être imputé à la société mère notamment lorsque, bien qu'ayant une personnalité juridique distincte, cette filiale ne détermine pas de façon autonome son comportement sur le marché, mais applique pour l'essentiel les instructions qui lui sont données par la société mère […], eu égard en particulier aux liens économiques, organisationnels et juridiques qui unissent ces deux entités juridiques ». Dans une telle situation, estime la Cour, « la société mère et sa filiale font partie d'une même unité économique et, partant, forment une seule entreprise ». La société mère pourra donc être mise à l'amende « sans qu'il soit requis d'établir l'implication personnelle de cette dernière dans l'infraction ». Cette jurisprudence est particulièrement intéressante car elle permet de « lever le voile » des différentes personnalités morales pour faire peser la responsabilité là où s'exerce la réalité du pouvoir.

En droit du travail, une solution semblable a tout d'abord été adoptée pour lutter contre le travail clandestin : toute personne qui recourt indirectement au travail dissimulé est tenue solidairement responsable du paiement des impôts et cotisations sociales correspondantes et du paiement des rémunérations. En cas de sous-traitance, il s'agit d'une responsabilité solidaire du donneur d'ordres et du sous-traitant[23]. Plus généralement, la

responsabilité solidaire résulte en droit du travail de la notion de coemployeurs, dont use la Chambre sociale pour permettre aux salariés d'une filiale de lever le voile de la personnalité morale et de poursuivre la société dominante[24].

En droit anglais, la technique de la responsabilité solidaire de la société mère a été récemment consacrée par la jurisprudence en matière de santé et sécurité des salariés de ses filiales. Une société mère a ainsi été jugée responsable de la santé et de la sécurité des salariés de sa filiale au terme d'un raisonnement particulièrement éclairant[25]. Cette responsabilité n'est pas déduite en effet d'un pouvoir de contrôle exercé par la mère sur la filiale, mais découle de la plus grande connaissance qu'elle avait ou aurait dû avoir de la dangerosité des conditions de travail gérées par sa filiale. Dès lors, a estimé le juge, « la mère savait ou aurait dû savoir que la filiale comme les salariés de celle-ci s'attendaient à ce qu'elle se serve de ce niveau de connaissance supérieure en vue de les protéger ». L'obligation de protection qui pèse sur la suzeraine vise donc ici indistinctement la vassale et les salariés de celle-ci. Cette obligation de protection n'est pas alors la conséquence, mais la cause de l'intervention de la mère dans les affaires de sa filiale, intervention nécessaire pour la protéger et protéger ses salariés.

En droit européen, la responsabilité solidaire du donneur d'ordres a été récemment introduite pour renforcer la protection des travailleurs détachés dans le cadre d'une prestation de services. Le régime du détachement international de salariés est une pièce centrale de la politique de mise en concurrence des législations sociales, promue avec constance par les autorités européennes depuis le projet de directive Bolkestein. Conformément aux recettes de la gouvernance par les nombres, il s'agit de permettre aux entreprises de pratiquer le *law shopping* en matière de droit social, sans même avoir à délocaliser leurs activités. À cette fin, une directive de 1996 a autorisé, sous certaines conditions peu contraignantes, l'emploi – *via* une société étrangère de prestation de services – de salariés relevant d'un droit étranger socialement moins exigeant que la loi nationale[26]. Renouant avec la pratique de la personnalité des lois, le droit européen organise ainsi la mise en concurrence sur un même territoire des salariés relevant de législations différentes. Permettant d'échapper au paiement des cotisations sociales, le recours à ces travailleurs détachés a crû de façon vertigineuse en France. En douze ans, leur nombre officiel a été multiplié par plus de vingt, passant de 7 495 en 2000 à 169 613 en

2012[27]. Les États membres se sont accordés pour tenter de remédier aux abus les plus criants qui accompagnent ces pratiques, sans remettre en cause l'« avantage compétitif » que représente pour certains d'entre eux l'exportation de salariés *low cost*[28]. En particulier, les entreprises exportatrices de main-d'œuvre continuent d'échapper aux cotisations sociales qui pèsent sur leurs concurrentes dans les pays où elles opèrent. Le principal apport de la directive complémentaire ainsi adoptée en 2014 a consisté à essayer de protéger les salariés concernés contre le risque de ne pas être payés par les marchands d'hommes qui les embauchent pour les mettre à disposition de l'entreprise utilisatrice. Cette dernière pourra être déclarée solidairement responsable du paiement des salaires des travailleurs détachés à son service[29]. Cette responsabilité solidaire n'est imposée aux États membres que dans le secteur de la construction, mais ils peuvent introduire des dispositions plus strictes et inclure d'autres secteurs. Ils peuvent aussi autoriser les donneurs d'ordres à prévenir ce risque en s'imposant à eux-mêmes des *obligations de diligence* de nature à éviter la réalisation du dommage[30]. Ce mécanisme d'intériorisation de la règle à observer est en pleine expansion, ainsi que nous le verrons à propos des programmes de mise en conformité.

La responsabilité solidaire a aussi été introduite *en droit de l'environnement* dans le cas où une société mère a de façon fautive contribué à la mise en faillite d'une filiale qui se trouve dès lors dans l'incapacité de financer les mesures de remise en état du ou des sites qu'elle occupait. La solidarité peut alors s'étendre non seulement à la mère, mais éventuellement à celle des sociétés dont cette mère est elle-même la filiale ou la sous-filiale[31].

L'avant-projet dit Catala de réforme du droit des obligations proposait de donner une portée générale à ce type de responsabilité, en prévoyant que « celui qui encadre ou organise l'activité professionnelle d'une autre personne et en tire un avantage économique est responsable des dommages causés par celle-ci dans l'exercice de cette activité ». Une règle semblable était prévue pour « celui qui contrôle l'activité économique ou patrimoniale d'un professionnel en situation de dépendance, bien qu'agissant pour son propre compte, lorsque la victime établit que le fait dommageable est en relation avec l'exercice du contrôle[32] ». L'adoption de cette proposition audacieuse aurait donné une base légale à l'adage *ubi emolumentum, ibi onus* (« là où est le profit, doit être la charge ») en

étendant les conséquences dommageables d'une activité économique à celui qui la contrôle et en tire profit. Elle aurait été de nature à prévenir, par exemple, l'implication d'entreprises françaises dans le drame du Rana Plaza. Un tir de barrage efficace du Medef a fait disparaître cette proposition de l'agenda législatif[33] et l'on n'en trouvait plus nulle trace dans l'avant-projet de réforme du droit des obligations établi par la Chancellerie en octobre 2012. L'idée a réapparu en 2013, dans le contexte de l'après-Rana Plaza, sous la forme d'une proposition de loi visant à introduire un devoir de vigilance des sociétés mères et des donneuses d'ordres[34], mais la proposition de loi a été rapidement vidée de sa substance par le Parlement[35].

L'allégeance des multinationales aux États impériaux

L'affaire des 10 milliards de dollars que la banque BNP Paribas a accepté de payer en 2014 pour échapper à la justice américaine a attiré l'attention des médias français sur une pratique développée par les États-Unis depuis une vingtaine d'années : celle des programmes de mise en conformité (*compliance programs*) imposés à des entreprises multinationales qu'elles soupçonnent d'avoir enfreint la loi américaine en matière de corruption, de fraude fiscale ou d'embargo de certains pays mis à l'index par l'Administration américaine. Ces différentes incriminations résultent de textes qui prévoient l'application de la loi américaine à des faits commis à l'étranger. Par exemple, les lois *Helms-Berton* (1996) ou A*mato-Kennedy* (1996), prononçant les embargos contre Cuba et l'Iran. Ou encore la loi *Dodd-Franck* de 2010 qui, désavouant l'arrêt *Morrison* de la Cour suprême[36], confère à la *Security Exchange Commission* (SEC), le gendarme de la Bourse, le pouvoir de réprimer « toute conduite aux États-Unis qui concourt de manière significative à la commission de l'infraction même lorsque la transaction financière a été conclue en dehors des États-Unis et n'implique que des investisseurs étrangers ». Ou enfin, le *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) tel que révisé en 1998, qui s'applique à toutes les personnes qui ont un lien de rattachement suffisant avec le territoire américain. Peut constituer un lien suffisant le fait pour une entreprise d'être cotée sur le marché américain[37] ou bien seulement d'avoir conclu des conventions libellées en dollar. Ces dispositions permettent aussi de percer l'écran de la personnalité morale des différentes

sociétés composant une entreprise[38].

Les programmes de mise en conformité peuvent être mis en place spontanément par des entreprises soucieuses de se prémunir de tout risque juridique dans les pays où elles opèrent. Et ils ne sont pas seulement imposés par les États-Unis. La Banque mondiale y a, par exemple, recours pour exclure les entreprises soupçonnées de corruption des appels d'offres qu'elle contribue à financer[39]. Mais les États-Unis sont le seul pays assez puissant pour obtenir des multinationales qu'elles se plient à certaines de ses lois en usant de ce type de procédures. Une remarquable recherche collective, dirigée par Antoine Garapon et Pierre Servan-Schreiber, a mis récemment en lumière leur essor spectaculaire depuis une dizaine d'années[40]. Cette nouvelle forme de justice négociée ne doit pas être confondue avec la pratique du plaider coupable (*guilty plea*). Celui-ci se déroule devant le juge, alors que ces procédures de mise en conformité servent au contraire à tenir le juge à l'écart d'une négociation bilatérale entre le Parquet (Department of Justice, DOJ) et l'entreprise soupçonnée. Une telle négociation est prévue par le *Speedy Trial Act* de 1974, qui autorise les procureurs à différer leurs poursuites pour permettre au défendeur de prouver sa bonne conduite. En fait, c'est sa mauvaise conduite qu'on va lui demander de confesser, en dehors de toutes les garanties normales d'une procédure contradictoire.

En pratique, les choses se déroulent de la façon suivante. Le Parquet reçoit des informations qui le conduisent à soupçonner qu'une entreprise a enfreint la loi américaine, par exemple qu'elle a commercé avec Cuba, ou bien qu'elle a corrompu un fonctionnaire étranger pour obtenir un marché, ou encore qu'elle a aidé à frauder le fisc américain. Ces informations peuvent lui provenir des sources les plus diverses, qu'il n'est pas obligé de dévoiler. Par exemple, d'informateurs alléchés, dans la grande tradition du Far West, par la perspective de toucher une prime proportionnelle à la sanction infligée à l'entreprise qu'ils ont dénoncée. Mais aussi – peut-on à bon droit supposer – de la National Security Agency (NSA), dont les oreilles démesurées captent des informations qu'il n'a pas de raison de ne pas communiquer le cas échéant au Parquet. Armé de ces soupçons, le Parquet annonce à l'entreprise qu'il va la poursuivre devant le juge américain, à moins qu'elle ne remplisse les trois conditions suivantes.

Première condition : confesser ses fautes de la façon la plus circonstanciée, dans un *statement of facts*, qui entérine la version du

Procureur et que l'entreprise s'engage à ne jamais contester ultérieurement (*muzzled clause*). Cette ratification de la version des faits avancée par les autorités américaines ne vaut pas reconnaissance de culpabilité au sens juridique du mot, puisqu'elle n'intervient pas dans le cadre, mais sous la menace d'une procédure judiciaire. Cet acquiescement a pour effet de fixer un certain état des faits, que l'entreprise va devoir ensuite renseigner lors d'une enquête interne conduite à sa charge (dans tous les sens du mot) par un cabinet de *lawyers* ayant la confiance du Procureur. L'entreprise s'engage ainsi à être totalement transparente aux yeux de ces enquêteurs qui, à la manière d'un directeur de conscience, sont à la fois inquisiteurs et défenseurs de celui qui s'en remet à eux[41]. Le coût de cette enquête, qui consiste à passer au peigne fin tous les documents et correspondances susceptibles d'avoir un lien avec les faits allégués, peut atteindre des montants faramineux – un milliard de dollars dans le cas de Siemens[42] –, auquel s'ajoute l'amende transactionnelle que l'entreprise s'engage à payer.

Deuxième condition : payer une amende transactionnelle. Le montant de ces amendes se chiffre en millions, voire en milliards de dollars, et représente une source de revenus d'autant plus appréciable pour le Trésor américain qu'elles sont principalement infligées à des entreprises étrangères[43]. Les autorités américaines peuvent aussi exiger que des sanctions soient prises à l'encontre des personnes physiques qui ont concouru à la commission des infractions. Le souci est ici d'éviter que la responsabilité de la personne morale ne permette à ceux qui ont bénéficié de ces méfaits d'échapper à leurs propres responsabilités. D'où l'exigence de sanctions disciplinaires (licenciement) et pénales.

Troisième condition : mettre en œuvre en leur sein un programme de mise en conformité aux normes américaines, sous la supervision d'un contrôleur indépendant (*independant monitor*) ayant la confiance du Parquet. Ce programme doit correspondre à des modèles élaborés par la Justice américaine, pour faciliter la mise en œuvre du droit américain[44]. À la différence du mot français « conformité », qui désigne un *état* de correspondance à la norme, le mot anglais *compliance* désigne une procédure de *normalisation*, c'est-à-dire une programmation du fonctionnement de l'entreprise. Il s'agit d'abolir l'écart entre la norme et l'entreprise, en sorte que le fonctionnement normal de celle-ci soit conforme aux attentes des autorités américaines. À la différence des

programmes volontaires de conformité, les programmes imposés par les autorités américaines sont placés sous la tutelle d'un *independant monitor* pendant toute la durée de l'accord (de un à quatre ans). Ce *monitor* doit surveiller l'application de l'accord, dénoncer tous les manquements qu'il viendrait à constater et certifier à l'issue de sa mission que l'entreprise s'est dotée d'un programme de *compliance* assez robuste et fiable pour éviter la répétition des infractions. La seconde particularité consiste à indexer cette mise en conformité sur les seules exigences du droit américain. Or, ces exigences peuvent se trouver en contradiction avec le respect du droit des autres États où opèrent ces entreprises. C'est notamment le cas des obligations de transparence, qui peuvent, par exemple, conduire une entreprise française à devoir dévoiler à l'administration américaine des informations que la loi française les oblige à tenir secrètes au titre du secret-défense, par exemple.

Les engagements ainsi souscrits sont consignés dans un *deferred prosecution agreement*, un accord de suspension des poursuites, dont la signature permettra à l'entreprise d'échapper à la Justice aussi longtemps qu'elle en respecte les clauses. Cette menace de poursuites est d'autant plus irrésistible pour les multinationales que leur déclenchement les frapperait de bannissement sur le marché américain jusqu'à l'achèvement du procès. Cette sanction du banissement est la même que celle prévue dans les accords post-Rana Plaza, mais dotée d'une force infiniment supérieure. Face aux multinationales, dont le pouvoir de marché (*market power*) ne s'exerce jamais que dans des secteurs donnés et sous l'égide des États où ils opèrent, le *power market* des États-Unis se présente comme un pouvoir souverain, auquel on ne peut résister sans risquer la mort économique. Aucune multinationale n'a, à ce jour, pris un tel risque et toutes se sont soumises aux desiderata du Parquet. Toutes ont donc fait acte d'allégeance aux autorités américaines et la structure juridique de ce lien d'allégeance est semblable à celle déjà identifiée dans les relations de travail ou dans les relations entre donneurs d'ordres et sous-traitants ou fournisseurs.

Conclusion

Comment en sortir ?

> « Le formalisme mathématique dont l'instrument est le nombre, forme la plus abstraite des données immédiates, retient la pensée sur la pure immédiateté. Le fait a le dernier mot, la connaissance se contente de sa répétition, la pensée se réduit à une simple tautologie. Plus la machinerie intellectuelle se soumet à ce qui existe, plus elle se contente de le reproduire aveuglément. »
>
> *Max* HORKHEIMER *et Theodor* ADORNO,
> *Le Concept d'Aufklärung*[1].

Diagnostiqué déjà par Freud aux lendemains de la crise de 1929, le sentiment de « malaise dans la civilisation » n'est pas nouveau[2], mais il a retrouvé aujourd'hui une intensité sans précédent depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale. L'analyse juridique ne permet pas d'atteindre les profondeurs explorées par la psychanalyse, mais elle peut cependant contribuer à identifier les mouvements de fond à l'œuvre dans une société donnée et à diagnostiquer les maux qui l'affectent. La vulgate économiste rabat ce malaise sur des déficits, des indicateurs et des courbes. Par exemple, des courbes du chômage, dont on attend « l'inversion », confondant ainsi une évolution des faits avec sa représentation géométrique[3]. Des confusions de ce genre illustrent la tendance plus générale de la gouvernance par les nombres à substituer la carte au territoire dans l'organisation et la conduite des affaires publiques et à perdre ainsi pied avec la réalité. Ce congédiement du réel au profit de sa représentation quantifiée conduit à ce que l'économiste américain Paul Krugman a justement appelé un « effondrement intellectuel » des dirigeants de la République française[4]. Un tel effondrement n'est pas dû à une dégénérescence cérébrale, mais à une dégénérescence institutionnelle, dont nous nous sommes efforcés de retracer les causes et les manifestations sur la longue durée.

Depuis le début des Temps modernes, le vieil idéal grec d'une cité régie par les lois et non par les hommes a pris une forme nouvelle : celui d'un

gouvernement conçu sur le modèle de la machine. Un même imaginaire a ainsi porté l'évolution des sciences et techniques et celle du droit et des institutions : celui d'un monde rendu transparent à lui-même, dont la maîtrise devait permettre à chacun de s'affirmer comme un sujet souverain, émancipé aussi bien du pouvoir des hommes que des besoins matériels. La physique classique, la seconde révolution industrielle et l'État de droit ont contribué, chacun pour leur part, à donner à cet imaginaire son premier visage moderne : celui d'un monde régi par des lois générales et abstraites, lois qu'il faut observer si l'on veut agir efficacement. L'idéal d'un pouvoir impersonnel a pris un nouveau visage depuis la Seconde Guerre mondiale, le nombre remplaçant progressivement la loi comme fondement des obligations entre les hommes. Porté par la révolution numérique, l'imaginaire de la gouvernance par les nombres est celui d'une société sans hétéronomie, où la loi cède sa place au programme et la réglementation à la régulation. Ce mouvement avait été engagé par la planification soviétique qui, la première, a réduit la loi à une fonction instrumentale de mise en œuvre d'un calcul d'utilité. Il s'approfondit avec l'imaginaire cybernétique, qui impose une vision réticulaire du monde naturel et humain et tend à effacer la différence entre l'homme, l'animal et la machine, saisis comme autant de systèmes homéostatiques communiquant les uns avec les autres. À ce nouvel imaginaire correspond le passage du libéralisme économique – qui plaçait le calcul économique sous l'égide de la loi – à l'ultralibéralisme, qui place la loi sous l'égide du calcul économique. Étendu à toutes les activités humaines, le paradigme du Marché occupe désormais la place de Norme fondamentale à l'échelle du globe. Le capitalisme a ainsi muté en un anarcho-capitalisme qui efface les frontières, soumet les États et démantèle les règles protectrices des trois marchandises fictives identifiées par Karl Polanyi : la nature, le travail et la monnaie. La nécessité de ce démantèlement est assénée quotidiennement par cet équivalent moderne de la prédication religieuse que sont les grands médias. Un tel démantèlement ne peut pourtant conduire qu'à l'effondrement du système, car la fiction consistant à traiter comme des marchandises la nature, le travail et la monnaie n'était tenable que dans des cadres juridiques nationaux, qui en cantonnaient les effets destructeurs.

Comme toute idéologie ayant perdu le sens de la limite, l'anarcho-capitalisme est condamné à trouver sa limite catastrophique. Celle-ci advient lorsque les représentations mentales qui ignorent le principe de

réalité sont rattrapées par lui. L'implosion financière de 2008 nous a donné un avant-goût de cette limite catastrophique, en dépit du tour de force qui a consisté à en tirer argument pour hâter le démantèlement de l'État social. Il est prévisible que ce démantèlement, et l'imposition, au mépris du principe de démocratie, du règne sans partage du calcul d'utilité individuelle, conduira à des violences inédites, qui se combineront aux désastres écologiques engendrés par la surexploitation des ressources naturelles. Car lorsque l'État n'assume plus son rôle de garant de l'identité et de la sécurité physique et économique des personnes, les hommes n'ont plus d'autre issue que de rechercher cette garantie ailleurs – dans des appartenances claniques, religieuses, ethniques ou mafieuses – et de faire allégeance à plus fort qu'eux. Ces réseaux d'allégeance se déploient aujourd'hui à tous les niveaux de l'activité humaine, sous des formes légales ou illégales. Au sein de ces réseaux, chacun compte sur la protection de ceux dont il dépend et sur le dévouement de ceux qui dépendent de lui. Radicalisant l'aspiration à un pouvoir impersonnel, qui caractérisait déjà l'affirmation du règne de la loi, la gouvernance par les nombres donne ainsi paradoxalement le jour à un monde dominé par la dépendance entre les personnes. Appliquée indistinctement aux États et aux entreprises, cette gouvernance ignore en effet la distinction du public et du privé qui structurait l'ordre juridique en deux plans orthogonaux : celui – vertical – du public, en charge de tout ce qui relève de l'incalculable ; et celui – horizontal – du privé, qui peut être alors conçu comme le lieu d'ajustement des calculs d'utilité individuelle. Cet effacement de l'hétéronomie de la loi – désormais traitée comme un produit en compétition sur le marché des normes – entraîne un double mouvement de privatisation de la chose publique et de publicisation de la chose privée. Ce tableau est celui que donne à voir le droit positif et n'emporte en lui-même aucun jugement de valeur, même s'il permet de diagnostiquer l'insoutenabilité de la gouvernance par les nombres et de comprendre pourquoi l'horizon de la catastrophe a supplanté celui de la révolution dans notre représentation de l'avenir.

L'un des traits propres de l'Occident est l'idolâtrie des Idées. L'idôlatrie de la Loi peut être aussi funeste que celle des Nombres. La fonction propre du droit, dans les avatars du règne de la Loi, a été d'en tempérer la force en la faisant passer au filtre de systèmes d'interprétation qui s'imposent au législateur lui-même. Il devrait en aller de même des Nombres. Les mathématiques sont un puissant outil au service des hommes. Elles sont

aussi le lieu d'une expérience mystique, admirablement décrite à la fin du XIXe siècle par la grande mathématicienne polonaise Sophie Kowalevski : « Tout, dans la vie, me paraît si décoloré, si dépourvu d'intérêt, écrit-elle à une amie. Dans ces moments-là, il n'y a rien de meilleur que les mathématiques. Il n'y a pas de paroles pour rendre la douceur de sentir qu'il existe tout un monde d'où le Moi est complètement absent. On voudrait ne parler que de sujets impersonnels[5]. » Cette expérience éclaire la fascination exercée par les nombres depuis Pythagore, mais elle signale aussi le danger qu'il y a à soumettre l'ordre juridique à l'ordre du calcul. Une telle soumission a pour prix exorbitant l'élimination de la considération des personnes en chair et en os. Le bon usage de la quantification suppose donc un sens de la mesure, que le droit peut contribuer à maintenir ou à restaurer, en imposant le respect du principe du contradictoire dans l'élaboration et l'interprétation des nombres affectés d'une force normative[6]. Restaurer ce sens de la mesure ne pourra se faire sans une remise en cause politique du pouvoir acquis aujourd'hui dans une majorité de pays par des classes dirigeantes ploutocratiques, dont les motivations n'ont rien de mystique et dont la cupidité effrénée et la puissance dévastatrice rendent toute son actualité à la critique du capitalisme instruite par Marx il y a un siècle et demi.

Compte tenu de la position dogmatique acquise par la doctrine économique néolibérale, y compris dans la sphère juridique, la critique de ce système de croyances a peu de chance de se faire entendre sur le marché des idées (*market for ideas*[7]) qui tient aujourd'hui lieu d'espace public. Elle n'en est pas moins utile pour réfléchir à l'avenir et passer du diagnostic aux remèdes possibles. À cette fin, il faut commencer par démonter la structure des liens d'allégeance qui se tissent sous nos yeux, car ils sont autant de réponses immunitaires à l'insoutenabilité de la gouvernance par les nombres.

C'est pourquoi nous nous sommes longuement arrêtés sur les transformations de la relation de travail, laquelle constitue depuis l'ère industrielle la matrice des autres formes de gouvernement. Leur analyse nous a permis d'identifier les deux composantes du lien d'allégeance, dans sa forme contemporaine. La première est la mobilisation totale d'une personne au service d'une autre. À la différence de celle conçue par Taylor, cette mobilisation vise les esprits autant que les corps, l'obéissance mécanique à des ordres cédant la place à la programmation comme mode

d’organisation du travail. Une sphère d’autonomie est concédée au travailleur, dont il doit user pour réaliser les objectifs qui lui sont assignés. Cette autonomie dans la subordination implique que le travailleur soit rendu transparent aux yeux de l’employeur, lequel doit pouvoir à tout moment mesurer et évaluer son « fonctionnement ». Les objectifs sont ainsi rendus indissociables d’indicateurs chiffrés – définis de manière hétéronome – qui mesurent la performance. Asservi à ces « indicateurs objectifs », le travailleur est coupé de l’expérience de la réalité du monde sur lequel il agit et est enfermé dans des boucles spéculatives dont il ne parvient souvent à s’extraire que par la fraude ou la maladie mentale. La seconde composante du lien d’allégeance est le devoir qui pèse sur l’employeur de veiller au maintien des capacités économiques de son salarié, en sorte qu’il soit apte à s’adapter en « temps réel » aux besoins du marché, aussi bien dans l’entreprise qu’une fois licencié. L’intensité de ce devoir d’attention dépend de la position juridique du salarié concerné : maximale pour un cadre titulaire d’un contrat à durée indéterminée, elle est quasiment nulle dans le cas d’un travailleur précaire non qualifié. Une structure semblable se retrouve dans les rapports entre entreprises dominantes et dominées ou entre l’Empire américain et les multinationales. Des entités vassales s’engagent à se mobiliser et à se rendre transparentes aux yeux d’entreprises suzeraines ou de la puissance souveraine, lesquelles s’engagent en retour à veiller à leur survie économique.

Les récents déboires constitutionnels de la loi française de sécurisation de l’emploi montrent la capacité du Marché total à capturer ces nouveaux dispositifs protecteurs et à en évincer le principe de solidarité[8]. Ces sécurités, auxquelles l’employeur est tenu de concourir, sont attachées en effet à la personne du salarié et non plus à son emploi. Pour pouvoir être ainsi garanties au-delà de l’emploi, ces sécurités peuvent prendre deux formes différentes : soit celle de dispositifs assurantiels reposant sur un calcul actuariel des risques ; soit celle de dispositifs de mutualisation des risques reposant sur la solidarité civile. La décision rendue par le Conseil constitutionnel en faveur du lobby des assurances montre ce qui constitue sans doute l’enjeu institutionnel majeur des années à venir : la définition de la place respective du marché et de la solidarité dans l’ordre juridique. Si les hypothèses avancées dans ce livre sont exactes, il n’y a pas plus de chances d’un retour au règne de la loi que d’un établissement durable de la gouvernance par les nombres. La résurgence de l’allégeance comme forme

topique des rapports sociaux est une tendance probablement irrésistible dans la période historique qui s'ouvre. Mais comme tout lien de droit, le lien allégeance implique l'existence d'un Tiers qui garantit sa force obligatoire. Dans l'accord conclu par les entreprises européennes après le drame du Rana Plaza, l'Organisation internationale du Travail a rempli le rôle de garante des solidarités juridiques et financières instituées entre ces entreprises dans leurs rapports avec leurs fournisseurs bangladais. Dans le dispositif des complémentaires santé imposé par le Conseil constitutionnel français, la solidarité entre entreprises est évincée et le marché de l'assurance est seul garant des sécurités reconnues aux salariés.

Le principe de solidarité est aujourd'hui le principal obstacle auquel se heurte le Marché pour s'imposer totalement face à l'ordre juridique[9]. Esprit supérieur, quoique supérieurement borné, Hayek l'avait compris et l'a écrit en des termes on ne peut plus clairs. Selon lui, la solidarité est un « instinct hérité de la société tribale[10] », dont il faut se défaire pour qu'advienne à l'échelle du globe le règne de la *catallaxie*, c'est-à-dire « l'ordre engendré par l'ajustement mutuel de nombreuses économies individuelles sur un marché[11] ». « Une Grande Société, écrit-il, n'a que faire de la "solidarité" au sens propre du mot, c'est-à-dire de l'union de tous sur des buts connus. Elles sont même incompatibles[12]. » Cette incompatibilité est de fait réelle si l'on poursuit le projet de Marché total. Visant la liquidité du « capital humain », un tel projet exige la liquidation de toutes les formes de « coalition » humaine qui sont le propre de la solidarité. Les choses se présentent toutefois autrement si l'on admet, dans le prolongement des analyses de Karl Polanyi, que les marchés sont « un élément utile mais secondaire dans une société libre[13] ». Le problème qui se pose alors est de « ré-encastrer » les marchés dans la société et de cesser de réduire la vie humaine à la vie économique, et la vie économique à l'économie de marché. Cette rupture avec la forme aujourd'hui prise par le capitalisme est en vérité une condition nécessaire pour restaurer un équilibre entre la coopération et la compétition. Équilibre indispensable à l'humanisation du travail, à l'esprit d'entreprise[14], au bon fonctionnement des marchés de produits et services et à la protection de la planète.

L'État social a constitué une première tentative d'un tel réencastrement de l'économie dans la société. En dépit de ses succès réels, il a souffert de deux faiblesses. La première – et la plus évidente – est de reposer sur des cadres juridiques nationaux. Ces cadres sont aujourd'hui bousculés par

l'effacement des frontières du commerce et la mise en concurrence internationale des législations sociales, fiscales et environnementales, ainsi que par la révolution numérique qui permet de déterritorialiser toutes les tâches ayant pour objet des signes et non des choses. La seconde faiblesse – moins souvent observée – est que l'État social, tout comme les régimes communistes, a évincé du champ de la justice sociale la question d'une juste organisation du travail. Un consensus s'est établi pour considérer que le travail à ses différents échelons (celui de l'individu, de l'entreprise, de la nation et du commerce international) relevait d'une organisation scientifique et technique : hier celle du taylorisme, aujourd'hui celle de la direction par objectifs et de la gouvernance par les nombres. A ainsi été ignorée la dimension anthropologique du travail – entendu dans son sens large et concret d'inscription dans leur milieu vital des images mentales qui président à l'action et à la collaboration des hommes. Cette ignorance a des effets dévastateurs aussi bien en termes d'institution de la raison que de créativité et de respect de notre écoumène. La restauration de cadres institutionnels vivables suppose donc de retrouver, d'une part, le sens des limites – limites territoriales, mais aussi limites à l'*hubris* de l'accumulation et de la toute-puissance de l'homme sur la nature – et, d'autre part, le sens de la solidarité : de la solidarité dans et entre les différentes communautés humaines, mais aussi de la solidarité écologique entre l'espèce humaine et son milieu vital[15].

C'est dans ce contexte que doit être envisagée la résurgence actuelle des liens d'allégeance dans la structuration de l'ordre juridique. Cette résurgence est un ferment de décomposition de l'État, pouvant déboucher sur le retour de la loi de la jungle, comme on peut le voir déjà dans de nombreuses régions du monde. Mais elle peut être aussi le cadre où repenser les fonctions de l'État, lequel ayant perdu le monopole de l'organisation des solidarités doit devenir le garant de l'articulation de la solidarité nationale avec les solidarités civiles et les solidarités internationales qui se tissent au sein des réseaux d'allégeance. Garant en dernier ressort, capable de faire prévaloir vis-à-vis de tous l'intérêt général et la démocratie sur les intérêts particuliers et les puissances financières ou religieuses. Un premier pas dans cette direction serait la restauration du principe de démocratie, non seulement dans la sphère politique où il est aujourd'hui mis à mal par l'Union européenne, mais aussi dans la sphère économique, en rendant à ceux qui travaillent une prise sur l'objet et le sens de leur travail.

Notes

Introduction

1. Jean-Pierre Vernant, *Mythe et pensée chez les Grecs*, Paris, Maspero, 1971, t. II, p. 58.

2. Cornelius Castoriadis, *L'Institution imaginaire de la société* Paris, Le Seuil, 1975, 538 p.

3. C. Castoriadis, *ibid.*, p. 453.

4. Cf. Jean-Louis Gardies, *L'Erreur de Hume*, Paris, PUF, 1987, 135 p.

5. Cf. Augustin Berque, *Écoumène. Introduction à l'étude des milieux humains*, Paris, Belin, 2000, 271 p.

6. Cf. Simone Weil, *L'Enracinement. Prélude à une déclaration des devoirs envers l'être humain* [1943], in *Œuvres*, Gallimard, coll. « Quarto » 1999, pp. 1128 et suiv. Voir dans le même sens : Max Horkheimer et Theodor Adorno, *Dialektik der Aufklärung*, New York, 1944, trad. fr. *La Dialectique de la Raison*, Paris, Gallimard, 1974, p. 26 et suiv.

7. Sur cette notion, voir Pierre Musso, *L'Imaginaire industriel*, Paris, Manucius, 2014, 50 p.

8. Cf. Harold J. Berman, *Law and Revolution : The Formation of the Western Legal Tradition*, Harvard University Press, 1983 ; trad. fr. par Raoul Audouin, *Droit et Révolution*, Librairie de l'Université d'Aix-en-Provence, 2002 (ci-après : *Droit et Révolution I*).

9. Michel Foucault, *Sécurité, territoire, population. Cours au Collège de France (1978-79)*, Le Seuil, coll. « Hautes études », 2004, et La *Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France (1978-1979)*, Le Seuil, coll. « Hautes études », 2004.

10. Cf. Gilbert Dagron, *Empereur et prêtre. Étude sur le "césaropapisme" byzantin*, Paris, Gallimard, 1996, 435 p.

11. Cf. *infra*, chapitre 2, p. 82 et suiv.

12. Cf. Augustin Berque, « La mondialisation a-t-elle une base ? », in Guy Mercier, *Les territoires et la mondialisation Quebec*, Presses universitaires de Laval, 2004, pp. 73-92.

13. Voir *infra*, chapitre 11, p. 284 et suiv.

14. Cf. François Brunet, *La Normativité en droit*, Paris, Mare & Martin, 2012, 678 p.

15. Voir sur ce sujet Harold J. Berman, *Law and Revolution II. The Impact of the Protestant Reformation on the Western Legal Tradition*, Harvard University Press, 2003, trad. fr. par A. Wijffels : *Droit et Révolution*, tome 2 : *L'Impact des Réformes protestantes sur la tradition juridique occidentale*, Fayard, 2010 (ci-après : *Droit et Révolution II*), qui retrace l'histoire de cette systématisation en terre protestante ; ou bien en langue allemande, Jan Schröder, *Recht als Wissenschaft. Geschichte der Juristischen Methode vom Humanismus bis Historischen Schule*, Beck Verlag, 2001 ; Alain Wijffels, « Qu'est-ce que le *ius commune* ? », in A. Supiot (dir.), *Tisser le lien social*, Paris, Maison des sciences de l'homme, 2004, p. 131 et suiv.

16. Cf. Tzvetan Todorov, *Le Siècle des totalitarismes*, Paris, Robert-Laffont, 2010, p. 31.

17. Ce concept, dont j'ai d'abord fait usage in *L'Esprit de Philadelphie* (Le Seuil, 2010, ch. 4, p. 77 et suiv.), est inspiré du titre qu'Alain Desrosières a donné au second tome de son recueil d'articles : *L'Argument statistique*, t. 2, *Gouverner par les nombres*, Paris, Presses de l'École des mines, 2008, 336 p. Ma dette à l'égard de Desrosières ne se limite pas à ce titre, car toute son œuvre

témoigne d'une intelligence rare du phénomène institutionnel.

18. Sur l'imaginaire cybernétique, voir Lucien Sfez, *Critique de la communication*, Paris, Le Seuil, 1988, 339 p. ; Philippe Thuillier, *La Grande Implosion. Rapport sur l'effondrement de l'Occident 1999-2002*, Paris Fayard, 1995, p. 363 et suiv. ; Céline Lafontaine, *L'Empire cybernétique. Des machines à penser à la pensée machine*, Paris, Le Seuil, 2004, 240 p. ; Philippe Breton, *L'Utopie de la communication. Le mythe du "village planétaire"*, Paris, La Découverte, 2006, 171 p.

Chapitre 1
En quête de la machine à gouverner

1. André-Georges Haudricourt, « Domestication des animaux, culture des plantes et traitement d'autrui », *L'Homme*, 1962, pp. 40-50 ; repris in *La Technologie, science humaine. Recherches d'histoire et d'ethnologie des techniques*, Paris, Maison des sciences de l'homme, 1987, p. 277 et suiv.

2. *Entretiens de Confucius*, XIII, 6, trad. Pierre Ryckmans, Paris, Gallimard, 1987, p. 72.

3. Ernst Kantorowicz, « Kingship under the Impact of Scientific Jurisprudence », paru la première fois in M. Clagett, G. Post, R. Reynolds (ed.), *Twelves-century Europe and the Foundations of Modern Society*, Madison, University of Wisconsin Press, 1961 ; trad. fr., « La royauté médiévale sous l'impact d'une conception scientifique du droit », *Politix*, vol. 8, n° 32, 4e trimestre 1995, p. 16.

4. Cicéron, *De Republica*, I, 33 ; *De la République. Des Lois*, trad. fr. par Charles Appuhn, Paris, Garnier Flammarion, 1965, p. 68. Voir aussi la description des trois pouvoirs qui font la singularité de la Constitution romaine selon Polybe : *Histoire*, L. VI, ch. 5, Paris, Gallimard, coll. « Quarto », 2003, p. 562 et suiv.

5. Quentin Skinner, *L'Artiste en philosophe politique. Ambrogio Lorenzetti et le bon gouvernement*, tr. Fr. Rosine Christin, Éditions Raison d'agir, 2003, 185 p. Pour une autre interprétation de ces fresques, voir Patrick Boucheron, *Conjurer la peur. Sienne 1338. Essai sur la force politique des images*, Paris, Le Seuil, 2013, 288 p.

6. Voir notamment Pierre Legendre, *La 901e Conclusion. Étude sur le théâtre de la Raison*, Paris, Fayard, 1998, pp. 291 et suiv.

7. Cf. Jean-Pierre Vernant, « La tragédie grecque selon Louis Gernet », in *Hommage à Louis Gernet*, Paris, 1966, pp. 31-35.

8. Cf. Georges Borenfreund, « La représentation des salariés et l'idée de représentation », *Droit social*, 1991, pp. 685-695.

9. Code du travail, art. L.4451-1 et R.4451-1 et suiv.

10. Code du travail, art. L.5134-54.

11. Cf. Pauline Domingo et Muriel Pucci, « Le non-recours au RSA et ses motifs », in *Rapport du Comité d'évaluation du RSA*, Annexe 1, décembre 2011, pp. 25-26.

12. Cf. Archives de philosophie du droit, *Droit et esthétique*, Dalloz, t. 40, 1995, 534 p.

13. E. Kantorowicz, « La royauté médiévale sous l'impact d'une conception scientifique du droit », *art. cit.*, p. 15 et suiv. Du même auteur, l'étude des célébrations liturgiques du souverain dans l'ère médiévale, *Laudes Regiæ. A Study in Liturgical Acclamations and Medieaval Ruler* (1946) ; *Laudes Regiæ. Une étude des acclamations liturgiques et du culte du souverain au Moyen Âge*, trad. fr. A. Wijffels, Paris, Fayard, coll. « Les Quarante Piliers », 2004, 403 p.

14. Giambattista Vico, *Origine de la poésie et du droit. De Constantia Juriprudentis* [première

édition à Naples, 1721], trad. du latin par C. Henri et A. Henry, Paris, Café Clima éd., 1983, p. 121.

15. Pierre Chantraine, *Dictionnaire étymologique de la langue grecque*, Paris, Klincksieck, 1999, voir *ποιέωμ*, p. 922.

16. Je dois l'essentiel des indications qui suivent au professeur Kado Kazumaza, qui a analysé de près ce travail d'importation juridico-linguistique. Voir notamment en langue française son article « Revisiter la notion de souveraineté », *Droits*, n° 53, 2011, pp. 215-239.

17. Concernant les pratiques politiques post-coloniales d'Afrique centrale, voir Joseph Tonda, *Le Souverain moderne. Le corps du pouvoir en Afrique centrale (Congo, Gabon)*, Paris, Karthala, 2005, 297 p. Concernant les État occidentaux et les entreprises multinationales, Pierre Legendre, *La Fabrique de l'homme occidental*, Paris, Mille et une nuits, 1996, 55 p., et, du même auteur, *Dominium Mundi. L'Empire du Management*, Paris, Fayard, 2007, textes augmentés des deux films documentaires, sous les mêmes titres, de Pierre Legendre et Gérald Caillat, produits par Pierre-Olivier Bardet.

18. Pierre Bourdieu, *Réponses*, Paris, Le Seuil, 1992, p. 82.

19. Thomas Hobbes, *Léviathan. Traité de la matière, de la forme et du pouvoir de la république ecclésiastique et civile* [première édition, 1658], édition établie par François Tricaud, Paris, Dalloz, 1999, 780 p.

20. Cf. Lewis Mumford, *Technics and Civilization*, New York, Harcourt, Brace & Co., 1934 ; trad. fr., *Technique et civilisation*, Paris, Le Seuil, 1950, 416 p., voir pp. 22 et suiv.

21. Julien Offray de La Mettrie, *L'Homme machine* [1748], Paris, Gallimard, 1999, pp. 210-211.

22. Cf. Jacques Le Goff, *Pour un autre Moyen Âge. Temps, travail et culture en Occident*, Paris, Gallimard, 1977, pp. 66 et suiv.

23. *Les Temps modernes* de Charlie Chaplin [1936] constituent la plus géniale et cruelle critique de la théorie de l'homme machine. Voir plus généralement sur la perception artistique de la mécanisation de l'humain Véronique Adam, Anna Caiozzo (dir.) *La Fabrique du corps humain : la machine modèle du vivant*, Grenoble, CNRS MSH-Alpes, 2010, 388 p.

24. J. O. de La Mettrie, *L'homme machine*, *op. cit.*, pp. 172-173.

25. S. Weil, *Expérience de la vie d'usine* [1941], repris in *La Condition ouvrière*, Paris, Gallimard, 1964, pp. 337-338. Sur la distinction entre la cadence et le rythme dans la réflexion de Simone Weil, voir A. Supiot « La pensée juridique de Simone Weil », in *Mélanges à la mémoire de Yota Kravaritou : a trilingual tribute*, Bruxelles, ETUI, 2010, p. 551.

26. Cf. l'étymologie de « métiers » qui, jusqu'au XVIIIe siècle, portèrent le nom de « mystères », ainsi que le rappelle Marx (*Le Capital*, Livre premier, ch. XV, § 9, in *Œuvres. Économie*, Paris, Gallimard, coll. « Bibliothèque de la Pléiade », 1965, p. 989).

27. Voir *infra*, chapitre 12, p. 331 et suiv.

28. Cf. Philippe Breton, *Une histoire de l'informatique*, Paris, La Découverte 1987 ; rééd. Le Seuil, 1990.

29. C. Castoriadis, *L'Institution imaginaire de la société*, *op. cit.*, p. 238. Sur cette dérive, voir aussi Olivier Rey, *Itinéraire de l'égarement. Du rôle de la science dans l'absurdité contemporaine*, Paris, Le Seuil, 2003, 328 p.

30. Cf. S. Weil, « La rationalisation » [1937], in *La Condition ouvrière*, *op. cit.*, p. 289 et suiv. ; Bruno Trentin, *La città del lavoro. Sinistra e crisi del fordismo*, Feltrinelli, 1997 ; trad. fr. *La Cité du travail. La gauche et la crise du fordisme*, Paris, Fayard-IEA de Nantes, coll. « Poids et mesure du monde », 2012, 448 p.

31. Cité par Jean Querzola, « Le chef d'orchestre à la main de fer. Léninisme et taylorisme », in

Recherches, *Le Soldat du travail* n° 32/33, sept. 1978, p. 58.

32. Lénine, *Que faire ?* [1902], cité par Jean Querzola, « Le chef d'orchestre à la main de fer. Léninisme et taylorisme », *ibid.*, p. 70.

33. B. Trentin, *La Cité du travail*, *op. cit*., p. 246.

34. Ernst Jünger, *Der Arbeiter* [1932], trad. fr. *Le Travailleur*, Christian-Bourgois, 1989, 370 p. Voir, dans le même sens, Marcel Gauchet, qui voit émerger dans l'expérience de la Première Guerre mondiale « un individu qui parachève son existence d'être délié, trouvant ses raisons toutes en lui-même, en se chargeant de la loi qui lie le tout jusqu'à s'y sacrifier […]. Ce pourquoi cette figure du sacrifice constitue un legs de la guerre à la paix beaucoup plus dangereux, en fait, que la "brutalisation" sur laquelle la recherche récente a mis l'accent. » M. Gauchet, *L'Avènement de la démocratie*, t. 3, *À l'épreuve des totalitarismes (1914-1974)*, Paris, Gallimard, 2010, p. 47.

35. Sur ce point, voir Lewis Mumford, *Technique et civilisation*, *op. cit*., pp. 22-26 et 126-127.

36. Voir *infra*, chapitre 8, pp. 228 et suiv.

37. Norbert Wiener, *Cybernetics and Society* (*The Human Use of Human Beings*) [1950] ; trad. fr. *Cybernétique et Société. L'usage humain des êtres humains*, Paris, UGE, 1962, pp. 31-32 (trad. corrigée de quelques contresens ; c'est nous qui soulignons). Wiener était assez génial pour réaliser à la fin de sa vie l'excès de confiance qu'il avait pu mettre dans une telle conception de la société. Voir son *God & Golem inc. A Comment on Certain Points where Cybernetics Impinges on Religion*, MIT Press, 1964 ; trad. fr., *God & Golem inc. Sur quelques points de collision entre cybernétique et religion*, Nîmes, éd. de L'Éclat, 2000, 123 p.

38. Cf. Guy Hermet, « Un régime à pluralisme limité ? À propos de la gouvernance démocratique », *Revue française de science politique*, 2004/1 (vol. 54), pp. 159-178.

39. Ronald Coase, « The nature of the firm », *Economica*, 4, n° 16, 1937, pp. 386-405.

40. *The Financial Aspects of Corporate Governance*, Londres, Professional Publishing Ltd, 1992 <www.ecgi.org/codes/documents/cadbury.pdf>.

41. Voir la version actualisée publiée par l'OCDE, *Principles of Corporate Governance*, Paris, OECD, 2004, 66 p. (Également disponible en français sous le titre *Principes de gouvernement d'entreprise de l'OCDE*.)

42. Communication from the Commission to the Council and the European Parliament, *Modernising Company Law and Enhancing Corporate Governance in the European Union – A Plan to Move Forward* (titre français : *Modernisation du droit des sociétés et renforcement du gouvernement d'entreprise dans l'Union européenne*), COM(2003) 284 final.

43. Cf. Philippe Bissara, « Les véritables enjeux du débat sur le gouvernement d'entreprise », *Revue des sociétés*, 1998, 5 ; Bernard Bruhnes, « Réflexions sur la gouvernance », *Droit social*, 2001, pp. 115-119 ; Patricia Charléty, « Le gouvernement d'entreprise : évolution en France depuis le rapport Viénot de 1995 », *Revue d'économie financière*, n° 63, 2001, pp. 25-34.

44. La montée du pouvoir de cette technostructure dans l'entreprise industrielle a été mise en évidence par John Kenneth Galbraith, *The New Industrial State*, Houghton Mifflin Company Boston, 1967 ; trad. fr., *Le Nouvel État industriel. Essai sur le système économique américain*, Paris, Gallimard, 1989 (3e éd.), 504 p.

45. Sur l'impact de cette conception en droit du travail, voir Elsa Peskine, *Réseaux d'entreprises et droit du travail*, Paris, LGDJ, 2008, 363 p.

46. Sur la place qu'il conviendrait de ménager à ces *stakeholders* dans la « gouvernance » des entreprises, voir S. Deakin & A. Hughes (eds.), *Enterprise and Community : New Directions in Corporate Governance*, Londres, Blackwell, 1997, 176 p.

47. Augustin Berque, *Histoire de l'habitat idéal. De l'Orient vers l'Occident*, Paris, Éditions du Félin, 2010, p. 347 suiv.

48. Cf. N. Wiener, *Cybernétique et société. L'usage humain des êtres humains, op. cit., loc. cit.* Voir, dans le même sens, l'usage de cette notion par Amartya Sen, *Inequality Reexamined*, Harvard University Press, 1992, trad. fr. *Repenser l'inégalité*, Paris, Le Seuil, 2000, 281 p.

49. World Bank, *L'Afrique subsaharienne : de la crise à une croissance durable. Étude de prospective à long terme*, Washington, 1989 ; *Governance and Development*, Washington, 1992.

50. International Monetary Fund, *Good Governance : The IMF's Role*, Washington, IMF Publications, 1997, 13 p.

51. Joseph E. Stiglitz, *Globalization and its Discontents*, Norton, 2002 ; trad. fr., *La Grande Désillusion*, Paris, Fayard, 2002, 324 p. Voir, dans le même sens, M. Mahmoud Mohamed Salah, *L'Irruption des droits de l'homme dans l'ordre économique international. Mythe ou réalité ?*, Paris, LGDJ, 2012, p. 21 et suiv.

52. La base de données Eur-lex fait apparaître 205 textes placés sous l'intitulé de la gouvernance dont 27 textes réglementaires (consultée le 10 avril 2013).

53. Cf. Corinne Gobin, « Le discours programmatique de l'Union européenne. D'une privatisation de l'économie à une privatisation du politique », *Sciences de la société*, 55, février 2002, pp. 157-169 ; Guy Hermet, « Un régime à pluralisme limité ? À propos de la gouvernance démocratique », *art. cit.*, pp. 167-168.

54. Philippe Breton, *À l'image de l'homme. Du Golem aux créatures virtuelles*, Paris, Le Seuil, 1998, 187 pages.

55. Sur ce concept, voyez Gilbert Simondon, *Du mode d'existence des objets techniques* [1958], Paris, Aubier, 2012, p. 59.

Chapitre 2
Les aventures d'un idéal : le règne de la loi

1. Rousseau, « Huitième Lettre écrite de la montagne » [1764], in *Œuvres complètes*, Gallimard, coll. « Bibliothèque de la Pléiade », t. 3, 1966, p. 842.

2. Platon, *Les Lois* (715, c-d), trad. Jacqueline de Romilly.

3. Cf. Marcel Détienne, *Comment être autochtone. Du pur Athénien au Français raciné*, Paris, Le Seuil, 2003, 192 p.

4. Sur les conditions dans lesquelles a été ainsi « découverte » la loi au sens moderne, ainsi que les premières vicissitudes de cet idéal, cf. Jacqueline de Romilly, *La Loi dans la pensée grecque*, Paris, Les Belles Lettres, 1971, 265 p.

5. Claude Mossé, « Comment s'élabore un mythe politique : Solon, "père fondateur" de la démocratie athénienne », *Annales ESC*, 1979, n° 3, pp. 425-437.

6. Platon, *Lettre VIII*, in *Œuvres complètes*, t. 2, Paris, Gallimard, coll. « Bibliothèque de la Pléiade », 1964, p. 1227.

7. Cf. Christian Meier, *Introduction à l'anthropologie politique de l'Antiquité classique*, Paris, PUF, coll. « Essais et conférences du Collège de France », 1984, p. 28 et suiv.

8. *Ibid.*, p. 30.

9. Hérodote, *L'Enquête*, III, 38, in *Œuvres complètes*, Paris, Gallimard, coll. « Bibliothèque de la Pléiade », 1964, pp. 235-236.

10. Aristote, *Éthique à Nicomaque*, V, 10 (1134b) trad. A. Gauthier et J.-Y. Jolif, Presses

universitaires de Louvain, 1970, 2e éd., t. 1, Deuxième partie, p. 140.

11. Platon, *Gorgias* (483 c), in *Œuvres complètes,* Gallimard, coll. « Bibliothèque de la Pléiade », t. 1, trad. Léon Robin, pp. 426.

12. *Ibid.,* p. 427.

13. Cf. François Ost, *Sade et la Loi,* Paris, Odile Jacob, 2005, 345 p. ; Dany-Robert Dufour, *La Cité perverse. Libéralisme et pornographie,* Paris, Denoël, 2009, 389 p.

14. D.A.F. de Sade, *L'Histoire de Juliette ou les prospérités du vice,* Ve Partie, in *Œuvres complètes,* Paris, Tête de feuille, 1973, t. 9, p. 291.

15. Adolf Hitler, *Libres propos sur la guerre et sur la paix, recueillis sur l'ordre de Martin Bormann,* Paris, Flammarion, 1952, p. 51 et 69.

16. Louis Dumont, *Homo æqualis,* t. I, *Genèse et épanouissement de l'idéologie économique,* Paris, Gallimard, 1977. Voir le chapitre 5, « *La Fable des abeilles* de Mandeville : l'économique et la moralité », p. 83 et suiv.

17. D.-R. Dufour, *La Cité perverse, op. cit.*

18. Sur ce traité, voyez la glose minutieuse faite par Leo Strauss, *Argument et action des* Lois *de Platon,* Paris, Vrin, 1990, 254 p.

19. Aristote, *La Politique,* (1269 a), trad. Jules Tricot, Vrin, 1982, p. 133.

20. Jean-Étienne-Marie Portalis, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil* (1801). C'est nous qui soulignons.

21. Voir *infra,* chapitre 5, pp. 135 et suiv.

22. Digeste, Livre I, 1 : « Cujus merito quis nos sacerdotes appelet… » (« On peut à bon droit nous appeler [nous les juristes] des prêtres, car nous sommes les sectateurs de la justice et faisons profession de connaître ce qui est bon et juste et de discerner ce qui est licite de ce qui ne l'est pas »).

23. Montesquieu emploie cette célèbre formule dans sa 129e lettre persane, dont il faudrait aussi retenir la première phrase : « La plupart des législateurs ont été des hommes bornés, que le hasard a mis à la tête des autres, et qui n'ont presque consulté que leurs préjugés et leurs fantaisies. » (Montesquieu, *œuvres complètes,* Paris, Gallimard, coll. « Bibliothèque de la Pleiade », t. 1, 1949, p. 322.)

24. Démosthène, *Contre Timocrate,* cité par Jacqueline de Romilly, *La Loi dans la pensée grecque, op. cit.* p. 204.

25. Ce fut la position défendue en France par Michel Villey, *Philosophie du droit,* t. 1, *Définitions et fins du droit,* Paris, Dalloz, 1982 (3e éd.), p. 55 et suiv.

26. Harold J. Berman, *Droit et Révolution I, op. cit.,* p. 28.

27. André Magdelain, *La Loi à Rome. Histoire d'un concept,* Paris, Les Belles Lettres, 1978, 94 p.

28. Cf. Émile Benveniste, *Vocabulaire des institutions indo-européennes,* t. 2, p. 111 et suiv. ; A. Magdelain, *Ius, Imperium, Auctoritas. Études de droit romain,* École française de Rome, 1990, ch. 1 : « Le *ius* archaïque », p. 3 et suiv.

29. Theodor Mommsen, *Histoire romaine,* t. 1, L. I, ch. 12, p. 230 et suiv.

30. Pierre Noailles, *Fas et Jus. Études de droit romain,* Paris, Les Belles Lettres, 1948, 283 p.

31. Aldo Schiavone, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente,* Turin, Einaudi, 2005 ; trad. fr., *Ius. L'invention du droit en Occident,* Paris, Belin, 2008, 542 p.

32. Cet épisode fameux est décrit par Marie Therese Fögen in *Römische Rechtgeschichten. Über Ursprung und Evolution eines sozialen Systems,* Vandenhoeck & Ruprecht, 2002 ; trad. fr. *Histoires du droit romain. De l'origine et de l'évolution d'un système social,* Paris, Maison des sciences de l'homme, 2007, p. 133 et suiv.

33. Sur l'évolution de la procédure, voyez Paul Frédéric Girard, *Manuel de droit romain,* Paris, Rousseau, 1911 (5e éd.), p. 971 et suiv.

34. *Ibid.,* p. 44.

35. M. T. Fögen, *Histoires du droit romain, op. cit.,* p. 175.

36. Louis Dumont, *Essais sur l'individualisme. Une perspective anthropologique sur l'idéologie moderne,* Paris, Le Seuil, 1983, p. 245.

37. E. Kantorowicz, « La royauté médiévale sous l'impact d'une conception scientifique du droit », *art. cit*. Voir aussi *Kaiser Friedrich der Zweite,* Berlin, Georg Bondi, 1927 ; trad. fr. *L'Empereur Frédéric II,* Paris, Gallimard, 1987, 657 p.

38. Pierre Legendre, *La Pénétration du droit romain dans le droit canonique classique,* de *Gratien à Innocent IV (1140-1254),* Paris, Jouve, 1964, 144 p. ; et du même auteur, *Les Enfants du Texte. Essai sur la fonction parentale des États,* Paris, Fayard, 1992, p. 237 et suiv.

39. H. J. Berman, *Droit et Révolution I,* préface de Christian Atias, *op. cit*.

40. *Ibid.,* p. 39

41. Élie Faure, *Découverte de l'archipel* [1932], Paris, Le Seuil, 1995, p. 217.

42. Perry Anderson, *Passages from Antiquity to feudalism* [1974], trad. fr. *Les Passages de l'Antiquité au féodalisme,* Paris, Maspero, 1977, pp. 141-147.

43. Cf. Thomas Berns, *Souveraineté, droit et gouvernementalité. Lectures du politique à partir de Bodin,* Bruxelles, Léo Scheer, 2005, 254 p. Sur l'importance particulière de la justice dans la royauté médiévale, voy. Renaud Colson, *La Fonction de juger. Étude historique et positive,* Presses universitaires de Clermont-Ferrand, 2006, 350 p.

44. « The king must not be under man but under God and under the law, because the law makes the king, for there is no rex where will rules rather than lex », Bracton (ca. 1210-1268), *De Legibus et Consuetudinibus Angliae*.

45. Cf. Clemens Pornschlegel, « La question du pouvoir dans les opéras de Mozart », in A. Supiot (dir.), *Tisser le lien social,* Paris, éd. FMSH, 2005, pp. 149-162.

46. Cf. Francis Oakley, *The Mortgage of the Past. Reshaping the Ancient Political Inheritance (1050-1300),* Yale University Press, 2012, spéc. p. 161 et suiv.

47. Pour une vue d'ensemble, John Anthony Jolowicz (dir.), *Droit anglais,* Paris, Dalloz, 1992, 487 p. ; Louis Assier-Andrieu, *L'Autorité du passé. Essai anthropologique sur la* Common Law, Paris, Dalloz, 2011, 271 p. Et en langue anglaise, S. F. C. Milson, *Historical Foundations of the Common Law,* Oxford University Press, 1981 (2e éd.), 475 p. ; J. H. Baker, *An Introduction to English Legal History,* Oxford University Press, 2007 (4e éd.), 600 p.

48. Alexis de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique,* Paris, Éditions Médicis, 1951, t. 1, p. 406. Sur la persistance de cette approche, qui interdit au juge de sonder, en deça du texte de la loi, la volonté du législateur, voy. Robert A. Katzmann, *Judging Statutes,* Oxford University Press, 171 p.

49. Cf. Philippe Raynaud, vo *Law/Right,* in Barbara Cassin (dir.), *Vocabulaire européen des philosophies,* Paris, Le Seuil-Le Robert, 2004, p. 695.

50. Cf. Sitharamam Kakarala & A. Supiot (dir.), *La Loi de la langue,* à paraître (Fayard, 2015).

51. Cf. Olivier Jouanjan (dir.), *Figures de l'État de droit. Le* Rechtsstaat *dans l'histoire intellectuelle de l'Allemagne*, Presses universitaires de Strasbourg, 2001, 410 p. ; Luc Heuschling, *État de droit – Rechtsstaat – Rule of Law*, Paris, LGDJ, 2002, 739 p.

52. Cf. A. Schiavone, *Ius. L'invention du droit en Occident*, *op. cit.*, p. 145 et suiv.

53. Rapporté par Cicéron, in *Des Devoirs*, I, 10, 33.

54. H. J. Berman, *Droit et Révolution I*, *op. cit.*, p. 23 et suiv.

55. Cité par P. Legendre, in *La 901e Conclusion. Essai sur le théâtre de la Raison*, *op. cit.*, p. 409.

56. P. Legendre, *De la société comme Texte. Linéaments d'une anthropologie dogmatique*, Paris, Fayard, 2001, p. 230.

57. Voir *infra*, chapitre 6, p. 135 et suiv.

58. Voir *infra*, chapitre 7, p. 185 et suiv.

59. Les deux mots ont une même étymologie : l'indo-européen *weird*, « voir », « percevoir par la vue » (cf. Alain Rey, *Dictionnaire étymologique de la langue française*, Le Robert, v° *idée* et *idole*). Sur ce passage de l'idole à l'idée, voir : Max Horkheimer et Theodor Adorno, *La Dialectique de la Raison*, *op. cit.*, p. 24 et suiv.

60. Robert Lenoble, *Histoire de l'idée de nature*, Paris, Albin Michel, 1969, p. 227.

61. Ce qu'Augustin Berque désigne sous l'acronyme de TOM (comme « lobo-tomie »), pour Topos Occidental Moderne. Voy. *Poétique de la Terre. Histoire naturelle et histoire humaine, essai de mésologie*, Paris, Belin, 2014, p. 35 et suiv. Cette critique de la dichotomisation sujet/objet nourrit depuis longtemps un courant aussi minoritaire que tenace dans les sciences humaines, de Vico à Dilthey et Gadamer. Elle est de fait indispensable pour comprendre le symbolisme propre à l'espèce humaine.

62. Jean-Pierre Vernant, « Remarques sur les formes et les limites de la pensée technique chez les Grecs », *Revue d'histoire des sciences*, 1957, pp. 205-225, repris in *Mythe et pensée chez les Grecs*, t. II, Paris, Maspero, 1971, p. 44 et suiv.

Chapitre 3
Autres points de vue sur les lois

1. *Les Écrits de Maître Wen. Livre de la pénétration du mystère*, éd. bilingue, traduit et annoté par Jean Lévi, Paris, Les Belles Lettres, 2012, p. 168.

2. Cf. en ce sens P. Legendre (dir.), *Tour du monde des concepts*, Paris, Fayard-Institut d'Études avancées de Nantes, coll. « Poids et mesure du monde », 2014, 444 p.

3. Sur la place des rites dans la pensée et la tradition confucéenne, voir Anne Cheng, *Histoire de la pensée chinoise*, Paris, Le Seuil, 1997, 696 p.

4. Voir Léon Vandermeersch, « Ritualisme et juridisme », in *Études sinologiques*, Paris, PUF, 1994, pp. 209-220.

5. *Li-Ki, ou Mémorial des rites*, traduit du chinois par Joseph-Marie Callery (1810-1862), Imprimerie royale, Turin, 1853, XXXII + 200 pages, ch. XXI, p. 137.

6. Cf. Anne Cheng, *Histoire de la pensée chinoise*, *op. cit.*, p. 73.

7. *Ibid.*, p. 224-225.

8. L. Vandermeersch, « Ritualisme et juridisme », *art. cit.*, p. 213.

9. *Li-Ki, ou Mémorial des rites*, *op. cit.*, ch. 21 (*Jiyi*).

10. Conseil constitutionnel, Décision n° 99-419 DC du 9 novembre 1999, *Loi relative au pacte civil de solidarité*. Voy. déjà Conseil constitutionnel, Décision n° 82-144 DC du 22 octobre 1982, *Loi relative au développement des institutions représentatives du personnel*. Sur cette consécration, voy. Pascale Deumier et Olivier Gout, « La constitutionnalisation de la responsabilité civile », *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 31, mars 2011 ; Bénédicte Girard, *Responsabilité civile extracontractuelle et droits fondamentaux*, Paris, LGDJ, 2015.

11. Selon Confucius, « quand [le peuple] est accordé ensemble par les rites, c'est le sentiment de la face (*chi*) qui fait régner la règle » (Lunyu, ch. 2, Weizheng, cité par L. Vandermeersch, « Ritualisme et juridisme », *art. cit.*, p. 218).

12. Sur l'importance de ce type de consultations dans la réalisation des rituels en Afrique, voir Michel Cartry, « Le chemin du rite », *Incidence*, n° 6, 2010, pp. 37-44.

13. Voir *supra*, chapitre 2, p. 63. Voir aussi P. Legendre, « Légalité du rite », in *Sur la question dogmatique en Occident*, Paris, Fayard, 1999, pp. 259-272.

14. Axel Honneth, *Kampf um Anerkennung : Zur moralischen Grammatik sozialer Konflikte* [1992], Suhrkamp, 2003 (2e éd.), trad. fr. par Pierre Rush, *La Lutte pour la reconnaissance*, Paris, Éditions du Cerf, 2000, 240 p.

15. Danouta Liberski-Bagnoud, « Langues du Burkina Faso », v° Loi, in P. Legendre (dir.), *Tour du monde des concepts*, *op. cit.*, pp. 92-97.

16. *Ibid.*, p. 95.

17. Concernant la propriété foncière, A. Supiot, « L'inscription territoriale des lois », *Esprit*, novembre 2008, pp. 151-170.

18. Cf. Marcel Détienne, *Comparer l'incomparable*, Paris, Le Seuil, 2000, pp. 105-127 ; Jean-Godefroy Bidima, *La Palabre. Une juridiction de la parole*, Paris, Michalon, 1997, 127 p.

19. Cf. Pierre-Olivier de Sardan, « Gouvernance despotique, gouvernance chefferiale et gouvernance postcoloniale », in *Entre tradition et modernité : quelle gouvernance pour l'Afrique ?*, Actes du Colloque de Bamako, 23-25 janvier 2007, IRG 2007, pp. 109-131 <http://www.institut-gouvernance.org/fr/analyse/fiche-analyse-263.html>.

20. S. Weil, « À propos de la question coloniale dans ses rapports avec le destin du peuple français » [1943], in *Œuvres*, *op. cit.*, p. 429. Voir, dans le même sens, les remarques de Tzvetan Todorov sur la « sombre victoire du colonialisme et de son idéologie sur leurs adversaires », lorsque ces derniers se contentent d'inverser le racisme et l'oppression plutôt que de l'éradiquer (Tzvetan Todorov, *Les Morales de l'histoire*, Paris, Hachette, 1991, p. 118).

21. Joseph Tonda, *Le Souverain moderne. Le corps du pouvoir en Afrique centrale (Congo, Gabon)*, *op. cit.*, 297 p.

22. Ashis Nandy, *The Intimate Ennemy. Loss and Recovery of Self Under Colonialism*, Oxford University Press, 1984 ; trad. fr. par Annie Montaut, *L'Ennemi intime. Perte de soi et retour à soi sous le colonialisme*, Paris, Fayard, coll. « Les Quarante Piliers », 2007, 181 p.

23. Cf. Ousmane O. Sidibé, « La déliquescence de l'État : un accélérateur de la crise malienne ? », in Doulaye Konaté (dir.), *Le Mali entre doutes et espoirs*, Alger, Éd. Tombouctou, pp. 171-191.

24. Sur les méfaits de ces dichotomies, voir Anne Cheng [dir.], *La Pensée en Chine aujourd'hui*, Paris, Le Seuil, 1997, pp. 7 et suiv.

25. Voir *supra*, chapitre 2, p. 60-61.

26. M. T. Fögen, *Histoires du droit romain*, *op. cit.*, p. 86.

27. Cf. Jean-Noël Robert, « Les religions du Japon », in *Orientalisme*, *Courrier du CNRS*, 1982,

supplément au n° 48.

28. Cf. *Dominium Mundi. L'Empire du Management*, film documentaire de P. Legendre, G. Caillat et P.-O. Bardet (2007).

29. Jean Escarra, *Le Droit chinois. Conception et évolution. Institutions législatives et judiciaires. Science et enseignement*, Paris, Sirey, 1936, XII-562 p.

30. Mireille Delmas-Marty et Pierre-Étienne Will [dir.], *La Chine et la Démocratie*, Paris, Fayard, 2007, 894 p. ; X.-Y. Li-Kotovtchikine (dir.), *Les Sources du droit et la réforme juridique en Chine*, Paris, Litec, 2003, bilingue, 271 + 257 p. ; Pitman B. Potter (ed.), *Domestic Law Reforms in Post-Mao China*, London, East Gate Book, 1994, 311 p. ; Stanley B. Lubman (ed.), *China's Legal Reforms*, Oxford University Press, 1994, 218 p. ; et du même auteur, *Bird in a Cage. Legal Reform in China after Mao*, Standford University Press, 1999, 447 p.

31. Cf. Anne Cheng, *Histoire de la pensée chinoise*, *op. cit.*, pp. 614 et suiv.

32. *Han-Fei-tse ou le Tao du Prince*, présenté et traduit du chinois par Jean Lévi, Paris, Le Seuil, 1999, 616 p.

33. Henri Maspero, *La Chine antique* [1927], Paris, PUF, 1965, p. 426 et suiv. ; Jean Escarra, *Le Droit chinois. Conception et évolution*, *op. cit.*, pp. 3-84 ; Jérôme Bourgon, « Principes de légalité et règle de droit dans la tradition juridique chinoise », in M. Delmas-Marty et P-É. Will, *La Chine et la Démocratie*, *op. cit.*, pp. 157-174 ; Xiaoping Li, « L'esprit du droit chinois. Perspectives comparatives », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 49, n° 1, 1997, pp. 7-35 ; et du même auteur, « La civilisation chinoise et son droit », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 51, n° 3, 1999, pp. 505-541 ; Anne Cheng, *Histoire de la pensée chinoise*, *op. cit.*, pp. 235-249.

34. L. Vandermeersch, *La Formation du légisme. Recherche sur la constitution d'une philosophie politique caractéristique de la Chine ancienne*, Paris, École française d'Extrême-Orient, 1987, 299 p.

35. Kristofer Schipper, « Chinois », v° Loi, in P. Legendre (dir.), *Tour du monde des concepts*, *op. cit.*, pp. 166-171. Sur le taoïsme, voir l'ouvrage classique de Henri Maspero, *Le Taoïsme et les religions chinoises*, Paris, Gallimard, 1971, préface de Max Kaltenmark, 658 p. (recueil d'articles du grand sinologue mort en déportation).

36. Cf. Anne Cheng, *Étude sur le confucianisme han : l'élaboration d'une tradition exégétique sur les Classiques*, Paris, Collège de France et Institut des Hautes Études chinoises, 1985, 322 p. ; et du même auteur, *Histoire de la pensée chinoise*, *op. cit*.

37. Cf. notamment, *Les Écrits de Maître Wen. Livre de la pénétration du mystère*, *op. cit*.

38. L. Vandermeersch, *La Formation du légiste*, *op. cit.*, p. 219.

39. *Han-Fei-tse ou le Tao du Prince*, *op. cit.*, ch. VII. « Les deux manipules », trad. J. Lévi. La reconnaissance de ces deux instruments n'a évidemment rien de spécifiquement « oriental » : voir, dans le même sens, Richelieu, *Testament politique* [1688], présentation d'Arnaud Teyssier, Paris, Perrin, 2011, p. 226 et suiv.

40. *Ibid.*, ch. XIV, p. 150.

41. Jean Lévi, Introduction au *Han-Fei-tse ou le Tao du Prince*, *ibid.*, p. 51.

42. *Les Écrits de Maître Wen*, *op. cit.*, p. 168.

43. V. *infra*, chapitre 7, p. 185 et suiv.

44. *Shangjun shu*, ch. 26, p. 43, cité par L. Vandermeersch, *La Formation du légisme*, *op. cit.*, p. 195 et 200. [Vérifier que c'est bien le bon titre].

45. *Liji*, ch. 1, cité par L. Vandermeersch, *ibid.*, p. 192.

46. *Han-Fei-tse ou le Tao du Prince*, *op. cit.*, ch. VI, p. 98.

47. Cf. Jean Lévi, Introduction aux *Écrits de Maître Wen*, Paris, Les Belles Lettres, 2012, p. CXIII.

48. *Ibid.*, loc. cit.

49. Huan Tan, *Xinlùn*, cité par L. Vandermeersch, *La Formation du légisme*, *op. cit.*, p. 103.

50. Adam Smith, *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations* [1776], Paris, Gallimard, 1976, p. 48.

51. D.-R. Dufour, *La Cité perverse*, *op. cit.*, chapitre 1, p. 51 et suiv.

52. Constitution de la République populaire de Chine [1982], art. 1er et 15.

53. Kr. Schipper, « Chinois », v° Loi, in P. Legendre (dir.), *Tour du monde des concepts*, *op. cit.*, p. 170-171.

54. V. *infra*, chapitre 6, p. 169 et suiv.

Chapitre 4
Le rêve de l'harmonie par le calcul

1. Voir dans le cas de l'islam, Ibn Khaldûn, *La Voie et la Loi, ou le Maître et le Juriste*, présenté et annoté par René Pérez, Paris, Sindbad, 1995, 308 p. Ce débat a aussi agité le christianisme, avec, par exemple, la querelle du quiétisme au XVIIe siècle.

2. La notion d'harmonie par le calcul est due à Pierre Legendre (*La Fabrique de l'homme occidental*, Paris, Mille et une nuit, 1996, p. 26), qui s'inspirait lui-même de l'ouvrage de l'économiste libéral Frédéric Bastiat, *Harmonies économiques* (Paris, Guillaumin, 1851, reprint BookSurge Publishing, 2001, 582 p., consultable en ligne sur http://bastiat.org/fr/harmonies.html).

3. Cf. le chapitre que Marcel Granet consacre aux nombres in *La Pensée chinoise* [1934], Paris, Albin Michel, 1968, p. 127 et suiv.

4. Nicomaque de Gérase, *Théologumènes*, cité par Matila Ghyka, *Philosophie et mystique du nombre*, Paris, Payot, 1952, p. 11.

5. Cf. Ernst Cassirer, *Individu et cosmos dans la philosophie de la Renaissance*, Paris, Minuit, 1983, p. 73 et s. ; Frédéric Patras, *La Possibilité des nombres*, Paris, PUF, 2014, pp. 13-42.

6. Nicolas de Cues, *La Docte Ignorance* [1514], trad. Hervé Pasqua, Paris, Payot & Rivages, 2011, p. 81.

7. Galilée, *L'Essayeur* [*Il Saggiatore*, 1623], édité par Christiane Chauviré, Paris, Les Belles Lettres, 1980, p. 141. Sur cet « alphabet mathématique du monde », voir Olivier Rey, *Itinéraire de l'égarement*, Paris, Le Seuil, 2004, pp. 46 et suiv.

8. Sur cet héritage mystique, voir par exemple Simone Weil, *Commentaires sur les textes pythagoriciens*, [1942], in *Œuvres*, *op. cit.*, pp. 595-627.

9. Cf. Dany-Robert Dufour, *Les Mystères de la trinité*, Paris, Gallimard, 1990, p. 354 et suiv.

10. Michael Stolleis, *Das Auge des Gesetzes. Geschichte einer Metapher*, Munich, Beck, 2004 ; trad. fr. par l'auteur, *L'Œil de la Loi. Histoire d'une métaphore*, Paris, Mille et une nuits, 2006, 127 p.

11. Matila Ghyka, *Philosophie et mystique du nombre*, *op. cit.*, pp. 50-51

12. Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), art. 136.

13. Cette définition des sons en termes de proportions harmoniques a exercé une profonde influence, jusqu'à ce qu'au XIXe siècle le physicien et acousticien allemand Hermann von Helmholtz

définisse « objectivement » chaque son par la valeur absolue de sa fréquence. Cf. Matthias Rieger, *Helmholtz Musicus. Die Objektivierung der Musik im 19. Jahrhundert durch Helmholtz' Lehre von den Tonempfindungen*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buch Gesellschaft, 2006, en particulier p. 49 et suiv.

14. Sur le rôle de la quantification dans l'invention médiévale de la polyphonie, voir Alfred W. Crosby, *The Measure of Reality. Quantification and Western Society 1250-1600*, Cambridge University Press, 1997, p. 139 et suiv. Et plus généralement sur le « nombre d'or » ou « divine proportion », voir Marguerite Neveux et H. E. Huntley, *Le Nombre d'or. Radiographie d'un mythe* suivi de *La Divine Proportion*, Paris, Le Seuil, 1995, 328 p.

15. Cf. l'étymologie du verbe « accorder », qui se rattache à la fois au cœur (latin, *cordis*) et à la corde (latin, *chorda*). Voir ce mot in Oscar Bloch et Walter von Wartburg, *Dictionnaire étymologique de la langue française*, Paris, PUF, 1975, p. 6 ; et dans le même sens, A. Rey, *Dictionnaire historique de la langue française*, t. 1, Le Robert, 1992, p. 12.

16. Cf. Hermann Hesse, *Das Glasperlenspiel. Versuch einer Lebensbeschreibung des Magister Ludi Josef Knecht samt Knechts hinterlassenen Schriften* [1943], trad. fr. *Le Jeu des perles de verres. Essai de biographie du Magister Ludi Joseph Valet accompagné de ses écrits posthumes*, Paris, Calmann-Lévy, 1955 ; LGF, coll. « Livre de poche », 1995, 693 p.

17. Cicéron, *De la République*, VI, 13, trad. Ch. Appuhn, Paris, Flammarion, 1965, p. 111.

18. *Ibid.*, VI, XVIII, p. 113.

19. M. T. Fögen, *Histoires de droit romain*, *op. cit.*, p. 90 et suiv.

20. Tite-Live, *Histoire romaine*, III, 33, in *Historiens romains*, Paris, Gallimard, coll. « Bibliothèque de la Pléiade », 1968, t. 1, p. 222 et suiv.

21. *Ibid.*, III, 34, pp. 223-227.

22. Heinrich Zimmer, *Maya. Der indische Mythos* ; trad. fr. *Maya ou le Rêve cosmique dans la mythologie hindoue*, préface de Madeleine Biardeau, Paris, Fayard, 1987, 329 p.

23. *Ibid.*, p. 165. Cette remarque éclaire le problème très concret que posent aujourd'hui aux tribunaux ceux des jeunes délinquants qui, faute d'avoir été institués, d'avoir pu assimiler le sens des limites, n'ont pas accès à la culpabilité.

24. Machiavel, *Discours sur la première décade de Tite-Live*, I, 4, in *Œuvres complètes*, Paris, Gallimard, coll. « Bibliothèque de la Pléiade », 1952, p. 390.

25. Claude Lefort, *Le Travail de l'œuvre : Machiavel* [1972], Paris, Gallimard, coll. « Tel », 1986, p. 472 et suiv.

26. Voir par exemple Michel Villey, *Philosophie du droit*, t. 1 *Définitions et fins du droit*, Paris, Dalloz, 1982, n° 43, p. 76 et suiv.

27. Voir *supra*, chapitre 1, p. 29.

28. Aristote, *Éthique à Niconaque*, V, 5, traduction Richard Bodéüs, in Aristote, *Œuvres*, Paris, Gallimard, coll. « Bibliothèque de la Pléiade », 2014, p. 106.

29. Aristote, *Éthique à Nicomaque*, V, 6-7, *op. cit.*, pp. 108-109.

30. Aristote, *Éthique à Nicomaque*, V, 7, *op. cit.*, p. 111.

31. Cf. François Ewald, *L'État providence*, Paris, Grasset, 1986, p. 552 et suiv. ; Clarisse Herrenschmidt, *Les Trois Écritures. Langue, nombre, code*, Gallimard, 2007, p. 289 et suiv.

32. Aristote, *Éthique à Nicomaque*, V, 8, *op. cit.*, pp. 112.

33. Aristote, *Éthique à Nicomaque*, V, 8, *op. cit.*, pp. 112-113.

34. C. Herrenschmidt, *Les Trois Écritures*, *op. cit.*, p. 299.

Chapitre 5
L'essor des usages normatifs de la quantification

1. Alexis de Tocqueville, *Considérations sur la Révolution*, I, 5, in *Œuvres*, t. 3, Paris, Gallimard, coll. « Bibliothèque de la Pléiade », 2004, p. 492.

2. Cf. François Bédarida et alii, *Pour une histoire de la statistique*, t. 1, Paris, INSEE/Economica, 1987, 593 p. ; Patricia Cline Cohen, *A Calculating People : The Spread of Numeracy in Early America* [1982], Routledge, 1999, 288 p. ; Lorraine Daston, *Classical Probability in the Enlightenment* [1988], Princeton University Press, 1995 (2e éd.), 423 p. ; Alain Desrosières, *La Politique des grands nombres. Histoire de la raison statistique*, Paris, La Découverte, 1993 ; 2000 (2e éd.), 457 p. ; Theodore M. Porter, *Trust in Numbers. The Pursuit of Objectivity in Science and Public Life*, Princeton University Press, 1995, 310 p.

3. Cf. sur ces différences, A. Desrosières, *La Politique des grands nombres. Histoire de la raison statistique*, *op. cit.*, p. 28 et suiv.

4. Le bilan constitue un état du patrimoine de l'entreprise à un moment donné : en fin d'exercice.

5. Le compte de résultat permet le calcul du bénéfice ou de la perte réalisé et justifie ce résultat.

6. Le concept de responsabilité commerciale ne semble pas avoir donné lieu à une étude d'ensemble dans la doctrine récente. Voir une nomenclature des obligations des commerçants, in Jacques Mestre et alii, *Droit commercial*, Paris, LGDJ, 2012 (29e éd.), no 249 sq., p. 236 et suiv.

7. Bertold Goldman, « Frontières du droit et *lex mercatoria* », *Archives de philosophie du droit*, 1964, 177 ; et du même auteur : « La *lex mercatoria* dans les contrats et l'arbitrage internationaux : réalités et perspectives », *Clunet*, 1979, 475. Paul Lagarde, « Approche critique de la *lex mercatoria* », in *Le Droit des relations économiques internationales. Études offertes à Bertold Goldman*, Paris, Litec, 1987, pp. 125-150.

8. Cf. A. Supiot, *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Paris, Le Seuil, 2005, p. 153 et suiv.

9. Voir Marie-Anne Frison-Roche (dir.), *Les Leçons d'Enron. Capitalisme, la déchirure*, Paris, Autrement, 2002, 180 p.

10. Voir Paul Lanois, *L'Effet extraterritorial de la loi Sarbanes-Oxley* », Éditions Revue Banque, 2008, 136 p.

11. Règlement européen no 1606/2002 du 19 juillet 2002.

12. Code de commerce, art. L. 123-23.

13. Cf. *supra*, chapitre 4, pp. 116-117.

14. Elle est aussi distincte de sa fonction de réserve de valeur, qui soulève des problèmes différents. Sur l'analyse juridique de ces différentes fonctions, voir Remy Libchaber, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, Paris, LGDJ, 1992, 440 p.

15. Jean-Pierre Chevènement, *1914-2014. L'Europe sortie de l'histoire ?*, Paris, Fayard, 2013, p. 295 et suiv. Et sur cette malfaçon, Frédéric Lordon, *La Malfaçon. Monnaie européenne et souveraineté démocratique*, Paris, Les Liens qui libèrent, 2014, 296 p.

16. Code de commerce, art. L. 123-22.

17. Cf. Luca Fantacci, *La moneta. Storia di un' istituzione mancata*, Venise, Marsilio, 2005, 276 p. ; Samuel Jubé, *Droit social et normalisation comptable*, Paris, LGDJ, 2011, p. 63 et suiv.

18. Sur le cas romain, voir Gérard Minaud, *La Comptabilité à Rome. Essai d'histoire économique sur la pensée comptable commerciale et privée dans le monde antique romain*,

Lausanne, Presses polytechniques et universitaires romandes, 2005, 383 p.

19. Sur cet historique, voir Joseph-H. Vlaemminck, *Histoires et doctrines de la comptabilité*, Bruxelles, Treurenberg, 1956 ; rééd. Vésoul, éd. Pragnos, 1979 ; Yannick Lemarchand, *Du dépérissement à l'amortissement. Enquête sur l'histoire d'un concept et de sa traduction comptable*, Rennes, Ouest Éditions 1993, 719 p. ; Samuel Jubé, *Droit social et normalisation comptable*, Paris, LGDJ, 2011, 673 p.

20. Werner Sombart, *Der moderne Kapitalismus. Historisch-systematische Darstellung des gesamteuropäischen Wirtschaftslebens von seinen Anfängen bis zur Gegenwart* [édition définitive, 1928], Duncker & Humblot, 1986, 3211 p. ; passage traduit par M. Nikitin in *Cahiers de l'histoire de la comptabilité*, n° 2 p. 19 et suiv., cité par Bernard Colasse, *Les Fondements de la comptabilité*, Paris, La Découverte, 2007, p. 10. Voir aussi W. Sombart, *Der Bourgeois. Zur Geistesgeschichte des modernen Wirtschaftsmenschen* [1913], trad. fr. par Samuel Jankélévitch, *Le Bourgeois. Contribution à l'histoire morale et intellectuelle de l'homme économique moderne*, Paris, Payot, 1966, pp. 123 et suiv.

21. Son premier exposé systématique se trouve dans l'ouvrage d'un moine mathématicien, Luca Pacioli, intitulé *Summa de arithmetica, geometria, proporzioni et proporzionalita* (Venise, 1494). Mais il ne forme qu'un chapitre de cet ouvrage, demeuré surtout fameux pour avoir introduit en Occident l'algèbre, reçue des savants arabes. On doit aussi à Pacioli la notion de divine proportion (voir *supra*, chapitre 4, pp. 108-109), titre d'un ouvrage ultérieur illustré par Léonard de Vinci (*De Divina Proportione* [1509], traduction française par G. Duschesne et M. Giraud, Librairie du Compagnonnage, 1980).

22. Je dois cette remarque à Pierre-Yves Narvor, savant philosophe et mathématicien.

23. Cf. Samuel Jubé, « De quelle entreprise les normes comptables internationales permettent-elles de rendre compte ? », in A. Supiot [dir.], *L'Entreprise dans un monde sans frontières*, Paris, Dalloz, 2015, pp. 147-163.

24. Michel Foucault, *Les Mots et les Choses. Une archéologie des sciences humaines*, Paris, Gallimard, 1966, p. 19 et suiv.

25. Victor I. Stoichita, *L'Instauration du tableau*, Genève, Droz, 1999, pp. 207 et suiv.

26. Cité par Yannick Lemarchand, *Le Miroir du marchand. Norme et construction de l'image comptable*, in A. Supiot (dir.), *Tisser le lien social*, *op. cit.*, p. 213.

27. Cf. sur ce point S. Jubé, *Droit social et normalisation comptable*, *op. cit.*

28. Thomas Berns, *Gouverner sans gouverner. Une archéologie politique de la statistique*, Paris, PUF, 2009, 163 p. Ce livre développe une analyse déjà présentée in *Souveraineté, droit et gouvernementalité. Lectures du politique moderne à partir de Bodin*, *op. cit.*, p. 183 et suiv. Voy. déjà sur cette histoire Jean-Claude Perrot, *Une histoire intellectuelle de l'économie politique*, Paris, EHESS, 1992, p. 143 et suiv.

29. Francis Bacon, « Of Seditions and Troubles » in *The Essays or Counsels, Civil and Moral* [troisième édition, 1625] ; trad. fr., *Essais de morale et de politique*, Paris, L'Arche, 1999, p. 67.

30. Antoine de Montchrétien, *Traité d'économie politique* [1615], Genève, Droz, 1999, p. 237.

31. Jean Bodin, *Les Six Livres de la République*, VI, 1, cité par Th. Berns, *Souveraineté, droit et gouvernementalité*, *op. cit.*, p. 194.

32. J. Bodin, *Les Six Livres de la République*, VI, 1.

33. Cf. Th. Berns, *Gouverner sans gouverner*, *op. cit.*, pp. 134-135.

34. Nombres, I, 49.

35. Samuel, Second Livre, XXIV, 10.

36. Chronique, Premier Livre, XXI, 1-17.

37. J.-C. Perrot, *Une histoire intellectuelle de l'économie politique, op. cit.*, p. 147.

38. *Ibid.*, pp. 28-29

39. Johann Peter Süßmilch, *Die göttliche Ordnung in den Veränderungen des menschlichen Geschlechts aus der Geburt, dem Tode und der Fortpflanzung desselben,* 2 Teile [première édition 1741, deuxième édition 1761-1762], t. II, ch. I, § 14, p. 468 ; trad. M. Kriegel, in Jacqueline Hecht (dir.), *L'"Ordre divin" aux origines de la démographie*, tome II, Paris, I.N.E.D., 1979, p. 318. Sur ces origines, voir aussi Hervé Le Bras, *Naissance de la mortalité. L'origine politique de la statistique et de la démographie*, Paris, Gallimard-Le Seuil, 2000, 371 p.

40. Cf. Theodore M. Porter, *The Rise of Statistical Thinking,* Princeton University Press, 1986.

41. Cf. Michel Foucault, *« Il faut défendre la société ». Cours au Collège de France, 1976*, Paris, Gallimard-Le Seuil, 1997, p. 218 et suiv.

42. Voir ce point développé in A. Supiot, « L'autorité de la science. Vérité scientifique et vérité légale », in Pierre Rosanvallon (dir.), *Science et Démocratie. Colloque de rentrée du Collège de France,* Paris, Odile Jacob, 2014, pp. 81-109.

43. Louis-René Villermé, *Tableau de l'état physique et moral des ouvriers employés dans les manufactures de coton, de laine et de soie,* Paris, Renouard, 1840 ; reprint, Éditions d'histoire sociale, 1979, 2 t., 458 et 451 p.

44. Alexis de Tocqueville, *Considérations sur la Révolution*, I, 5, in *Œuvres*, Paris, Gallimard, coll. « Bibliothèque de la Pléiade », t. 3, 2004, p. 492.

45. Louis Josserand, « Sur la reconstitution d'un droit de classe », *Dalloz, Recueil hebdomadaire*, 1937, pp. 1-4.

46. Cf. André Pichot, *La Société pure. De Darwin à Hitler,* Paris, Flammarion, 2000, 458 p. ; et du même auteur, *Aux origines des théories raciales. De la Bible à Darwin,* Paris, Flammarion, 2008, 520 p.

47. Cf. Alain Drouard, « À propos de l'eugénisme scandinave. Bilan des recherches et travaux récents », *Population*, 53e année, n° 3, 1998, pp. 633-642.

48. Civ. 2, 22 fév. 2007, n° 05-13771, *Bull. civ.* (*Bulletin des arrêts de la Cour de cassation : Chambres civiles)* II, n° 54.

49. Alain Derosières, « Entre réalisme métrologique et conventions d'équivalence : les ambiguïtés de la sociologie quantitative », *Genèses,* 2001/2, n° 43, pp. 112-127.

50. Cf. Robert Salais, Nicolas Baverez, Bénédicte Reynaud-Cressent, *L'Invention du chômage,* Paris, PUF, 1986 (première édition) ; PUF, coll. « Quadrige », 1999 (deuxième édition), 288 p.

51. Les marchands européens ont pendant longtemps interdit l'emploi des chiffres indo-arabes dans la tenue des comptes. Ce n'est qu'à partir de la fin du xve siècle que cet emploi s'est généralisé, bien après leur introduction en mathématiques (cf. J.-H. Vlaemminck, *Histoires et doctrines de la comptabilité, op. cit.*, p. 54).

52. Rabelais, *Le Tiers Livre*, ch. 39.

53. Saint Augustin, *De Doctrina Christiana,* L. I, chap. XXVIII, 29 [*Œuvres de saint Augustin,* 11, première série, opuscule 11, *Le Magistère chrétien.* Texte de l'édition bénédictine, traduction et notes de M. le chanoine G. Combes et de M. l'abbé Farges, Paris, Desclée de Brouwer, 1949, pp. 215-216], cité par Ernest Coumet, « La théorie du hasard est-elle née par hasard ? », *Annales ESC,* 1970, n° 3, p. 578.

54. Cf. Jean-Philippe Lévy, *La Hiérarchie des preuves dans le Droit savant du Moyen Âge*

depuis la renaissance du droit romain jusqu'à la fin du XVIe siècle, Paris, Sirey, 1939, 174 p. ; Henri Lévy-Bruhl, *La Preuve judiciaire. Étude de sociologie juridique*, Paris, Marcel Rivière et Cie, 1964, 152 p.

55. Pascal, *Les Pensées*, in *Œuvres complètes*, Paris, Gallimard, coll. « Bibliothèque de la Pléiade », 1954, pp. 1214-1215.

56. Cf. Ernest Courmet, « La théorie du hasard est-elle née par hasard ? », art. cit., pp. 574-598.

57. A. Desrosières, *La Politique des grands nombres*, *op. cit.*, p. 65.

58. Jean Domat, *Les Loix civiles dans leur ordre naturel* (1689-94), Paris, M. de Héricourt éditeur, 1777, p. 285.

59. Cf. sur ce tombeau Fulcanelli, « Les gardes du corps de François II de Bretagne », in *Les Demeures philosophales et la symbolisme hermétique dans ses rapports avec l'art sacré et l'ésotérisme du grand œuvre*, Paris, Jean-Jacques Pauvert, t. 2, 1965 (troisième édition), pp. 181-238.

60. L. Daston, *Classical Probability in the Enlightenment*, *op. cit.*, pp. 306-369.

61. Marie-Jean-Antoine de Condorcet, *Mémoire sur le calcul des probabilités* [1786], in *Arithmétique politique : textes rares ou inédits* (1767-1789), éd. critique commentée par Bernard Bru et Pierre Crépel, Paris, INED-PUF, 1985, p. 432.

62. Pierre-Simon de Laplace, *Théorie analytique des probabilités* [1812], Paris, Coursier, 1820 (troisième édition), p. 457, cité par L. Daston, *Classical Probability in the Enlightenment*, *op. cit.*, p. 335 et suiv.

63. Laplace a du reste appliqué le calcul des probabilités aux jugements rendus par les tribunaux, in *Essai philosophique sur les probabilités* [cinquième édition, 1825], préface de René Thom, Paris, Christian Bourgois, 1986, pp. 136-142.

64. René Thom, préface à Laplace, *Essai philosophique sur les probabilités*, *ibid.*, pp. 6-7.

65. Sur ce débat, voir P.-S. Laplace, *ibid.*, p. 145 et suiv. ; Jean-Paul Benzécri, *L'Analyse des données*, Paris, Dunod, 1973 ; L. Daston, *Classical Probability in the Enlightenment*, *op. cit.*, p. 83 et suiv. ; H. Le Bras, *Naissance de la mortalité. L'origine politique de la statistique et de la démographie*, *op. cit.*

66. Arnold Rowbotham, « The Philosophes and the propaganda for inoculation of smallpox in eitheenth-century France », *University of California Publications in Modern Philology*, 18 (1935), pp. 265-290 ; Andrea A. Rusnock, *Quantifying Health and Population in Eigteenth-Century England and France*, Cambridge University Press, 2002, 249 p., spéc. pp. 43-91.

67. Cf. L. Daston, *Classical Probability in the Enlightenment*, *op. cit.*, p. 84 et suiv.

68. Cf. A. Desrosières, *La Politique des grands nombres*, *op. cit.*, p. 104 et suiv.

69. Cf. L. Daston, *Classical Probability in the Enlightenment*, *op. cit.*, p. 175 et suiv.

70. C'est la principale leçon qui a été tirée en droit européen de l'implosion financière de 2008. Voir la directive dite *Solvabilité 2*, n° 2009/138/CE du 25 novembre 2009 sur l'accès aux activités de l'assurance et de la réassurance et leur exercice.

71. F. Ewald, *L'État providence*, *op. cit.*, p. 143 et suiv.

72. *Ibid.*, p. 390.

73. Cour de justice de l'Union européenne (Grande Chambre), 15 juillet 2010, *Commission c/ République fédérale d'Allemagne*, aff. C-271/08, *Droit social* 2010, p. 1233, observations Francis Kessler.

74. Cf. Question écrite n° 02501 de Mme Marie-Noëlle Lienemann (Sénat, *Journal officiel*,

18 octobre 2012, p. 2262).

75. Cf. Theodore M. Porter, *Trust in Numbers. The Pursuit of Objectivity in Science and Public Life, op. cit.*

76. Cf. L. Daston, *Classical Probability in the Enlightenment, op. cit.*, p. 182 et suiv.

77. Condorcet, *Observations sur le vingt-neuvième livre de l'*Esprit des lois, in Antoine L. C. Destutt de Tracy, *Commentaire sur l'*Esprit des lois *de Montesquieu,* Liège, Desoert, 1817, p. 458.

78. Condorcet, *Observations sur le vingt-neuvième livre de l'*Esprit des lois, *op. cit.*, pp. 461-462

79. Pierre Raymond de Montmort, *Essai d'analyse sur les jeux de hazard,* Paris, 1713 (deuxième édition), cité par L. Daston, *Classical Probability in the Enlightenment, op. cit*., p. 317.

80. Auguste Comte, *Physique sociale. Cours de philosophie positive. Leçons 16 à 60,* présentation et notes par Jean-Paul Enthoven, Paris, Hermann, 1975, p. 168 (49e Leçon).

81. *Ibid.*, pp. 168-169.

82. Karl Polanyi, *The Machine and the Discovery of Society* [1957], in Karl Polanyi, *Essais,* textes réunis et présentés par Michèle Cangiani et Jérôme Maucourant, Paris, Le Seuil, 2008, chapitre 41, cité p. 549.

83. Cf. l'excellente biographie de Le Play par Françoise Arnault, *Frédéric Le Play. De la métallurgie à la science sociale,* Presses universitaires de Nancy, 1993, 252 p.

84. Frédéric Le Play, *Les Ouvriers européens,* Paris, Imprimerie impériale, 1855, 301 p.

85. Voir, par exemple, Alain Cottereau et Moktar Mohatar Mazok, *Une famille andalouse. Ethnocomptabilité d'une économie invisible,* Paris, Bouchêne, 2012, 345 p.

Chapitre 6
L'asservissement de la Loi au Nombre : du Gosplan au Marché total

1. So Vice is beneficial found, When it's by Justice lopt, and bound.

2. Je me permets de renvoyer sur ce point à *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit, op. cit.*, chapitre 3, pp. 137 et suiv.

3. Voir *supra*, p. 32.

4. É. Durkheim, *Les Règles de la méthode sociologique. Préface à la seconde édition* [1910], Paris, PUF, 1977 (19e édition), note 2, pages XX-XXI.

5. Cf. A. Supiot, *L'Esprit de Philadelphie, op. cit.*, ch. 1, pp. 29 et suiv.

6. Sur la pratique du *trading* haute fréquence, voir le rapport de l'Autorité des marchés financiers : Arnaud Oseredczuck, *Le Trading haute fréquence vu de l'AMF*, Paris, AMF, 2010, 14 p. Et sur les manipulations qu'il autorise : Michael Lewis, *Flash Boys. A Wall Street Revolt*, Norton & Cie, 2014, 288 p. ; Jean-François Gayraud, *Le Nouveau Capitalisme criminel*, Paris, Odile Jacob, 2014, 190 p. L'Union européenne n'a pas voulu interdire ces pratiques mais en a renforcé l'encadrement ; voir la Directive 2014/65/UE du 12 juin 2014 concernant les marchés d'instruments financiers, et le Règlement (UE) n° 600/2014.

7. Edwin A. Abbott [1838-1926], *Flatland. A Romance of Many Dimensions, with Illustrations by the Author, A SQUARE*, London, Seeley and Co, 1884, 100 p. (Accessible en ligne.)

8. O. de Leonardis "Nuovi conflitti a Flatlandia", in Giorgio Grossi [a cura di], *Conflitti contemporanei*, Turin, Utet, 2008, pp. 5 et suiv.

9. Contrairement à l'espace cartésien et aux représentations de la physique classique, l'univers décrit par Einstein n'est pas sans limites : il a un « bord », un horizon. Voir sur ce point les remarques d'Augustin Berque, *Écoumène. Introduction à l'étude des milieux humains*, Paris, Belin, 2000, p. 80.

10. Max Horkheimer et Theodor Adorno, *La Dialectique de la Raison, op. cit.*, p. 33.

11. Thomas L. Friedman, *The World is Flat. A Brief History of the Twenty-first Century*, New York, Farrar, Straus & Giroux, 2005, 496 p

12. H. J. Berman, *Law and Revolution II. The Impact of the Protestant Reformation on the Western Legal Tradition*, Harvard University Press, 2003, p. 19.

13. Sur cette constitution, voir Chen Jianfu, « La dernière révision de la Constitution chinoise. Grand bond en avant ou simple geste symbolique ? », *Perspectives chinoises*, n° 82, mars-avril 2004, pp. 15-32.

14. Voir la comparaison de ces deux expériences par Perry Anderson et Wang Chaohua, *Deux révolutions. La Chine au miroir de la Russie*, Marseille, Agone, 2014, 208 p.

15. Cf. sur l'application de cette conception au droit de propriété, la thèse d'Aurore Chaigneau, *Le Droit de propriété en mutation. Essai à la lumière du droit russe*, préface d'A. Lyon-Caen, Paris, Dalloz, 2008, 683 p.

16. Voir *supra* chapitre 3, p. 81 et p. 96.

17. Tamara Kondratieva, *Gouverner et nourrir. Du pouvoir en Russie*, Les Belles Lettres, 2002, 274 p.

18. Le Parti nazi (*Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei* : NSDAP) était appelé le

« mouvement ». Cf. M. Stolleis, « Que signifiait la querelle autour de l'État de droit sous le Troisième Reich ? », in Olivier Jouanjan (dir.), *Figures de l'État de droit*, Presses universitaires de Strasbourg, 2001, p. 374.

19. S. A. Golunsky et M. S. Trogovitch, *Theory of State and Law*, Moscou, 1940, cité par Pierre Lavigne, « La légalité socialiste et le développement de la préoccupation juridique en Union soviétique », *Revue d'études comparatives Est-Ouest*, 1980, vol. 11, n° 3, cité p. 11.

20. L'une de ses représentations les plus spectaculaires est *L'Ouvrier et la Kolkhozienne*, sculpture de Vera Moukhina, haute de vingt-cinq mètres et pesant quatre-vingts tonnes d'acier, clou du Pavillon soviétique lors de l'Exposition universelle de 1937 à Paris.

21. Karl Ballod, *Der Zukunftstaat*, Stuttgart, 1920. Je remercie Martine Mespoulet de m'avoir signalé cette filiation.

22. Sur les débats économiques qui présidèrent aux débuts du Gosplan, voir Naum Jasny, *Soviet Economists of the Twenties. Names to be remembered*, Cambridge University Press, 1972, 218 p.

23. Cf. Harold Bhérer, *Management soviétique*, Paris, Presses de la Fondation des sciences politiques, 1982, 259 p. ; Edward H. Carr, *An History of Soviet Russia Socialism in One Country. 1924-1926*, New York, Mac Millan, 1958, 557 p., spéc. p. 315 et suiv. ; François Seurot, *Le Système économique de l'URSS*, Paris, PUF, 1995, 367 p.

24. Sur l'histoire de la création en 1969 de ce « Prix de la Banque de Suède en sciences économiques en mémoire d'Alfred Nobel », voir Patrick Moynot, « Nobel d'économie : coup de maître », *Le Monde*, 15 octobre 2008.

25. Cette thèse d'une démocratie limitée a été âprement défendue par Friedrich A. Hayek, qui fut l'un des premiers lauréats de ce prétendu prix Nobel. Voir *infra*, chapitre 7, p. 264.

26. Sur le cas de la Chine, voir Barry M. Richman *Industrial Society in Communist China*, New York, Random House, 1969 ; Ma Hong (ed.), *Modern China's Economy and Management*, Beijing, Foreign Language Press, 1990 ; Corine Eyraud, *L'Entreprise d'État chinoise. De l'institution totale vers l'entité économique*, Paris, L'Harmattan, 1999, p. 215 et suiv.

27. Martine Mespoulet, *Construire le socialisme par les chiffres : enquêtes et recensements en URSS de 1917 à 1991*, Paris, INED, 2008, 240 p.

28. Cf. Henri Chambre, « Espace économique et Union soviétique », *Cahiers du monde russe et soviétique*, vol. 1, n° 1, mai 1959, pp. 25-48.

29. Cf. E. H. Carr, *An History of Soviet Russia Socialism in One Country*, *op. cit.*, p. 315 et suiv.

30. Cf. R. David, *Les Grands Systèmes de droit contemporain*, Paris, Dalloz, 1978 (7e éd.), n. 254 sq., p. 305 et suiv.

31. Cf. Conseil d'État, *Le Contrat, mode d'action publique et de production de normes*, rapport public, 2008, Paris, La Documentation française, 2008, vol. 2, 398 p. ; Jacques Caillosse, *La Constitution imaginaire de l'administration*, Paris, PUF, 2008, pp. 145 et suiv.

32. Huit conventions ont ainsi été adoptées entre 1995 à 2012 en matière de travail terrestre et six en matière de travail maritime, à comparer avec les 108 conventions adoptées entre 1946 et 1994.

33. T. Todorov, *Le Siècle des totalitarismes*, *op. cit.*, pp. 18-19.

34. Constitution de l'URSS, 1936, art. 4 et 5.

35. Cf. Alexandre Zinoviev, *L'Occidentisme. Essai sur le triomphe d'une idéologie*, Paris, Plon, 1995, 286 p.

36. Constitution de l'Union des Républiques socialistes soviétiques, 1936, art. 11.

37. Karl Löwith, *Weltgeschichte und Heilsgeschehen. Die theologischen Voraussetzungen der*

Geschichtsphilosophie, Stuttgart, Kohlhammer, 1953 ; *Histoire et salut. Les présupposés théologiques de la philosophie de l'histoire*, Paris, Gallimard, 2002.

38. Lénine, *Rapport d'activité du Conseil des commissaires du peuple au VIIIe congrès des Soviets de la R.F.S.F.R.* [décembre 1920], in *Œuvres*, Paris, Éditions sociales, t. 42, 1969.

39. Friedrich Engels, *Anti-Dühring* [1878], trad. Émile Botigelli, Paris, Éditions sociales, 1971, p. 317.

40. Je remercie Pierre Musso de m'avoir signalé cette formule d'Enfantin, parue dans *Le Globe* de juillet 1831 (reprise in *Religion saint-simonienne. Enseignement central*, Paris, Imprimerie d'Éverat, 1831, p. 104).

41. Cf. ses propos rapportés par Antoine Dumini et François Ruffin, « La Banque centrale, actrice et arbitre de la débâcle financière. Enquête dans le temple de l'euro », *Le Monde diplomatique*, novembre 2011.

42. Voir *infra*, chapitre 7, p. 284 et suiv.

43. Sur cette distinction, voir Michel Foucault, *Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France, 1978-1979, op. cit.* Sur l'influence de l'ordolibéralisme dans la construction européenne, voir Perry Anderson, *The New Old World*, Londres, Verso, 2009 ; trad. fr., *Le Nouveau Vieux Monde*, Marseille, Agone, 2011, p. 98 et suiv.

44. Voir la décision n° 2 BvR 2728/13 du Bundesverfassungsgericht en date du 14 janvier 2014 sur le programme d'opérations monétaires sur titres (OMT) de la Banque centrale européenne ; S. Dahan, O. Fuchs et M.-L. Layus, « *Whatever it takes ?* À propos de la décision OMT de la Cour constitutionnelle fédérale allemande », *Actualité juridique de droit administratif*, 2014, p. 1311.

45. Cf. Renate Hornung-Draus, « Le modèle allemand d'entreprise », in A. Supiot (dir.), *L'Entreprise dans un monde sans frontières*, *op. cit.*, pp. 167-178.

46. Cf. voir *infra*, chapitre 8, p. 232 et suiv.

47. Sur l'ambivalence de cette critique « postmoderne », voir déjà Luc Boltansky et Ève Chiapello, *Le Nouvel Esprit du capitalisme*, Paris, Gallimard, 1999 ; Gallimard, coll. « Tel », 2011 (deuxième édition), p. 233 sq et p. 609 et suiv.

48. Émile M. Cioran, *Histoire et utopie*, Paris, Gallimard, 1960, p. 21.

49. Michel Foucault, *« Il faut défendre la société. » Cours au Collège de France, 1976, op. cit.*, p. 24.

50. Pierre Bourdieu, « La force du droit », *Actes de la recherche en sciences sociales*, vol. 64, septembre 1986, pp. 3-19, cité p. 6.

51. M. Foucault, *Naissance de la biopolitique*, *op. cit.*, pp. 196-197. Notant cette ambiguïté, Márcio Alves da Fonseca observe que, si le thème du droit est omniprésent dans les écrits de Foucault, c'est en l'absence d'un concept le définissant et d'une théorie l'expliquant : cf. M. Alves da Fonseca, « Michel Foucault et le droit », in A. Supiot (dir.), *Tisser le lien social*, *op. cit.*, p. 164 ; *Michel Foucault e o direito*, São Paulo, Max Limonad, 2002 ; trad. fr. *Michel Foucault et le droit*, Paris, L'Harmattan, 2014, 256 p.

52. P. Bourdieu, *Réponses*, Paris, Le Seuil, 1992, p. 86.

53. P. Bourdieu, *Contre-feux. Propos pour servir à la résistance contre l'invasion néo-libérale*, Paris, Raisons d'agir, 1998, p. 46.

54. L. Dumont, *Homo æqualis*, t. I, *Genèse et épanouissement de l'idéologie économique*, *op. cit.*, p. 19.

55. M. Foucault, *Histoire de la sexualité, t.* 2, *L'Usage des plaisirs*, Paris, Gallimard, 1984, p. 38.

56. Gilles Deleuze et Félix Guattari, *Capitalisme et schizophrénie. 2. Mille plateaux*, Paris,

Minuit, 1980, 643 p.

57. *Ibid.*, p. 26

58. *Ibid.*, p. 31

59. *Ibid.*, p. 36

60. *Ibid.*, p. 484.

61. *Ibid.*, p. 486.

62. Cf. en ce sens D.-R. Dufour, *L'Individu qui vient… après le libéralisme*, Paris, Denoël, 2011, p. 128 et suiv.

63. Simone Weil, *L'Enracinement. Prélude à une déclaration des devoirs envers l'être humain* [1943], in *Œuvres, op. cit.*, p. 1054.

64. *Ibid.*, p. 1053. Weil est ici l'héritière de Charles Péguy, écrivant le 1er août 1914 que « pour la première fois dans l'histoire du monde l'argent est maître sans limitation ni mesure. Pour la première fois dans l'histoire du monde l'argent est seul en face de l'esprit » (Charles Péguy, *Note conjointe sur M. Descartes et la philosophie cartésienne*) in *œuvres complètes*, Paris, Gallimard, coll. « Bibliothèque de la Pléiade », t. 3, p. 1455.

65. Cf. Jean-Marie Goulemot, *Pour l'amour de Staline. La face oubliée du communisme français*, Paris, CNRS Éditions, 2009, 395 p.

Chapitre 7
Calculer l'incalculable : la doctrine *Law and Economics*

1. « If the stakes are high enough, torture is permissible. » R. A. Posner, « The Best Offense », *The New Republic*, 2 septembre 2002. Un rapport du Sénat américain (13 décembre 2014) a dévoilé l'ampleur et le caractère systématique de l'usage de la torture par la CIA et ses alliés (Voir le texte intégral accessible en ligne *The Senate Committee's Report on the CIA's Use of Torture*, *New York Times*, 9 décembre 2014.

2. L'expression est de Michel Miaille, dans *Une introduction critique au droit* (Paris, Maspero, 1976, p. 343 et suiv.).

3. René Guénon, *Le Règne de la Quantité et les signes des temps*, Paris, Gallimard, 1945, 272 p.

4. Ces montages ne doivent pas être confondus avec ceux proposés par Niklas Luhmann et Gunther Teubner, qui sont influencés par les théories biologiques de Francisco Varela. Voy. notamment N. Luhmann, *La Légitimation par la procédure*, Cerf/Presses de l'Université Laval, 2001, 248 p. ; G. Teubner, *Recht als autopoietisches System*, Frankfurt/Main, Surhkamp, 1989 ; trad. fr. *Le Droit, un système autopoiétique*, Paris, PUF, 1993, 296 p. ; et du même auteur, *Droit et réflexivité. L'auto-référence en droit et dans l'organisation*, Paris, LGDJ, 1994, 393 p. Sur le concept de Référence, voir Pierre Legendre, *Le Désir politique de Dieu. Essai sur les montages de l'État et du Droit*, Paris, Fayard, 2005 (deuxième édition), p. 350 et suiv.

5. C'est pourquoi on lui conservera son nom américain d'origine, plutôt que de la désigner par la notion plus large d'analyse économique du droit. Pour un excellent panorama des différentes approches économiques du droit, voir Thierry Kirat, *Économie du droit*, Paris, La Découverte, 2002 (nouvelle édition), 121 p.

6. Thorstein Veblen, « Why is economics not an evolutionary science », *The Quarterly Journal of Economics*, volume 12, 1898 ; *Theory of the Leisure Class* [1899], trad. fr., *Théorie de la classe de loisir*, Paris, Gallimard, coll. « Tel », 1970, 279 p.

7. John R. Commons, *Legal Foundations of Capitalism* [1924], With a New Introduction by Jeff E. Biddle & Warren J. Samuels, Transaction Publisher, 1995, 436 p.

8. Warren J. Samuels, *Economics, Governance, and Law : Essays on Theory and Policy*, Cheltenham, U.K., Edward Elgar, 2002, 199 p. ; G.M. Hodgson, *Economics and Institutions : A Manifesto for a Modern Institutional Economics*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1988, 365 p. ; Geoffrey M. Hodgson, Warren J. Samuels et Marc R. Tool, *The Elgar Companion to Institutional and Evolutionary Economics*, Londres, Edward Elgar, 1994.

9. Oliver E. Williamson, *Economic Institutions of Capitalism*, New York, Free Press, 1985 ; trad. fr. *Les Institutions de l'économie*, Paris, Interéditions, 1994, 404 p.

10. Robert Boyer, *Théorie de la régulation. L'état des savoirs*, Paris, La Découverte, 2002, 592 p. ; Michel Aglietta (dir.), *École de la régulation et critique de la raison économique*, Paris, L'Harmattan, 1994, 380 p.

11. Jean-Pierre Dupuy, *L'Avenir de l'économie. Sortir de l'écomystification*, Paris, Flammarion, 2012, 291 p. ; Olivier Favereau, « Note critique sur le droit, l'économie et le "marché" », *Revue de droit du travail*, n° 9, septembre 2012, pp. 479-487 ; André Orléan, *L'Empire de la valeur. Refonder l'économie*, Paris, Le Seuil, 2011, 343 p. ; Robert Salais et Michael Storper, *Les Mondes de production. Enquête sur l'identité économique de la France*, Paris, Éd. de l'EHESS, 1993, 467 p.

12. Voir notamment en France Roger Guesnerie, *L'Économie de marché*, Paris, Le Pommier, 2006, 192 p. ; André Masson, *Des liens et des transferts entre générations*, Paris, EHESS, 2009, 460 p. ; Thomas Piketty, *Le Capital au XXIe siècle*, Paris, Le Seuil, 2013, 970 p.

13. Voir <www.montpelerin.org/montpelerin/home.html lien>

14. « The Swedish Riksbank has put an egg in another very decent bird's nest and thereby infringed on the trademarked name of Nobel. Two thirds of the Bank's prizes in economics have gone to US economists of the Chicago School who create mathematical models to speculate in stock markets and options – the very opposite of the purposes of Alfred Nobel to improve the human condition. » Peter Nobel, cité par Hazel Henderson, « The "Nobel prize" that isn't », *Le Monde diplomatique*, english edition, february 2005.

15. George Orwell, *Animal farm* [1945] ; trad. fr. *La Ferme des animaux*, Paris, Gallimard, 1984, 150 p.

16. Les auditions par le Congrès américain des banquiers et traders impliqués dans le déclenchement de l'implosion financière de 2008 ont donné un bref aperçu de la morale et des mœurs de cette classe dirigeante. Voir aussi le documentaire *Inside Job* (2010) de Charles Ferguson, avec Matt Damon, qui donne à voir et à entendre de nombreux acteurs de cette crise.

17. Déclaration à l'agence Reuters, Bruxelles, 26 février 2013.

18. Cf. Wolfgang Streeck, *Gekaufte Zeit, Die vertagte Krise des demokratischen Kapitalismus*, Suhrkamp, 2013 ; trad. fr. par F. Joly, *Du temps acheté. La crise sans cesse ajournée du capitalisme démocratique*, Paris, Gallimard, coll. « NRF-Essais », 2014, 400 p. ; Wendy Brown, « Neo-liberalism and the End of Liberal Democracy », *Theory & Event*, Volume 7, Issue 1, 2003 ; trad. fr. in *Les Habits neufs de la politique mondiale. Néolibéralisme et néoconservatisme*, Paris, Les Prairies ordinaires, 2007, 137 p.

19. Cf. Juan Gabriel Valdés, *Pinochet's Economists : The Chicago School of Economics in Chile*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995, 352 p.

20. Gary S. Becker, *The Economic Approach to Human Behavior*, University of Chicago Press, 1976, 314 p.

21. Voir *supra*, chapitre 5, p. 137 et suiv.

22. Ronald Coase, « The Economics of the First Amendment. The Market for Goods and the Market for Ideas », *American Economic Review, Papers and Proceedings*, vol. 64, n° 2, 1974, pp. 384-391.

23. Cf. Laurent Mayali [dir.], *Le Façonnage juridique du marché des religions aux États-Unis*, Paris, Mille et une nuits, coll. « Les Quarante Piliers – Summulæ », 2002, 172 p.

24. Cf. Theodore M. Porter, *Trust in Numbers, op. cit.*, chapitre 7 : « US Army Engineers and the Rise of Cost-Benefit Analysis », pp. 148-189.

25. Richard Posner, *Economic Analysis of Law*, Wolters Kluwer, Aspen, 2010 (huitième édition).

26. Voir notamment parmi les plus récents, Robert Cooter et Thomas Ulen, *Law and Economics*, United States Edition, Prentice Hall, 2011 (sixième édition). Voir aussi les excellentes bibliographies figurant en annexe des livres de Thierry Kirat (*Économie du droit*) et Ejan Mackaay (*Analyse économique du droit*).

27. Ejan Mackaay et Stéphane Rousseau, *Analyse économique du droit*, Paris, Dalloz, coll. « Thémis », 2008, 728 p.

28. Cf. Bruno Deffains et Éric Langlais (dir.), *Analyse économique du droit. Principes, méthodes, résultats*, Paris, De Boeck, 2009, 407 p. ; et pour un panorama historique, Bruno Deffains et Samuel Ferey, *Agir et juger. Comment les économistes pensent le droit*, Paris, Université Panthéon-Assas, 2010, 123 p.

29. Voir *supra*, chapitre 5, p. 143 et suiv.

30. A. Comte, *Physique sociale. Cours de philosophie positive. Leçons 16 à 60, op. cit.*, p. 169.

31. La théorie des jeux a été systématisée par Oskar Morgenstern et John von Neumann en 1944 (in *Theory of Games and Economic Behavior*, Princeton University Press, 1944). Le prix dit Nobel d'économie est régulièrement attribué à des auteurs travaillant dans le cadre de cette théorie, qui a acquis la valeur d'un paradigme dans la science économique contemporaine. Pour une présentation d'ensemble, Gaël Giraud, *La Théorie des jeux*, Paris, Flammarion, 2009 (deuxième édition), 410 p. Et pour une approche juridique, Michel van de Kerchove et François Ost, *Le Droit ou les paradoxes du jeu*, Paris, PUF, 1992, 268 p.

32. Voir Roberte Hamayon, *Jouer. Étude anthropologique à partir d'exemples sibériens*, Paris, La Découverte, 2012, 370 p.

33. Cf. *supra*, chapitre 3, p. 93.

34. Michael C. Jensen & William H. Meckling, « Theory of the firm : managerial behavior, agency cost, and ownership structure », *Journal of Financial Economic*, 1976, pp. 305-360.

35. Cf. l'exemple du mandat immobilier étudié par Eric A. Posner, *Agency Models in Law and Economics*, John M. Olin Law & Economics Working Paper n° 92, The Chicago Working Paper Series, 2000, 12 p. <www.law.uchicago.edu/files/files/92.EAP_, Agency_0.pdf lien>

36. Voir *infra*, p. 221 et suiv.

37. Cf. Jean-Philippe Robé, « À qui appartiennent les entreprises ? », *Le Débat*, mars 2009, n° 155, pp. 32-36.

38. Cf. A. Supiot (dir.) *L'Entreprise dans un monde sans frontières, op. cit.*

39. Ronald H. Coase, « The Problem of Social Cost », *The Journal of Law & Economics*, vol. III, oct. 1960, pp. 1-44 (disponible en ligne à l'url www.econ.ucsb.edu/~tedb/Courses/UCSBpf/readings/coase.pdf).

40. *Ibid.*, p. 44.

41. « It is necessary to know whether the damaging business is liable or not for damage caused

since without the establishment of this initial delimitation of rights there can be no market transactions to transfer and recombine them. But the ultimate result (which maximises the value of production) is independent of the legal position if the pricing system is assumed to work without cost. » R. Coase, « The Problem of Social Coast », *op. cit.*, p. 8).

42. Un « circuit » désigne en droit américain le ressort d'une cour d'appel couvrant plusieurs États de l'Union.

43. T. Kirat, *Économie du droit, op. cit.*, p. 73.

44. Page d'accueil du Laboratoire d'Économie du Droit de l'Université de Paris 2, <www.u-paris2.fr/1284364950996/0/fiche___laboratoire/ lien>, consultée le 19 mars 2013.

45. 159 F.2d 169 (2d Cir. 1947). Voir Muriel Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 2 *Responsabilité civile et quasi-contrats*, Paris, PUF, coll. « Thémis », 2013 (troisième édition), pp. 58-59.

46. Alexandre Kojève a observé dès 1943 les impasses logiques de cette réduction de la figure du juge à l'*homo œconomicus* (voy. A. Kojève, *Esquisse d'une phénoménologie du droit*, Paris, Gallimard, 1981, pp.198-199).

47. Sur ce marché de l'arbitrage et ses pratiques, voir Pia Eberhardt & Cecilia Olivet, *Profiting from injustice. How law firms, arbitrators and financiers are fuelling an investment arbitration boom*, Bruxelles/Amsterdam, Corporate Europe Observatory and the Transnational Institute, 2012, 73 p. (accessible en ligne sur le site www.corporateeurope.org).

48. Voir notamment Stephan W. Schill (ed.), *International Investment Law and Comparative Public Law*, Oxford University Press, 2010, 920 p. ; Florian Gisel, *L'Arbitrage international ou le droit contre l'ordre juridique. Application et création du droit en arbitrage international*, Fondation Varenne, coll. « Des thèses », 2011, 308 p. ; Mathias Audit, *Contrats publics et arbitrage international*, Bruxelles, Bruylant, 2011, 234 p. ; Arno E. Gildemeister, *L'Arbitrage des différends fiscaux en droit international des investissements*, Paris, LDGJ, 2013, 488 p. ; Éric Loquin & Sébastien Manciaux (dir.), *L'Ordre public et l'arbitrage*, Lexis-Nexis, 2014, 258 p. ; Jorge E. Viñuales, « L'État face à la protection internationale de l'entreprise », in A. Supiot (dir.), *L'Entreprise dans un monde sans frontières*, Paris, Dalloz, 2015, pp. 103-114.

49. Cf. H. Demsetz, « Towards a theory of Property Rights », *American Economic Review*, n° 2, mai 1967, pp. 347-359 ; Eirik G. Furubotn et Svetozar Pejovich, « Property rights and economic theory : a survey of recent literature », *Journal of Economic Literature*, vol. X, n° 4, décembre 1972, pp. 1137-1162 ; S. Pejovich, *Economic Analysis of Institutions and Systems*, Dordrecht-Boston, Londres, Kluwer, 1995.

50. Richard Posner, *Economic Analysis of Law*, Wolter Kluwer, Aspen, « Casebook Series », 2010 (huitième édition) ; et du même auteur, « Let us never blame a contract breaker », *Michigan Law Review*, vol. 107, 2008-2009, pp. 1349-1343. Pour une présentation d'ensemble et une bibliographie détaillée, voir M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. I. *Contrats et engagement unilatéral*, Paris, PUF, coll. « Thémis », 2012 (troisième édition), p. 720 et suiv.

51. Oliver W. Holmes, Jr., *The Common Law*, Boston, Little, Brown & Co., 1881, pp. 107-10, 299-301 ; « The Path of the Law », *Harvard Law Review*, 1897, pp. 457, 462.

52. Yves-Marie Laithier, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, Paris, LGDJ, 2004, préf. Muir-Watt. Voir aussi Claude Fluet, « La rupture efficace du contrat », in Christophe Jamin (dir.), *Droit et économie des contrats*, Paris, LGDJ, 2008, pp. 155-167 et Judith Rochfeld, « La rupture efficace », *eod. loc.*, pp. 169-192. Pour une critique argumentée, voir Daniel Friedmann, « The Efficient Breach Fallacy », *The Journal of Legal Studies*, vol. 18, n° 1, janvier 1989, pp. 1-24.

53. Immanuel Kant, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, II (trad. Victor Delbos).

54. C. Castoriadis, *L'Institution imaginaire de la société, op. cit.*, p. 434.

55. Voir *supra*, chapitre 6, p. 178.

56. Olivier Cayla, in O. Cayla et Yan Thomas, *Du droit de ne pas naître*, Paris, Gallimard, 2002, p. 47.

57. Stéphanie Hénette-Vauchez, « Droits de l'homme et tyrannie : de l'importance de la distinction entre esprit critique et esprit de critique », *Recueil Dalloz* 2009, 238. Voir déjà dans le même sens Charlotte Girard et S. Hénette-Vauchez, *La Dignité de la personne humaine. Recherche sur un processus de juridicisation*, Paris, PUF, 2005, p. 215 et suiv.

58. Cf. M. Fabre-Magnan, « La dignité en Droit : un axiome », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2007/1 (vol. 58), pp. 1-30.

59. Loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne (1949), art. 1er.

60. « If the stakes are high enough, torture is permissible. » R. A. Posner, « The Best Offense », *The New Republic*, 2 septembre 2002. Cette position a été soutenue par de nombreux autres juristes américains. Voir pour des études d'ensemble Karen J. Greenberg & Joshua L. Datel, *The Torture Paper. The Road to Abu Ghraib*, Cambridge University Press, 2005, 1284 p. ; M. Terestchenko, *Du bon usage de la torture ou comment les démocraties justifient l'injustifiable*, Paris, La Découverte, 2008, spéc. le chapitre 2, « Des juristes au service de la torture », p. 27 et suiv.

61. Max Horkheimer et Theodor Adorno, *La Dialectique de la Raison, op. cit.*, p. 34.

62. Cour de justice des Communautés européennes (CJCE), 11 décembre 2007, aff. C-438/05, *Viking*, § 46.

63. Cf. Emilios Christodoulidis, « The European Court of Justice and "Total Market" Thinking », *German Law Journal*, 2013, vol. 14, n° 10, pp 171-186.

64. Bundesverfassungsgericht, Décision 2 BvE 2/08 du 30 juin 2009 (Traité de Lisbonne), § 211 et 216 (consultable sur le site de la Cour < www.bundesverfassungsgericht.de lien>).

65. Cf. notamment Philippe d'Iribarne, *La Logique de l'honneur. Gestion des entreprises et traditions nationales*, Paris, Le Seuil, 1989, 279 p. ; Robert Salais & Michael Storper, *Les Mondes de production. Enquête sur l'identité économique de la France*, Paris, éd. EHESS, 1993, 467 p. ; Robert Boyer, « Variété du capitalisme et théorie de la régulation », in *L'Année de la régulation*, n° 6 (2002-2003), Paris, Presses de Sciences-Po, 2002, pp. 125-194 ; Robert Boyer, *Une théorie du capitalisme est-elle possible ?*, Paris, Odile Jacob, 2004, 250 p.

66. F. A. Hayek, *L'Ordre politique d'un peuple libre* [1979], PUF, 1983, p. 184.

67. Cf. Isabelle Cadet, « La norme ISO 26000 relative à la responsabilité sociétale : une nouvelle source d'usages internationaux », *Revue internationale de droit économique*, 2010/4 (t. XXIV), pp. 401-439. Cette initiative a suscité la critique de certaines organisations d'employeurs (tels le BDA en Allemagne ou l'Organisation internationale des employeurs à l'OIT) qui ont fait valoir notamment : (a) qu'en dépit des déclarations de leurs auteurs ces normes empiéteraient sur les responsabilités de l'OIT ; (b) qu'elles restreindraient la liberté de gestion des entreprises et (c) qu'elles porteraient atteinte à la diversité des cultures juridiques nationales, telles qu'elles s'expriment dans chaque droit du travail (cf. M. Maupain, *L'OIT à l'épreuve de la mondialisation financière. Peut-on réguler sans contraindre ?*, Genève, BIT, 2012, p. 272).

68. Rafael La Porta, Florencio Lopez-de-Silane, Andrei Shleifer et Robert Vishny, « Law and Finance », *Journal of Political Economy*, 1998, vol. 106, n° 6, pp. 113-115.

69. Juan Botero, Simeon Djankov, Rafael La Porta, Florencio Lopez-de-Silanes and Andrei Shleifer, « The Regulation of Labor », *Quarterly Journal of Economics*, novembre 2004, pp. 1339-1382.

70. *Ibid.*, p. 1346

71. *Ibid.*, p. 1334

72. Cf. la page « Doing Business », du Groupe La Banque mondiale (<www.doingbusiness.org/ lien>), où l'on trouve notamment une mappemonde représentant la Terre comme un espace de compétition entre législations (*Business planet mapping the business environment*).

73. Voir *supra*, chapitre 5, p. 153.

74. Voir *supra*, chapitre 2, p. 169 et suiv.

75. Pour une analyse critique, voir Janine Berg et Sandrine Cazes, *Les Indicateurs Doing Business. Limites méthodologiques et conséquences politiques*, Genève, OIT, 2007, 23 p.

76. Sur les responsabilités de cette banque d'affaires dans le déclenchement de la crise et dans le maquillage des comptes de la Grèce, voir Marc Roche, *La Banque. Comment Goldman Sachs dirige le monde*, Paris, Albin Michel, 2010. Voir aussi le témoignage de l'un de ses anciens cadres, Gerg Smith, « Why I am leaving Goldman Sachs », *The New York Times*, 14 mars 2012.

77. « Europe's Banker Talks Tough. Draghi Says Continent's Social Model Is "Gone", Won't Backtrack on Austerity », entretien paru dans le *Wall Street Journal* du 24 février 2012. Sur cet abandon du projet d'Europe sociale et sur les moyens d'y remédier, voir Nicola Countouris & Mark Freedland (eds.) *Resocialising Europe in A Time of Crisis*, Cambridge University Press, 2013, 525 p.

78. CJCE, 9 mars 1999, *Centros*, aff. C-212/97, *Rec.* 1999, I, 1459 concl. La Pergola.

79. CJCE, 6 déc. 2007, aff. C-438/05, *Viking*, et CJCE 18 déc. 2007, aff. C-341-05, *Laval.* Voir A. Supiot, « Le sommeil dogmatique européen », *Revue française des affaires sociales*, 2012, n° 1, pp. 185-198.

80. Sur l'influence de la doctrine Law and Economics en droit du travail, voir Tatiana Sachs, *La Raison économique en droit du travail. Contribution à l'étude des rapports entre le droit et l'économie*, Paris, LGDJ, 2013, 448 p. ; Gwenola Bargain, *Normativité économique et droit du travail*, Paris, LGDJ, 2014, 535 p.

81. Cf. *supra*, p. 79.

82. A. Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, I, II, viii, in *Œuvres*, Paris, Gallimard, coll. « Bibliothèque de la Pléiade », t. 2, 1992, pp. 302-310

Chapitre 8
La dynamique juridique de la gouvernance par les nombres

1. Didier Migaud et Gilles Carrez, *La Performance dans le budget de l'État*, rapport d'information, Assemblée nationale n° 1780, 24 juin 2009, p. 7.

2. Voir déjà sur ce point, *Homo juridicus*, *op. cit.*, p. 287

3. N. Wiener, *Cybernétique et société. L'usage humain des êtres humains*, *op. cit.*, chapitre 1, p. 44.

4. Pour une analyse de cette révolution managériale, voir déjà Luc Boltansky et Ève Chiapello, *Le Nouvel Esprit du capitalisme*, *op. cit.*, p. 110 et suiv.

5. Pierre Legendre, *L'Empire de la vérité. Introduction aux espaces dogmatiques industriels*, Paris, Fayard, 1983, p. 152.

6. Cf. Romain Laufer, « Proposition for a Comparative History of Education in Law and

Management : About the Notion of Jurisprudence », in S. Dameron, R. Durand (ed.), *Redesigning Management Education and Research : Challenging Proposals from European Scholars*, Edward Elgar Publishing, 2012, pp. 30-55. Voir aussi Paolo Napoli « Pour une histoire juridique de la gestion », in Ph. Bezès et autres, *La mise en place du système financier public 1815-1914*, Ministère de l'Économie, coll. « Histoire économique et financière de la France », 2010, pp. 271-297. La notion de « management » a été préférée à celle de « direction » dans la traduction des citations qui suivent. Issu de la langue française, la notion de management est passée à l'anglais avant de nous revenir dans son sens moderne. Bossuet parle ainsi de l'incapacité de François d'Assise à devenir un bon « ménager » des affaires commerciales de son père (cf. *Panégyrique de saint François d'Assise*, in *Œuvres*, Paris, Gallimard, coll. « Bibliothèque de la Pléiade », 1961, p. 247).

7. Peter Drucker, *The Practice of Management* [1954], trad. fr. *La Pratique de la direction des entreprises*, Paris, Éditions d'organisation, 1957, 430 p. (spéc. chapitre XI : « Direction par objectifs et auto-contrôle », p. 165 et suiv.) ; voir aussi John Humble, *Management by objectives in action* [1970], trad. fr. *La Direction par objectifs et ses applications*, Paris, Publi-union, 1971, 351 p. ; Octave Gélinier, *Direction participative par objectifs*, Paris, Homme et techniques, 1968, 63 p.

8. P. Drucker, *La Pratique de la direction des entreprises, op. cit.*, p. 140 (traduction modifiée).

9. N. Wiener, *Cybernétique et société. L'usage humain des êtres humains, op. cit*. Voir *supra*, chapitre 1, p. 44 et suiv. Norbert Wiener ne fait pas partie des références citées par Peter Drucker et il n'est pas sûr que ce dernier l'ait lu.

10. P. Drucker, *La Pratique de la direction des entreprises, op. cit.*, p. 135.

11. *Ibid*., *loc. cit.*

12. *Ibid.*, pp. 63-64.

13. Cf. Bertrand Faure (dir.), *Les Objectifs dans le droit*, Paris, Dalloz, 2010, 214 p.

14. Cf. Philippe Waquet, « Les objectifs », *Droit social*, 2001, pp. 120-125 ; Thomas Pasquier, « Réviser les objectifs salariaux », *Revue de droit du travail*, 2013, pp. 82-89.

15. Voir *supra*, chapitre 7, p. 193 et suiv.

16. Voir Christophe Dejours, *L'Évaluation du travail à l'épreuve du réel. Critique des fondements de l'évaluation*, Paris, INRA, 2003, 82 p.

17. Soc. 10 juill. 2002, *Droit ouvrier*, 2002. 535, note V. Wauquier. Voir S. Vernac, « L'évaluation des salariés », *Recueil Dalloz*, 2005. Chron. 924, A. Lyon-Caen, « L'évaluation des salariés », *Recueil Dalloz*, 2009, 1124.

18. Code du travail, art. L.1222-1.

19. Code du travail, art. L.1222-2 à L.1222-4

20. Décret n° 2003-1284 du 26 décembre 2003.

21. Décret n° 2004-731 du 21 juillet 2004.

22. Décret n° 2006-1019 du 11 août 2006.

23. Loi du 5 juillet 2010 relative à la rénovation du dialogue social et comportant diverses dispositions relatives à la fonction publique, art. 40 et 41.

24. Jean Tapie, « Les recommandations de bonne pratique et les références médicales, des outils à généraliser », *Droit social*, 1997, p. 828 ; Didier Tabuteau, « Assurance maladie : les "standards" de la réforme, *Droit social*, 2004, pp. 872-876 ; Béatrice Espesson-Vergeat, « La force des avis et recommandations des autorités de santé », *Revue générale de droit médical 2009*, pp. 15-31 ; Michel Chassang, « Brèves réflexions sur l'avenir de la médecine libérale », *Revue de droit sanitaire et social*, 2011, pp. 7-14. Isabelle Vacarie, « Raison statistique et catégories du droit de la

santé », in *Statistique et normes*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2014, pp. 57-73.

25. Alain Pietrancosta, *Le Droit des sociétés sous l'effet des impératifs financiers et boursiers*, thèse Université Paris-I, 1999 ; Lulu Entreprises Inc., 2007, 2 tomes, 486 et 748 pages.

26. Pour une vue d'ensemble, Raymonde Vatinet, « Clair-obscur des stock-options à la française », *Revue des sociétés*, 1997, pp. 31-66 ; « Quelques incertitudes du régime juridique des stocks-options », *Droit social*, 2002, pp. 690-694.

27. Cf. Jean-Pierre Bertrel et Michel Jeantin, *Acquisitions et fusions des sociétés commerciales*, Paris, Lexis-Nexis, 2001, n° 382, p. 160 ; voir Martine Bertrel, *L'Incidence du LBO sur la notion de société*, thèse Université Paris-Est, Presses académiques francophones, 2012 ; et du même auteur, « L'impact social du LBO sur la société "cible" ou la nécessité de réformer l'abus de majorité », *Revue des sociétés*, 2013, p. 75.

28. Voir *infra*, p. 385 et suiv.

29. Code du travail, art. L.2323-57, al. 3 et 4 (Loi du 26 octobre 2012).

30. Voir *infra*, chapitre 9, p. 247.

31. Loi n° 2007-130 du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social. Cette loi confère aux partenaires sociaux le droit de négocier les termes des projets de réformes législatives ou réglementaires du droit du travail entrant dans le champ de la négociation collective nationale et interprofessionnelle. Voir Nicole Maggi-Germain, « Sur le dialogue social », *Droit social*, 2007, p. 798 ; Jean-François Cesaro, « Commentaire de la loi du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social », *Semaine juridique*, 20 février 2007, p. 174 ; A. Supiot, « La loi Larcher ou les avatars de la démocratie représentative », *Droit Social*, 2010, pp. 525-532.

32. Voir *infra*, chapitre 10, p. 279 et suiv.

33. *Code de commerce*, art. L.123-14. Voir *supra*, chapitre 5, p. 120 et suiv.

34. Loi n° 2007-544 du 12 avril 2007. Cf. Bernard Jacquillat, « La gouvernance des entreprises de marché », *Revue d'économie financière*, 2006, pp. 169-188. Sébastien Neuville, « Les prestataires (entreprises d'investissement et entreprises de marché) et les services d'investissement », *Bulletin Joly Bourse et produits financiers*, 2007, pp. 559-585.

35. Sur l'ensemble de la question, voir Alain Couret et Hervé Le Nabasque (dir.), *Droit financier*, Paris, Dalloz, 2012 (deuxième édition), p. 6.

36. Les algorithmes des ordinateurs chargés du *high frequency trading* permettent de passer plusieurs dizaines d'ordres par milliseconde. Aujourd'hui, 90 % des ordres envoyés sur le marché des actions en Europe sont émis par ces « traders à haute fréquence ». Ces chiffres sont encore plus importants aux États-Unis, où on impute à cette pratique plusieurs *flash crash* de Wall Street, dont celui du 6 mai 2010 (Cf. "High-Frequency Trading", *New York Times*, 10 octobre 2011).

37. A. Couret et H. Le Nabasque, *Droit financier*, *op. cit.*, p. 16.

38. Antoine Gaudemet, *Les Dérivés*, Paris, Economica, 2010, préf. Hervé Synvet, 328 p.

39. Cf. A. Couret et H. Le Nabasque, *Droit financier*, *op. cit.*, p. 814. À titre d'ordre de grandeur, les charges nettes de l'État s'élèvent en France à environ 300 milliards d'euros en 2014, c'est-à-dire environ 374 milliards de dollars.

40. Du nom de John Law qui, avec le soutien du Régent, convertit la dette publique en papier-monnaie, gagé sur les revenus à venir des colonies. Cette première bulle spéculative fondée sur la monnaie de papier éclata en 1720 (voir Edgar Faure, *La Banqueroute de Law*, Paris, Gallimard, 1977, 742 p.).

41. Voir *supra*, chapitre 5, p. 150.

42. François Morin, *Le Nouveau Mur de l'argent. Essai sur la finance globalisée*, Paris, Le Seuil,

2006, 277 p.

43. André Orléan, *L'Empire de la valeur. Refonder l'économie*, Paris, Le Seuil, 2011, p. 307.

44. Voir *supra*, chapitre 5, p. 144.

45. Règlement n° 1606-2002 du Parlement et du Conseil européens du 19 juillet 2002. L'IASC a pour pendant américain le Financial Accounting Standards Board (FASB), ces deux organismes d'ailleurs largement consanguins se partageant la normalisation comptable à l'échelle mondiale.

46. Samuel Jubé, *Droit social et normalisation comptable*, *op. cit*.

47. Cf. S. Jubé, « Régulation bancaire et régulation comptable », in *Débats autour de la régulation bancaire et de ses impacts*, *The Journal of Regulation*, mai 2012.

48. Pour une présentation d'ensemble, voir Owen E. Hughes, *Public Management and Administration. An Introduction*, Palgrave Macmillan, 1994 ; 2012 (quatrième édition), 373 p. ; pour une approche sociologique, voir Béatrice Hibou, *La Bureaucratisation du monde à l'ère néolibérale*, Paris, La Découverte, 2012, 223 p.

49. Code de la sécurité sociale, art. L.O.111-3 et L.O.111-4. Cf. Rémi Pellet, « Les lois de financement de la sécurité sociale depuis la loi organique du 2 août 2005 », *Revue de droit sanitaire et social*, 2006, p. 136 ; Anne-Sophie Ginon et Maurice Trepeau, « L'ONDAM peut-il s'imposer comme outil de régulation des dépenses d'assurance maladie ? », *Revue de droit sanitaire et social*, 2008, p. 1096 ; Patrick Hassenteufel et Bruno Palier, « Les trompe-l'œil de la "gouvernance" de l'Assurance-maladie. Contrastes franco-allemands », *Revue française d'administration publique*, 2005, n° 113, p. 13.

50. Étienne Douat, « La valeur juridique de l'ONDAM. Apparence et réalité », in *Finances publiques et santé*, Dalloz, 2011, p. 493.

51. Loi organique n° 2001-692 du 1er août 2001 relative aux lois de finances (LOLF). Voir le memento *Les objectifs et les indicateurs de performance des projets et rapports annuels de performance annexés aux projets de lois de finances* publié par la Direction de la réforme budgétaire, 12 décembre 2003, et le *Guide pratique de la LOLF* (*Comprendre le budget de l'État*) publié par le ministère de l'Économie et des Finances en juin 2012. Voir aussi Jean-Pierre Camby (dir.), *La Réforme du budget de l'État. La LOLF*, LGDJ, coll. « Systèmes », 2004 (deuxième édition) ; Philippe Parini et Michel Bouvier, *La Nouvelle Administration financière et fiscale*, LGDJ, 2011 ; Henry-Michel Crucis, « La gestion publique en mode LOLF : quel genre ? », *Actualité juridique Droit administratif* (*AJDA*), 2008, p. 1017 ; et du même auteur, « Les objectifs en droit financier public. La fin en soi ? », in Bertrand Faure (dir.), *Les Objectifs dans le droit*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 115-133.

52. Didier Migaud et Gilles Carrez, *La Performance dans le budget de l'État*, rapport d'information, *op. cit.*, p. 7. Sur ce concept et sa mise en œuvre, voir Florence Jany-Catrice, *La Performance totale : nouvel esprit du capitalisme ?*, Lille, Presses universitaires du Septentrion, 2012, 175 p.

53. Sources : LOLF, art. 7-I, 51 et 54 ; *Guide pratique de la LOLF* préc., pp. 73-75.

54. *Guide pratique de la LOLF (Comprendre le budget de l'État)*, Ministère de l'Économie et des Finances, *op. cit.*, glossaire, pp. 73-75.

55. Cf. Corine Eyraud, *Le Capitalisme au cœur de l'État. Comptabilité privée et action publique*, Broissieux, Éd. du Croquant, 2013, 320 p.

56. LOLF, art. 30.

57. La certification des seules universités françaises représente ainsi une dépense publique supplémentaire de 50 millions d'euros par an (Cf. C. Eyraud, *Le Capitalisme au cœur de l'État. Comptabilité privée et action publique*, *op. cit.*, p. 231).

58. Michel Bouvier, « La constitutionnalisation de la programmation pluriannuelle des finances publiques », *Les Petites Affiches*, 19 décembre 2008, n° 245, p. 50 ; et du même auteur, « Programmation pluriannuelle, équilibre des finances publiques et nouvelle gouvernance financière publique », *Les Petites Affiches*, 22 janvier 2009, n° 16, p. 52.

59. Voir Benoît Jean-Antoine, « La règle d'équilibre ou "règle d'or" en droit comparé », *Revue française de finances publiques*, 2012, n° 117, p. 55.

60. Conseil d'État, *Le contrat, mode d'action publique et de production des normes. Rapport annuel 2008*, La Documentation française, 2008 ; Sandrine Chassagnard-Pinet, David Hiez (dir.), *La Contractualisation de la production normative*, Paris, Dalloz, 2008 ; Laurent Richer, « La contractualisation comme technique de gestion des affaires publiques », *Actualité juridique de droit administratif* (*AJDA*), 2003, p. 973.

61. Lois n° 83-8 du 7 janvier 1983 (relative à la répartition de compétences entre les communes, les départements, les régions et l'État), n° 87-572 du 23 juillet 1987 et n° 92-675 du 17 juillet 1992 (relatives à l'apprentissage) ; Code de l'éducation, art. D. 214-5 et suiv.

62. Loi n° 2005-781 du 13 juillet 2005 de programme fixant les orientations de la politique énergétique ; Code de l'environnement, art. L.226-26 ; Adrien Fourmon, « L'essor des plans Climat-Énergie territoriaux », *Gazette du Palais*, 4 juillet 2009, n° 185, p. 24.

63. Code de la santé publique, art. 1435-3 et 16114-1 ; Laurent Cocquebert, « Le contrat pluriannuel d'objectifs et de moyens est-il un contrat ? », *Revue de droit sanitaire et social*, 2012, p. 34.

64. Loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation de la justice ; voir Renaud Denoix de Saint Marc, « Les contrats d'objectifs des cours administratives d'appel », *AJDA*, 2008, p. 1246

65. Code de l'éducation, art. L. 712-9.

66. Cf. Malie Montagutelli, « L'école américaine dans la tourmente de "No Child Left Behind" », *Revue française d'études américaines*, 2009/1, n° 119, pp. 94-105 ; voir aussi Adam Gamoran, « Bilan et devenir de la loi "No Child Left Behind" aux États-Unis », *Revue française de pédagogie*, n° 178, janvier-mars 2012, p. 13-26.

67. Voir *supra*, chapitre 7, p. 207.

68. Guy Abeille, « À l'origine du déficit à 3 % du PIB, une invention 100 %… française », *La Tribune*, 1er octobre 2010.

69. Le président de la République française s'était fait élire en mai 2012 sur la promesse qu'il ne ratifierait pas ce texte en l'état, ce qu'il s'est empressé de faire aussitôt élu. Aux termes d'une décision particulièrement alambiquée, le Conseil constitutionnel a estimé que cette ratification pouvait s'opérer sans révision constitutionnelle (Conseil constitutionnel, n° 2012-653 DC, 9 août 2012).

70. Loi organique n° 2012-1403 du 17 décembre 2012 relative à la programmation et à la gouvernance des finances publiques.

71. Voir Antony Taillefait, « Les "automatismes budgétaires" à l'épreuve du politique. À propos des dettes publiques », *Revue française des finances publiques*, 2012, n° 118, p. 133 ; Daniel Wilsher, « Law and the Financial Crisis : Searching for Europe's New Gold Standard », *European Law Journal*, vol. 19, n° 3, 2013, pp. 241-283.

72. Traité de fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), art. 105, § 1. C'est une différence majeure avec la Réserve fédérale des États-Unis, dont la première mission est de veiller au plein

emploi.

73. TFUE, art. 101. Protocole sur les statuts du Système européen de banques centrales et de la Banque centrale européenne, art. 21.

74. Voir en ce sens la démonstration de Frédéric Lordon, dans *La Malfaçon. Monnaie européenne et souveraineté démocratique*, Paris, Les liens qui libèrent, 2014, p. 23 et suiv.

75. Cf. Jean-Marc Sorel, « Sur quelques aspects juridiques de la conditionnalité du FMI et leurs conséquences », *European Journal of International Law*, 1996, pp. 42-66.

76. De nouvelles règles de conditionnalité ont été adoptées par le FMI en 2009. Le suivi de la mise en œuvre des mesures structurelles se fait désormais dans le contexte des « revues des programmes », et non plus à l'aide de critères de réalisation structurels.

77. Banque mondiale, *Rapport sur le développement dans le monde 2000-2001 : combattre la pauvreté*, Paris, Éditions Eska, 2001 ; Jean-Pierre Cling, Mireille Razafindrakoto et François Roubaud (dir.), *Les Nouvelles Stratégies internationales de lutte contre la pauvreté*, Paris, Economica, 2003, 463 p.

78. Cf. la Déclaration du Millénaire adoptée par l'Assemblée générale des Nations unies (Résolution 55/2 du 13 septembre 2000). Les objectifs sociaux et environnementaux occupent une place centrale dans cette résolution (qui consacre aussi le principe de solidarité) : développement et élimination de la pauvreté ; protection de l'environnement ; promotion de la démocratie et de la bonne gouvernance ; protection des groupes vulnérables ; réponse aux besoins spéciaux de l'Afrique.

79. Steve Knack & Nick Manning, *Towards Consensus on Governance Indicators*, World Bank, mars 2000, 28 p. ; Marie Besançon, *Good Governance Ranking : The Art of Measurement*, Cambridge Mass., World Peace Foundation-Harvard University, 2003, 40 p. ; Steven Van de Walle, « Peut-on mesurer la qualité des administrations publiques grâce aux indicateurs de gouvernance ? », *Revue française d'administration publique*, 2005/3, n° 115, pp. 435-461.

80. Jean Gadrey et Florence Jany-Catrice, *Les Nouveaux Indicateurs de richesse*, Paris, La Découverte, 2007 (deuxième édition) ; Joseph Stiglitz, Amartya Sen et Jean-Paul Fitoussi, *Richesse des nations et bien-être des individus. Rapport au Président de la République*, préface de Nicolas Sarkozy, Paris, Odile Jacob, 2009, 351 p.

81. Anne-Sophie Tabau, *La Mise en œuvre du Protocole de Kyoto en Europe*, Bruylant, 2011, 527 p. ; Alexandre Borde et Haitham Joumni, « Le recours au marché dans les politiques de lutte contre le changement climatique », *Revue internationale et stratégique*, n° 67, 2007, p. 53.

82. Voir *supra*, chapitre 7, p. 195 et suiv.

83. Cf. Roger Guesnerie et Henry Tulkens (eds), *The Design of Climate Policy*, MIT Press, CESifo Seminar Series, 2008 ; Roger Guesnerie, *Pour une politique climatique globale*, Paris, Éditions Rue d'Ulm/Presses de l'École normale supérieure, 2010, 96 p.

84. Voir, concernant l'*International Country Risk Guide* (ICRG), Anja Linder & Carlos Santiso, « Not Everything that Counts Can be Counted : A Critical Look at Risk Ratings and Governance Indicators », *Nordic Journal of Political Economy*, vol. 29, 2003, pp. 105-132.

85. Règlement (CE) n° 1060/2009 du 16 septembre 2009, modifié par le Règlement (UE) n° 513/2011 du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2011 et complété par cinq règlements délégués du 31 mars et du 12 juillet 2012. Voir sur la question Norbert Gaillard, *Les Agences de notation*, La Découverte, coll. « Repères », 2010 ; Thierry Bonneau, « Coup de projecteur sur les agences de notation », *La Semaine juridique* édition Générale (*JCP G*), n° 45, novembre 2011, p. 1184 ; « Règlements délégués », *Revue de droit bancaire et financier*, n° 5, septembre 2012, comm. 173.

86. Jean-Marc Moulin, « Conflits d'intérêts chez les agences de notation », *Bull. Joly Bourse*, numéro spécial, décembre 2008, p. 580.

87. C'est ce qu'a illustré l'affaire du Libor. Le Libor désigne une famille de taux qui sont censés représenter le prix de marché du prêt interbancaire et servent de référence dans de très nombreuses opérations de crédit. Le montant du Libor est établi quotidiennement sur la base des déclarations des banques établies à Londres sur les taux qu'elles pratiquent entre elles. On a découvert que plusieurs d'entre elles s'entendaient pour le manipuler, ce qui a conduit notamment à la condamnation par la justice britannique de la banque Barclays à une amende de 365 millions d'euros.

Chapitre 9
Les impasses de la gouvernance par les nombres

1. « If you try to improve the performance of a system of people, machines, and procedures by setting numerical goals for the improvement of individual parts of the system, the system will defeat your efforts and you will pay a price where you least expect it. » (Myron Tribus, Ph. D., P. E., *Quality First. Selected papers on quality and productivity Improvement*, Washington D. C., National Society of Professional Engineers, 1992 [quatrième édition], p. 1459).

2. Platon, Lettre VIII, in *Œuvres complètes*, t. 2, Paris, Gallimard, coll. « Bibliothèque de la Pléiade », 1964, p. 1227.

3. Cf. Douglas Hofstadter, *Gödel, Escher, Bach: an Eternal Golden Braid* [1979] ; trad. fr. *Gödel, Escher, Bach. Les brins d'une guirlande éternelle*, Paris, Dunod, 2000, 883 p.

4. Anne Nicolle, « Comparaison entre les comportements réflexifs du langage humain et la réflexivité des langages informatiques », in Serge Stinckwich (dir.), *Réflexivité et auto-référence dans les systèmes complexes*, Paris, École nationale supérieure des télécommunications, 2005, pp. 137-148 ; et du même auteur, « La question du symbolique en informatique », in Hélène Paugam-Moissy, Vincent Nyckees, Josiane Caron-Pargue (dir.), *La Cognition entre individu et société*, Paris, Hermès, 2001, 370 p.

5. Voir *supra*, chapitre 1, p. 36 et suiv.

6. K. Polanyi, *The Livehood of Man* [1977] ; trad. fr. *La Subsistance de l'homme. La place de l'économie dans l'histoire et la société*, Paris, Flammarion, 2011, p. 50 et suiv.

7. Cf. Ernest Nagel, James R. Newman, Kurt Gödel, Jean-Yves Girard, *Le Théorème de Gödel*, Paris, Le Seuil, 1997 (deuxième édition), 179 p. ; Pierre Cassou-Noguès, *Les Démons de Gödel. Logique et folie*, Paris, Le Seuil, coll. « Points », 2007, spéc. p. 173 et suiv.

8. Jean-Yves Girard, « Le théorème d'incomplétude de Gödel », in Nicolas Bouleau, Jean-Yves Girard, Alain Louveau, *Cinq conférences sur l'indécidabilité*, École nationale des Ponts et Chaussées, 1982, p. 23.

9. *Ibid.*, p. 20.

10. *Ibid.*, pp. 23-24.

11. Sur l'imaginaire génétique, voir Barbara Duden, *Die Gene im Kopf – der Fötus im Bauch. Historisches zum Frauenkörper*, Hannover, Offizin Verlag, 2002, 266 p.

12. Pierre-Joseph Proudhon, *Les Majorats littéraires. Examen d'un projet de loi ayant pour but de créer, au profit des auteurs, inventeurs et artistes, un monopole perpétuel*, Bruxelles, Office de publicité, 1862, p. 16.

13. Voir *supra*, chapitre 8, p. 219.

14. Cour des comptes, *Rapport public annuel 2012*, p. 605.

15. Günther Anders, *Die Antiquiertheit des Menschen*, Munich, Beck, 1956, trad. fr. *L'Obsolescence de l'homme. Sur l'âme à l'époque de la deuxième révolution industrielle*, Paris, Ivrea, 2002, p. 79.

16. Voir Wim Blockmans, *Bibliometrics : Use and Abuse in the Review of Research Performance*, Portland Press, 2014, 178 p. (travaux de la conférence de l'Academia Europæ).

17. Cf. R. Adler, J. Ewing & P. Taylor (Joint Committee on Quantitative Assessment of Research), *Citation Statistics*, A report from the International Mathematical Union (IMU) in cooperation with the International Council of Industrial and Applied Mathematics (ICIAM) and the Institute of Mathematical Statistics (IMS), décembre 2008, <http://www.mathunion.org/fileadmin/

IMU/Report/CitationStatistics.pdf>. Voir aussi l'éditorial de la revue *Mathematical Structures in Computer Science*, « Bibliometrics and the curators of orthodoxy », *Mathematical Structures in Computer Science* (2009), Cambridge University Press, vol. 19, pp. 1-4.

18. N. C. Liu et Y. Cheng, « Academic Ranking of World Universities – Methodologies and Problems », *Higher Education in Europe*, vol. 30, n° 2, 2005, pp. 127-136.

19. Voir *supra*, chapitre 6, p. 162 et suiv.

20. Voir *supra*, chapitre 8, p. 228 et suiv. Sur ces mesures de la performance de l'État, voir Florence Jany-Catrice, *La Performance totale : nouvel esprit du capitalisme ?*, *op. cit.*, p. 91 et suiv.

21. D. n° 2011-1038, 29 août 2011 instituant une prime d'intéressement à la performance collective des services dans les administrations de l'État, cité art. 2, al. 3. Voir Lucie Cluzel-Métayer, « La prime de fonctions et de résultats dans la fonction publique », *Droit administratif*, février 2010, prat. 1 ; Didier Jean-Pierre, « La prime d'intéressement à la performance collective : entre dits et non-dits », *La Semaine juridique*, éd. A, n° 38, 19 septembre 2011, p. 2305 ; Marcel Pochard, « La prime d'intéressement dans la fonction publique. Risques et chance », *AJDA*, 2011, p. 1705.

22. Circulaire du 29 août 2011 relative à la mise en place d'une prime d'intéressement à la performance collective des services dans les administrations de l'État et ses établissements publics, art. 3.1.1.

23. Voir *supra*, chapitre 8, p. 231-232.

24. Malie Montagutelli, « L'école américaine dans la tourmente de "*No Child Left Behind*" », art. cit., pp. 99-100. ; voir dans le même sens Adam Gamoran, « Bilan et devenir de la loi "No Child Left Behind" aux États-Unis », art. cit., p. 13-26.

25. Sur cette notion de qualification statistique, voir *supra*, chapitre 5, p. 140.

26. Sur cet indicateur, voir *supra*, p. 233.

27. Voir *infra*, p. 376 et suiv.

28. Sur l'impact négatif des politiques du chiffre sur la démocratie, voir Albert Ogien, *Desacraliser le chiffre dans l'évaluation du secteur public*, Versailles, Ed. Qae, 2013, 117 p.

29. C. Eyraud, *Le Capitalisme au cœur de l'État. Comptabilité privée et action publique*, *op. cit.*, pp. 197-207.

30. Voir *supra*, p. 376 et suiv.

31. PLR 2011 – Extrait du RAP [Rapport annuel des performances] de la mission : « Recherche et enseignement supérieur », p. 42 (disponible sur le site <www4.minefi. gouv. fr/budget/plf2011/docrap/DRGPGMPGM150.DOC>). Ce calcul est en compte fractionnaire, c'est-à-dire en tenant compte du nombre de laboratoires signataires de chaque publication.

32. Thomas Kuhn, *The Structure of Scientific Revolution* [1962] ; *La Structure des révolutions scientifiques* [1962], Paris, Flammarion, 1983, chapitre 2, p. 60 et suiv.

33. Cf. Frédéric Patras, *La Possibilité des nombres*, Paris, PUF, 2014, pp. 36-39.

34. Pour un développement de ces différents points, cf. ma *Critique du droit du travail*, Paris, PUF, 1994 ; coll. « Quadrige », 2002, 280 p.

35. Voir *infra*, chapitre 13, p. 362 et suiv.

36. Loïc Lerouge, *La Reconnaissance d'un droit à la santé mentale au travail*, Paris, LGDJ, 2005 ; N. Maggi-Germain, « Le stress au travail », *Revue de jurisprudence sociale*, 2003, n° 3, chr. 191. Patrice Adam, « La prise en compte des risques psychosociaux par le droit du travail français », *Droit ouvrier*, 2008, p. 313.

37. Loin d'avoir disparu, ces risques ne cessent de prendre des formes nouvelles (amiante, exposition aux nouveaux produits chimiques, radioprotection, etc.). Voir Annie Thébaud-Mony *et alii*, *Santé au travail. Approches critiques*, Paris, La Découverte, 2012, 357 p.

38. Cf. l'état des lieux dressé à l'époque dans un rapport conjoint de l'OMS et l'OIT : Gaston Harnois & Phyllis Gabriel, *Mental Health at Work : Impact, Issues and Good Practices*, Genève, WHO/ILO, 2000, 66 p. Les rapports élaborés sur ces nouveaux risques ont bien sûr eu pour premier objectif d'en construire des indicateurs quantifiés (voir Philippe Nasse et Patrick Légeron, *Rapport sur la détermination, la mesure et le suivi des risques psychosociaux au travail*, ministère du Travail, 2008, 42 p. : Michel Gollac et Marceline Bodier (dir.), *Mesurer les facteurs psychosociaux de risque au travail pour les maîtriser*, Rapport au ministre du Travail, Paris, La Documentation française, 2011.

39. Un cas particulièrement médiatisé, mais non isolé, a été celui du plus grand fabricant mondial de composants électroniques, l'entreprise Foxconn Technology, sous-traitante des firmes Apple, Dell ou Nokia, sur le site de production de laquelle onze jeunes salariés se sont donné la mort durant le seul premier semestre 2010.

40. Yves Clot, *Le Travail à cœur. Pour en finir avec les risques psychosociaux*, Paris, La Découverte, 2010, 190 p.

41. Sur les premiers usages de ces psychotechniques, voir Simone Weil, « La rationalisation » [1937], in *La Condition ouvrière*, Paris, Gallimard, 1964, pp. 314-315.

42. Robert Castel, *La Gestion des risques. De l'anti-psychiatrie à l'après-psychanalyse*, Paris, Minuit, 1981, p. 169.

43. Cf. Maurice Thévenet *et alii*, *Fonctions RH. Politiques, métiers et outils des ressources humaines*, Paris, Pearson Education, 2009, pp. 107 et 110. Sur la place de cet entretien dans l'histoire des théories du management, voir Loïc Cadin, Francis Guérin et Frédérique Pigeyre, *Gestion des ressources humaines*, Paris, Dunod, 2007 (troisième édition), chapitre 7 : « L'appréciation ». Et sur les origines de l'idée de « mobilisation maximale », voir *infra*, p. 355 et suiv.

44. Cf. Marcel Gauchet et Gladys Swain, *La Pratique de l'esprit humain. L'institution asiliaire et la révolution démocratique*, Paris, Gallimard, 1980, p. 406.

45. Cf. Chr. Dejours, *L'Évaluation du travail à l'épreuve du réel. Critique des fondements de l'évaluation*, Paris, INRA, 2003, 82 p.

46. Cf. en ce sens les travaux développés sous l'égide d'ATD-Quart-Monde, *Le Croisement des savoirs et des pratiques*, Paris, Éditions de l'Atelier, 2009, 703 p.

47. S. Jubé, *Droit social et normalisation comptable*, *op. cit.*, p. 558 et suiv.

48. Loi n° 98-546 du 2 juillet 1998. Code de commerce, art. L. 225-207 et suiv. Voir, en faveur de cette réforme, Renaud Mortier, *Le Rachat par la société de ses droits sociaux*, Paris, Dalloz-Sirey, 2003, 708 p.

49. Cf. Jean-Luc Gréau, *L'Avenir du capitalisme*, Paris, Gallimard, 2005, p. 174 et suiv.

50. Voyez sur le rachat par EADS (Airbus) de 15 % de son capital au profit de ses actionnaires, Martine Orange, « EADS : le grand pillage par les actionnaires », *Mediapart*, 23 mars 2013.

51. « La proportion du *cash-flow* utilisé dans le rachat d'actions a plus que doublé en une décennie, alors que l'investissement productif tombe […]. Cette politique a permis un des plus forts rallyes boursiers de ces cinquante dernières années : les rachats d'actions ont augmenté de 300 % depuis mars 2009. Mais les investisseurs craignent que les dirigeants d'entreprise n'étouffent la croissance boursière s'ils ne réinvestissent pas dans leurs activités », Lu Wang and Callie Bost, *S&P 500 Companies Spend 95 % of Profits on Buybacks, Payouts*, Bloomberg, 6 octobre 2014, cité

par Martine Orange, in *Mediapart*, 16 octobre 2014.

52. Composée du FMI, de la Commission et de la Banque centrale européenne, la « Troïka » a dicté leur politique aux pays de la zone euro ayant fait appel à un soutien financier de l'Union. Voyez les constats accablants du Parlement européen sur son fonctionnement dans ses deux résolutions du 13 mars 2014 : sur le rapport d'enquête sur le rôle et les activités de la Troïka (P7_TA-PROV(2014)0239) et sur l'emploi et les aspects sociaux du rôle et des opérations de la Troïka (P7_TA-PROV(2014)0240) dans les pays du programme de la zone euro (disponibles sur le site http://www.europarl.europa.eu).

53. Y compris certains de ses territoires, plusieurs députés allemands ayant appelé la Grèce à vendre certaines de ses îles (Cf. *Le Figaro Économie*, 5 mars 2010).

54. Pour avoir envisagé en 2011 de soumettre à référendum le plan de sauvetage prescrit à la Grèce par les autres pays de la zone euro jusqu'en 2020, le Premier ministre grec M. Georges Papandréou a été poussé à la démission, sous la pression de M. Sarkozy et de Mme Merkel (cf. Serge Halimi, « Juntes civiles », *Le Monde diplomatique*, décembre 2011).

55. Paul Valéry, « Le bilan de l'intelligence » [1935], in *Œuvres*, t. 1, Paris, Gallimard, coll. « Bibliothèque de la Pléiade », 1957, p. 1076.

56. Cf. Alexandre Gourevitch, *Économie soviétique. Autopsie d'un système*, Paris, Hatier, 1992, pp. 13 et suiv.

57. Sur l'augmentation de ces fraudes, voy. F. C. Fang, R. G. Steen, A. Casadevall, « Misconduct accounts for the majority of retracted scientific publications », *Proceedings of the National Academy of Science*, 2013, vol. 109, n° 42, pp. 17028-17033 <http://www.pnas.org/content/109/42/17028.full> ; John P. A. Ioannidis, « Why Most Published Research Findings Are False », *PLOS Medicine*, 30 août 2005 (DOI : 10.1371/journal.pmed.0020124).

58. Ousmane O. Sidibé, « Les indicateurs de performance améliorent-ils l'efficacité de l'aide au développement ? », Nantes, IEA, 2012, accessible en ligne en français et en anglais sur le site de l'Institut d'études avancées de Nantes <http://www.iea-nantes.fr/fr/actus/nouvelles/actualite_69>.

59. Alexandre Zinoviev, *Les Hauteurs béantes*, trad. du russe par Wladimir Berelowitch, Lausanne, L'Âge d'homme, 1977, p. 236.

60. A. Zinoviev, *Le Communisme comme réalité*, Lausanne, L'Âge d'homme, 1981, pp. 272-273.

61. Cf. Nikolas Rose, « Governing by Numbers : Figuring out Democracy », *Accounting Organizations and Society*, 1991, vol. 16, n° 7, pp. 673-692. Pour une autre interprétation, le point de vue beaucoup plus critique de Kenneth Prewitt, « Public Statistics and Democratic Politics », in William Alonso & Paul Starr (eds.), *The Politics of Numbers*, New York, Russel Sage Foundation, 1987, pp. 261-274.

62. F. A. Hayek, *L'Ordre politique d'un peuple libre* [1979], *op. cit.*, p. 178 et suiv.

63. *Ibid.*, pp. 197-198.

64. *Ibid.*, p. 182.

65. Corrado Gini, « The scientific basis of fascism », *Political Science Quarterly*, vol. 42, n° 1, mars 1927, pp. 99-115 ; voir aussi Jean-Guy Prévost, « Une pathologie politique. Corrado Gini et la critique de la démocratie libérale », *Revue française d'histoire des idées politiques*, 2001, n° 13, pp. 105-128.

66. Cité par Christian Laval, « Démocratie et néolibéralisme », Institut de recherche de la FSU <http://institut.fsu.fr/Democratie-et-neoliberalisme-par.html> ; voir aussi Pierre Dardot & Christian Laval, *La Nouvelle Raison du monde. Essai sur la société néolibérale*, La Découverte, Paris, 2009.

67. Bundesverfassungsgericht, Décision 2 BvE 2/08 du 30 juin 2009.

68. Décision 2 BvE 2/08, § 213.

69. Décision 2 BvE 2/08, § 270.

70. Décision 2 BvE 2/08, § 288.

71. Décision 2 BvE 2/08, § 289.

72. Rapport du Comité sur la liberté syndicale, Genève, BIT, novembre 2012, § 784-1003.

73. Accord cadre européen sur le stress au travail, transposé en France par l'ANI (Accord national interprofessionnel) du 2 juillet 2008. Voy. Corinne Sachs-Durand, « La transposition dans les États membres de l'accord conclu par les partenaires sociaux au sein de l'Union européenne sur le stress au travail », *Revue de droit de travait* (*RDT*), 2009, p. 243.

74. Code du travail, art. 1152-1 et suiv.

75. Soc. 28 fév. 2002, n° 99-17201 ; Voy. Matthieu Babin, *Santé et sécurité au travail*, Paris, éd. Lamy, 2011, 324 p. ; voir aussi le dossier *Protection de la santé et charge de travail* publié par la revue *Droit social* en juillet-août 2011, avec les contributions de M. Blatman, E. Lafuma, M. Grévy, P. Lokiec, L. Gamet et J.-D. Combrexelle.

76. Soc. 28 nov. 2007 (Groupe Mornay) n° 06-21964, *Bull. civ.* V, n° 201 (mise en œuvre d'entretiens annuels d'évaluation dont « les modalités et les enjeux étaient manifestement de nature à générer une pression psychologique entraînant des répercussions sur les conditions de travail »).

77. Consacrée par la loi du 9 novembre 2010, Code du travail, art. L.4121-1 et D.4121-25. Sur cette notion, voir Franck Héas, « Les négociations professionnelles relatives à la pénibilité au travail », *Droit social*, 2006, 834 ; voir aussi Bernadette Lardy-Pélissier, « La pénibilité : au-delà de l'immédiat et du quantifiable », *Revue de droit du travail*, 2011, p. 160.

78. Code du travail, art. L. 3221-4. Voir Emmanuelle Lafuma, « Charge de travail et représentants du personnel », *Droit social*, 2012, p. 758.

79. Hubert Bouchet, *La Cybersurveillance sur les lieux de travail*, rapport de la CNIL, mars 2004, disponible sur le site oueb de la Documentation française ; Jean-Emmanuel Ray, *Le Droit du travail à l'épreuve des NTIC*, Paris, éd. Liaisons, 2001, 247 p. ; et du même auteur, « Droit du travail et TIC », *Droit social*, 2007, p. 140 et 275 ; Lucien Flament, « La biométrie dans l'entreprise », *Semaine juridique*, édition S, 2006, p. 1468 ; A. de Senga, « Autorisations uniques de la CNIL de mise en œuvre de dispositifs biométriques », *Droit ouvrier*, 2007, 31 ; Elsa Supiot, *Les Tests génétiques. Contribution à une étude juridique*, thèse Paris-I, 2012, p. 298 sq., Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2015.

80. Philippe Waquet, « Les objectifs », *Droit social*, 2001, 120 ; Stéphane Vernac, « L'évaluation des salariés en droit du travail », *Recueil Dalloz*, 2005, Chronique, 924.

81. Soc. 10 nov. 2009, *Association Salon Vacances Loisirs*, n° 07-45321, *Droit social*, 2010, 109, obs. Chr. Radé.

82. Soc. 5 mars 2008, *Snecma*, n° 06-45888, *Droit social* 2008, 605, note P. Chaumette.

83. Soc. 27 mars 2013, n° 11-26539 P, société Hewlett-Packard France.

84. TGI Lyon, 4 sept. 2012, n° 11/05300, *Semaine sociale Lamy*, 10 septembre 2012, n° 1550, p. 15.

85. CEDS, 12 mai 2012, GENOP-DEI et ADEDY c. Grèce, Réclamation n° 65/2011 et GENOP-DEI et ADEDY c. Grèce, Réclamation n° 66/2011.

Chapitre 10

Le dépérissement de l'État

1. F. Engels, *Anti-Dühring* [1878], trad. É. Botigelli, *op. cit.*, p. 317.

2. *Hujus studii duæ sunt positiones, publicum et privatum. Publicum ius est quod ad statum rei romanæ spectat. Privatum quod ad singulorum utilitatem* (Digeste, 1, 1. § 2).

3. Cf. P. Legendre, in *Le Désir politique de Dieu. Essai sur les montages de l'État et du Droit,* Paris, Fayard, 1988 ; 2005 (deuxième édition), p. 237 et suiv. Et sur l'abandon progressif de la référence à la notion de « position » au profit d'une opposition du public et du privé, Georges Chevrier, « Remarques sur l'introduction et les vicissitudes de la distinction du *jus privatum* et du *jus publicum* dans les œuvres des anciens juristes français, *Archives de philosophie du droit,* 1952, pp. 5-77.

4. Cf. P. Legendre, *Le Désir politique de Dieu, op. cit., loc. cit.*

5. *Sunt enim quædam publice utilia, quædam privatim. Publicum jus in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit* (« En effet, il y a des choses utiles au public et d'autres aux particuliers. Le droit public consiste dans les choses sacrées, les ministres de la religion, les magistrats », Digeste, *loc. cit.*).

6. Il faut donc mettre sur le compte de l'ignorance de nos propres bases constitutionnelles la critique adressée par certains hommes politiques français aux dispositions de l'article 6 de la nouvelle constitution tunisienne, selon lesquelles l'État garantit en même temps la religion, la protection du sacré, la liberté de conscience et de croyance et le libre exercice du culte.

7. Cf. L. Vandermeersch, « Ritualisme et juridisme », in *Études sinologiques,* Paris, PUF, 1994, p. 209 et suiv.

8. Cf. « Le Chemin du rite. Autour de l'œuvre de Michel Cartry », *Archives de sciences sociales des religions*, 4/ 2011 (n° 156), Paris, Éditions du Félin, 2010 (spéc. la contribution d'Alfred Adler : « Logique sacrificielle et ordre politique : le statut de la personne du chef en relation avec son statut de sacrifiant », pp. 149-168).

9. Cf. Joseph Mélèze-Modrzejewski, *Un peuple de philosophes. Aux origines de la condition juive,* Paris, Fayard, coll. « Les Quarante Piliers », 2011, chapitre IX « « Tora et *nomos* », p. 193 et suiv.

10. Cf. A. Pichot, *La Société pure. De Darwin à Hitler,* op. cit., et *Aux origines des théories raciales. De la Bible à Darwin, op. cit.*, 520 p.

11. Cité par Hannah Arendt, *Le Système totalitaire* [1951], trad. fr. Paris, Le Seuil, 1972, p. 76.

12. *Ibid., loc. cit.*

13. Selon les vues exposées par Hitler dans un discours tenu à Weimar en juillet 1936, la tâche du Parti était de gouverner et de légiférer et celle de l'État d'administrer. Mais cette distinction formelle n'avait pas de grande portée pratique, le contrôle du Parti se faisant sentir à tous niveaux (Cf. Ernst Fraenkel, *The Dual State : A Contribution To The Theory Of Dictatorship,* Oxford University Press, 1941 ; reprint Clark, New-Jersey, Lawbook Exchange, 2006, p. XV).

14. Décret du 28 février 1933 suspendant les droits fondamentaux garantis par la Constitution de Weimar.

15. Hostile au concept même d'État de droit, Schmitt chercha à tenir compte du souci de respectabilité du nouveau régime en forgeant celui d'« État de droit allemand d'Adolf Hitler » (Cf. M. Stolleis, « Que signifiait la querelle autour de l'État de droit sous le IIIe Reich ? », in Olivier Jouanjan [dir.], *Figures de l'État de droit, op. cit.*, p. 378).

16. Cf. E. Fraenkel, *The Dual State, op. cit.*, pp. 9-56 ; William Ebenstein, *The Nazi State,* New York, Farrar & Rinehart, 1943, p. 3 et suiv. Voir aussi M. Stolleis, *The Law Under the Swastika.*

Studies on Legal history in Nazi Germany, University of Chicago Press, 1998, 263 p. ; Olivier Jouanjan, « Prendre le discours juridique nazi au sérieux ? », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2013/1, volume 70, pp. 1-23 ; « Qu'est-ce qu'un discours "juridique" nazi ? », *Le Débat*, 2014/1, n° 178, pp. 160-177.

17. F. Engels, *Anti-Dühring, op. cit.*, p. 317.

18. Sur ce sursaut dogmatique de l'après-guerre, je me permets de renvoyer mon ouvrage *L'Esprit de Philadelphie, op. cit.*

19. David Hume, *Treatise on Human Nature* [1739-1740], in *Philosphical Works*, Édimbourg, 1826, II, p. 302 ; *Traité de la nature humaine. Essai pour introduire la méthode expérimentale dans les sujets moraux*, Paris, Aubier-Montaigne, trad. André Leroy, 1968, t. 2, p. 646.

20. F. A. Hayek, *Law, Legislation and Liberty*, vol. 2 : *The Mirage of Social Justice*, Londres, Routledge, 1976 ; *Droit, législation et liberté. Une nouvelle formulation des principes de justice et d'économie politique*, vol. 2 *Le Mirage de la justice sociale* [1976], trad. de l'anglais par Raoul Audouin, PUF, 1981, p. 48.

21. F. A. Hayek, *Law, Legislation and Liberty*, vol. 1 : *Rules and Order*, Londres, Routledge, 1973 ; *Droit, législation et liberté. Une nouvelle formulation des principes de justice et d'économie politique*, vol. 1 *Règles et ordre* [1973], trad. de l'anglais par R. Audouin, PUF, 1980, p. 162.

22. F. A. Hayek, *Le Mirage de la justice sociale, op. cit.*, p. 135.

23. « My goal is to cut government in half in 25 years, to get it down to the size where we can drown it in the bathtub. » Grover Norquist in *Blueprint Magazine* [journal de DLC, Democratic Leadership Council], 30 juin 30 2003 ; cité dans le même numéro dans l'éditorial d'Ed Kilgore, « Starving the Beast ».

24. Cf. David Friedman, *The Machinery of Freedom* [1973] ; trad. fr., *Vers une société sans État*, Paris, Les Belles Lettres, 1992. Et la version plus modérée de Robert Nozick, *Anarchy, State and Utopia*, New York, Basic Book,1974 ; trad. fr. *Anarchie, État et utopie*, Paris, PUF, 1988, 442 p. Comp, mobilisant l'expérience ethnologique des sociétés amazoniennes, Pierre Clastres, *La Société contre l'État*, Paris, Minuit, 1974.

25. Francis Fukuyama, *The End of History and the Last Man*, Harper Perennial, 1993.

26. Voir *supra*, Chapitre 8, p. 232 et suiv.

27. CJCE, 23 avril 1991, *Höfner et Elser*, C-41/90, *Rec.* p. I-1979, point 21 ; 16 nov. 1995, *Fédération française des sociétés d'assurance* e. a., C-244/94, *Rec.* p. I-4013, point 14 ; 21 septembre 1999, *Albany*, aff. C-67/96, point 77. Voir Sylvie Hennion-Moreau, « La notion d'entreprise en droit social communautaire », *Droit social*, 2001, p. 957.

28. CJCE, 23 avril 1991 aff. n° C-41/90 (*Höfner et Elser*) *préc.*, points 21 et 24.

29. La relation de travail, par exemple, est indissolublement une relation économique et une relation sociale, dont le salarié est à la fois l'objet et le sujet.

30. CJCE 17 fév. 1993, aff. C-159 et 160/91 (*Poucet et Pistre*), *Droit social*, 1993, 488, note Ph. Laigre et obs. J.-J. Dupeyroux ; CJCE, 16 nov. 1995 aff. C-244/94 (*Coreva*), *Droit social*, 1996, 82, note Ph. Laigre ; CJCE 26 mars 1996, aff. C-238/94 (*Garcia*), *Droit social*, 1996, 707. Voir J.-J. Dupeyroux, « Les exigences de la solidarité », *Droit social*, 1990, 741 ; Pierre Rodière, *Traité de droit social de l'Union européenne*, Paris, LGDJ, 2014 (deuxième édition), n° 354-355, p. 394 et suiv.

31. CJCE, 21 déc. 1999 (*Albany*) *préc.* § 60 et suiv.

32. CJCE, 11 décembre 2007 (*Viking*), aff. C ? 438/05.

33. Pierre Rodière, « Actualité des solidarités sociales en droit européen », in A. Supiot (dir.), *La*

Solidarité. Enquête sur un principe juridique, coll. « Travaux du Collège de France », Paris, Odile Jacob, 2015.

34. CJCE, 19 mai 1993 (*Corbeau*), *AJDA*, 1993, 865, note F. Hamon, cité § 17. On retrouve ce raisonnement dans les dispositions du TFUE relatives aux services économiques d'intérêt général (Article 14 ; ex-article 16 TCE).

35. Cf. É. Loquin et S. Manciaux, *L'Ordre public et l'arbitrage, op. cit.*

36. Cf. Florence Canut et François Gaudu (dir.), *L'Ordre public en droit du travail, Paris* LGDJ, 2007, 513 p.

37. Conseil d'État, Avis du 22 mars 1973, *Droit social*, 1973, p. 514.

38. CE 8 juillet 1994, *CGT*, aff. n° 105471.

39. Cf. A. Supiot, « Actualité de Durkheim. Notes sur le néo-corporatisme en France », *Droit et Société*, Paris, LGDJ, 1987, n° 6, pp. 177-199, où il était montré que la France n'échappait pas aux tendances néocorporatistes identifiées par les sciences politiques dans les années 1970 (voir notamment Philippe Schmitter & Gehrard Lehmbuch (eds.), *Trends towards Corporation Intermediation*, Beverly Hills/London, Sage Publications, 1979, 328 p.).

40. Jacques Barthélémy et Gilbert Cette, *Refondation du droit social : concilier protection des travailleurs et efficacité économique*, Rapport du Conseil d'analyse économique, Paris, La Documentation française, 2010, 199 p.

41. Voir *supra*, chapitre 8, p. 228 et suiv.

42. Le for (du latin *forum*) désigne en droit la juridiction territorialement compétente.

43. Voir H. Muir Watt, « Aspects économiques du droit international privé. Réflexions sur l'impact de la globalisation économique sur les fondements des conflits de lois et de juridictions », Académie de droit international de La Haye, *in Recueil des cours*, t. 307 (2004), Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 2005, 383 p. ; A. Supiot, « Le droit du travail bradé sur le marché des normes », *Droit social*, n° 12, décembre 2005, pp. 1087 et suiv.

44. CJCE, 9 mars 1999, *Centros*, aff. C-212/97, *Rec.* 1999, I, 1459 concl. La Pergola. ; voir *supra*, p. 212.

45. Voir *supra*, p. 205.

46. Sur cette opposition, voir H. J. Berman, *Law and Revolution*, Harvard University Press, t. II, 2003, p. 19.

47. Voir *supra*, chapitre 7, p. 201 et suiv.

48. « Le peuple allemand a éclaté en autant de mini-États […] qu'il y a d'individus » (Voix intérieure d'un chauffeur, in *Der Himmel über Berlin* (*Les Ailes du désir*, film de Wim Wenders, 1987).

49. CEDH, 19 février 1997, *Laskey*, § 43.

50. CEDH, 17 février 2005, K. *A. et A.D. c./ Belgique*. § 84. Voir M. Fabre-Magnan, « Le sadisme n'est pas un droit de l'homme », *Recueil Dalloz*, 2005, chronique, pp. 2973-2981 ; Bernard Edelman, « La Cour européenne des droits de l'homme : une juridiction tyrannique ? », *Recueil Dalloz*, 2008, chronique, p. 1946.

51. Cf. J. de Romilly, *La Loi dans la pensée grecque*, Paris, Les Belles Lettres, 2001, p. 146.

52. Cité par Rush Rhees, « Wittgenstein's Lectures on Ethics », *The Philosophical Review*, vol. 74, n° 1, janvier 1965, p. 25 ; trad. fr. in L. Wittgenstein, *Leçons et conversations*, Paris, Gallimard, coll. « Folio », 1992, p. 173.

53. F. Ost, *Sade et la Loi, op. cit.*, p. 194.

54. Tatiana Sachs (dir.), *La Volonté du salarié*, Paris, Dalloz, 2012, 272 p. ; P. Adam, *L'Individualisation du droit du travail. Essai sur la réhabilitation juridique du salarié-individu*, Paris, LGDJ, 2005, 553 p.

55. K. Löwith , *Weltgeschichte und Heilsgeschehen. Die theologischen Voraussetzungen der Geschichtsphilosophie* [1983], trad. fr. *Histoire et Salut. Les présupposés théologiques de la philosophie de l'histoire*, Paris, Gallimard, 2001, 285 p.

56. Épître aux Galates, 3, 23-28.

57. Épître aux Romains, 7, 1.

58. Épître aux Romains, 13, 1.

59. Épître aux Romains, 13, 8 et 10.

60. Jacob Taubes, *Die Politische Theologie des Paulus* [1993] ; trad. fr. *La Théologie politique de Paul. Schmitt, Benjamin, Nietzsche et Freud*, Paris, Le Seuil, 1999, p. 83.

61. Ludwig Feuerbach, *Das Wesen des Christentums* [1841] ; *L'Essence du christianisme*, trad. fr. Jean-Pierre Osier, Gallimard, 1992, 527 p.

62. Pierre Legendre, *L'Autre Bible de l'Occident : le Monument romano-canonique. Étude sur l'architecture dogmatique des sociétés*, Paris, Fayard, 2009, 582 p.

63. Cf. Jean Carbonnier, *Essais sur les lois*, Paris, Rép. Defrénois, 1979, p. 281 et suiv.

64. *Ibid.*, p. 295.

65. K. Marx, *Gloses marginales au programme du Parti ouvrier allemand* [1875], in K. Marx et F. Engels, *Critique des programmes de Gotha, et d'Erfurt*, Paris, Éditions sociales, 1966, p. 32.

66. Lénine, *L'État et la Révolution* [1917], Paris, La Fabrique, 2012, préf. Laurent Lévy, p. 232 et chapitre V « Les bases économiques de l'extinction de l'État », cité p. 185.

67. Cf. Philippe d'Iribarne, *Vous serez tous des maîtres. La grande illusion des temps modernes*, Paris, Le Seuil, 1996, 209 p.

68. Sur ces deux écoles et l'extension du bouddhisme en Asie, voir René de Berval (dir.), *Présence du Bouddhisme*, Paris, Gallimard, 1987, deuxième partie, pp. 419-702. Pour une présentation synthétique, cf. Jean-Noël Robert, *Petite histoire du bouddhisme*, Paris, Librio, 2008, p. 38 et suiv.

69. Voir Claude Prudhomme (dir.), *Les Religions dans les sociétés coloniales (1850-1950)*, dossier publié in *Histoire, monde et cultures religieuses*, Karthala, mars 2013.

70. Cf Serif Mardin, « The Nakshibendi Order of Turkey », in Martin E. Marty (ed.), *Fundamentalism and Society*, University of Chicago Press, 1993, pp. 204-233.

71. Cf. Pierre Lachaier, Catherine Clémentin-Ojha, *Divines richesses. Religion et économie en monde marchand indien*, Paris, École française d'Extrême-Orient, 2008, 238 p. Sur le cas des *Pârsîs*, voir Eckehard Kulke, *The Parsees in India : A minority as Agent of Social Change*, München, Weltforum, 1974, 300 p.

Chapitre 11
La résurgence du gouvernement par les hommes

1. George W. Bush, Conférence de presse avec Vaclav Havel, Prague, 20 novembre 2002. Accessible à l'url <http://edition.cnn.com/2002/WORLD/europe/11/20/prague.bush.nato/>.

2. Carl Schmitt, *Der Begriff des Politischen* [1932] ; trad. fr. Maris-Louise Steinhauser, *La Notion de politique. Théorie du partisan*, préface de Julien Freund, Paris, Flammarion, 1992, 323 p.

3. Cf. son interprétation de la notion d'« ennemi par rapport à l'Évangile », employée par saint

Paul pour désigner les Juifs non convertis (Romains, 11, 28) ; voir J. Taubes, *La Théologie politique de Paul. Schmitt, Benjamin, Nietzsche et Freud, op. cit.* p. 81.

4. Sur l'arrière-plan politique des théories constitutionnelles de Schmitt, voir Olivier Beaud, « Carl Schmitt ou le juriste engagé », préface de l'édition française de la *Verfassungslehre*, in Carl Schmitt, *Théorie de la Constitution*, Paris, PUF, 1993, pp. 5-113.

5. C. Schmitt, *La Notion de politique, op. cit.*, p. 65.

6. *Ibid.*, p. 67.

7. *Ibid.*, p. 71.

8. *Ibid.*, p. 86.

9. Sur ce point, voir C. Schmitt, *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, Berlin, 1922, 2e éd., 1934 ; trad fr. par Jean-Louis Schlegel, *Théologie politique*, Paris, Gallimard, 1988, 182 p.

10. C. Schmitt, *Théologie politique, op. cit.*, p. 17.

11. C. Schmitt, *La Notion de politique, op. cit.*, p. 111 et suiv.

12. *Ibid.*, pp. 96-97.

13. Voir notamment son analyse du régime libéral et de sa tendance à annihiler le politique au profit de l'éthique et de l'économie : C. Schmitt, *La Notion de politique, op. cit.*, p. 116 et suiv.

14. *Ibid.*, p. 112.

15. Sur ces théories bio-sociologiques, voir A. Pichot, « Biologie et solidarité », in A. Supiot (dir.), *La Solidarité, Enquête sur un principe juridique, op. cit.*

16. Charles Darwin, *La Descendance de l'homme et la sélection sexuelle* [1871], Paris, Librairie C. Reinwald, 1891 (troisième édition), p. 140.

17. Dans un discours du 30 janvier 1942, Hitler déclara ainsi : « Wir sind uns dabei im klaren darüber, daß der Krieg nur damit enden kann, daß entweder die arischen Völker ausgerottet werden, oder daß das Judentum aus Europa verschwindet. » (« Que cela soit bien clair, la guerre ne peut s'achever que de deux façons, soit par l'extermination des peuples aryens, soit par la disparition des Juifs d'Europe. ») Max Domarus, *Hitler. Reden und Proklamationen, 1932-1945*, volume 2,2, Süddeutscher Verlag, 1965, p. 1828.

18. C. Schmitt, *La Notion de politique, op. cit.*, p. 73

19. *Ibid.*, p. 84 et suiv.

20. C. Schmitt, *Théologie politique, op. cit.*, p. 23.

21. Pierre Dac, *Pensées*, Presses de la Cité, coll. « Pocket », 1972, p. 18.

22. Jean-Jacques Rousseau, *Du Contrat social* [1762], livre I, chap. III, in *Œuvres complètes*, t. 3, Gallimard, coll. « Bibliothèque de la Pléiade », 1970, p. 354.

23. Cf. *supra*, p. 18 et p. 122 et suiv.

24. Cf. A. Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, II, I, chap. 2 : « De la source principale des croyances chez les peuples démocratiques », in *Œuvres, op. cit.*, t. 2, p. 518 et suiv.

25. On trouvera ce point développé in *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit, op. cit.*

26. Cf. A. Supiot, « Le sommeil dogmatique européen », *Revue française des affaires sociales*, 2012, n° 1, pp. 185-198.

27. Juan Somavia, directeur général du BIT, Préface du *Rapport sur le travail dans le monde 2008. Les inégalités de revenus à l'heure de la mondialisation financière*, Genève, OIT, 2009,

170 p.

28. Oxfam International, *En finir avec les inégalités extrêmes. Confiscation politique et inégalités économiques*, Oxford, janvier 2014, 34 p. ; sur l'évolution des inégalités sur la longue durée, voir Thomas Piketty, *Le Capital au XXIe siècle, op. cit.*

29. Source : BIT, *Mesurer l'informalité. Manuel statistique sur le secteur informel et l'emploi informel*, 2013. Voir, sur le cas de l'Inde, Supriya Routh, *Enhancing Capabilities through Labour Law : Informal Workers in India*, Routledge, 2014, 288 p.

30. Jonathan D. Ostry, Andrew Berg, Charalambos G. Tsangarides, *Redistribution, Inequality, and Growth*, International Monetary Fund – Research Department, février 2014, 30 p.

31. Gilbert Achcar, *Le peuple veut. Une exploration radicale du soulèvement arabe*, Arles, Actes Sud, 2013, 431 p.

32. Évoqué dès novembre 2001 par le Secrétaire d'État à la Défense Colin Powell, le concept de « coalition of the willing » a été exposé par le président des États-Unis, George W. Bush, dans le préambule du *Security Strategy of the United States of America* de septembre 2002 (<http://www.state.gov/ documents/organization/63562.pdf>) avant de devenir le mot d'ordre de ralliement des 49 États soutenant l'invasion américaine de l'Irak.

33. Cf. Marc Bloch, *La Société féodale*, Paris, Albin Michel, 1939 ; rééd. 1994, p. 310 et suiv.

34. Voir *supra*, chapitre 3, p. 90 et suiv.

35. Voir *supra*, p. 158.

36. Cf. sur ce point, G. Chevrier, « Remarques sur l'introduction et les vicissitudes de la distinction du *jus privatum* et du *jus publicum* », art. cit., p. 16 et suiv.

37. Voir *supra*, chapitre 3, p. 82 et suiv.

38. Sur ce renouveau, voir les résumés de cours d'Anne Cheng, in *Annuaire du Collège de France*, des années 2010 à 2013. Voir aussi Ji Zhe, « Confucius, les libéraux et le Parti. Le renouveau du confucianisme politique », *La Vie des idées*, mai 2005, pp. 9-20 ; et du même auteur, « L'éthique confucéenne du travail et l'esprit du capitalisme à la chinoise », *Revue du MAUSS permanente*, 30 mars 2012.

39. Cf. Christian Le Bart et François Rangeon, « Le néo-féodalisme politique : l'éternel retour des fiefs », in José Lefebvre (dir.), *L'Hypothèse du néo-féodalisme. Le* droit à une nouvelle croisée des chemins, Paris, PUF, 2006, p. 115-136.

40. Voir Christian Chavapneux et Thierry Philipponnat, *La capture*, Paris, La Découverte, 2014.

41. Cf. notamment A. Supiot, « Actualité de Durkheim. Notes sur le néo-corporatisme en France », art. cit., pp. 177-199 ; « La contractualisation de la société », in Y. Michaux (dir.), *Université de tous les savoirs*, vol. 2 *Qu'est-ce que l'humain ?*, Paris, Odile Jacob, 2000, pp. 156-167 ; P. Legendre, « Remarques sur la re-féodalisation de la France », *Études en l'honneur de Georges Dupuis*, Paris, LGDJ, 1997, pp. 201-211 (repris in *Nomenclator. Sur la question dogmatique en Occident, II*, Paris, Fayard, 2006, p. 271 et suiv.) ; J. Lefebvre (dir.), *L'Hypothèse du néo-féodalisme. Le droit à une nouvelle croisée des chemins, op. cit.*

42. Cf. Aziz Al Azmeh, « Chronophagous Discourse : A Study of Clerico-Legal Appropriation of the World in an Islamic Tradition », in F. E. Reynolds & D. Tracy (eds), *Religion and Practical Reason*, Albany, State University of New York Press, 1994, p. 163 et suiv.

43. Cf. Perry Anderson, *Les Passages de l'Antiquité au féodalisme*, Paris, Maspero, 1977, 325 p. ; et du même auteur, *L'État absolutiste. Ses origines et ses voies*, Paris, Maspero, 1978, tome 1, *L'Europe de l'Ouest*, 207 p. ; Jean-Pierre Poly et Éric Bournazel, *La Mutation féodale Xe-XIIe siècles*, Paris, PUF, 1991 (deuxième édition), 535 p.

44. Cf. L. Vandermeersch, « Nature de la féodalité chinoise », in *Études sinologiques*, art. cit., pp. 63-104. Et dans le même sens Marc Bloch, *La Société féodale*, *op. cit.*, pp. 610-612.

45. Cf. M. Bloch, *La Société féodale*, *ibid.*, pp. 618-619.

46. Pour une présentation d'ensemble, voir Jean-François Lemarignier, *La France médiévale. Institutions et société*, Paris, A. Colin, 1970, 416 p. ; J.-P. Poly et E. Bournazel, *La Mutation féodale x^e^-xiie siècles*, *op. cit.*

47. V. Manuel Castells, *The Rise of the Network Society*, Blackwell, Oxford, 1996 ; trad. fr. *La Société en réseaux*, Paris, Fayard, 1998 ; F. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, 587 p. ; Laurence Amiel-Cosme, « La théorie institutionnelle du réseau », in *Aspects actuels du droit des affaires. Mélanges Y. Guyon*, Paris, Dalloz, 2003, pp. 1-40 ; Elsa Peskine, *Réseaux d'entreprises et droit du travail*, Paris, LGDJ, 2008, 363 p.

48. Voir *supra*, chapitre 8, p. 217 et suiv.

49. Voir notamment G. Teubner, « The Many-Headed Hydra : Networks as Higher-Order Collective Actors », in J. McCahery, S. Picciotto & C. Scott, *Corporate Control and Accountability*, Oxford University Press, 1993, p. 41 et suiv. ; et du même auteur, *Netzwerk als Vertragsverbund Virtuelle Unternehmen*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2004, 286 p.

50. TFUE, art. 5. Sur ce principe et sa généalogie, voir la forte analyse critique de Julien Barroche, pour qui la subsidiarité « vient donner un nom à l'aporie européenne et se faire une place dans le nouveau répertoire de la gouvernance néolibérale », in *État, libéralisme et christianisme. Critique de la subsidiairité européenne*, Paris, Dalloz, 2012, 748 p., cité p. 563.

51. Intervention du président Delors à la première conférence intergouvernementale (Luxembourg, 9 septembre 1985), *Bulletin des Communautés européennes*, septembre 1985, n° 9, p. 8.

52. Voir *supra*, p. 48 et suiv.

53. <www.imf.org/external/index.htm>

54. <http://www.imf.org/external/np/loi/2013/mli/fra/120213f.pdf> (consulté le 4 septembre 2014).

55. Cf. F. A. Hayek, *Droit, législation et liberté. Une nouvelle formulation des principes de justice et d'économie politique*, vol. 3 *L'Ordre politique d'un peuple libre*, *op. cit.*, p. 153 et suiv.

56. Ian R. MacNeil, « Contracts : Adjustments of long-term economic relations under classical, neoclassical and relational contract law », *Northwestern Law Revue*, 1978, p. 854 ; « Relational contract : What we do and do not know », *Wisconsin Law Revue*, 1985, 483 ; « Reflections on relational contract », *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 1985, 541 ; Corinne Boismain, *Les Contrats relationnels*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2005, 526 p. ; Y.-M. Laithier, « À propos de la réception du contrat relationnel en droit français », *Recueil Dalloz*, 2006, p. 1003.

57. Luca Nodler & Udo Reifner (Eds), *Life Time Contracts. Social Longterm Contracts in Labour, Tenancy and Consumer Credit Law*, La Hague, Eleven International Publishing, 2014, 666 p.

58. Cf. M.-A. Frison-Roche (dir.), *Droit et économie de la régulation*, Paris, Dalloz, 2004, spéc. vol. 1 *Les Régulateurs économiques : légitimité et efficacité*, 205 p.

59. Cf. Conseil d'État, *Le Contrat, mode d'action publique et de production de normes*, Rapport public 2008, Paris, La Documentation française, 2008, 398 p. ; et *supra*, chapitre 8, p. 228 et suiv.

60. Michel Laroque, « La contractualisation comme technique de tutelle : l'exemple du secteur social », *AJDA* (*Actualité juridique du droit administratif*) ; 2003, p. 976.

61. Loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires.

62. Code de l'éducation, art. L.718-7 et suiv.

63. Voir *supra*, chapitre 8, p. 232 et suiv.

64. F. H. Lawson & B. Rudden, *The Law of Property*, Oxford University Press, 1995 (deuxième édition), p. 80 ; Kevin & Susan Grey, *Elements of Land Law*, Oxford University Press, 2009 (cinquième édition), p. 67. Sur les origines historiques de cette propriété éminente du roi d'Angleterre, voir P. Anderson, *Les Passages de l'Antiquité au féodalisme*, *op. cit.*, p. 172 et suiv.

65. Cf. Adhémar Esmein, *Cours élémentaire d'histoire du droit français*, Paris, Larose, 1898, pp. 139 et suiv., 271 et suiv., et 411 et suiv.

66. Pour un exposé clair et concis, voir P. Ourliac et J. de Malafosse *Histoire du droit privé*, t. 2, *Les Biens*, Paris, PUF, 1971 (deuxième édition), p. 148 et suiv.

67. L. Dumont, *Homo æqualis I. Genèse et épanouissement de l'idéologie économique*, Paris, Gallimard, 1985 (deuxième édition), p. 13.

68. M. Mauss, *Essai sur le don* [1923], in *Sociologie et anthropologie*, Paris, PUF, 1983, p. 260.

69. *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights* (Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce), signé à Marrakech le 15 avril 1994.

70. Cour suprême des États-Unis, 13 mai 2013, *Bowman c/Monsanto* (569 U.S. [2013]). Voir Laure Marino, « Bowman c/ Monsanto : victoire des brevets sur des semences OGM à la Cour suprême des États-Unis », *Gazette du Palais*, 18 juillet 2013, p. 14.

71. Sur cet effet néo-féodal et néo-colonialiste de la propriété intellectuelle, cf. Andreas Rahmatian, *Copyright and Creativity. The Making of Property Rights in Creative Works*, Edward Elgar Publishing, 2011, p. 247 et suiv.

72. Cf. K. Polanyi, « Le marché régulateur et les marchandises fictives : travail, terre et monnaie », in *La Grande Transformation. Aux origines politiques et économiques de notre temps* [1944], Paris, Gallimard, 1983, pp 102-112.

73. La notion de patrimoine commun de l'humanité est d'abord apparue en droit maritime (v. Convention de Montego Bay du 10 décembre 1982) avant de s'étendre aux corps célestes et aux biens terrestres. Sur le renouveau de la question des « communs », voir Béatrice Parance et Jacques de Saint Victor (dir.), *Repenser les biens communs*, Paris, CNRS Éditions, 2014, 314 p. ; David Bollier, *La Renaissance des communs*, Paris, Éditions Charles Léopold Meyer, 2014, 192 p.

74. Cf. Alain Sériaux, « La notion juridique de patrimoine. Brèves notations civilistes sur le verbe avoir », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1994, p. 801 ; François Terré, « L'humanité, un patrimoine sans personne », *Mélanges Ph. Ardant*, LGDJ, 1999, p. 339 ; David Hiez, *Étude critique de la notion de patrimoine en droit privé actuel*, Paris, LGDJ, 2003, 459 p.

75. Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme du 11 novembre 1997, art. 1er. Cf. G. B. Kutukdjian, « Le génome humain : patrimoine commun de l'humanité », in *Héctor Gros Espiell Amicorum Liber*, Bruxelles, Bruylant, 1997, pp. 601-610 ; Mohamed Bedjaoui, « Le génome humain comme patrimoine commun de l'humanité ou la génétique de la peur à l'espérance », in *Federico Mayor Amicorum Liber*, Paris, Unesco et Bruxelles, Bruylant, 2 vol., vol. II, p. 905-915 ; Bartha-Maria Knoppers, *Le Génome humain : commun de l'humanité ?*, Québec, Fides, 1999, 41 p.

76. Directive européenne 85/374/CEE du Conseil du 25 juillet 1985. Voir Yvan Markovits, *La Directive C.E.E. du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux*, Paris, LGDJ, 1990, préf. J. Ghestin ; Simon Taylor, *L'Harmonisation communautaire de la responsabilité*

du fait des produits défectueux. Étude comparative du droit anglais et du droit français, Paris, LGDJ, 1999, préf. G. Viney.

77. Cf. Philippe Pedrot, *Traçabilité et responsabilité*, Paris, Economica, 2003, 323 p.

78. Directive 2009/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 mai 2009 concernant l'institution d'un comité d'entreprise européen, art. 3 ; Code du travail, art. L.2331-1 et L.2341-2 ; voir, dans le même sens, la définition du code de commerce (art. L.233-3) ; voir Philippe Didier et Paul Didier, *Droit commercial*, t. 2 *Les Sociétés commerciales*, Paris, Economica, 2011, p. 960 et s. ; G. Teubner, « Unitas Multiplex : Corporate Governance in Group Enterprises », in D. Sugarman et G. Teubner (eds), *Regulating Corporate Groups in Europe*, Nomos, Baden-Baden, 1990, pp. 67-104 ; Isabelle Daugareilh (dir.), *Le Dialogue social dans les instances transnationales d'entreprises européennes*, Presses universitaires de Bordeaux, 2014, 171 p.

79. Philippe Le Tourneau, *Les Contrats de franchisage*, Paris, LexisNexis, 2007 (deuxième édition), 323 p. ; Martine Behar-Touchais et Georges Virassamy, *Les Contrats de la distribution*, Paris, LGDJ, 1999, 938 p.

80. Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, qui définit celle-ci comme l'« opération par laquelle un entrepreneur confie par un sous-traité, et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-traitant l'exécution de tout ou partie du contrat d'entreprise ou d'une partie du marché public conclu avec le maître de l'ouvrage ».

81. Louis Lorvellec, *Écrits de droit rural et agroalimentaire*, Paris, Dalloz, 2002, p. 292 et suiv.

82. Protégé par l'article L. 446-2 du code de commerce sanctionnant la rupture brutale de relations commerciales établies : voir Rémy Libchaber, « Relation commerciale établie et quasi-contrat », *Répertoire du notariat Defrénois*, 2010, 1, 114.

83. Cf. J.-F. Lemarignier, *La France médiévale, op. cit.*, p. 143 et suiv. ; P. Anderson, *Les Passages de l'Antiquité au féodalisme, op. cit.*, p. 159 et suiv.

84. Cf. Marc Bloch, *La Société féodale, op. cit.*, pp. 299-308. ; J.-F. Lemarignier, *La France médiévale, op. cit.*, pp. 145-147.

85. G. Parléani, « Les clauses d'exclusivité », in *Les Principales Clauses des contrats conclus entre professionnels*, Presses universitaire d'Aix-Marseille, 1990, p. 55 ; Nicolas Éréséo, *L'Exclusivité contractuelle*, Paris, Litec, 2008, 410 p.

86. Marc Gomy, « L'autonomie de la clause de non-concurrence post-contractuelle en droit du travail », in *Mélanges en l'honneur d'Yves Serra*, Paris, Dalloz, 2006, pp. 199-216.

87. Source : *Rapport sur la mise en œuvre des principes directeurs de l'OCDE dans la filière textile-habillement*, Paris, OCDE, 2 décembre 2013, p. 16.

88. Nicole Decoopman, « Les autorités administratives indépendantes et l'hypothèse du néo-féodalisme », in Jean Lefebvre, *L'Hypothèse du néo-féodalisme, op. cit.*, pp. 137-150.

89. A. Esmein, *Cours élémentaire d'histoire du droit français, op. cit.*, p. 403.

Chapitre 12
Un « régime de travail réellement humain »
I. De la mobilisation totale à la crise du fordisme

1. Voir Adam Smith, *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations* [1776], Paris, Gallimard, 1976, dont le premier chapitre s'intitule « De la division du travail ».

2. Cf. É. Durkheim, *De la division du travail social* [1893], Paris, PUF, 1978, 416 p.

3. Ernst Jünger, « Die totale Mobilmachung » [1930], trad. fr. « La Mobilisation totale », in Lion

Murard et Patrick Zylberman (dir.), *Le Soldat du travail*, in *Recherches* n° 32/33, septembre 1978, p. 42.

4. E. Jünger, « La Mobilisation totale », *op. cit.*, p. 39.

5. *Ibid.*, p. 39.

6. *Ibid.*, p. 39.

7. George Babcock, « Conférence à la Harvard University Graduate School of Business Administration, 3-4 octobre 1919 », cité par J. Querzola, « Le chef d'orchestre à la main de fer. Léninisme et taylorisme », in *Le Soldat du travail, op. cit.*, p. 63.

8. E. Jünger, « La Mobilisation totale », *op. cit.*, p. 41, souligné par moi.

9. Cf. A. Supiot, *L'Esprit de Philadelphie, op. cit.*

10. Cf. Luigi Doria, *Calculating the Human : Universal Calculability in the Age of Quality Assurance*, Palgrave Macmillan, 2013, 210 p.

11. Partie XIII, Section 1, art. 387 et suiv.

12. Simone Weil, *Sur la science*, Paris, Gallimard, 1966, p. 83.

13. C'est pourquoi la même Simone Weil concluait son ouvrage sur les « devoirs envers l'être humain » en affirmant que le travail physique devait être le centre spirituel d'une vie sociale bien ordonnée : voir *L'Enracinement. Prélude à une déclaration des devoirs envers l'être humain* [1943], in *Œuvres, op. cit.*, p. 1218. Voir, dans le même sens, la place accordée par Gandhi au travail manuel dans sa conception de la souveraineté (Gandhi, *Hind Swaraj. L'émancipation à l'indienne* [1909], trad. fr. par Annie Montaut, Paris, Fayard-IEA de Nantes, coll. « Poids et mesure du monde », 2014, 222 p.).

14. P. J. Proudhon, *Les majorats littéraires. Examen d'un projet de loi ayant pour but de créer, au profit des auteurs, inventeurs et artistes, un monopole perpétuel, op. cit.*, p. 16. Voir aussi l'enquête historique de Richard Sennett, *The Craftsman*, Yale University Press, 2008 ; trad. fr. *Ce que sait la main. La culture de l'artisanat*, Paris, Albin Michel, 2010, 405 p.

15. Robert Reich, *The Work of Nations* [1991] ; trad. fr. *L'Économie mondialisée*, Paris, Dunod, 1993, pp.163-165.

16. Émile M. Cioran, *Essai sur la pensée réactionnaire* [1957], Fata Morgana, 2005, p. 14.

17. Salarié de la Société générale, Jérôme Kerviel avait pris des positions illégales sur des contrats à terme sur indices d'action, dont le dénouement en 2008 a coûté à la banque (et partiellement au contribuable) 4,82 milliards d'euros. Pour donner un ordre de grandeur, ce montant correspond aux deux tiers du budget annuel de la recherche civile en France.

18. Cour de cassation : Chambre criminelle (Crim.), 19 mars 2014, n° R 12-87.416.

19. Voir *supra*, chapitre 9, p. 247 et suiv.

20. N. Wiener, *Cybernetics and Society* (*The Human Use of Human Beings*) [1950] ; trad. fr. *Cybernétique et Société. L'usage humain des êtres humains, op. cit.*

21. Bruno Trentin, *La città del lavoro. Sinistra e crisi del fordismo* [1997] ; *La Cité du travail. La gauche et la crise du fordisme, op. cit.*

22. Cité par. J. Querzola, « Le chef d'orchestre à la main de fer. Léninisme et taylorisme », art. cit., p. 58.

23. Lénine, *Première ébauche de l'article « Les tâches immédiates du pouvoir des Soviets »*, in *Œuvres complètes*, vol. 27, cité par J. Querzola, « Le chef d'orchestre à la main de fer. Léninisme et taylorisme », art. cit., p. 66.

24. A. Gramsci, *La settimana politica. L'operiao di fabbrica*, in *L'Ordine nuovo*, février 1920,

p. 433, cité par B. Trentin, *La Cité du travail. La gauche et la crise du fordisme, op. cit.*, p. 244.

25. Simone Weil, « La rationalisation » [1937], in *La Condition ouvrière, op. cit.*, p. 289.

26. Simone Weil, *Sur la science*, Paris, Gallimard, 1966, p. 131.

27. Code de la santé publique, art. 1110-9 : « Toute personne malade dont l'état le requiert a le droit d'accéder à des soins palliatifs et à un accompagnement. »

28. Code du travail, art. L.5131-3 et R.5131-4 et suiv. Cf. Franck Petit, « Le droit à l'accompagnement », *Droit social*, 2008, pp. 413-423.

29. Cf. Thierry Revet, *La Force de travail* (*Étude juridique*), Paris, Litec, 1992, 727 p.

30. Cf. A. Supiot, *Critique du droit du travail*, Paris, PUF, 1994.

31. Voir *supra*, p. 43 et suiv.

32. L. Murard et P. Zylberman (dir.), *Le Soldat du travail, op. cit.*, p. 518.

33. Voir *supra*, p. 265 et suiv.

34. CJUE, 15 janvier 2014, affaire C-176/12, *Association de médiation sociale*. Voir P. Rodière, « Un droit, un principe, finalement rien ? Sur l'arrêt de la CJUE du 15 janvier 2014 », *Semaine sociale Lamy*, 17 février 2014, n° 1618, pp. 11-14.

35. CJCE, 22 novembre 2005, *Mangold*, aff. C-144/04.

36. CJUE, 15 janvier 2014 préc. § 47.

37. Voir cette notion développée in A. Supiot, *Critique du droit du travail, op. cit.*, pp. 140-149.

38. Gwenola Bargain, *Normativité économique et droit du travail*, Paris, LGDJ-Lextenso, coll. « Droit & Économie », 2014, § 541.

39. CJCE 25 juillet 1991, aff. C-345/89, *Stoeckel* ; voir A. Supiot, « Principe d'égalité et limites du droit du travail (en marge de l'arrêt Stoeckel) », *Droit social*, avril 1992, n° 4, p. 382-385.

40. Ministère du Travail, *Le Travail de nuit en 2012*, Dares Analyses, août 2014, n° 62.

41. K. Marx, *Le Capital*, Livre premier, ch. XV, § 9, in *Œuvres : Économie*, t. 1, Paris, Gallimard, coll. « Bibliothèque de la Pléiade », 1965, p. 991.

42. Commission européenne, *« Vers des principes communs de flexicurité : Des emplois plus nombreux et de meilleure qualité en combinant flexibilité et sécurité »* (COM [2007] 359 final, du 27 juin 2007).

43. A. Lefebvre et D. Méda, *Faut-il brûler le modèle social français ?*, Paris, Le Seuil, 2006, 153 p.

44. Sur ces deux rapports, publiés l'un et l'autre par La Documentation française, v. *Semaine sociale Lamy* n° 1153 et 1154. Voir aussi le rapport Besson, *Flexisécurité en Europe* (février 2008).

45. *De la précarité à la mobilité : vers une sécurité sociale professionnelle*, Rapport du 2 décembre 2004, *Liaisons soc.* V n° 10/2005 du 11 février 2005.

46. Les inventeurs du dispositif ignoraient, semble-t-il, l'existence de la convention n° 158 de l'OIT, ratifiée par la France.

47. Michel Camdessus, *Le Sursaut. Vers une nouvelle croissance pour la France*, Rapport au ministre des Finances, La Documentation française, 2004.

48. Commission Attali « pour la libération de la croissance française », *300 propositions pour changer la France*, 2008 ; voir aussi la critique percutante d'A. Lyon-Caen, « Le songe d'Attali », *Revue de droit du travail*, 2008, p. 65.

49. OCDE, *Réglementation relative à la protection de l'emploi et performance du marché du*

travail, 2004.

50. Philippe Aghion, Gilbert Cette, Élie Cohen, *Changer de modèle. De nouvelles idées pour une nouvelle croissance*, Paris, Odile Jacob, 2014, 269 p.

51. Jean-Jacques Dupeyroux, « Le rapport Minc, une nouvelle trahison des clercs », *Libération*, 17 janvier 1995, accessible en ligne.

52. Jean Boissonnat (rapporteur), *Le Travail dans vingt ans*, Odile Jacob, 1995, 373 p.

53. A. Supiot (dir.), *Au-delà de l'emploi. Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe*, Flammarion, 1999, 321 p.

54. Sur ces notions, voir les contributions en hommage au professeur Jean-Pierre Chauchard de J.-Chr. Le Duigou, P.-Y. Verkindt et J.-P. Le Crom, *Droit social*, 2011, pp. 1292-1305.

55. Voir, dans le même sens, François Gaudu, « La Sécurité sociale professionnelle, un seul lit pour deux rêves », *Droit social*, 2007, p. 393.

56. Roland Barthes, *Mythologies*, Paris, Le Seuil, 1957, p. 246.

57. Voir *supra*, chapitre 11, p. 302 et suiv.

58. B. Trentin, *La libertà viene prima*, Rome, Editori Reuniti, p. 128.

59. Cf. P. Rodière, *Droit social de l'Union européenne*, Paris, LGDJ-Lextenso, 2014 (deuxième édition), n° 14, p. 33.

60. CJCE, 29 septembre 1987, *Giménez Zaera*, Aff. 126/86, § 17.

61. CJCE, 29 septembre 1987, *Giménez Zaera*, Aff. 126/86, § 14.

62. Décision 2 BvE 2/08 du 30 juin 2009, § 258.

Chapitre 13
Un « régime de travail réellement humain »
II. De l'échange quantifié à l'allégeance des personnes

1. Proverbe bamiléké rapporté par J. Nguebou Toukam et M. Fabre-Magnan, « La tontine : une leçon africaine de solidarité », in *Du droit du travail aux droits de l'humanité. Études offertes à Philippe-Jean Hesse* Presses universitaires de Rennes, 2003, p. 299.

2. Code du travail, art. L.3121-1.

3. J'emprunte ce concept à Augustin Berque, qui voit dans cette forclusion un effet du « topos ontologique moderne ». A. Berque, *Histoire de l'habitat idéal. De l'Orient vers l'Occident*, Paris, Éditions du Félin, 2010, p. 347 et suiv.

4. Cour de cassation, Chambre sociale (Soc.) 3 juin 2009, n° 08-481. Voyez dans le même sens, mais déniant aux salariés la qualité d'artiste interprète : Civ. 1, 24 avril 2013, n° 11-19091.

5. *They Shoot Horses, Don't They ?* Film de Sydney Pollack (1969) tiré du roman d'Horace McCoy, *On achève bien les chevaux*, trad. fr. Marcel Duhamel, Paris, Gallimard, 1959, 180 p.

6. Voir *supra*, chapitre 7, p. 190 et suiv.

7. K. Marx, *Le Capital*, Livre 1, tome 1, § 4, in *Œuvres : Économie*, t. 1, *op. cit.*, p. 607.

8. Civ. 1, 24 avr. 2013, préc.

9. A. Supiot, « Les nouveaux visages de la subordination », *Droit social*, 2000, p. 131.

10. Voir *supra*, p. 44 et suiv., 220 et suiv.

11. Le droit belge a été pionnier dans cette « activation » des dépenses de l'assurance chômage. Voy. Daniel Dumont, *La Responsabilisation des personnes sans emploi en question*, Bruxelles, La Charte, 2012, 613 p.

12. Office for National Statistics, *Analysis of Employee Contracts that do not Guarantee a Minimum Number of Hours*, London, 30 avril 2014, 21 p.

13. Voir Doug Pyper & Feargal McGuiness, *Zero-hours contract*, Rapport au Parlement n° SN/BT/6553 du 20 décembre 2013, House of Commons Library, 16 p. ; Ian Brinkley, *Flexibility or Insecurity ? Exploring the rise in zero hours contracts*, The Work Foundation, University of Lancaster, août 2013, 29 p. ; V. Alakeson, G. Cory, M. Pennycook, *A Matter of Time : The rise of zero-hours contracts*, Resolution Foundation, juin 2013, 21 p.

14. Cf. Simon Deakin & Gillian Morris, *Labour Law*, Hart Publishing, 2012 (sixième édition), n° 3, p. 78 et suiv., p. 145 et suiv.

15. EAT, 20 July 2012 *Pulse Healthcare v Carewatch Care Services Ltd & Ors.*

16. Code civil, art. 1174.

17. Code civil, art. 1131 : « L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet. »

18. Cf. Hugh Collins, *The Law of Contracts*, Londres, LexisNexis-Butterworths, 4e édition, p. 58 et suiv.

19. Soc. 8 octobre 1987, n° 84-41902 et 84-41903, *Bull. civ.* V, n° 541, p. 344 (*Raquin* et *Trappiez*).

20. Soc. 10 juillet 1996, n° 93-41137 et n° 40-966, *Bull. civ.* V, n° 278, p. 196 (*Gan vie* et *Sté Socorem*).

21. Jean Auroux, *Les Droits des travailleurs. Rapport au Président de la République et au Premier ministr*e, Paris, La Documentation française, 1981, p. 4.

22. Code du travail, art. L.1121-1.

23. Soc. 10 juillet 1996, n° 93-41137(GAN vie) préc.

24. Voir, dans le même sens, la notion de « consentement en blanc » avancée par Muriel Fabre-Magnan, in « Le forçage du consentement du salarié », *Droit ouvrier*, 2012, pp. 459-470.

25. Soc. 3 juin 2003, n° 01-43573, *Bull.* V, n° 185, p. 181.

26. *Ibid.*

27. Soc. 2 fév. 2011, n° 09-43022. Voir F. Canut, « Le secteur géographique », *Droit social*, 2011, p. 929.

28. Soc. 15 juin 2004, n° 01-44707, Chaussures Bailly, *Bulletin civil des arrêts de la Cour de cassation* (*Bull.*).

29. Soc. 3 février 2010, n° 08-41412, *Bull. civ.* V, n° 31.

30. Sur cette réforme, v. Loi relative à la sécurisation de l'emploi, *Droit social*, 2013, dossier pp. 772-849 ; Antoine Lyon-Caen et Tatiana Sachs, « L'ADN d'une réforme », *Revue de droit du travail*, 2012, p. 162.

31. Code du travail, art. L.2242-21 et suiv. Voir Gilles Auzero, « De quelques effets de l'ANI du 11 janvier 2013 sur le droit du contrat de travail », *Revue de droit du travail*, 2013, p. 179 ; Paul-Henri Antonmattéi, « L'accord de mobilité interne : il faut l'essayer ! », *Droit social*, 2013, p. 794.

32. Code du travail, art. L.5125-1. Voir Gérard Couturier, « Accords de maintien dans l'emploi », *Droit social*, 2013, p. 805 ; Elsa Peskine, « Les accords de maintien dans l'emploi », *Revue de droit du travail*, 2012, p. 168.

33. Voir Code du travail, art. L.2242-22.

34. Cf. « Accords de compétitivité : quels engagements sur l'emploi ? Controverse entre M.-A. Souriac et M. Morand », *Revue de droit du travail*, avril 2012, p. 194.

35. Code du travail, article L.3122-6, loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives (*sic*).

36. Conseil constitutionnel, Décision n° 2012-649 DC du 15 mars 2012.

37. Exposé des motifs de la Directive 2003/88/CE du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail.

38. Conseil constitutionnel, Décision n° 2013-672 DC du 13 juin 2013. Voy. *infra*.

39. Cf. Ph. Waquet, « Les objectifs », *Droit social*, 2001, p. 120.

40. Soc. 29 juin 2011, n° 09-65710, Sté Prompt, *Bull.* n° 173 ; Soc. 24 oct. 2012, n° 11-23843.

41. Soc. 2 mars 2011, n° 08-44977 ; 30 mars 2011, n° 09-42737.

42. Soc. 30 mars 1999 n° 97-41028, *Sté Samsung* ; voir aussi Soc. 19 avril 2000, n° 98-40124, *Sté Moulinex* ; Soc. 13 janvier 2009, n° 06-46208, *Sté Cap Gemini et Ernst Young*, D. 2009, 1931, note Pasquier.

43. Soc. 11 juillet 2000, n° 98-41132, *Axa Conseil* ; Soc. 10 février 2004, n° 01-45216, *Sté KPMG Fiduciaire de France*, *Bull.* n° 44.

44. Michael Power, *The Audit Society. Rituals of Verification*, Oxford University Press, 1999, 208 pages.

45. Voir *supra*, chapitre 9, p. 256 et suiv.

46. Code du travail, art. L.1222-3. Voir *L'Évaluation en débat*, dossier spécial, *La Semaine sociale Lamy*, 2010, n° 1471 ; S. Vernac, « L'évaluation des salariés en droit du travail », *Recueil Dalloz*, 2005, p. 924 ; A. Lyon-Caen, « L'évaluation des salariés », *Recueil Dalloz*, 2009, p. 1124.

47. La loi et la jurisprudence se sont efforcées d'en encadrer la prolifération : voir *supra*, p. 268 et suiv.

48. Soc. 30 mars 1999, n° 97-41028, Samsung, *Bull.* n° 143 ; Soc. 13 janvier 2004, n° 01-45931 01-45932, Sté Follet Boyauderie Blesoise, *Bull.* n° 3.

49. Cette baisse peut résulter des prévisions contractuelles, lorsqu'il était stipulé que tout ou partie du salaire serait indexé sur les résultats obtenus. Admise en droit civil, une telle clause de variation l'est aussi en droit du travail, sous réserve que le montant du salaire soit déterminable et ne descende pas en dessous des minima légaux ou conventionnels.

50. Code du travail, art. L.1331-2.

51. Soc. 2 mars 2011, Neopost, préc. Cette jurisprudence étend au droit du travail la possibilité – admise en droit commun – d'insérer des droits potestatifs dans les contrats (Cf. Judith Rochfeld, « Les droits potestatifs accordés par le contrat », in *Le Contrat au début du XXIe siècle. Études offertes à Jacques Ghestin*, Paris, LGDJ, 2001, p. 747 et suiv.).

52. Voir Ph. Waquet, « Les objectifs », art. cit., pp. 121-122.

53. Sur cette notion jurisprudentielle, voir Ph. Waquet, « La vie personnelle du salarié », in *Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXIe siècle, Mélanges en l'honneur de Jean-Maurice Verdier*, Paris, Dalloz, 2001, p. 513.

54. Largement entamé sous la présidence de M. Sarkozy, le démantèlement de la règle du repos dominical est devenu une priorité économique de la présidence de M. Hollande, sous l'impulsion du ministre du Tourisme M. Laurent Fabius et du ministre de l'Économie M. Emmanuel Macron.

55. Depuis 2011, le groupe Volkswagen a décidé de couper ses serveurs de messagerie de 18 h 15 à 7 heures du matin. Le groupe Daimler a installé un « assistant d'absence » qui efface les messages adressés aux salariés pendant leurs congés et invite l'expéditeur soit à contacter une autre personne, soit à attendre le retour du correspondant pour lui renvoyer le courriel (*Le Figaro*, 4 septembre 2014).

56. Cf. Paul-Frédéric Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris, Rousseau, 1911, p. 189 et suiv.

57. *Ibid.*, pp. 191-192.

58. Sur cette mutation du concept de capacité, voir Sandrine Godelain, *La Capacité dans les contrats*, Paris, LGDJ, 2007, 591 p. ; S. Deakin & A. Supiot (ed.), *Capacitas : Contract Law and the Institutional Preconditions of a Market Economy*, Oxford & Portland, Hart, 2009, 184 p.

59. Soc. 25 février 1992, *Bull. civ.* V, n° 122 *Expovit*.

60. Code du travail, art. L.6321-1 : « L'employeur assure l'adaptation des salariés à leur poste de travail. Il veille au maintien de leur capacité à occuper un emploi, au regard notamment de l'évolution des emplois, des technologies et des organisations. Il peut proposer des formations qui participent au développement des compétences, ainsi qu'à la lutte contre l'illettrisme. »

61. Voir *infra*, chapitre 10, p. 385 et suiv.

62. Sur cette notion, voir Gérard Lyon-Caen, *La Prévoyance*, Paris, Dalloz, 1994, 126 p.

63. Code de la sécurité sociale, art. L.111-1.

64. Cf. Paul Durand, « Des conventions collectives de travail aux conventions collectives de sécurité sociale », *Droit social*, 1960, p. 42. Ces institutions paritaires furent dénommées « L4 », du nom de l'article du code de la sécurité sociale qui les régissait à l'époque.

65. Cf. J.-J. Dupeyroux, M. Borgetto, R. Lafore, *Droit de la sécurité sociale*, Dalloz, coll. « Précis » 2011 (17e éd.), p. 1030 et suiv.

66. Cf. Jacques Barthélémy, « Les fondamentaux du droit de la "PSC" », *Droit social*, 2013, p. 873 et suiv.

67. Cet avantage a été considérablement réduit en 2011 sous la présidence de M. Sarkozy, ces contrats étant aujourd'hui taxés à 7 %, contre 9 % pour les contrats ordinaires. Il a aussi été critiqué la même année par la Commission européenne, qui y voit des aides d'État incompatibles avec le marché intérieur.

68. Code du travail, art. L.2221-1, aux termes duquel le livre de ce code consacré à la négociation et aux accords collectifs « définit les règles suivant lesquelles s'exerce le droit des salariés à la négociation collective de l'ensemble de leurs conditions d'emploi, de formation professionnelle et de travail *ainsi que de leurs garanties sociales.* »

69. Code de la sécurité sociale, art. L.911-1 et suiv.

70. L'art. L.911-2 du code de la sécurité sociale donne une liste indicative de ces risques.

71. Code de la mutualité, art. L.111-1.

72. Accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013 et loi n° 2013-504 du 14 juin 2013. Sur cette réforme, voir *supra*, p. 362 et suiv.

73. Didier Tabuteau, *Démocratie sanitaire. Les nouveaux défis de la politique de santé*, Paris, Odile Jacob, 2013, p. 141 et suiv., pp. 146-147.

74. Pour un état des lieux, voir le dernier rapport annuel du Haut conseil pour l'avenir de l'assurance maladie (Paris, 2013, 273 p.) largement consacré à ce sujet.

75. Marie-Anne Le Garrec et Marion Bouvet, *Comptes nationaux de la santé 2012*, Drees, Document de travail, série Statistiques, n° 185, septembre 2013. Comptes nationaux de la santé 2012.

76. Source : Autorité de la concurrence, Avis n° 13-A-11 du 29 mars 2013.

77. J. Barthélémy, « Clauses de désignation et de migration au regard du droit communautaire de la concurrence », *Jurisprudence sociale Lamy*, 2011, n° 296.

78. J-P. Chauchard, « La prévoyance sociale complémentaire selon le Conseil constitutionnel », *Revue de droit sanitaire et social* (*RDSS*), n° 4/2014. J. Barthélémy, « Le concept de garantie sociale confronté à l'article L.1 du code du travail et la décision des sages du 13 juin 2013 », *Droit social*, 2013, pp. 673-679 ; et du même auteur, « Protection sociale complémentaire. La survie des clauses de désignation », *Droit social*, 2014, n° 10.

79. Cité par Sébatien Chabas, « Complémentaire santé : le Conseil constitutionnel rejette les "clauses de désignation" », Batiactu.com, 14 juin 2013 <http://www.batiactu.com/edito/complementaire-sante---le-conseil-constitutionnel--35457.php> (consulté le 2 août 2014).

80. Préambule de la Constitution de 1946, alinéa 13.

81. Sénat, Rapport n° 359 (2013-2014) de M. Claude Jeannerot, fait au nom de la commission des affaires sociales, déposé le 12 février 2014.

82. Accord national interprofessionnel (ANI) du 18 décembre 2013 et loi n° 2014-288 du 5 mars 2014. Cette réforme accroît le financement et le rôle du Fonds paritaire de sécurisation des parcours professionnels, dont 20 % de la totalité des ressources seront consacrées à une mutualisation interprofessionnelle au profit des salariés des petites entreprises, qui étaient les grands perdants du système antérieur, tout entier fondé sur l'idée de régulation d'un marché de la formation.

83. Code du travail, art. L.6323-1, modifié par la loi n° 2014-288 du 5 mars 2014.

84. Code du travail, art. L.6323-3.

85. Cf. Pierre Catala, « La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1966, p. 185 ; Jacques Audier, *Les Droits patrimoniaux à caractère personnel*, thèse, LGDJ, 1979, préf. Kayser ; J. Ghestin (dir.), *Traité de droit civil : Introduction générale*, quatrième édition par J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, Paris, LGDJ, 1994, n° 217 s., p. 170 et suiv.

86. J. Nguebou Toukam et M. Fabre-Magnan, « La tontine : une leçon africaine de solidarité », art. cit., p. 299.

87. Cf. A. Supiot, « Du bon usage des lois en matière d'emploi », *Droit social*, 1997, pp. 229-242 ; A. Supiot (dir.), *Au-delà de l'emploi. Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe*, *op. cit.*, p. 90 et suiv.

Chapitre 14
La structure des liens d'allégeance

1. Sexte, *De regulis juris*, LV. Sur cet adage, voir Henri Roland et Laurent Boyer, *Adages du droit français*, Paris, Litec, 1999 (quatrième édition), pp. 913-920.

2. Point de contact national français, *Rapport sur la mise en œuvre des principes directeurs de l'OCDE dans la filière textile-habillement*, 2 décembre 2013, 182 p.

3. Laurent Joffrin, *Le Nouvel Observateur*, 24 avril 2014.

4. Cité par Henri Wesseling, *Le Partage de l'Afrique*, Paris, Denoël, 1996 ; Gallimard, coll. « Folio », 2002, p. 169.

5. Voir *supra*, chapitre 10, p. 158.

6. Milton Friedman, « The Social Responsability of Business Is to Increase Its Profits », *The New York Times Magazine*, 13 septembre 1970.

7. Cf. Olivier Favereau, « La "fin" de l'entreprise privée », in A. Supiot (dir.), *L'Entreprise dans un mode sans frontière*, Paris, Dalloz, 2015.

8. Cf. *Le Figaro*, 1er mai 2013.

9. Source : Fairwear Foundation, cité in Rapport OCDE. Annexe 7, p. 107.

10. Voir *supra*, chapitre 11, p. 318 et suiv.

11. *Accord sur la sécurité incendie et la sécurité des bâtiments au Bangladesh*, du 13 mai 2013.

12. *The Alliance for Bangladesh Worker Safety*, 13 juillet 2013. Voir le texte de ces accords reproduits en annexe du rapport de l'OCDE, *Rapport sur la mise en œuvre des principes directeurs de l'OCDE dans la filière textile-habillement*, Annexes 5 et 6.

13. *Le Monde*, 14 octobre 2014.

14. Ce droit est reconnu sur les sujets suivants : garantie d'emploi pendant les travaux de mise en sécurité ; droit de retrait des situations dangereuses ; droit de représentation collective (participation à 50 % dans les comités de santé et de sécurité dont la constitution est imposée par l'accord) ; dépôt

de plaintes.

15. Code du travail, art. L.8222-1 qui impose la vérification de la régularité des embauches opérées par le sous-traitant.

16. Cour de cassation, Chambre criminelle, 25 septembre 2012, n° 10-82938 (aff. de l'*Erika*), *Revue de droit des transports*, octobre 2012, n° 4, comm. Martin Ndendé. Voy. Ph. Delebecque, « L'arrêt "*Erika*" : un grand arrêt de droit pénal, de droit matitime ou de droit civil ? », *Recueil Dalloz*, 2012, p. 2711.

17. Selon l'*Oil Pollution Act* de 1990, est responsable de la pollution causée par un navire « any person owning, operating, or demise chartering the vessel ».

18. Code de commerce, art. L.442-6-I. Voy. R. Libchaber, « Relation commerciale établie et quasi-contrat », *Répertoire du notariat Defrénois*, 2010, 1, 114.

19. Crim. 11 mars 1997, n° 95-82009, SCA La Moutonnade.

20. Code du travail, art. L.2323-16.

21. Cette solution se dégage de l'arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation *Goodyear Dunlop* du 1er février 2011, F-P+B, n° 10-30.045, 10-30.046, 10-30.047, 10-30.048. La Chambre commerciale fait preuve de beaucoup moins d'audace et tend à maintenir baissé le rideau de fer de la personnalité morale pour éviter d'étendre à la société mère la faillite d'une de ses filiales, quand bien même aurait-elle contribuer à la provoquer (Com. 3 juillet 2012, *Sodimédical*, n° 11-18026, *Recueil Dalloz*, 2012, p. 2212, obs. Reinhard Dammann & Samuel François).

22. CJCE, 10 septembre 2009 (Affaire C-97/08 P – *Akzo Nobel*).

23. Code du travail, art. L.8222-5.

24. Soc. 18 janvier 2011, FS-P+B+R, n° 09-69.199, Sté Jungheinrich finances holding c/ Delimoges. Voy. Charley Hannoun et Sophie Schiller, « Quel devoir de vigilance des sociétés mères et des sociétés donneuses d'ordre ? », *Revue de droit du travail*, 2014, p. 441 ; Frédéric Géa, « Pouvoir et responsabilité en droit du travail », in A. Supiot (dir.), *L'Entreprise dans un monde sans frontières*, *op. cit.*, pp. 219-232.

25. Court of Appeal (Civil Division) [2012] EWCA CIV 525, *Revue critique de droit international privé*, 2013, p. 632, obs. Horatia Muir-Watt.

26. Directive 96/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services.

27. Cf. Rapport Savary sur le projet de loi visant à renforcer la responsabilité des maîtres d'ouvrage et des donneurs d'ordres dans le cadre de la sous-traitance et à lutter contre le dumping social et la concurrence déloyale, *Travaux Assemblée nationale*, 2014, Rapport n° 1785, p. 22.

28. Voir Étienne Pataut, « Détachement et fraude à la loi. Retour sur le détachement de travailleurs salariés en Europe », *Revue de droit du travail*, 2014 p. 23.

29. Directive 2014/67/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014, article 12.

30. Directive 2014/67/UE précitée, art. 12.5.

31. Code de l'environnement, art. L.512-17.

32. Avant-projet Catala de réforme du droit des obligations (Articles 1101 à 1386 du Code civil), Rapport au Garde des Sceaux, 22 Septembre 2005 (projet d'article 1360).

33. Cf. sur ces menaces de délocalisation des entreprises implantées en France, Rapport d'information n° 558 de MM. Anziani et Béteille, *Travaux parlementaires*, Sénat, 2008-2009, p. 64 et suiv.

34. Assemblée nationale, Proposition n° 1524 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, 6 novembre 2013 <http://www.assemblee-nationale.fr/14/propositions/pion1524.asp>.

35. Le projet de loi prévoyait une responsabilité solidaire du donneur d'ordres en cas de non-paiement des salaires, ce qui a été jugé excessif par le Parlement (Cf. Rapport Savary, Pataut, « Détachement et fraude à la loi… », précédemment cité, p. 80). En fin de compte, le donneur d'ordres ne sera jugé responsable que s'il omet de faire des remontrances à ses sous-traitants lorsque l'Inspection du travail l'informe de leurs infractions (Loi du 10 juillet 2014 « visant à lutter contre la concurrence sociale déloyale » : Code du travail, art. L.3245-2).

36. Morrison *v.* National Australia Bank, 130 S. Ct. 2869 (2010).

37. FPCE § 78dd1, qui étend le champ d'application de la loi à « tout émetteur ayant une catégorie de titres enregistrée en conformité avec la section 78l [? 781] du présent volume, ou qui est dans l'obligation de soumettre des rapports conformément à la section 78o(d) du présent volume, ou à tout fonctionnaire, directeur, employé ou représentant de tel émetteur ou tout actionnaire de celui-ci agissant au nom d'un tel émetteur ».

38. Cette levée du voile de la personnalité juridique se retrouve dans l'équivalent britannique du FPCA, le *UK Bribery Act* (2010).

39. Cf. Stefano Manacorda, « La dynamique des programmes de conformité des entreprises », in A. Supiot (dir.), *L'Entreprise dans un monde sans frontières, op. cit.*, ch. 12 ; Antonio Fiorella (dir.), *Corporate Criminal Liability and Compliance Programs,* vol. 1, *Liability 'ex crimine' of legal entities in member States,* Napoli, Jovene, 2012, 638 p.

40. Antoine Garapon et Pierre Servan-Schreiber (dir.), *Deals de justice. Le marché européen de l'obéissance mondialisée,* Paris, PUF, 2013, 199 p.

41. Sur cette position schizophrénique, voir P. Servan-Schreiber, « L'avocat, serviteur de deux maîtres ? », in A. Garapon et P. Servan-Scheiber, *Deals de justice, op. cit.*, p. 101 et suiv.

42. Olivier Boulon, « Une justice négociée », in A. Garapon et P. Servan-Scheiber, *Deals de justice, op. cit.*, p. 74.

43. Leur montant est allé de 137 millions de dollars (infligés à Alcatel Lucent en 2010) à 9 milliards de dollars (infligés à BNP Paribas en 2014).

44. Voir les dispositions de l' *Anti-bribery and Books & Records Provisions of the Foreign Corrupt Practices Act*, Title 15, Chapter 2B, § e.

Conclusion
Comment en sortir ?

1. In M. Horkheimer et Th. Adorno, *Dialektik der Aufklärung* [1944] ; trad. fr. (modifiée), *La Dialectique de la Raison, op. cit.*, p. 43.

2. « Les hommes sont maintenant parvenus si loin dans la domination des forces de la nature qu'avec l'aide de ces dernières il leur est facile de s'exterminer les uns les autres jusqu'au dernier. Ils le savent, de là une bonne part de leur inquiétude présente, de leur malheur, de leur fond d'angoisse » (Sigmund Freud, *Das Unbehagen in der Kultur* [1930] ; trad. fr. *Malaise dans la culture,* Paris, PUF, 1995, p. 89).

3. Cf. sur cette confusion, Jean-Pierre Dupuy, « La croissance vaut-elle d'être vécue ? », *Le Monde Économie et entreprises,* 4 février 2014, p. 12.

4. « Quand M. Hollande est devenu le dirigeant de la seconde économie de la zone euro, certains d'entre nous espéraient qu'il adopterait une position ferme [face à la doctrine économique

néolibérale]. Au lieu de quoi il est tombé dans la soumission habituelle, une soumission qui tourne maintenant à l'effondrement intellectuel [*intellectual collapse*]. Et l'Europe continue de s'enfoncer dans une seconde dépression » (Paul Krugman, « Scandal in France », *The New York Times*, 16 janvier 2014).

5. Sophie Kowalevski, citée par Arvède Barine, « La rançon de la gloire. Sophie Kovalesky » in *Revue des Deux Mondes*, 1er mai 1894, tome 123, p. 379.

6. Cf. sur ce point, A. Supiot, *L'Esprit de Philadelphie, op. cit.*, chapitre 6, et *supra*, chapitre 9, p. 262 et suiv.

7. Sur ce concept dû à Ronald Coase, voir *supra*, chapitre 7, p. 189.

8. Voir *supra*, chapitre 13, p. 342 et suiv.

9. Cf. A. Supiot (dir.), *La Solidarité. Enquête sur un principe juridique, op. cit.*

10. F. A. Hayek, *Le Mirage de la justice sociale, op. cit.*, p. 134.

11. *Ibid.*, p. 131.

12. *Ibid.*, pp. 133-134.

13. K. Polanyi, *La Grande Transformation, op. cit.*, p. 302.

14. Cf. A. Supiot (dir.), *L'État de l'entreprise dans un monde sans frontières, op. cit.*

15. Cf. A. Berque, *Poétique de la Terre. Histoire naturelle et histoire humaine, essai de mésologie*, Paris, Belin, 2014, 238 p. Voir, dans le même sens, le concept de « solidarité anthropo-cosmique » dégagé par Anne Cheng, « Solidarités horizontales et verticales en Chine ancienne », in *La Solidarité : enquête sur un principe juridique, op. cit.*, chapitre 7.