
RECENSIO LIBRI SELECTI

Thomas Berns, *Gouverner sans gouverner. Une archéologie politique de la statistique.* Paris, Presses Universitaire de France, 2009, 167 p.

Selon l'auteur de ce livre, la politique, pendant longtemps, a été structurée par les modèles normatifs découlant des principes abstraits de la loi et de la souveraineté. Dans les dernières années du XVI^e siècle font leur apparition d'autres formes de normativité, dont l'origine se trouverait dans la fiscalité, l'économie politique et la statistique. Les controverses suscitées par les premiers projets de recensements permettraient d'entrevoir les traits distinctifs du crédo « gouverner sans gouverner » du néo-libéralisme, de saisir les contours d'un projet visant à façonner les comportements collectifs, à inculquer aux individus des finalités séparées et différentes, à faire valoir la croyance que l'action de bien gouverner découle de l'observation continue du réel et que celui-ci est régi par des normes collectives spécifiques, celles mises en lumière, avant tout, par la statistique.

L'auteur trace, en suivant le sillon de Jacqueline Hecht, l'archéologie d'un tel chambardement culturel. La place de choix est attribuée à Jean Bodin, à son premier chapitre du livre VII de *La République* où la « censure » (= « l'estimation des biens de chacun »), parfaitement conceptualisée, est reprise par un nombre importants d'auteurs au fil des années suivantes. L'histoire des recherches sociales empiriques démontre que les constructions théoriques de ces auteurs sont restées telles jusqu'à la moitié du XVII^e siècle, quand la « Staatenkunde » allemande, l'Arithmétique politique anglaise et les statistiques descriptives de Colbert, Vauban, Dodun, Orry, Terray, Bertin, de l'Averdy et de tant d'autres, ont pu mettre au point la méthodologie et les techniques des recensements. Cependant, les usages pratico-politiques des diverses formes de comptages, perçus tantôt en tant que moyen de connaissance du monde social et tantôt comme des outils pour donner ou étendre l'hégémonie d'une classe dominante, vont progresser lentement. Les règles techniques à la base des travaux statistiques (à ne pas confondre avec les normes prescrivant des impératifs positifs ou négatifs) continuent à être variables, incertaines, aléatoires, hypothétiques. Ces règles n'ont jamais constitué un projet moral doté d'obligations. Il n'est donc pas du tout pertinent de mélanger les normes avec les règles techniques, d'ignorer la frontière entre les comportements régulés et réguliers et les autres, d'affirmer que les normes sont opaques, que le réel est transparent, que le paradigme centré sur la loi n'alimente plus l'exercice du pouvoir politique, que ce dernier « gouverne

sans gouverner ». En plus, comment négliger le fait que les statistiques ne sont pas un outil démocratique ? (*Esprit*, octobre 2010, pp. 175–180).

Laissons de côté la thèse que le réel est transparent alors que la recherche empirique le construit et le représente à partir de prénotions et arrêtons-nous seulement sur les changements constatables dans la façon de gouverner et dans l'exercice de la souveraineté. Ils sont tous liés, en vérité, aux transformations des modèles normatifs. La conception que la réalité, physique et sociale, est soumise à des principes essentiels, constants, nécessaires, en bref qu'elle est gouvernée par des lois, que celles-ci sont basées sur la généralité, l'abstraction, la répétitivité, la reproductibilité de la norme, a périclité. Les logiques de l'identité et de la réversibilité faisant l'économie du concret et de l'individualisation, ont laissé la place aux spécificités et aux particularités des sujets individuels, aux singularités des contextes socio-historiques. En plus, la notion de loi a beaucoup variée au cours des temps (la loi comme raison, la loi comme uniformité, la loi comme convention, loi comme relation symbolique), les propositions énonciatives formulant un rapport constant entre les faits se sont révélées des formules pour la prévision réduisant la validité à l'efficacité, à l'obtention d'anticipations. Pour cette raison l'explication ramenait le fait ou l'événement à une loi et la logique de la reproductibilité identitaire obligeait à suivre des procédures d'homogénéisation et d'égalisation. Ainsi les actions humaines étaient expliquées par une loi, celle fixée par la norme, impérative, obligatoire mais dépourvue de nécessité absolue. Expliquer et juger le pourquoi et le comment de tel ou tel autre comportement, le qualifier de légitime ou d'illégitime, de licite ou d'illicite, tout découlait de la norme élevée au rang de variable indépendante.

Aussi longtemps que l'on avait à faire à des « objets » stables et reproductibles, à la loi source de tous les systèmes normatifs, la compréhension et la gestion du monde sociale pouvaient être prises en charge par les modèles de rationalité fondés sur la déduction et sur l'induction. Or, cette approche a été bouleversée dans les sociétés du capitalisme industriel, conflictuelles et en rapides transformations. Ces sociétés nécessitent, en plus du contrôle social ordinaire, des normes de direction et de régulation de différentes espèces, normes qui démarquent mal les sources matérielles et les sources formelles et qui modifient la nature et les fonctions du système politico-juridique.

Friedrich von Hayek a analysé cette transformation et en a placé l'origine dans le « Welfare State ». Dans l'État libéral classique, il y avait uniquement des normes primaires, ou normes de conduite, alors que dans l'État social il y a une forte augmentation des normes secondaires, ou normes d'organisation. Bien que ces dernières soient fondamentalement des normes de conduite, l'État social, moyennant ces mêmes normes, fait faire et fait lui-même. Ces normes d'organisation règlent, en effet, l'action de tous les organes de l'État social, d'où la prépondérance, dans les sociétés contemporaines, du droit

administratif et du droit public en général sur le droit privé constitutif des sociétés d'antan.

Dans l'État libéral classique la loi était tutélaire et garante; dans l'État social, elle est promotionnelle, stimulatrice, incitatrice. De générale et abstraite, préétablie et impérative, la loi est devenue ainsi singulière, concrète, ponctuelle. Contrairement aux lois sanctions, les lois de l'État social visent à produire, moyennant directives, subventions, crédits facilités, exonérations d'impôts, exceptions, etc., des résultats programmés. Dans les sociétés contemporaines il est de plus en plus difficile de rapporter les relations et les interactions de la vie sociale à une loi ou à une règle de droit prédéterminées. En raison des innovations techniques et économiques ces sociétés évoluent sans cesse selon des dynamismes internes indiscernables et cumulatifs. Les normes juridiques, en cristallisant la vie sociale en devenir constant en des règles trop strictes, sont devenues elles-mêmes des sources de conflits. Les sociétés contemporaines, au consensus social émiété, toujours prêtes aux révoltes ou aux explosions de violence, s'accommodent mal au formalisme juridique. Le droit, dans nos sociétés, n'est plus l'unique garant de l'équilibre social ni le seul régulateur des rapports sociaux. Il doit coexister avec d'autres systèmes normatifs, économiques, scientifiques, religieux, pédagogiques ou autres, qui eux aussi fixent des règles, défendent leurs autonomies et essaient d'échapper à toute forme de hiérarchisation ou de subordination. Pour les systèmes normatifs non juridiques, le droit n'a qu'une validité statutaire puisque ses normes générales ne prennent pas en compte les particularités et les spécificités des situations et des contextes, n'arrivent plus à établir si une situation d'exception est donnée dans un contexte spécifique.

Pour avoir des solutions indispensables aux activités sociales, économiques, politiques ou religieuses, pour surmonter les conflits, la généralité, l'abstraction, la répétitivité, la reproductibilité ne suffisent plus. Là où le pouvoir et l'obéissance subissent des ébranlements constants, la loi n'est plus l'expression de la volonté générale du corps social, elle est rabaissée au rang de simple mesure réglementaire ou de procédé pour communiquer la volonté gouvernementale à propos de problèmes particuliers qu'il faut orienter ou contrôler. Nos sociétés ingouvernables et conflictuelles ont transformé la nature du pouvoir politique, lequel pour garantir sa légitimité doit reconnaître l'existence des sources normatives extra-législatives, voire même extra-étatiques. Au moment où le monopole de la production juridique du pouvoir législatif représentatif est ébranlé, l'activité créatrice des juristes et des juges augmente.

Très attentifs aux phénomènes sociaux, le juriste et le juge sont portés à suivre de près toutes les mutations sociales. L'image du juriste conservateur des règles données, dépositaire et gardien des lois, chargé d'interpréter le droit et de l'appliquer, a laissé la place à celle du juge appréciant les faits dont

les normes juridiques constituent des évaluations, s'efforçant de trouver les règles adéquates et idoines, appropriées, afin de résoudre des problèmes compliqués, aux implications sociales ou économiques complexes. Que le juge soit en train de modifier le blason de la légalité classique (gouverner ou juger), qu'il soit en train de devenir producteur actif de droit, de l'exercice de l'activité politique, c'est un fait évident. Il cherche les modèles normatifs tant dans les règles du système juridique établi que dans les rapports et les valeurs sociaux.

L'autre transformation importante est celle concernant les fonctions des modèles normatifs. Les fonctions répressives, basées sur les sanctions, font une place importante aux fonctions promotionnelles, aux normes techniques visant la prévision et l'anticipation. Le contrôle persuasif assuré par le conditionnement psychologique accompagne le contrôle contraignant. La réaction sociale précède le comportement ou l'événement et l'intervention-remède remplace l'intervention-prémonition. La prévention ancienne était de nature intimidatrice, la nouvelle utilise les sciences psychosociologiques pour empêcher l'élaboration et l'émergence des comportements non souhaités, pour gérer des situations singulières, concrètes, pour contrôler la production, la distribution et la consommation de biens rares et de ressources périssables. La place du droit comme organisation légitime de la force dans une société où l'ordre juridique fait d'abord de la promotion, offre des services, oriente la distribution des biens, où il ne se borne plus uniquement à protéger les individus et à garantir la circulation des biens et des richesses, une telle société où la déviance est effacée avant même son surgissement, où on décourage systématiquement les comportements déviants au profit des comportements souhaités, ne peut plus être caractérisée en tant que société de droit.

Les marques de cette transformation radicale de l'État libéral de droit en État social post-libéral sont: les moyens de contrainte effectivement à disposition sont réduits tandis que les possibilités de désobéissance, de résistance passive aux ordres, de contestation, d'opposition, de dissidence, de refus augmentent continûment. La pléthore des lois, des règlements et des directives, le chaos normatif, sapent la certitude du droit et en font un instrument politique pour assurer la stabilité et la continuité des rapports sociaux. Aujourd'hui on commande avec des lois, on administre avec des lois, on soumet toutes les décisions à des procédures de consultation réglementées et on accepte, le cas échéant, les oppositions et les contestations. Le droit en tant qu'expérience inquiétante située entre la certitude de la force et l'incertitude de la justice est devenu lui-même une source de conflits et source de la crise endémique des systèmes démocratiques.

Pour parer à ces difficultés, on a proposé de renoncer à l'identification du droit avec la loi, d'explorer d'autres formes de rationalité, de construire d'autres paradigmes, de prendre acte que les organisations administratives ont

des rôles politiques importants dans l'exécution et dans l'application des décisions touchant aux multiples aspects de la vie sociale, soit dans la sphère publique que dans la privée. D'autres modèles de rationalité pourraient mieux adapter les décisions aux situations concrètes et corriger ainsi les difficultés propres à la généralité, à l'abstraction, à la répétitivité, à la reproductibilité, à la rationalité galiléenne. Mais le recours sans contrôle au seul principe d'efficacité ou de convenance ne risque-t-il de produire des méfaits tyranniques, inhumains, injustes

Si le droit doit ordonner la vie en commun des hommes, s'il doit rester l'instance commune aux diverses activités humaines, s'il doit continuer à être le moyen pour trouver une solution équitable aux conflits entre les diverses sphères des rapports sociaux, économiques ou politiques, alors il faut admettre que l'ancien modèle de la rationalité à la base de la loi est inadapté aux rapports sociaux d'aujourd'hui. Nos sociétés s'organisent, se désorganisent et se réorganisent sans cesse pour s'adapter aux circonstances, pour établir une certaine équité entre leurs membres, entre les générations, mais aussi pour s'approcher des idéaux qu'elles donnent à elles-mêmes. La loi n'est plus un ensemble de règles codifiées ou codifiables *hic et nunc*. Les conduites, les actions, les comportements ne sont plus maîtrisés par une application pure et simple des normes juridiques. Les interactions sociales transgressent aisément l'ensemble des normes juridiques et créent des conventions et de règles qui orientent les activités humaines et cela au moyen de la médiation, de l'arbitrage, de la conciliation.

La philosophie politique, pendant longtemps centrée sur l'ontologie, sur la gnoséologie et sur l'éthique, réserve dorénavant une place importante à la multiplicité des structures normatives, des énonciations sur des énonciations, en bref à la logique déontique. Certes, la source de la loi, formulée de façon générale et abstraite, est dans la Constitution, dans le domaine du *Sollen*, de l'univers non factuel, du monde suprasensible où l'imputation efface la causalité. Pourtant la loi et la souveraineté s'accroissent, peu à peu, aux sources extra-législatives et même extra-étatiques. Les Etats, soumis aux processus d'internationalisation de normes postulant l'existence de valeurs universelles, admettent que d'autres acteurs puissent élaborer des règles en fonction d'intérêts sectoriels et particuliers. Le monisme est abandonné et le pluralisme met en discussion les doctrines du normativisme, de l'institutionnalisme, du décisionnisme, du structuralisme et du fonctionnalisme. Plutôt que commenter, interpréter, déterminer la signification des règles incompatibles, floues ou lacunaires, de gloser sur les sources matérielles et formelles, on évalue alors les rapports sociaux et leurs contextes, on recherche à la fois les moyens pour les régler et les formulations pour les rendre plausibles.

La fonction du juriste a changé. Il n'est plus le dépositaire, le gardien, le transmetteur des règles, le conservateur des modèles normatifs. Il transforme,

intègre, donne des significations précises aux règles à l'aide des variables institutionnelles, sociales, culturelles, idéologiques. Avec des procédures de typification et d'indexation du sens dans le contexte de l'action, il élabore les critères d'appartenance et de non appartenance, d'inclusion et d'exclusion; il fixe même les frontières entre les groupes. En somme, la jurisprudence est de plus en plus proche de la « *verstehende Kulturwissenschaft* » théorisée par Gustav Radbruch.

Les juristes spécialistes du droit social sont à l'origine d'une production juridique intense, certes favorisée par les politiques publiques de programmation socio-économique et de planification industrielle. Le droit du travail a pris en charge les négociations collectives, les contrats de branches et de catégories dont les règles coiffent souvent les dispositifs de la loi. De même, les professionnels du droit économique, du droit commercial, du droit industriel, du droit des entreprises, s'efforcent d'ajuster le formalisme de ces disciplines aux transformations sociales en cours dans les sociétés à économie de marché. Même les civilistes, longtemps gardiens de l'autonomie du droit, créateurs de toutes les techniques utilisées communément et pendant longtemps par la communauté des juristes, participent à ce travail de renouvellement et transforment notamment des instituts tels le testament, le mariage, le divorce, la paternité, la filiation, etc. Ainsi le droit en adhérant davantage aux problèmes de la vie sociale, du développement, des transformations socio-économiques, est devenu parti intégrante de la politique, outil de gouvernement.

L'exemple paradigmatique est donné par le droit administratif et ses juridictions. Ayant pris la mesure des limites du raisonnement juridiques, les chercheurs ont mis en évidence les mécanismes de production du savoir juridique, comment il est produit et puis il est reproduit. Le droit est alors conçu en tant que « le système » de représentation de la société, du pouvoir, de l'autorité, de la politique. Le droit, système de représentations des valeurs sociales et des autorités hiérarchisées, attribue et distribue, en effet, le sens indispensable à l'exercice du pouvoir. Il est, pour ainsi dire, le conjugateur de la liberté et de la contrainte, il aide à gouverner. Le droit ne se réduit pas à la règle, ni même à son contenu, à son impérativité, à la contrainte, sa raison d'être se trouve dans le passage de la norme à la décision. Le travail des acteurs chargés de lier la norme générale abstraite au fait historique, au rapport social concret, effectif, est fondamental. Ces acteurs disposent d'un pouvoir dont l'exercice est imprévisible, voire subjectif et arbitraire là où il n'est pas discipliné par la loi et/ou là où il découle de notions juridiquement indéterminées, lacunaires, d'énoncés flous ou ambigus. Pour obtenir la liaison entre la norme générale abstraite et le cas individuel concret, pour appliquer la norme il faut tout d'abord l'interpréter. Or l'interprétation permet de réduire à l'unité la multiplicité des sens possibles, de « conférer une signification déterminée

[dotée de force contraignante] à la situation concrète qu'il faut juger ». Mode de production des significations, « Transmutation de la norme en décision » grâce à « un travail de rationalisation portant sur le cas concret à partir de notions figurant dans une proposition formulée en termes abstrait », le droit est une structure politique spécifique, une institution social-historique, à la fois théorique et pratique. Ce n'est pas la norme à le caractériser mais plutôt la norme et son application, lesquelles forment ensemble « un système dans lequel le texte normatif ne peut être "norme" que dans et par son application et l'acte d'autorité ne peut être "application" que dans et par le texte normatif auquel il se réfère », d'après Pierre Moor (*Pour une théorie micropolitique du droit*, Paris, PUF, 2005).

Dans cette perspective le droit est « un système social, composé d'un *ensemble de textes normatifs* que produit et utilise un *ensemble d'acteurs* défini par ce système lui-même, aux fins d'émettre des actes dont la société reconnaît la nature impérative » et dont l'objectif est la maîtrise et la gestion des conflits, la pondération et la comparaison des facteurs individuels concrets en jeu. La légalité (respect de l'ordre public, tout acte doit se fonder sur la loi, traiter les situations semblables de manière semblable et les différentes en différente) et la prééminence de l'intérêt public sur l'intérêt privé jusqu'ici ont été réputés des principes constitutifs du droit de l'Etat de droit. Ces deux principes disposent d'une dimension micropolitique et d'une institutionnalisation socio-historique d'où découle la liberté d'appréciation indispensable à la légitimité démocratique.

L'application du droit est la modalité constitutive de l'exercice du pouvoir. Le droit est la forme légitime d'exercice du pouvoir de la démocratie, la manière principale pour produire des « actes de pouvoir dont la validité est subordonnée à leur intégration dans un ordre de signification qui, quoique dépassant les auteurs, est accompli par eux » ; « le droit est [...] une langue que la société se parle à elle-même pour être en mesure de dénoter ce qui se passe en elle. » Et l'analyse de cette langue est indispensable pour l'« appréhension complète de la consistance de l'Etat de droit. » L'herméneutique est une forme de pouvoir, un mode d'exercice du pouvoir mais également la modalité pour le saisir et le rationaliser.

« Usine » à fabriquer du sens, à le rendre plausible grâce à différentes formes de représentations, le droit contribue à rationaliser les comportements, à gérer les conflits, à étalonner la violence, à rendre la politique (choix entre des valeurs antagonistes) plausible et acceptable. Le droit est une forme de la politique dans les sociétés contemporaines, centré sur les situations, il est le soubassement de l'action politique et grâce à lui cette dernière continue à être un prescripteur de conduites.

Pendant longtemps le droit a été le garant de la paix social et de l'ordre économique et a été conçu et perçu comme un ensemble d'obligations et d'interdictions corroborées par des contraintes et des coercitions. Dans les sociétés contemporaines les Etats interviennent dans les processus de production et de distribution des richesses. En plus du contrôle social et de la répression, ils doivent assurer des fonctions de direction et de promotion. Dès lors il a fallu compléter les sanctions négatives (la peine, le dédommagement, etc.) avec des sanctions positives (primes, incitations, conseils, exhortations, commandements).

Pour rendre compte de la réalité sociale, de la transformations des rapports sociaux, de la croissance de l'État social, des privatisations et de bien d'autres phénomènes sociaux, on doit recourir aux facteurs extra juridiques, lesquels constituent les matériaux (contextualités) informatifs primaires indispensables à la mise en forme des énoncés narratifs à la base des performances interprétatives et puis des synthèses prénormatives ou quasi-normatives. Pour cette raison, les jugements sont toujours plus proches de l'équité, de l'expérience sociale, du contexte historique que de la jurisprudence traditionnelle.

Or les notions de pouvoir et de gouverner forment des prédicats si universellement vagues qu'il est possible d'y inclure toutes les relations sociales dissymétriques, de n'importe quel type et de n'importe quelle nature. La politique, le pouvoir et l'Etat dans la société globalisée ne constituent pas des entités physiques, ils se trouvent partout, d'où « la part de liberté dont jouit, à quelques niveau que ce soit, n'importe quelle instance étatique, dès lors qu'elle est dotée d'un pouvoir qu'elle peut faire peser sur 'ses administrés'. L'exercice concret de la puissance publique, dans quelques situations que ce soit, est la manifestation d'un pouvoir politique et requiert à ce titre une légitimation pour être acceptable et, dans la mesure du possible, accepté. »

Puisque les propositions normatives établissent comment il faut et l'on doit agir en des circonstances données, puisqu'elles visent des comportements possibles et probables et jamais des comportements effectifs et réels, les actes du gouvernement se déploient grâce aux interprétations qu'on en donne. Aucune politique ne peut s'imposer sans leur aide. Les modèles normatifs garantissent, d'une autre manière, l'exercice de l'activité politique et de gouverner en conformité avec les mécanismes propres aux systèmes démocratiques.

Les normes n'ont pas perdu leur importance, ont été transformées. La statistique y a contribué mais son rôle reste subalterne. Les gouvernements continuent à gouverner en s'appuyant sur le sens et les rationalisations attribués par les juges.

Prof. Giovanni Busino