

# DROIT & PHILOSOPHIE

Hors-série Numéro 4

---

## **La responsabilité face au raisonnement probabiliste**

*Regards croisés entre droit  
et sociologie*



## **DIRECTEURS**

Denis Baranger (Université Panthéon-Assas)  
Olivier Beaud (Université Panthéon-Assas)  
Olivier Jouanjan (Université Panthéon-Assas)  
Mélanie Plouviez (Université Côte d'Azur)

## **DIRECTRICE ADJOINTE**

Élodie Djordjevic (Université Panthéon-Assas)

## **CONSEIL SCIENTIFIQUE**

Jean-Pierre Coriat (Université Panthéon-Assas), Quentin Épron (Université Panthéon-Assas), Jean-François Kervégan (Université Panthéon-Sorbonne), Philippe de Lara (Université Panthéon-Assas), Charles Leben † (Université Panthéon-Assas), Pierre-Yves Quiviger (Université Panthéon-Sorbonne), Philippe Raynaud (Université Panthéon-Assas), Marie-France Renoux-Zagamé (Université Panthéon-Sorbonne), François Saint-Bonnet (Université Panthéon-Assas), Philippe Théry (Université Panthéon-Assas), Mikhaïl Xifaras (Sciences Po)

## **COMITÉ DE RÉDACTION**

Manon Altwegg-Boussac (Université Paris-Est Créteil), Gregory Bligh (Université Paris-Est Créteil), Mathieu Carpentier (Université Toulouse I Capitole), Jérôme Couillerot (Université Lyon III), Thibault Desmoulins (Université Panthéon-Assas), Élodie Djordjevic (Université Panthéon-Assas), Charles Girard (Université Lyon III), Marc Goetzmann (Université Côte d'Azur), Gilles Marmasse (Université de Poitiers), Mélanie Plouviez (Université Côte d'Azur), Tristan Pouthier (Université d'Orléans), Themistoklis Raptopoulos (Université de Lorraine), Pierre-Marie Raynal (CY Cergy Paris Université), Céline Roynier (CY Cergy Paris Université), Patrick Savidan (Université Panthéon-Assas), Sabina Tortorella (Université Panthéon-Sorbonne), Mathilde Unger (Université de Strasbourg)

## **SECRÉTAIRE DE RÉDACTION**

Romane Lerenard (Université de Rennes)

## **ADRESSE DE LA RÉDACTION :**

Institut Michel Villey, Université Panthéon-Assas  
12, place du Panthéon, 75231 Paris cedex 05  
contact@droitphilosophie.com  
www.droitphilosophie.com

# La responsabilité face au raisonnement probabiliste.

Regards croisés entre droit et sociologie

*Actes de la table ronde organisée par l'Institut Michel Villey  
et le Laboratoire de sociologie juridique de l'université  
Paris-Panthéon-Assas le 27 juin 2023*



# *Droit & Philosophie*

Hors-Série n°4 – novembre 2023

OLIVIER BEAUD, DOMINIQUE FENOUILLET

*Présentation*..... 5

OLIVIER BEAUD, FRANÇOIS VATIN

*Un entretien avec François Vatin : décisions de justice et esprit probabiliste*..... 9

PHILIPPE CONTE

*L'analyse probabiliste et le droit pénal. Les chiffres et les valeurs*..... 15

HAFIDA BELRHALI

*Causalité et probabilité(s) en droit de la responsabilité administrative.  
Brèves remarques sur les calculs et le doute*..... 25

ANNE JACQUEMET-GAUCHÉ

*La probabilité au service du droit de la responsabilité administrative*..... 33

MURIEL FABRE-MAGNAN

*Des limites du raisonnement statistique en matière de responsabilité civile*..... 43

FRANÇOIS VATIN

*Quelques propos sur le droit, la connaissance et l'intérêt public*..... 61



Olivier Beaud  
Dominique Fenouillet

## Présentation sur la responsabilité et le raisonnement probabiliste

Nous présentons ici les actes de la table ronde qui a été organisée par l'Institut Michel Villey et le Laboratoire de sociologie juridique de l'université Paris-Panthéon-Assas sur la question de la responsabilité et du raisonnement probabiliste.

La table ronde s'est organisée autour de l'entretien initial qui avait eu lieu entre François Vatin et Olivier Beaud, et publié sur le blog de *Jus Politicum*<sup>1</sup>. Dans sa présentation orale, François Vatin a repris globalement ce texte dans lequel il invite les juristes à prendre davantage en compte le raisonnement probabiliste dans leur raisonnement. Le raisonnement probabiliste aurait pour grand avantage, selon lui, d'éviter les problèmes insurmontables posés par la notion de causalité, ou de causes, quand on travaille notamment sur la question de la responsabilité.

Les quatre intervenants, tous juristes, lui ont répondu en partant, ce qui est bien naturel, de leur propre discipline. Nous publions ici, dans l'ordre de leur intervention orale, les textes de Philippe Conte pour le droit pénal, d'Hafida Belrhali et Anne Jacquemet-Gauché pour le droit administratif et de Muriel Fabre-Magnan pour le droit civil. À toutes fins utiles, nous précisons que François Vatin a pu réagir aux deux textes qui lui ont été transmis, à savoir ceux d'Anne Jacquemet-Gauché et de Muriel Fabre-Magnan.

Comme on l'a compris, l'objet et le but de cette table ronde étaient de confronter le point de vue de la sociologie et celui du droit, ou plutôt celui des sociologues et celui des juristes, à propos d'un cas concret : la responsabilité. François Vatin a invité les juristes, comme l'on a écrit plus haut, à prendre en compte le raisonnement probabiliste, c'est-à-dire à la fois les données statistiques et l'usage qu'en font les meilleurs sociologues (on peut penser à Émile Durkheim ou Alain Desrosière). On espère ne pas déformer le point de vue des juristes qui se sont exprimés en disant qu'ils sont demeurés circonspects à l'endroit d'une telle invitation pour des raisons assez différentes. Il convient néanmoins de souligner que la principale objection des juristes a consisté à soutenir que le droit de la responsabilité intègre déjà l'usage du raisonnement probabiliste. La critique « vatinienne » raterait sa cible, car,

---

<sup>1</sup> O. BEAUD, « Un entretien avec François Vatin : décisions de justice et esprit probabiliste », in Blog de *Jus Politicum*, du 24 octobre 2022 [En ligne : <https://blog.juspoliticum.com/2022/10/24/un-entretien-avec-francois-vatin-decisions-de-justice-et-esprit-probabiliste-par-olivier-beaud/>]. Nous le publions ici comme premier texte afin de faire comprendre à quel texte les quatre juristes ici sollicités ont réagi.



comme dirait un juge, elle « manquerait en fait ». On verra comment François Vatin y a répondu assez longuement dans son texte.

Il serait assez vain de dissimuler au lecteur que le fait de confronter les points de vue a ressemblé plutôt, soit à une confrontation entre le sociologue et les juristes, soit à un « dialogue de sourds ». Le dialogue était un peu inégal, il est vrai, dans la mesure où la sociologie avait un seul représentant, François Vatin, certes capable de se défendre tout seul (voire d'attaquer), tandis que le droit en avait quatre à lui tout seul.

Il ne s'agira pas ici d'arbitrer ce qui ressemble à une nouvelle querelle des facultés<sup>2</sup> – facultés de droit *versus* facultés de sociologie –, mais de pointer quand même l'immense difficulté qui existe en France (et probablement ailleurs qu'en France...) à faire dialoguer les disciplines entre elles. Le danger est toujours que les représentants d'une discipline reprochent à ceux de l'autre d'ignorer ce dont ils parlent quand ils s'aventurent sur le terrain de l'autre discipline. Les juristes ont plutôt tendance, de nos jours, à éviter ce danger dans la mesure où il est fort rare de les voir s'aventurer dans le domaine de la sociologie<sup>3</sup>. Le feraient-ils toutefois, que l'on peut supposer, sans grand risque de se tromper, qu'ils seraient aussi cueillis à froid par les tenants de la sociologie (surtout quand on voit ce que celle-ci est devenue, étant essentiellement « critique » pour ne pas dire « hyper critique »...).

Mais les arbitres que nous sommes ici se départiront de leur rôle un court moment en faisant part d'un certain regret : les juristes ne lisent plus les sociologues, ou quand ils les lisent, c'est pour se tourner vers Bourdieu dont la pensée sur le droit ne fait guère avancer la réflexion<sup>4</sup>. Ils gagneraient pourtant à méditer l'œuvre de grands sociologues, tels Max Weber, Niklas Luhmann ou encore Émile Durkheim. C'est d'ailleurs ce dernier que François Vatin leur recommande de lire ici. Les juristes ne devraient-ils pas en effet méditer l'analyse du fondateur de la sociologie française, qui voyait le remplacement de la sanction pénale par la sanction civile comme un progrès, celui qui accompagnait le passage de la solidarité organique vers la solidarité mécanique ? Le retour en grâce du droit pénal et la criminalisation tous azimuts qui caractérisent la société française contemporaine ne sont-ils pas une grave régression ?

On laissera les lecteurs juges de ces échanges, parfois un peu musclés, qui nous changent du « ronron » académique habituel. Toutefois, une chose est sûre ; il y a un fossé entre les exigences bureaucratiques imposant le « mantra » de l'interdisciplinarité et les faits, c'est-à-dire la difficulté à la pratiquer. C'est au moins une des leçons de cette Journée qui aura eu deux mérites : d'une part, celui de donner à lire des contributions de grande qualité sur la délicate question de la responsabilité confrontée à l'usage des statistiques ; d'autre part, celui d'ouvrir un débat qui garde

---

<sup>2</sup> On renvoie au dernier numéro de *Droit & Philosophie* dirigé par Denis Baranger et Élodie Djordjevic, *Conflit des facultés. La philosophie des juristes et le droit des philosophes*, vol. XIV, Paris, Dalloz, 2023. [En ligne : <https://www.droitphilosophie.com/volumes/read/20>].

<sup>3</sup> Voir l'exemple très signifiant du droit de la famille : D. FENOUILLET, « La sociologie du droit et de la justice : quelle place en droit de la famille ? Regards d'une juriste », *Revue d'Assas*, 2023.

<sup>4</sup> Voir par exemple : O. BEAUD « L'État comme impensé du droit administratif. Quelques notations sur le grand écart entre Pierre Legendre et Pierre Bourdieu », in C. PIERUCCI (dir.), *Les impensés du droit administratif. Hommage à Jacques Caillosse*, Paris, LGDJ, coll. Droit & Société, 2022, p. 71-88.

sa pertinence, selon nous, tant il semble que certaines des questions ici posées de part et d'autre méritent d'être approfondies.

**Olivier Beaud**

| Professeur de droit public à l'Université Paris Panthéon-Assas

**Dominique Fenouillet**

| Professeur de droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas



Olivier Beaud  
François Vatin

## Un entretien avec François Vatin : décisions de justice et esprit probabiliste\*

**Olivier Beaud** : Mme Buzyn a été mise en examen pour sa gestion de l'épidémie de la Covid-19 et l'ancien Premier ministre, Édouard Philippe, semble sur le point de l'être. Or, une étude démographique internationale menée dans 27 pays vient de montrer que la France avait remarquablement traversé l'épidémie de la Covid (*Le Monde* du 23-24 octobre 2022). Que vous inspire un tel contraste ?

**François Vatin** : Rappelons d'abord les faits mentionnés dans cette étude : non seulement la perte d'espérance de vie a été plus faible en France qu'ailleurs entre 2019 et 2020, mais celle-ci a recommencé à augmenter entre 2020 et 2021. Au total, les Français n'auront perdu que 1,2 mois d'espérance de vie entre 2019 et 2021, contre 28,2 aux États-Unis, 9,3 au Royaume-Uni, 7,4 en Italie et en Espagne et même 5,7 en Allemagne. Seule la Suède fait mieux dans ce panel avec une baisse de seulement 0,1 mois !

Ce n'est pas le lieu pour entrer dans des explications détaillées sur ces chiffres. Il s'agit seulement de noter le contraste entre ces résultats, quand même exceptionnellement satisfaisants, et la mise en cause des autorités politiques à laquelle on assiste. Cette « réussite » n'est sans doute pas à mettre à leur crédit exclusif, mais il faut quand même admettre qu'ils n'ont pas « tout raté » en dépit des commentaires que l'on n'a cessé d'entendre tout au long de la crise.

Mais un tel bilan global relève d'un jugement d'efficacité. La justice n'en a que faire, puisqu'elle ne se penche que sur le respect des règles. Dès lors que, d'un côté, il y a eu dommage (comment pourrait-on le nier en l'occurrence ?) et que, d'un autre côté, des acteurs en situation de responsabilité ont manqué à certaines obligations (c'est à la Justice de le dire), un lien putatif de causalité entre ces manquements et ces dommages peut être établi et conduire à une condamnation, même partielle, comme dans l'affaire du « sang contaminé ».

---

\* Ce texte présenté sous forme d'entretien entre Olivier Beaud et François Vatin, vise à donner la parole à un sociologue qui s'étonne du hiatus entre la façon dont les juristes examinent, à travers leur concept de responsabilité, les diverses affaires ou drames mettant en cause des acteurs collectifs et la façon dont les sociologues pensent la même question. L'auteur plaide en faveur de la prise en compte par le droit du raisonnement probabiliste.

**O. B.** : On entend souvent dire que cette criminalisation de la responsabilité a pour effet négatif d'entraver l'action des décideurs publics qui sont enclins, en raison de cette menace « pénale », à ne pas agir plutôt qu'à agir. Que pensez-vous d'une telle assertion ?

**F. V.** : La crainte d'une possible mise en cause entrave bien sûr l'action gouvernementale. Il est étonnant de voir à ce propos combien nos conceptions sont ici régressives par rapport à ce qui a cours en matière de sécurité industrielle. Sauf si l'affaire passe au pénal, ce qui est rare, l'objectif lors de l'analyse d'accidents, effectifs ou évités de justesse, n'est pas de déterminer des coupables pour les sanctionner. Chacun sait que cela tétaniserait tout le personnel en charge d'installations dangereuses. Il est de comprendre la combinaison des causes, toujours multiples, qui ont conduit à l'accident afin d'en tirer profit pour une meilleure sécurité ultérieure. Et ici aussi, chacun sait que le strict respect des consignes n'est pas forcément le garant de la sécurité. Le directeur de la centrale nucléaire de Fukushima avait ainsi renvoyé dans les cordes la commission qui l'avait interrogée à ce propos. En situation d'urgence extrême, comme dans ce cas de figure, on est sorti des procédures. On décide au mieux, dans l'instant, comme sur un champ de bataille.

**O. B.** : Si on reprend le cas emblématique des procès pénaux, pour des accidents industriels – type AZF – ou aéronautiques – type affaires du vol Rio-Paris ou du crash du mont Sainte-Odile –, n'y a-t-il pas une difficulté qui est propre à la responsabilité pénale ?

**F. V.** : Si l'on va au fond des choses, on voit que la justice pénale est entravée par une philosophie causaliste monovalente associée au principe de responsabilité individuelle. On cherche à imputer à une personne physique, voire morale, les conséquences d'un acte délibéré. On voit bien que cette philosophie trouve ses sources dans des actes où l'intention criminelle ou délictueuse est évidente (un meurtre, un vol caractérisé). Le droit pénal essaie parfois de s'en sortir avec des délits non intentionnels. Mais, dès lors que l'on sort de ce champ strict, la question devient complexe : au cours d'un affrontement physique, une personne tombe sans dommage et l'affaire en reste là ; elle se tue en heurtant l'arête d'un trottoir et l'affaire change de tournure. La « responsabilité » de la personne qui l'a fait tomber est bien sûr engagée, mais, sur le registre objectif des causes, c'est le trottoir, aussi, qui l'a « tuée ». D'ailleurs, si la personne est tombée sans intervention extérieure, on pourra chercher à se retourner, non contre le trottoir, mais contre la personne qui a pris la responsabilité de poser un matériau qui s'est avéré dangereux. On sait que cette crainte est devenue la hantise des maires dans les choix d'aménagement... C'est bien avec la même logique que les autorités ministérielles ont été mises en cause dans l'affaire du sang contaminé comme dans celle de la Covid.

**O. B.** : Vos remarques plongent le juriste dans un abîme de perplexités, car elle aboutit à remettre en cause le lien de causalité qui est au centre du droit de la responsabilité.

**F. V.** : Il me semble que les juristes peinent à intégrer dans leur façon de penser le raisonnement probabiliste. Je m'explique. Les événements, quels qu'ils soient, ont toujours une dimension aléatoire. Le hasard, a expliqué le philosophe Augustin Cournot est l'effet de croisement de « séries » indépendantes. Il n'y a pas de lien entre le rythme qui va conduire une tuile à se détacher d'un toit et le fait que je passe dessous au moment précis où elle se détache. Chercher une imputation exclusive pour expliquer un fait est toujours erroné. Déterminer l'ensemble des causes multiples qui se sont croisées est bien sûr hors de portée de l'entendement.

Pourtant, nous explique Cournot, il est possible de développer un autre raisonnement qu'il intitule la « raison des choses » par opposition à celui des « causes efficientes ». On ne peut calculer sur quelle face un dé va tomber à chaque lancé, bien que les lois physiques qui déterminent ce résultat soient pleinement déterministes. Mais si, au bout d'un certain nombre de lancés, une face tombe notablement plus fréquemment qu'une fois sur six, on pourra conclure que le dé est pipé.

Il n'est donc pas nécessaire de remonter aux causes efficientes pour se prononcer sur des questions qui relèvent des grands nombres, comme pour ce qui concerne l'efficacité des dispositions mises en œuvre par les autorités gouvernementales à l'occasion de l'épidémie de la Covid. Il ne s'agit pas d'affirmer qu'aucune erreur n'a été commise, mais que, l'un dans l'autre, l'action publique a été efficace. Faut-il alors pourchasser toute erreur qui aurait pu être commise ? En matière de droit électoral, on sait bien qu'une telle attitude conduirait à mettre en cause tous les résultats, car il est statistiquement impossible qu'une irrégularité, volontaire ou involontaire, n'ait pas été commise. Les tribunaux administratifs n'annuleront en général le résultat de l'élection que s'ils estiment que l'irrégularité en question est susceptible d'avoir modifié le résultat, c'est-à-dire si l'écart des voix entre les candidats est très restreint.

**O. B.** : Vous plaidez, et c'est intéressant, en faveur d'une sorte de « réalisme » du droit. Est-ce que vous pouvez donner un autre exemple illustrant cette thèse ?

**F. V.** : Le cas du procès France Télécom (devenu Orange) est une autre illustration suggestive de cette configuration. Personne ne doute qu'a régné à France Télécom un management délétère. Par ailleurs, les suicides d'un certain nombre de salariés sont un fait indiscutable et une partie des suicidés ont justifié leur geste par leur situation professionnelle. La justice impute donc les suicides en question au management et à ses responsables. Pourtant, le statisticien ne peut manquer de noter que le nombre de suicides qui a eu lieu à France Télécom pendant la période mise en cause était « normal », c'est-à-dire que le taux de suicide (nombre de suicidés rapportés à la population) était dans la norme de celle de la population générale. Il n'y a donc pas eu d'« épidémie de suicides » à France Télécom.

Ici encore, il faut raisonner selon la méthode probabiliste énoncée par Cournot. Émile Durkheim, qui a fondé en France la sociologie du suicide, avait retenu la leçon de Cournot. Il récusait la classification des suicides en « causes », considérant que ceux-ci étaient toujours multi-causaux. En revanche, il recherchait les facteurs suicidogènes, en mettant en évidence que le taux de suicide était plus élevé pour certaines populations que pour d'autres (les hommes plus que les femmes, les personnes âgées plus que les jeunes, etc.) En l'occurrence, rien ne permet de conclure que de travailler à France Télécom était suicidogène, même si les conditions de travail y étaient délétères.

**O. B.** : Mais ne peut-on pas alors vous objecter que votre thèse risque d'ôter toute possibilité d'engager la responsabilité des dirigeants, qu'ils soient publics ou privés ?

**F. V.** : Il ne s'agit pas de récuser le principe de responsabilité individuelle qui est au fondement du droit pénal, mais de ne pas chercher à l'étendre à toute force. À l'autre extrême, on aurait en effet le fatalisme absolu susceptible de dédouaner de toute responsabilité. Mais, entre ces deux extrêmes, il y a une place pour un raisonnement probabiliste susceptible de porter des jugements globaux sur des ensembles complexes. Il n'est pas nécessaire de passer au peigne fin l'ensemble des procédures respectées ou non respectées par les pouvoirs publics à l'occasion de la crise de la Covid pour conclure que leur action a été, dans l'ensemble, efficace, pas

plus qu'il n'est nécessaire d'étudier la configuration de chaque suicide à France Télécom pour conclure que cette entreprise ne s'est pas révélée plus suicidogène qu'une autre.

Nos sociétés complexes sont de plus en plus régies par des mécanismes probabilistes. Mais ce mode de pensée continue à répugner à l'esprit ordinaire et, il faut bien le dire aussi, à l'esprit de la Justice.

**O. B. :** Si j'ai bien compris vos propos, vous tentez de persuader de l'utilité sociale de la sociologie, science sociale gravement mise en cause dans les récentes années. Est-ce bien cela ?

**F. V. :** La sociologie a été souvent mise en cause au cours de ces dernières années par des philosophes libéraux épris de Kant, comme Alain Finkielkraut, en ce que, en cherchant des explications « sociales » aux comportements, elle entretiendrait la culture de l'irresponsabilité. Expliquer la délinquance par les conditions sociales des délinquants serait l'excuser. C'est une drôle d'attitude : on peut à la fois juger la délinquance avec les armes du droit pénal et chercher à la réduire (si ce n'est à l'éradiquer) par les moyens de la politique sociale. Mais ceux-ci ne peuvent être déterminés que si l'on étudie le phénomène, que l'on en recherche le faisceau de causes et qu'on les hiérarchise. Et ceci est vrai, quelle que soit la gravité des faits incriminés. Un Premier ministre, Manuel Valls, a pu dire que chercher à comprendre le terrorisme, c'était l'excuser ! Je continue quant à moi à croire en la pertinence des sciences sociales et à considérer qu'il nous faut comprendre pourquoi et comment une telle fraction de la jeunesse a pu, au cours de ces dernières décennies, être tentée par le terrorisme ou passer à l'acte.

Il faut comprendre, non pour excuser, mais pour nous protéger. La question n'est pas, à cet égard, différente de celle de la sécurité industrielle citée plus haut. L'obsession de la recherche des responsabilités individuelles nous éloigne d'une analyse raisonnée des causes, nécessaire à une meilleure maîtrise des phénomènes. Le droit pénal ne doit pas être le seul instrument susceptible d'ordonner la vie sociale. Émile Durkheim pensait que celui-ci était caractéristique des sociétés anciennes, qu'il disait « à solidarité mécanique », et que son importance était vouée à se restreindre dans les sociétés modernes à « solidarité organique » où dominerait le droit des contrats. Il n'imaginait sûrement pas que, dans un tel retour du refoulé, le droit pénal pourrait trouver une telle place dans les affaires économiques et politiques.

Mais pour maintenir le droit pénal à sa juste place, il faut faire justice à la notion de société, comme un ensemble complexe, composite, traversée de tensions, de conflits, où chacun agit et « est agi » tout à la fois. La régulation d'ensemble de la société n'est pas soluble dans la recherche des responsabilités individuelles. La complexité exige de penser le social sur un mode probabiliste pour lequel le droit est mal équipé. Les errances d'un certain nombre de sociologues qui, au nom de la « critique », confondent souvent science et politique, ne doivent pas conduire à jeter le bébé avec l'eau du bain. Nous avons, plus que jamais, à comprendre les mécanismes sociaux pour intervenir avec justesse, dans les tribunaux, comme ailleurs.

**Olivier Beaud**

| Professeur de droit public à l'Université Panthéon-Assas.

**François Vatin**

| Professeur de sociologie à l'Université Paris-Nanterre.





## L'analyse probabiliste et le droit pénal

### Les chiffres et les valeurs

**A**fin d'examiner les propos tenus par M. François Vatin<sup>1</sup> et de vérifier si, comme il le prétend, les juristes « peinent à intégrer dans leur façon de penser le raisonnement probabiliste », si « ce mode de pensée continue à répugner à l'esprit ordinaire et, il faut bien le dire aussi, à l'esprit de la Justice<sup>2</sup> », il faut commencer par prendre les chiffres au sérieux et ne pas s'arrêter à cette saillie de Churchill (« je ne crois aux statistiques que lorsque je les ai moi-même falsifiées ») ramenant les statistiques à une forme moderne de mensonge : précises, complètes, détaillées... mais fausses<sup>3</sup>. Ce point acquis, il convient de commencer par poser le cadre de la réflexion en droit pénal (I), rappel utile en ce qu'il permettra de formuler le problème tel qu'il doit l'être (II), avant d'esquisser les termes de la solution (III)<sup>4</sup>.

#### I. LE CADRE

Toute la réflexion doit partir de cette distinction juridique cardinale entre la règle et la décision<sup>5</sup> : la règle est une norme qui prescrit la façon dont juridiquement un problème devra être posé et résolu – elle régit le futur<sup>6</sup> et est du ressort du législateur – ; la décision donne la solution de ce même problème dans un cas particulier, en faisant concrètement application de cette règle – elle se conjugue au présent et est du ressort du juge. Or, le droit n'est pas la statistique, ni dans le cas de la règle ni dans celui de la décision.

---

<sup>1</sup> Dans un entretien avec Olivier Beaud, publié sur le blog de *Jus Politicum* (cet article se fonde sur les déclarations qui y figurent et qui seront reproduites ici entre guillemets). O. BEAUD, « Un entretien avec François Vatin : décisions de justice et esprit probabiliste », *JP Blog*, 24 octobre 2022. Ensuite nommé « Entretien précit. ».

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> Statistiques et probabilités relevant les unes et les autres de la loi des grands nombres et de l'aléatoire, ces termes, de façon expéditive, seront tenus ici pour équivalents ; au demeurant, M. F. Vatin les utilise indifféremment.

<sup>4</sup> Ce texte étant issu d'une communication orale, sa structure a été conservée.

<sup>5</sup> Voir P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions en droit international privé*, thèse, Paris, Dalloz, 1973.

<sup>6</sup> L'essence de la légalité n'est de nature ni matérielle, ni formelle : son originalité radicale est qu'elle constitue un mécanisme d'anticipation (Voir P. CONTE, « La distinction de la légalité formelle et de la légalité matérielle : ses dits et non-dits », *Droit pénal*, 2020, étude n° 23).

La règle dit ce qui doit être, non pas ce qui est. Le droit ne saurait donc être neutre – il est une mise en forme (au sens fort du terme) –, et, à ce titre, il est par nature étranger à la statistique comme aux calculs probabilistes qui, eux, se doivent de l'être. Pour autant, il est évident que les règles juridiques ne sauraient être conçues en tour d'ivoire, en faisant abstraction de toutes les données sociales, notamment des données scientifiques : la règle est générale, impersonnelle et abstraite et, de ce point de vue, il est vrai que ces caractères ne sont pas d'emblée incompatibles avec la statistique. En conséquence, les analyses chiffrées comme les calculs de probabilité effectués à partir de ces données peuvent être d'une grande utilité pour le législateur, dans la conception même de la règle, pour guider ses choix. C'est tout l'enjeu, d'ailleurs, de la politique et en filigrane, de la responsabilité du politique, qui ne doit pas être indexée sur les vérités scientifiques ni être jugée à l'aune de ce que la science prétendrait lui dicter. C'est même d'une certaine manière l'essence de son rôle qui l'exige, puisqu'il est un arbitre devant trancher entre des impératifs parfois contradictoires : rejoignant ici le droit, art du bon et du juste, la politique n'est pas une science – et c'est heureux. Mais si la statistique ou les calculs de probabilité peuvent donc aider à l'élaboration de la règle, ils peuvent, en outre, aider à son évaluation, au jugement porté sur son efficacité : si dans 60 % des cas, elle ne produit pas l'effet escompté, la règle est mauvaise – encore que cet effet pourra être jugé bénéfique, quoique non désiré. Ainsi, alors que le contrôle judiciaire a été introduit pour faire reculer le nombre de détentions provisoires, il a été utilisé, en réalité, à l'encontre de personnes qui, auparavant, étaient laissées en liberté ; pour autant, bien que cet effet ait été constaté, il n'a jamais été remis en cause. Il peut exister en droit des erreurs jugées bonnes, chose inconcevable pour la statistique : elle est juste ou fautive, comme les calculs de probabilité.

Mais, le droit comporte aussi l'application de la norme : c'est la décision évoquée précédemment, qui suppose la mise en rapport de la règle avec une affaire donnée, soumise à un juge. Or, ici et contrairement au cas de la règle, la loi des grands nombres, conçue pour des séries, est, *a priori*, impropre à la résolution d'un cas particulier.

Cela posé, il faut relever que le droit pénal utilise les ressources des calculs de probabilité ou des statistiques : ainsi, en droit de la peine, pour la prédiction de la récidive ou l'évaluation de la dangerosité grâce aux méthodes actuarielles ; ainsi encore, lors des enquêtes policières, pour permettre d'anticiper des risques de commission d'infractions dans tel ou tel quartier d'une ville grâce à des logiciels ; ainsi, enfin, d'une expertise qui aurait pour objet une analyse statistique (par exemple, dans une procédure pour tromperie à l'encontre d'un constructeur automobile, une juridiction d'instruction pourrait charger un expert de déterminer combien de voitures de tel modèle ont connu une défaillance de leur système de freinage), étant rappelé que les conclusions de l'expert ne s'imposent pas au juge. Bref, il existe bien une place pour les analyses statistiques ou probabilistes en droit pénal.

En revanche, pour l'attribution d'une responsabilité, le problème est forcément très différent, surtout dans le cas de la responsabilité pénale – M. Vatin la met d'ailleurs à part dans ses propos, même si, ensuite, il cite des exemples qui s'y rattachent tous – : elle est en effet la plus lourde des responsabilités juridiques et elle pose par conséquent de façon exacerbée toutes les questions que soulève « la » responsabilité juridique en général. Condamner à des dommages-intérêts n'a aucun rapport avec la condamnation à une peine privative de liberté ou même à une amende – pour cette raison, la responsabilité pénale est certainement l'étalon par excellence pour juger des rapports entre le droit et les analyses statistiques ou probabilistes. Or, il est évident qu'on ne saurait déclarer un prévenu ou un accusé coupable au

motif qu'il existe X % de chances pour qu'il le soit : le jugement de culpabilité repose sur des preuves. Certes, le principe est celui de la liberté de la preuve, avec son corollaire, le principe de l'intime conviction<sup>7</sup>, mais il faut bien en comprendre le sens : ils ne signifient pas que, pour un juge, tout est preuve et qu'en la matière, il peut donner libre cours à ses caprices (même si c'est, apparemment, ce qui est enseigné dans les écoles de journalisme). Aussi riche que soit la catégorie de l'indice, un pourcentage n'est pas un indice, ni donc une preuve : si une statistique établit que les violences conjugales sont dans X % des cas le fait d'hommes alcooliques, et si, dans une affaire donnée, le mari accusé d'avoir brutalisé sa femme abuse de l'alcool, ce chiffre n'a aucune signification pour le juge, lequel ne saurait fonder une condamnation éventuelle sur une telle donnée.

Ce n'est pas dire que la preuve soit, par nature, rebelle aux procédés statistiques, puisqu'il existe des présomptions, y compris en droit pénal, c'est-à-dire des règles de preuve assises sur une vraisemblance, bref sur une probabilité : lorsqu'une femme met au monde un enfant, son mari est présumé être le père. Mais c'est évidemment le droit qui arbitre l'usage de ces probabilités au point que, parfois, il consacre des solutions, voire des principes qui les contredisent directement : celui que tout accuse est présumé innocent envers et contre tout, tant que sa culpabilité n'a pas été déclarée dans un jugement irrévocable au terme de la procédure dirigée contre lui. Voilà un suspect, qui a agi devant 100 témoins, qui a passé des aveux et qui est condamné par la juridiction du premier degré : pendant toute la procédure éventuelle devant la cour d'appel, voire la Cour de cassation, il est présumé innocent, soit une présomption qui bafoue la vraisemblance, voire l'évidence, parce que le droit, décidément, n'est pas chiffre, et qu'il ne doit surtout pas l'être<sup>8</sup>.

Cela étant, on ne saurait nier qu'il s'est produit une hystérisation du droit pénal à l'époque contemporaine : le caractère toujours plus sophistiqué de notre société, le progrès des sciences ont instillé sournoisement dans l'opinion l'idée d'une sorte d'inafaillibilité qui devrait donc soustraire la population aux risques, quels qu'ils soient. En conséquence, nos concitoyens n'acceptent plus le hasard, surtout s'il est malheureux. Toute catastrophe appelle donc un coupable : cette société est celle où il n'existe plus d'innocent<sup>9</sup> – d'ailleurs, la prescription de l'action publique, la présomption d'innocence sont remises en cause. C'est qu'on veut désormais non pas la sanction du responsable, mais la mort du pécheur, en application d'une mentalité très archaïque qui est celle du bouc émissaire. Cette dérive, très préoccupante, incite à chercher des solutions pour y remédier afin de garder raison.

## II. LE PROBLÈME

La difficulté peut se formuler ainsi : comment peut-on tracer une frontière raisonnable pour la responsabilité pénale ? Le raisonnement probabiliste pourrait-il y

---

<sup>7</sup> Art. 427, CPP. L'intime conviction postule la certitude du juge, à laquelle une probabilité ne saurait équivaloir (Voir M.-C. NAGOUAS, *Le doute en matière pénale*, Nlle bibl. de thèses, vol. 18, Paris, Dalloz, 2002).

<sup>8</sup> Ainsi également de la règle selon laquelle nul n'est censé ignorer la loi pénale, alors que la tentative du ministère de la Justice pour dresser un inventaire exhaustif des incriminations existantes s'est conclue par un constat d'impuissance.

<sup>9</sup> P. CONTE, *Écume de droit pénal*, « Tous coupables », p. 231.

aider ? M. Vatin répond par l'affirmative. Dans son entretien avec Olivier Beaud, il prend ainsi plusieurs exemples, dont deux sont plus particulièrement significatifs : la mise en cause de ministres dans la gestion de la pandémie de la Covid-19 et l'affaire des suicides intervenus au sein de l'entreprise France Télécom. Dans ces deux situations, M. Vatin invoque une analyse statistique, faisant apparaître, dans le premier cas, que le personnel politique français a mieux géré la crise sanitaire que beaucoup d'autres gouvernements étrangers ; dans le second, que le nombre de suicides constatés dans l'entreprise était dans la moyenne de la population « normale », ce qui l'amène à conclure que « La complexité exige de penser le social sur un mode probabiliste pour lequel le droit est mal équipé<sup>10</sup> » – le droit pénal plus spécialement, un droit pénal que M. Vatin ne récuse pas en son principe, mais qu'il accuse d'être étendu « à toute force<sup>11</sup> » (soit une dénonciation de l'hystérisation précédemment évoquée). Quel jugement faut-il porter sur ce jugement ?

Sans doute, et comme le soutient M. Vatin, « le droit pénal ne doit pas être le seul instrument susceptible d'ordonner la vie sociale<sup>12</sup> » – mais le droit pénal n'a jamais prétendu le contraire, puisqu'il pose lui-même le principe de sa subsidiarité : il n'est légitime que si les autres réponses juridiques sont insuffisantes<sup>13</sup>. Voilà pour la règle, qui est l'œuvre du législateur, et qui se rattache à un modèle où figure le droit pénal à côté d'autres disciplines juridiques, chacune remplissant son rôle propre et, si possible, en harmonie les unes avec les autres (pour le droit pénal, c'est la formule bien connue<sup>14</sup> selon laquelle il sert de gendarme à ces autres disciplines). En ce qu'il est général, impersonnel et abstrait, ce modèle peut s'enrichir, on l'a vu, des analyses statistiques ou probabilistes, pour guider, à défaut de les dicter, les choix politiques et évaluer leurs effets. Mais, autre chose est de savoir comment ce modèle s'applique : ce n'est plus la règle, mais la décision, qui revient au juge. Il ne s'agit plus de modéliser (par exemple en proclamant abstraitement le principe de la responsabilité pénale du fait personnel avec l'article 121-1 du Code pénal<sup>15</sup>), mais de dire le droit dans un cas particulier (par exemple en demandant à un juge si concrètement, dans telle affaire, la responsabilité pénale de M. Untel doit être engagée conformément à l'article 121-1 du Code pénal).

Or, il est frappant que, dans les propos de M. Vatin, la règle et la décision sont constamment confondues, comme l'illustrent plus particulièrement deux passages<sup>16</sup> :

Il ne s'agit pas de récuser le principe de responsabilité individuelle<sup>17</sup> qui est au fondement du droit pénal, mais de ne pas chercher à l'étendre à toute force. À l'autre extrême, on aurait en effet le fatalisme absolu susceptible de dédouaner de toute responsabilité. Mais, entre ces deux extrêmes, il y a une place pour un raisonnement probabiliste susceptible de porter des jugements globaux sur des ensembles complexes.

L'obsession de la recherche des responsabilités individuelles nous éloigne d'une

---

<sup>10</sup> Entretien précit.

<sup>11</sup> *Ibid.*

<sup>12</sup> *Ibid.*

<sup>13</sup> Art. 8, DDHC.

<sup>14</sup> Et réductrice.

<sup>15</sup> « Nul n'est responsable pénalement que de son propre fait ».

<sup>16</sup> Entretien précit.

<sup>17</sup> Nous soulignons ces mots et les suivants.

analyse raisonnée des causes, nécessaire à une meilleure maîtrise des phénomènes.

Cette position reflète une juxtaposition de points de vue pourtant bien différents : le « principe de responsabilité individuelle » renvoie à une règle, tandis que « l'obsession de la recherche des responsabilités individuelles » renvoie, elle, à une décision. Dès lors, la question est de savoir non pas si l'on applique le droit pénal « à toute force », mais si la décision rendue dans une affaire particulière respecte la règle, si le juge, autrement dit, fait application de la loi pénale conformément à ses directives : telle est sa fonction, plus encore en droit pénal soumis au principe indérogeable de la légalité criminelle. Par conséquent, s'agissant du juge, il ne peut pas y avoir de place pour des « jugements globaux », lesquels relèvent, à la rigueur, de la règle, mais certainement pas de la décision : au législateur de porter un jugement d'ensemble sur une situation abstraite destinée à se reproduire et à lui, par conséquent, de forger la norme qui doit la régir. Le juge, pour sa part, rend des jugements particuliers, et non pas « globaux », il ne se prononce pas, contrairement au législateur, sur des « systèmes complexes », mais sur une situation concrète – il lui est même interdit de rendre des arrêts de règlement et il doit motiver sa décision par rapport aux faits précis du litige qu'il doit trancher : fonder une condamnation sur un pourcentage ou une probabilité, ce n'est pas motiver, c'en est même, juridiquement, l'exact contraire.

Cette confusion permanente entre la règle et la décision s'illustre par exemple avec le cas de la chute d'un avion, comme lors du vol Rio-Paris qu'Olivier Beaud évoque dans son entretien avec M. Vatin : si la statistique de la compagnie Air France fait apparaître un nombre d'accidents moins élevé que celui des compagnies concurrentes, faut-il en conclure qu'en prononçant une condamnation – domaine de la décision – l'on étend « le principe de la responsabilité pénale<sup>18</sup> » – domaine de la règle – et qu'on l'étend « à toute force<sup>19</sup> » – domaine de la décision – ? Faut-il en conclure que l'intervention du droit pénal est illégitime, car déraisonnable, parce que la réponse donnée par le droit des transports aériens et le droit des assurances est suffisante et satisfait aux exigences de ce qui est juste, au seul motif que « le droit pénal ne (doit) pas être le seul instrument susceptible d'ordonner la vie sociale<sup>20</sup> » ? En matière d'accidents du travail, si les statistiques d'une entreprise sont inférieures à la moyenne, doit-on, là aussi, ne pas poursuivre les homicides et blessures par imprudence subis par les salariés, en laissant à la législation du travail et au droit de la sécurité sociale le soin de dénouer la situation ? Poser ces questions, c'est y répondre : si une faute est établie (défaut d'entretien de l'avion, manquement aux obligations de sécurité au travail sur un chantier), par quel curieux mystère faudrait-il ne pas réprimer ceux qui s'en sont rendus coupables ? Si un responsable politique a manqué à des obligations légales et a exposé ses concitoyens à un risque anormal, voire a causé la mort de certains d'entre eux, par quel autre curieux mystère faudrait-il qu'il n'ait aucun compte à rendre à un juge pénal ? Bref, si les éléments constitutifs d'une infraction sont réunis (domaine de la règle), comment le juge pourrait-il refuser d'entrer en condamnation (domaine de

---

<sup>18</sup> Entretien précité.

<sup>19</sup> *Ibid.*

<sup>20</sup> *Ibid.* En poussant l'idée plus loin, on finirait par plaider pour l'abrogation du Code pénal tout entier, puisque les articles 1240 et 1241 du Code civil apportent déjà une réponse aux faits qu'il réprime...

la décision) ? La décision doit appliquer la règle, à peine de consacrer l'arbitraire du juge : voilà quel est le problème, qu'il reste à résoudre.

### III. LA SOLUTION

Souhaiter la condamnation de la compagnie d'aviation, de l'employeur, du ministre, ce n'est pas viser à la mort du pécheur en voulant appliquer le droit pénal « à toute force<sup>21</sup> » ; c'est vouloir l'application de la loi (la règle) dans un cas particulier, que le juste soit dit, que justice soit rendue (la décision), car il faut répéter, apparemment, cette évidence : le droit, règle ou décision, exprime des valeurs, quand les chiffres ou la sociologie n'en portent aucune<sup>22</sup>.

Aussi la question devient-elle la suivante : comment analyser ce qui est juste en matière pénale, pour le ministre, l'employeur, la compagnie d'aviation ? On ne saurait procéder autrement qu'en raisonnant à partir des catégories du droit pénal, à savoir, ici, celles des infractions matérielles et des infractions formelles : les premières postulent un résultat (ainsi de l'homicide par imprudence inconcevable en l'absence de la mort d'une victime<sup>23</sup>), tandis que les secondes en font l'économie (ainsi du délit dit de risque causé à autrui, punissable indépendamment de la question de savoir si le risque s'est concrétisé dans un résultat dommageable quelconque<sup>24</sup>). Or, au regard d'une analyse probabiliste, ces deux familles d'infractions soulèvent des interrogations radicalement différentes : parce que les infractions matérielles postulent un résultat, elles requièrent qu'un rapport de causalité le relie au comportement poursuivi<sup>25</sup>, condition pour que ce comportement soit jugé fautif, alors que les infractions formelles en font l'économie.

En conséquence, dans le cas d'une infraction matérielle comme l'est l'homicide par imprudence<sup>26</sup>, même en présence d'une faute et d'un résultat (le décès d'une

---

<sup>21</sup> *Ibid.*

<sup>22</sup> La sociologie relève de l'étude du fait social. Le droit intègre le fait pour le régir, au terme d'un jugement de valeur. Le droit marche sur deux jambes, quand la sociologie est unijambiste.

<sup>23</sup> Art. 221-6, C. pén. : « Le fait de causer, dans les conditions et selon les distinctions prévues à l'article 121-3, par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou manquement à une obligation de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement, la mort d'autrui constitue un homicide involontaire puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende. »

<sup>24</sup> Art. 223-1, C. pén. : « Le fait d'exposer directement autrui à un risque immédiat de mort ou de blessures de nature à entraîner une mutilation ou une infirmité permanente par la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende. »

<sup>25</sup> Art. 221-6, précit. : « Le fait de causer [...] la mort d'autrui [...] ».

<sup>26</sup> Dans sa charge contre le droit pénal, M. F. Vatin, dans l'entretien précité, s'exprime ainsi : « la justice pénale est entravée par une philosophie causaliste monovalente associée au principe de responsabilité individuelle. On cherche à imputer à une personne physique, voire morale, les conséquences d'un acte délibéré. On voit bien que cette philosophie trouve ses sources dans des actes où l'intention criminelle ou délictueuse [mots soulignés par nous] est évidente (un meurtre, un vol caractérisé). » Ce propos porte l'accusation sur un terrain bien mal choisi : les infractions intentionnelles n'ont qu'un rapport très distendu avec la causalité, comme le prouve, à elle seule, l'incrimination de la tentative, qui consiste à tenir l'intention de causer un résultat pour équivalente au fait de le causer. À supposer que la philosophie dénoncée existe, ce ne sont donc pas les infractions intentionnelles qui en proposent le meilleur exemple. Partant, on ne

victime), le droit ne veut pas la mort du pécheur : il exige encore que la preuve d'un lien de causalité soit rapportée (une causalité qui n'est pas seulement « putative », selon les mots de M. Vatin<sup>27</sup>, puisque, de jurisprudence constante, elle doit être déclarée « certaine » par le juge et que, ayant été jugée telle, elle est réputée être la vérité – judiciaire). Sans doute existe-t-il de nombreuses théories juridiques de la causalité, dont certaines ne sont pas radicalement coupées d'un calcul probabiliste<sup>28</sup> (même si la causalité du juriste n'a que peu à voir avec celle du physicien), mais il reste qu'elles postulent, toutes, l'appréciation d'un lien entre tel événement et tel résultat. Or les probabilités sont impuissantes à le tisser (lorsque, pour une compagnie d'aviation donnée, les calculs établissent que la probabilité d'un accident en vol est de 1 %, pour un passager dont le voyage s'est terminé par une chute, la tentation sera grande de considérer que ce pourcentage est de 100 %...). Tout au plus, les probabilités peuvent-elles avoir un rôle au regard de la preuve, en incitant le législateur, voire le juge à présumer qu'en telle ou telle situation, la causalité existe – y compris en droit pénal. Mais le propos de M. Vatin est tout autre : il consiste à prétendre que le droit devrait refuser de tirer les conséquences d'une causalité pourtant établie, au nom d'une probabilité qui lui serait contraire ! Or, si dans une affaire comme celle de France Télécom, le juge pénal estime que la faute des dirigeants est avérée ainsi que son lien de causalité avec le suicide, il est juste qu'il les condamne. Le fait que les autres entreprises ne connaissent pas, statistiquement, plus de suicides ne rompt pas ce lien de causalité, les deux questions ne se situant évidemment pas sur le même plan : si les statistiques faisaient apparaître que le nombre des suicides augmente dans les entreprises, ce serait là une indication pour le législateur qui s'interrogerait sur les dispositions à mettre en œuvre pour lutter contre le phénomène et en faire baisser la probabilité (la règle) ; mais cela ne dit rien au juge pour l'affaire dont il est saisi (la décision). Il est donc impossible de suivre M. Vatin lorsqu'il dit : « Le statisticien ne peut manquer de noter que le nombre de suicides qui a eu lieu à France Télécom pendant la période mise en cause était "normal", c'est-à-dire que le taux de suicide (nombre de suicidés rapportés à la population) était dans la norme de celle de la population générale. Il n'y a donc pas eu d'"épidémie de suicides" à France-Télécom<sup>29</sup>. » En quoi pareil constat est-il censé remettre en cause la légitimité de la condamnation prononcée<sup>30</sup> ?

---

perçoit pas en quoi « le droit pénal essaie parfois de s'en sortir avec des délits non intentionnels » : quelle est la prétendue impasse ainsi évoquée ? Transparaît ici cette idée que la répression pénale de l'imprudence est par nature injustifiée parce qu'excessive, le droit pénal n'étant légitime à sanctionner que les infractions intentionnelles (bref, réprimer le meurtre, mais pas l'homicide par imprudence) : le précédent de multiples catastrophes, comme celles de Tchernobyl ou de l'usine AZF, dispense d'avoir à commenter longuement pareille opinion (notre société pâtit plus de l'incurie que de la méchanceté).

<sup>27</sup> Entretien précité.

<sup>28</sup> Ainsi de la causalité adéquate et du « cours normal des choses ». La théorie de l'empreinte continue du mal, du Professeur Dejean de la Bâtie est, au contraire, radicalement coupée de toute considération probabiliste.

<sup>29</sup> Entretien précité.

<sup>30</sup> En réalité, ces propos permettent de comprendre la véritable pensée de M. F. Vatin : ils révèlent que ce dernier ne conçoit pas que la causalité du juriste puisse être légitimement différente de celle du physicien, si bien qu'il dénie au juge la possibilité d'aller au-delà du constat statistique (ainsi de son allusion, précédemment relevée, à une causalité juridique qui ne serait que



Évidemment, le problème se pose différemment pour la mise en danger puisque, faute d'un résultat dommageable requis, la causalité n'y joue aucun rôle et que, dès lors, un calcul de probabilité n'aurait aucune signification. La causalité y est remplacée par un autre élément constitutif : le délit suppose que le coupable ait mis autrui en danger en violant « de façon manifestement délibérée » non pas n'importe quelle obligation, mais une « obligation particulière de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement<sup>31</sup> ». Ici encore, le droit pénal ne veut donc pas la mort du pécheur : il ne sanctionne que celui qui a violé une obligation particulièrement lourde (une obligation est dite « particulière » lorsque le législateur impose un modèle de conduite à l'agent qui se trouve dans une situation précise), et il ne le sanctionne que s'il a violé délibérément cette obligation, c'est-à-dire de façon consciente. En pareil cas, de quelle aide l'analyse probabiliste pourrait-elle être ? Si l'on voulait la relier à un élément constitutif de l'infraction, ce ne pourrait être qu'à la faute que cette infraction requiert – à la façon dont il est possible de tenter de mettre les probabilités en rapport avec la causalité dans le cas des infractions d'imprudence. Mais seule la loi peut définir ce qu'est une faute et une analyse probabiliste n'est à l'évidence d'aucune aide pour dire si une obligation est « particulière », puisque cette qualification dépend exclusivement de la loi et du contenu, particulier ou non, qu'elle insufflé à cette faute. Il serait donc dénué de sens de refuser de condamner celui dont le comportement correspond au comportement incriminé (il a, par exemple, violé de façon manifestement délibérée l'obligation de s'arrêter à hauteur d'un feu rouge), au nom d'un raisonnement qui serait le suivant : puisqu'en pareille situation, la probabilité de causer un accident est de X %, il faut relaxer celui qui, par chance, l'a fait sans tuer quiconque... Un juge qui statuerait de la sorte commettrait une violation du principe de la légalité criminelle – la décision doit respecter la règle. Au demeurant, où voit-on là une volonté d'appliquer le droit pénal « à toute force<sup>32</sup> » ?

Dira-t-on, alors, qu'il ne saurait être question de juger le ministre comme l'homme de la rue, à peine d'étendre de façon déraisonnable le droit pénal jusqu'aux « affaires politiques », par un « retour au refoulé » venu de « sociétés anciennes », pour reprendre des expressions de M. Vatin<sup>33</sup> ? Ici encore, il faut distinguer la règle de la décision.

Pour la première, il suffit de rappeler ce qu'a jugé la Cour de justice de la République dans l'affaire Christine Lagarde : « Il doit être rappelé [...] que le principe de la séparation des pouvoirs [...] ne fait pas obstacle à ce qu'une poursuite pénale soit exercée à l'encontre d'un membre du gouvernement pour des faits [...] susceptibles de caractériser un manquement aux devoirs de sa fonction lors d'une prise de décision [...]. En effet, la responsabilité politique qu'il pourrait encourir du chef de la

---

« putative » et de sa conclusion : « rien ne permet de conclure que de travailler à France Télécom était suicidogène, même si les conditions de travail y étaient délétères ». C'est refuser d'admettre qu'il y a, dans la règle, plus que le fait et c'est, étonnamment, dénier au droit toute fonction axiologique.

<sup>31</sup> Art. 223-1, C. pén., précit.

<sup>32</sup> Entretien précit.

<sup>33</sup> *Ibid.* L'auteur étend sa réflexion aux affaires économiques. Le droit pénal n'est-il légitime que dans le « 9-3 », non dans les conseils d'administration (où il arrive pourtant que siègent de sinistres canailles, ainsi que de célèbres procès l'ont montré) ? Des statistiques existent, illustrant de façon éloquente le coût social de cette délinquance.

même prise de décision est d'une nature différente et a une finalité distincte de l'action pénale et ne saurait empêcher [la poursuite de] cette dernière, sans méconnaître le principe d'égalité des citoyens devant la loi<sup>34</sup>. » On retrouve ici l'idée, précédemment évoquée, que le droit est un système, avec des corps de règles différents pour la responsabilité politique et la responsabilité pénale, qui sont complémentaires et non pas alternatives : ce n'est pas parce que le droit propose une solution non pénale que le droit pénal est illégitime (sous réserve, comme précédemment rappelé, de sa subsidiarité).

S'agissant de la décision, il faut relever que la ministre de la Santé en poste au moment de la pandémie de la Covid-19 a été mise hors de cause, parce que les obligations auxquelles elle était accusée d'avoir contrevenu n'entraient pas dans les prévisions de la loi, puisqu'elles ne répondaient pas à la définition d'une obligation « particulière », au sens précis du texte<sup>35</sup> – plus largement, nul n'a jamais prétendu que l'obligation pour le gouvernement de conduire la politique de la Nation, conformément à l'article 20 de la Constitution, constituait une telle obligation<sup>36</sup>. Mais si, au contraire, l'obligation violée par la ministre avait appartenu à cette catégorie spéciale, elle aurait évidemment dû être condamnée, pour peu qu'elle l'ait violée de façon manifestement délibérée, tout simplement parce que la loi l'impose et que le juge doit en faire application. Tenir compte, comme M. Vatin, de la situation à l'étranger est sans objet, à peine de mêler des considérations sans rapport les unes avec les autres : il s'agirait de s'attacher aux résultats d'une politique (situation globale), alors qu'il s'agit de juger un acte (situation particulière), et, qui plus est, de le juger indépendamment de ses conséquences, puisque celles-ci ne font pas partie des éléments constitutifs du délit de mise en danger<sup>37</sup>. Si les ministres connaissent la loi, ils pourraient donc dormir sur leurs deux oreilles et non pas être paralysés par la peur d'on ne sait quelle condamnation qui, dit-on, les conduirait à l'inaction<sup>38</sup> – par l'effet d'un bien mauvais calcul, d'ailleurs, puisque l'inaction pouvant constituer une faute pénale d'omission (ainsi du refus de porter assistance à une personne en péril), le fait de s'abstenir ne leur promet aucune impunité.

Bref, il est difficile de percevoir en quoi l'analyse probabiliste devrait bouleverser les solutions du droit pénal. « Faut-il pourchasser toute erreur qui aurait pu être commise ? », interroge M. Vatin<sup>39</sup> : certainement pas, puisque le droit pénal ne « pourchasse » pas les erreurs, mais condamne seulement les fautes (une erreur de diagnostic, par exemple, ne suffit pas à engager la responsabilité pénale d'un médecin). Faut-il punir les fautes ? Certainement : il en va du bon fonctionnement de notre société, qui ne peut prospérer sans prendre appui sur la responsabilité.

En présence d'un tableau, il est possible de faire des statistiques pour le comparer avec les autres œuvres de son auteur sous différents rapports, de calculer son poids et d'en déduire la probabilité qu'il se décroche de son support ; mais on peut préférer porter sur lui un jugement à partir des lois de l'esthétique : ce sont

---

<sup>34</sup> CJR, 19 déc. 2016.

<sup>35</sup> Ass. plén. 30 janv. 2023, n° 22-82.535 : Droit pénal 2023, comm. 42.

<sup>36</sup> Réciproquement, il n'est pas concevable que cette obligation soit une source d'impunité pour les membres du gouvernement.

<sup>37</sup> Art. 223-1, C. pén., précit.

<sup>38</sup> Voir entretien précit. : « La crainte d'une possible mise en cause entrave bien sûr l'action gouvernementale » (sur quelles données statistiques pareille affirmation repose-t-elle ?).

<sup>39</sup> Entretien précit.

deux mondes qu'on ne saurait confondre, comme le sont la sociologie (le fait) et le droit (le fait, la règle et la décision).

**Philippe Conte**

| Professeur émérite en droit privé. Université Panthéon-Assas.

## Causalité et probabilité(s) en droit de la responsabilité administrative.

### Brèves remarques sur les calculs et le doute

Pour les partisans d'une vision probabiliste des causes, le droit ne doit pas seulement s'en tenir aux lois générales, à la conviction du juge, au bon sens quant à la vraisemblance, mais tirer les conséquences de données chiffrées et de calculs. Les probabilités permettent en mathématiques de mesurer *ex ante* les chances de survenance d'un événement parmi tous les cas possibles. Par exemple, peut être déterminée la chance d'avoir un ticket tiré au sort lors d'une loterie pour le détenteur d'un ou de plusieurs billets. En augmentant le raffinement mathématique, l'arbre des possibles et les probabilités conditionnelles d'une expérience envisagent, par étapes successives, la survenance des événements A puis B. Selon une certaine probabilité, une autorité réalise l'action A. Dès lors, quelles sont les probabilités que B se produise ? Comme le mentionnent les leçons de mathématiques, on appelle probabilité conditionnelle de B sachant A, la probabilité que l'événement B se réalise sachant que l'événement A est réalisé. Les calculs de probabilités peuvent, on le voit, être plus ou moins subtils.

L'opposition de la logique probabiliste à la logique juridique reviendrait à confronter « le calcul aux passions<sup>1</sup> » ou aux sentiments du juge. L'analyse de la jurisprudence administrative, menée dans une autre contribution à ce numéro par Anne Jacquemet-Gauché, montre que l'on ne peut en réalité séparer hermétiquement l'analyse juridique des causes et des conséquences, empreinte de déterminisme, et l'analyse de la ou des probabilité(s) qui, elle, prendrait en compte les diverses causes d'un phénomène. En effet, la probabilité est intégrée dans le droit de la responsabilité, notamment administrative<sup>2</sup> : le déterminisme ne se confond pas avec la certitude. En outre, le choix des causes par le juge est un véritable acte de volonté<sup>3</sup>. Les administrativistes admettent de manière tout à fait décomplexée que le lien de causalité est la chose du juge, et la détermination des causes un tri sélectif. Dans la mesure où il reconnaît aujourd'hui des faits dommageables de nature très diverse et des chefs de préjudice encore plus variés, le lien de causalité lui permet, au demeurant, de cantonner la responsabilité de l'Administration. La crainte de

---

<sup>1</sup> En philosophie, sur l'apport des juristes à la théorie classique des probabilités, voir A. G. PALERMO, *Logique juridique et logique probabiliste à l'époque moderne*, Milan, Mimesis, 2019.

<sup>2</sup> H.-B. POUILLAUDE, *Le lien de causalité dans le droit de la responsabilité administrative*, thèse, dirigée par Jacques Petit, Université Panthéon-Assas, 2011, n. 53 et s.

<sup>3</sup> C. SCHAEGIS, *Progrès scientifique et responsabilité administrative*, Paris, CNRS Éd., 1998, p. 218.

François Vatin de voir le juge considérer que, « dès lors qu'il y a dommage et manquement à des obligations, un lien putatif de causalité est mis en évidence » pour condamner, n'est pas justifiée en droit administratif. Le juge n'agit pas en plaquant un simple syllogisme ; la causalité est travaillée par les juridictions qui sont plus souvent portées à nier le rapport causal qu'à l'affirmer de manière hâtive.

À l'inverse, l'argument probabiliste est-il le fruit d'une pure rationalité ? On se gardera de voir un idéal dans l'outil mathématique qui peut être manié avec astuce et de manière volontariste. Tout calcul n'est pas exempt d'intentions et comme l'écrit Laurie Friant, « la preuve scientifique présente aussi une dimension subjective<sup>4</sup> ».

L'opposition simpliste entre les deux types d'approches peut également conduire à négliger un présupposé : le probabilisme mène un raisonnement à partir d'une situation aléatoire. Sans doute y a-t-il là un nœud essentiel à l'analyse : pour les publicistes, il est difficile de concevoir l'action de la puissance publique comme un élément participant d'un contexte tout à fait aléatoire tant l'(in)action publique peut être déterminante. L'attention accordée aujourd'hui aux probabilités me conduit précisément à revenir, en contrepoint, sur le particularisme de la puissance publique. Outre le fait qu'il s'agit du fonds de commerce des administrativistes, la spécificité de l'action publique peut justifier que l'on résiste aux assauts du raisonnement probabiliste en évoquant toutes les limites de celui-ci (I). Pour autant, il ne s'agit pas de nier l'intérêt d'une réflexion dont la place est, me semble-t-il, vouée à croître : la prise en compte de la probabilité et des probabilités va certainement s'accroître dans le futur, ce qui peut susciter quelques craintes (II).

## I. SPÉCIFICITÉ DE L'ACTION PUBLIQUE ET LIMITES DU RAISONNEMENT PROBABILISTE

Il me semble que les probabilités ne sont pas toujours disponibles ou pas nécessairement pertinentes dans certains champs de l'action publique, au regard de la particularité des pouvoirs des autorités compétentes. Pour un décideur public et une personne publique, la question est de savoir si les actions imputées à la puissance publique sont des causes comme les autres. Lorsque ses organes sont dotés de prérogatives de police, de contrôle et de surveillance, l'État est le premier responsable s'il ne retire pas un produit du marché et n'agit pas de manière adaptée pour éviter l'exposition de la population à un risque. Dès lors, peut-on considérer que cette exposition, lorsqu'elle a lieu, résulte d'une situation aléatoire ? Cette assimilation ferait de l'État un acteur comme un autre. Ainsi dans les affaires Xynthia, du Mediator ou AZF, comment mobiliser les probabilités ? Si l'on considère que les mesures de prévention ou les mesures d'urbanisme n'ont pas été prises au sein de la commune de La Faute-sur-Mer, quelles probabilités faut-il calculer ? Le lien de causalité entre ces fautes et les conséquences de la tempête subies sur le territoire de la commune relève-t-il alors simplement de l'évidence ? Pour le Mediator, un retrait de l'autorisation de mise sur le marché dix années plus tôt aurait été en conformité avec le risque connu. Pour les victimes qui ont déjà à établir un préjudice direct et certain, on ne peut exiger de renforcer la démonstration par une analyse

---

<sup>4</sup> L. FRIANT, *La réparation des dommages causés par les produits de santé. Contribution à l'étude des fondements et mise en œuvre de la socialisation des risques*, Chambéry, Presses Universitaires Savoie Mont Blanc, 2019, n. 63.

de probabilité. Si l'on envisage de calculer la probabilité qu'une victime meure dans le cadre des conséquences d'une tempête alors que toutes les mesures d'information et de prévention ont eu lieu, ces données sont-elles imaginables ? Pour le Mediator, faut-il se référer par comparaison aux valvulopathies présentes dans la population générale sans ce médicament et réduire ainsi l'indemnisation ? Ces interrogations, qui peuvent paraître vaines ou absurdes, ont vocation à souligner que la puissance publique et ses prérogatives dépassent le jeu de causes égales entre elles : il est des pouvoirs (de prévention, de précaution) qui sont caractérisés par leur finalité d'empêcher un enchaînement causal irrémédiable et la survenance de risques.

Le raisonnement de la CEDH dans la jurisprudence *Tătar* de 2009<sup>5</sup> souligne précisément les limites de l'analyse probabiliste. En l'espèce, sont envisagées les conséquences d'une pollution industrielle sur la santé des riverains, en particulier sur le plan respiratoire. En examinant les études scientifiques disponibles, la Cour souligne « qu'il est difficile, pour les spécialistes, d'établir un lien dose-effet en cas d'ingestion de cyanure de sodium, les connaissances scientifiques disponibles ne permettent pas de déterminer la dose de cyanure de sodium à partir de laquelle les affections des voies respiratoires, comme l'asthme, peuvent se trouver aggravées ». Ainsi, l'incertitude scientifique ne peut donner lieu à un raisonnement probabiliste à défaut d'« éléments statistiques suffisants et convaincants<sup>6</sup> ». Néanmoins, la Cour ajoute que, malgré l'absence d'une probabilité causale, « l'existence d'un risque sérieux et substantiel pour la santé et pour le bien-être des requérants faisait peser sur l'État l'obligation positive d'adopter des mesures raisonnables et adéquates » pour protéger les droits des intéressés au respect de leur vie privée et de leur domicile et, plus généralement, à la jouissance d'un environnement sain et protégé. Ce raisonnement est particulièrement précieux en matière environnementale et sanitaire, et plus largement à l'égard des autorités de police administrative. Sans attendre que les données autorisant un calcul de probabilités soient disponibles, l'exorbitance des prérogatives des acteurs publics rend l'action publique nécessaire et la responsabilité de la puissance publique peut être engagée en cas d'inertie.

De surcroît, l'une des spécificités des faits dommageables imputés à la puissance publique est de concerner, bien souvent, un grand nombre de victimes. Parmi elles, toutes ne parviendront pas nécessairement à fournir au juge des données permettant de réaliser un raisonnement probabiliste. Ainsi, dans le contentieux de la pollution de l'air, seules les victimes qui ont déménagé et changé de cadre de vie ont pu démontrer au juge que la qualité de l'air en Île-de-France était l'origine de leur mal, non sans avoir établi également que d'autres facteurs liés à leur mode de vie ne pouvaient avoir interféré avec cette cause. Autrement dit, alors même que d'autres sont victimes de l'inaction publique, seuls certains justiciables parviendront à entrer dans le cadre probabiliste. La probabilité causale laisse donc sur le bord du chemin ceux pour lesquels la démonstration statistique échoue. Il pourrait

---

<sup>5</sup> CEDH, 27 janvier 2009, *Tătar*, n° 67021/01.

<sup>6</sup> « Le document réalisé par un hôpital de Baia Mare et attestant un certain accroissement du nombre des maladies des voies respiratoires ne suffit pas, à lui seul, à créer une probabilité causale. La Cour constate donc que les requérants n'ont pas réussi à prouver l'existence d'un lien de causalité suffisamment établi entre l'exposition à certaines doses de cyanure de sodium et l'aggravation de l'asthme » (§106).

en aller de même pour le chlordécone, si l'on exige des victimes de faire une démonstration de même nature.

Une autre limite du raisonnement probabiliste tient à son effet sur l'indemnisation. Le calcul de probabilités conduisant rarement à 100 % de rapport causal entre un phénomène et son effet, il est souvent mobilisé non pas tant pour nier le lien de causalité que pour en réduire la portée. Ainsi, en valorisant la pluralité des causes probables, cette approche conduit à n'indemniser qu'une fraction du préjudice. Utilisée par les autorités publiques, elle permet de réduire la portée de la réparation intégrale. À ce titre, si l'argument probabiliste n'œuvre pas nécessairement, contrairement à ce qu'espère François Vatin, en faveur d'une réhabilitation de la sociologie, il me semble qu'une étude sociologique de l'argumentation probabiliste serait utile. Qui l'utilise ? Quels groupes sociaux cherchent à faire progresser cette argumentation ? Il existe à mon sens une instrumentalisation de cette méthode par des groupes d'intérêt, notamment pour les préjudices liés aux essais nucléaires, à certains produits industriels ou à des médicaments. L'argument probabiliste est invoqué pour éviter de considérer les uns ou les autres comme à l'origine de la cause déterminante des préjudices. Le raisonnement probabiliste peut être redoutablement efficace pour semer le doute. Dans le cadre du procès contre l'État « Justice pour le vivant », les pesticides sont envisagés dans un mémoire du groupe Phytéis<sup>7</sup> comme une cause parmi d'autres pour amoindrir leur rôle causal. Le même type de raisonnement peut être défendu pour la pollution de l'air, le nucléaire, l'effet de médicaments. Dès lors, il est indispensable certes d'affiner les connaissances statistiques qui rendraient l'analyse probabiliste possible et utile, mais de faire en sorte également qu'elle soit le fruit d'une expertise publique et indépendante. On sait combien il est nécessaire, dans ces domaines, de conserver une distance entre l'activité contrôlée par la puissance publique et les données disponibles sur les risques qu'elle présente.

Enfin, pour reprendre les formules de F. Vatin, oui, il est nécessaire de « passer au peigne fin » les textes qui habilitent les autorités administratives à agir. À défaut, on ne peut identifier d'obligation de la puissance publique. Le raisonnement serait alors expéditif sur la responsabilité de celle-ci. Or, il faut se méfier d'un certain flou : il ne s'agit pas de considérer l'action d'une autorité comme globalement efficace (à propos de la pandémie de Covid par exemple) mais d'étudier les conditions cumulatives de responsabilité avancées par chaque victime. Il ne s'agit pas non plus de considérer tout élément de contexte comme une cause, et dans l'exemple choisi, sauf à utiliser la théorie de l'équivalence des conditions, le trottoir n'est pas une cause (son défaut d'entretien, si). Surtout, faire usage des probabilités n'est pas assimilable au fait d'évoquer la pluralité des causes : il faut établir une probabilité scientifiquement pour que la survenance d'un événement acquiert le statut de cause et faire état du calcul de probabilités réalisé afin d'exonérer la puissance publique d'une part de sa responsabilité.

---

<sup>7</sup> P. MOUTERDE, « “Justice pour le vivant” : la rapporteure publique reconnaît des “fautes” de l'État dans la protection de la biodiversité », *Le Monde*, 1<sup>er</sup> juin 2023 : « En l'absence de tout représentant du gouvernement, c'est l'avocat de Phyteis (ex-Union des industries de la protection des plantes), le syndicat représentant dix-huit entreprises fournissant des produits phytosanitaires, qui a tenté au cours de l'audience de défendre le modèle d'homologation et de mise sur le marché des pesticides, qualifié d'extrêmement “contraignant”. La littérature scientifique « n'établit pas que l'utilisation des produits phytosanitaires est la cause principale et exclusive de la contamination généralisée de l'environnement, il y a d'autres causes importantes, a justifié M<sup>e</sup> Eric Nigri. Tout ramener aux pesticides, c'est aller un peu vite. »

Prendre en considération les limites du raisonnement probabiliste et les spécificités de l'action publique n'empêche pas de percevoir le terrain conquis par un tel raisonnement et sa portée à l'avenir.

## II. RAISONNEMENT JURIDIQUE ET ESSOR DE L'APPROCHE PROBABILISTE À L'AVENIR

Il faut tout d'abord admettre que le progrès des connaissances scientifiques révèle nécessairement la dimension multifactorielle de bien des phénomènes. Celle-ci augmente les occurrences des partages de responsabilité, voire les cas d'irresponsabilité de la puissance publique. Précisons d'emblée que le raisonnement probabiliste n'est pas le seul à pouvoir prendre en compte la pluralité des causes. Celle-ci est toujours prise en compte par le juge : l'exonération partielle d'un responsable est un mécanisme qui permet communément d'éviter une « imputation exclusive » injuste redoutée par F. Vatin. Plus précisément, mieux la complexité des causes sera appréhendée par des connaissances scientifiques qui se précisent, plus le recours au raisonnement probabiliste sera fréquent. Il s'agit alors de considérer plus subtilement et mathématiquement, au-delà de la simple intuition du vraisemblable, la chance pour un facteur de causer telle ou telle conséquence et donc de déterminer toutes les causes d'un mal.

Deux domaines sont les terrains de prédilection du raisonnement sur la probabilité et les probabilités et communiquent entre eux : l'environnement et la santé. La question de la probabilité se pose de manière aigüe parce que l'incertitude scientifique qui règne doit être dépassée, par volonté d'indemniser les victimes et en raison de l'ampleur des enjeux pour l'avenir<sup>8</sup>. En médecine, il est commun de raisonner à partir de tableaux cliniques résultant de données personnelles, et de données générales issues d'études épidémiologiques. Ceci inspire la réflexion sur la matière environnementale. Toutes deux ont pour point commun de faire face à des phénomènes multifactoriels et de faire l'objet de données disponibles de plus en plus riches et précises. Comme le souligne la CEDH, « les pathologies modernes se caractérisent par la pluralité de leurs causes<sup>9</sup> ». En outre, ces deux champs entretiennent un autre point commun : le délai de latence entre le fait dommageable et les préjudices. Durant l'écoulement de ce délai, plusieurs autres facteurs (indépendants du fait dommageable imputé au responsable poursuivi) peuvent être révélés comme jouant un rôle causal. Ceci conduit nécessairement à une recherche des causes probables et de leur degré de probabilité mais aussi à une redistribution des responsabilités : lorsque le préjudice apparaît après des mois ou des années, il est aisé de laisser penser qu'il peut aussi être dû à autre chose qu'au fait dommageable.

Dans un registre un peu particulier, pour ce qui concerne la lutte contre le réchauffement climatique, le juge administratif envisage les conséquences probables d'une action insuffisante qu'il détermine dès aujourd'hui. Il prend en considération ce qui va probablement survenir à défaut de sursaut des décideurs. En allant plus

---

<sup>8</sup> L. CANALI, *Le procès et le changement climatique. Étude de la réalisation juridictionnelle du droit du changement climatique*, thèse de doctorat, dirigée par M. HAUTEREAU-BOUTONNET, Aix-Marseille Université, 2023, n. 367 et s.

<sup>9</sup> CEDH, 27 janvier 2009, *Tătar*, n° 67021/01.



loin en contentieux climatique, il faudrait développer encore le raisonnement probabiliste, ce qui nécessiterait une fréquence statistique et un laps de temps suffisant pour établir des données<sup>10</sup>. Dans ce cas, la démarche probabiliste sert davantage à responsabiliser la puissance publique qu'à alléger sa charge indemnitaire.

Si le raisonnement probabiliste est sans doute voué à gagner en importance, il reste un aspect essentiel à éclaircir. Établir la probabilité causale d'un facteur conduit à s'interroger sur le seuil exigé pour admettre son rôle dans la production d'un fait. Une probabilité de 20 % suffirait-elle ? Faut-il exiger au minimum 50 % de probabilité pour que le facteur soit une véritable cause aux yeux des juristes ? Ce dernier choix semble celui opéré par le droit anglais<sup>11</sup>. Ainsi, en matière d'obligation d'information, « soit le patient établit une probabilité à plus de 50 pour cent qu'il aurait refusé le traitement s'il avait été correctement informé par le médecin, et dans ce cas il sera indemnisé pour l'intégralité de son préjudice, soit il ne peut pas établir ce degré de probabilité, et son action sera rejetée<sup>12</sup> ».

Le raisonnement probabiliste peut paraître favorable aux victimes lorsqu'il permet d'établir la causalité probable (en l'absence de certitude), mais une distinction s'opérera entre celles qui pourront démontrer un certain seuil de probabilité et les autres. Pour revenir au cas français et aux victimes de la pollution de l'air, comme je l'ai indiqué, rares sont celles qui démontreront les éléments réunis dans les jugements du tribunal administratif de Paris du 16 juin 2023<sup>13</sup> : toutes les personnes subissant les conséquences de la pollution de l'air ne peuvent nécessairement déménager pour isoler l'impact de cet environnement sur leur santé. Il existe alors une distinction entre probabilité générale et probabilité individuelle entre les victimes. En matière médicale, les connaissances scientifiques disponibles augmentent la prise de conscience du caractère multifactoriel des phénomènes. Par exemple, si depuis 20 ans, les troubles imputés à un médicament sont connus, d'autres connaissances progressent en parallèle et sont relatives aux facteurs génétique, envi-

---

<sup>10</sup> L. CANALI, *Le procès et le changement climatique. Étude de la réalisation juridictionnelle du droit du changement climatique*, op. cit.

<sup>11</sup> La probabilité causale doit d'abord être établie. S. Taylor illustre ce propos à partir de la jurisprudence *Wilsher v Essex Area Health Authority*. Dans cette affaire, une quantité excessive d'oxygène a été administrée à un bébé prématuré. L'enfant souffrait d'une fibroplasmie rétinolentale : cette affection pouvait être la conséquence de l'administration excessive d'oxygène, mais pouvait également s'expliquer par quatre autres causes potentielles indépendantes de l'erreur médicale commise. La demande d'indemnisation a été rejetée car n'a pas pu être démontrée la probabilité que, sans le manque d'oxygène, le dommage ne se serait pas produit. S. TAYLOR, « La responsabilité médicale en droit anglais », *Journal du droit de la santé et de l'assurance*, 2019/2, n° 23, p. 24 et s.

<sup>12</sup> « L'attachement à la probabilité conduit aussi en droit anglais à des raisonnements plus favorables à la victime parfois. Le droit anglais intègre le doute dans l'évaluation du lien causal puisque le demandeur ne doit établir que la probabilité et non pas la certitude du lien causal entre la faute du médecin et son préjudice. C'est une question de tout ou rien. S'il est plus probable que la victime n'aurait pas subi de dommage sans la faute du défendeur (pour schématiser, il suffit d'une probabilité de 51 pour cent), elle sera indemnisée intégralement. Le doute causal, dans de tels cas, n'est pas défavorable à la victime comme il le serait si les juges appliquaient la technique de perte de chance qui priverait le demandeur de la réparation intégrale de son préjudice. » *Ibid.*, p. 24.

<sup>13</sup> TA Paris, 16 juin 2023, n° 209924 et n° 209925.

ronnemental, etc. qui peuvent être également à l'origine de ces troubles. Les connaissances scientifiques nouvellement disponibles conduiront à réduire le rôle causal attribué à la première cause identifiée. Quand le calcul de probabilités le démontre et qu'une étude épidémiologique permet d'établir l'occurrence élevée d'un phénomène, alors apparaît un rapport probablement causal. La détermination des responsabilités s'affine mais le traitement des victimes se dissocie : entre celles qui n'ont pas de facteur de risque ou de vulnérabilité autre et celles qui au contraire en ont<sup>14</sup>. Le raisonnement en termes de probabilité pose alors des questions d'éthique : jusqu'où pousser l'analyse de probabilité en défaveur d'une victime tout de même exposée à une substance toxique ?

Un article publié dans *La jaune et la rouge*<sup>15</sup> par des membres du GR21 SFEN, Groupe de réflexion de la société française d'énergie nucléaire, permet d'imaginer l'essor des phénomènes multifactoriels et de défendre l'idée d'un droit probabiliste<sup>16</sup>. Les arguments de mesure sont évoqués par ces auteurs en faveur de la démarche probabiliste tandis que le raisonnement déterministe juridique serait caractérisé par le tout ou rien et l'excès. La question est à mon sens précisément de savoir si le tout ou rien est nécessairement une mauvaise alternative : le tout, qui impute l'intégralité de la réparation à la puissance publique, n'est-il pas aussi un instrument utile pour la responsabiliser ? Dans les calculs présentés dans cette publication, l'effet de limitation de l'indemnisation par le calcul de probabilité semble encore à discuter et les auteurs, à mon sens, surestiment les montants indemnitaires pratiqués par le juge administratif dans son application traditionnelle de la causalité juridique (y compris en cas de victimes décédées). Il est intéressant de noter au passage l'intérêt que des spécialistes de la question nucléaire peuvent porter à un raisonnement probabiliste en matière juridique et de porter attention aux champs dans lesquels ils envisagent cette démarche comme pertinente<sup>17</sup>. Il est en outre un enjeu économique et social d'envergure à rappeler face au raisonnement probabiliste : celui de la détermination de la personne qui supportera le coût de l'incertitude. L'analyse de la causalité peut conduire le juge ou le législateur à faire le choix de ne pas faire peser sur les victimes l'incertitude sur la cause du dommage<sup>18</sup> ; le

---

<sup>14</sup> En comparant le sort des victimes professionnelles de l'amiante, du chlordécone ou de la Covid, et celui des autres, on constate aisément que le doute profite aux unes et non aux autres. Cela se traduit par des mécanismes d'indemnisation et souvent des présomptions de causalité propres aux premières.

<sup>15</sup> Revue de l'association des anciens élèves de l'École Polytechnique.

<sup>16</sup> H. NIFENECKER *et al.*, « Pour un droit probabiliste », *La jaune et la rouge*, janvier 2004, p. 27 et s.

<sup>17</sup> « Parmi les sinistres qui pourraient relever d'une telle approche, citons les cancers du poumon qu'on pourrait attribuer au tabagisme passif, les cancers ou autres troubles provoqués par les dioxines, les troubles dus à la pollution atmosphérique (particules, ozone), certaines maladies qui pourraient être consécutives à une hospitalisation ou à une vaccination, les troubles regroupés sous le nom de syndromes postconflit (ceux du Golfe ou des Balkans), éventuellement les effets du réchauffement climatique quoiqu'on ne voie pas très bien encore quelle instance pourrait faire l'objet d'une plainte dans ce dernier cas, etc. Naturellement la mise en œuvre de cette approche probabiliste nécessite le développement des études épidémiologiques actuellement très insuffisantes en France ». *Ibid.*, p. 29.

<sup>18</sup> L. FRIANT, *La réparation des dommages causés par les produits de santé. Contribution à l'étude des fondements et mise en œuvre de la socialisation des risques*, *op. cit.*

raisonnement probabiliste conduit bien souvent à faire le choix d'épargner le responsable poursuivi en laissant la victime sans (ou avec une moindre) réparation.

\*  
\*\*

Pour répondre tout à fait à François Vatin, il me semble que la responsabilité est un objet de craintes, d'appréhension et donc un objet aussi fantasmé. Il y a à mon sens un fossé entre les poursuites et les actions en justice, d'une part, et les condamnations, d'autre part, et au sein de la jurisprudence administrative, entre les déclarations de fautes et les condamnations effectives. Souvent, alors même qu'un préjudice est démontré, le lien de causalité fait défaut : les jurisprudences sur le chlordécone et la Covid montrent que le travail probatoire sur le rôle causal de la faute de l'État est ardu. Malgré ses risques, la responsabilité administrative a des vertus. Elle ne conduit pas nécessairement à la « paralysie » mais à l'action (pour éviter les carences fautives). Elle permet aussi d'accroître les exigences d'un État de droit et d'un développement structurel (ouvrages, travaux, services publics) en explicitant les attentes à l'égard de la puissance publique.

Le dosage, ou l'équilibre si l'on préfère, est bien l'enjeu. Autrement dit, l'essentiel tient à la responsabilité du juge pour prolonger l'analyse de J.-M. Denquin<sup>19</sup>. Certes, le juge est humain, fait œuvre de volonté, et sa décision peut être critiquée. L'argument probabiliste quant à lui génère un certain malaise tant il est valorisé pour exonérer les responsables ou alléger leur charge indemnitaire. En invoquant les mathématiques, il pourrait même conduire à nier l'utilité de prendre en compte les considérations économiques et sociales dans l'imputation des responsabilités. Même si le débat ne se réduit pas à une alternative sèche, je préfère les atermoiements du juge et ses choix politiques, aux calculs qui, sous couvert d'objectivité, servent à semer le doute.

### Hafida Belrhali

| Professeure de droit public à l'Université Grenoble-Alpes, CRJ.

---

<sup>19</sup> J.-M. DENQUIN, « Réflexions sur la responsabilité : à propos de l'entretien de François Vatin et Olivier Beaud », *Blog Jus Politicum*, 14 nov. 2022.

Anne Jacquemet-Gauché

## La probabilité au service du droit de la responsabilité administrative

**E**nvisagée au singulier, la probabilité renvoie en règle générale au fait de mesurer les chances ou les risques qu'a un évènement de se produire. Or, si elle a en principe pour objet l'avenir, son utilisation en droit de la responsabilité révèle déjà une particularité : il ne s'agit plus en l'occurrence de déterminer la probabilité qu'un dommage se produise, car, par hypothèse, à ce stade contentieux, le risque s'est déjà réalisé et a causé un préjudice. Partant, il faut procéder à un raisonnement rétrospectif pour établir la ou les responsabilités et identifier les responsables. Pour ce faire, la probabilité, cet outil mathématique, irrigue le raisonnement du juge administratif. Il faut dire que l'aspect purement indemnitaire et donc, pécuniaire, de cette responsabilité facilite aussi un tel usage, pour une répartition optimale des obligations au prorata de la part que chaque personne ou évènement a prise dans la survenance d'une situation préjudiciable.

Bien que le raisonnement probabiliste ne soit généralement pas identifié explicitement par la doctrine et analysé par ses soins, il est présent en matière de responsabilité administrative et se trouve mis au service de ce droit. En ce sens, il faut exprimer un désaccord avec François Vatin, lorsqu'il énonce à brûle-pourpoint que « les juristes peinent à intégrer dans leur façon de penser le raisonnement probabiliste<sup>1</sup> », divergence de position qu'il faudra expliquer en conclusion. Tant le mot que l'esprit de probabilité sont présents dans le droit de la responsabilité administrative, même s'ils sont concentrés principalement dans certains contentieux.

L'expression la plus visible et la plus incontestable de l'utilisation de la probabilité réside dans la présence du terme « probable<sup>2</sup> » ou « probabilité<sup>3</sup> » dans la décision de justice. Si tel n'est pas le cas, il arrive que le mot soit employé et analysé

---

<sup>1</sup> Voir O. BEAUD, « Un entretien avec François Vatin : décisions de justice et esprit probabiliste », *JP Blog*, 24 octobre 2022 [En ligne : <https://blog.juspoliticum.com/2022/10/24/un-entretien-avec-francois-vatin-decisions-de-justice-et-esprit-probabiliste-par-olivier-beaud/>].

<sup>2</sup> Voir par exemple dans l'affaire du Chlordécone : « une exposition au chlordécone présente un lien probable avec le risque de développer un cancer de la prostate » (TA Paris, 24 juin 2022, n° 2006925/6-2, 2107178/6-2 et 2126538/6-2)

<sup>3</sup> Voir par exemple dans la décision relative à la tempête Xynthia : « la probabilité d'une telle conjonction » (CE, 31 mai 2021, 434733) ou en matière vaccinale : « une probabilité suffisante pour que ce lien puisse, sous certaines conditions, être regardé comme établi » (CE, 22 juillet 2015, n° 369479).

par le rapporteur public dans ses conclusions sur l'affaire<sup>4</sup>, voire, de manière plus originale, dans le seul résumé synthétisant la décision sur le site officiel du Conseil d'État et non dans la décision elle-même<sup>5</sup>. D'autres fois, une idée proche ou un synonyme font office d'indice, par exemple, la mention du « raisonnablement<sup>6</sup> », de l'« imprévisibilité », de la « normalité » ou encore du « cours normal des choses<sup>7</sup> » et l'on pourrait encore largement étendre les occurrences proches. Par ailleurs, des pourcentages ou des statistiques émaillent quelques fois les décisions de justice. Ces données chiffrées ne peuvent pas, par elles-mêmes, être assimilées à une probabilité, mais viennent au soutien du raisonnement probabiliste du juge administratif. Les chiffres avancés sont généralement basiques, nul besoin d'être mathématicien pour les comprendre. Par exemple, dans le cadre de la tempête Xynthia, pour apprécier le caractère imprévisible et irrésistible de l'évènement et écarter la force majeure, le Conseil d'État fait référence à la « probabilité d'une telle conjonction [...] de l'ordre de 0,5 pour mille sur un an<sup>8</sup> », en l'espèce la conjonction exceptionnelle d'une forte dépression atmosphérique, de vents violents et d'un coefficient de marée élevé.

À partir, mais aussi au-delà, de cette identification formelle, le raisonnement probabiliste se retrouve dans de nombreuses composantes du droit de la responsabilité, allant du lien de causalité au préjudice en particulier, en passant notamment par les causes d'exonération. Longtemps caché, tant « il est vrai que la culture du juge administratif ne le porte pas spontanément vers le calcul probabiliste<sup>9</sup> », ce dernier est désormais occasionnellement mis en lumière. Il faut y voir, à notre sens, l'expression d'une recherche nouvelle de légitimation de la décision de justice, qui passerait par une justification du raisonnement du juge, étayé par des données chiffrées – censées être les plus objectives.

---

<sup>4</sup> Voir par exemple C. BARROIS DE SARIGNY, « Précisions sur les conditions d'indemnisation de l'aléa vaccinal, conclusions sur CE, 29 septembre 2021, n° 435323 et n° 437875 », *RDSS*, 2021, p. 1047

<sup>5</sup> Voir par exemple « Mediator : le Conseil d'État se prononce sur plusieurs litiges dans lesquels des personnes ayant pris ce médicament poursuivent la responsabilité de l'État », à la suite des décisions rendues par la haute juridiction le 9 novembre 2016 [En ligne : <https://www.conseil-etat.fr/actualites/responsabilite-de-l-etat-dans-l-affaire-du-mediator>]

<sup>6</sup> Voir par exemple dans l'affaire relative au décès de Rémi Fraisse : CAA Toulouse, 21 février 2023, n° 22TL20296.

<sup>7</sup> Voir C. QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, Paris, Dalloz, vol. 99, 2010, en part. p. 79, 82 et suiv.

<sup>8</sup> CE, 31 mai 2021, n° 434733, 434739, 434751. Voir aussi l'analyse détaillée de la probabilité par le rapporteur public Hoyneck dans cette affaire (conclusions disponibles en ligne sur Ariane Web) : « En l'espèce, il a été estimé que la probabilité que soient réunis de façon concomitante une forte dépression atmosphérique, des vents violents et un coefficient de marée élevé était de 0,5 pour mille sur un an, soit un temps de retour de 2 000 ans. Une fois tous les 2 000 ans c'est à l'évidence bien plus qu'une fois tous les cent ans, qui est la barre basse en dessous de laquelle vous ne reconnaissez pas la force majeure. Mais la CAA a poussé plus loin l'analyse. En particulier, ce temps de retour signifie qu'une personne de 78 ans a une probabilité de rencontrer ce phénomène au cours de sa vie de 4 % . »

<sup>9</sup> T. OLSON, « La réparation de la perte de chance dans le champ de la responsabilité hospitalière. Conclusions sur CE, Sect., 21 déc. 2007, *Centre Hospitalier de Vienne c/ M. Joncart*, req. n° 289328 », *RFDA*, 2008, p. 348.

Le raisonnement probabiliste dépasse en revanche la seule application purement mathématique, pour deux raisons principalement. D'une part, en l'absence de source textuelle, la responsabilité administrative est d'origine jurisprudentielle et le reste aujourd'hui encore. Le juge administratif utilise tous les mécanismes à sa disposition pour continuer à faire évoluer la matière et n'hésite pas à innover au besoin. L'utilisation de la probabilité dans ses raisonnements juridiques n'est donc pas anodine. Elle révèle à la fois un volontarisme s'agissant de la causalité (I) et, plus généralement, un certain pragmatisme dans le reste de la matière (II). D'autre part, comme on le verra, ces caractéristiques ne sont pas synonymes d'arbitraire de la part du juge, mais révèlent des valeurs véhiculées à travers le droit de la responsabilité administrative.

## I. PROBABILITÉ ET CAUSALITÉ : LE VOLONTARISME DU JUGE ADMINISTRATIF

Les trois conditions nécessaires à l'engagement de la responsabilité sont connues et communes aux droits civil et administratif : un fait générateur, un préjudice et un lien de causalité. Or, ce dernier fait souvent figure de « nouvelle variable d'ajustement de la responsabilité administrative<sup>10</sup> ». Face à une faute manifeste (ou dans le cadre d'un régime de responsabilité sans faute) et à un préjudice qui a tendance à être reconnu de manière de plus en plus extensive, le lien de causalité permet de moduler l'engagement de la responsabilité.

Dans nombre d'affaires, le lien de causalité entre un fait générateur et un préjudice ne pose pas de difficultés particulières, à telle enseigne que le juge ne s'y arrête pas. Dans ces situations, le raisonnement probabiliste n'affleure pas, puisque le juge prend même la liberté de ne pas étayer son raisonnement sur ce point. D'autres situations, plus délicates, sont plus intéressantes pour notre analyse. En effet, le juge administratif fait parfois face à une incertitude, soit au niveau de l'imputation (en particulier lorsqu'il est confronté à une pluralité d'auteurs), soit lorsque la corrélation entre le fait – ou la faute – et le préjudice est délicate à établir (dans le cas d'une pluralité de causes). Dans de telles hypothèses, le juge peut alors adopter un raisonnement probabiliste. Il s'en sert parfois pour écarter la causalité (A), pour faire évoluer sa position (B), voire pour l'établir en dépit de la probabilité (C). Dans tous les cas, il met en œuvre une démarche volontariste, dans le sens où il construit cette causalité, de sa propre initiative et en toute liberté.

### A. Écarter la causalité grâce au raisonnement probabiliste

D'une manière générale, le juge administratif procède à une analyse, puis à une sélection des causes les plus probables pour écarter la causalité. Il a, par exemple, été saisi dans le cadre de la crise sanitaire de la question du port du masque. Dans une décision du 28 juin 2022, le Tribunal administratif de Paris reconnaît la faute de l'État, le préjudice subi par les victimes atteintes de la Covid, mais refuse pourtant d'établir automatiquement la causalité en énonçant que « la contamination des victimes par le virus responsable de la covid-19 ne présentait pas un lien de causalité suffisamment direct avec les fautes commises<sup>11</sup> ». Il justifie son propos en se référant « au caractère aléatoire de la transmission du virus d'un individu à un autre, à l'absence de caractère infaillible de la mesure de prévention que constitue

<sup>10</sup> H. BELRHALLI, *Responsabilité administrative*, Paris, LGDJ, 2<sup>e</sup> éd., 2020, p. 318.

<sup>11</sup> TA Paris, 28 juin 2022, n° 2012679-3.

le port d'un masque et aux autres mesures disponibles pour se protéger, en particulier le respect de distances physiques et le lavage régulier des mains, dont l'application a été largement recommandée par les autorités françaises ». Pour le dire autrement, la probabilité que la contamination résulte du port du masque est trop faible pour établir un lien entre la mauvaise communication fautive du gouvernement sur le sujet et la contamination. La responsabilité de l'État n'est ainsi pas engagée et la dimension aléatoire de l'évènement entérinée.

## B. Faire évoluer la jurisprudence grâce au raisonnement probabiliste

Le juge administratif peut, en outre, faire évoluer sa position pour des faits semblables, comme en atteste le récent contentieux de la pollution de l'air. Jusqu'au printemps 2023, il retenait la faute de l'État du fait de son inaction pour lutter contre la pollution de l'air, mais refusait d'indemniser les victimes qui évoquaient plusieurs préjudices liés à des atteintes à leur santé, parmi lesquelles des rhinites allergiques. La Cour administrative d'appel de Paris pouvait ainsi refuser « d'établir un lien de causalité direct et certain entre les pathologies respiratoires étudiées et l'aggravation de la qualité de l'air du fait de la pollution atmosphérique » en se fondant sur « les études produites » et sur l'absence de « documents médicaux récents<sup>12</sup> ». Notamment en 2022, il était encore précisé qu'« il ne peut être démontré un lien unique entre rhinite chronique et pollution du fait de la diversité des facteurs possibles<sup>13</sup> ».

Or, le Tribunal administratif de Paris a, pour la première fois, le 16 juin 2023<sup>14</sup>, reconnu ce lien de causalité, en jugeant suffisante la probabilité que diverses pathologies respiratoires soient imputables à la pollution de l'air et à la carence fautive de l'État. Alors que la faute et le préjudice – des affections ORL – sont semblables aux affaires précédentes, le revirement s'explique par la prise en compte de la probabilité. Le tribunal livre sa méthodologie dans le jugement, la question principale étant dès lors focalisée sur la « probabilité » (le mot est employé) du lien de causalité.

Deux temps sont établis. La juridiction doit, en premier lieu, « rechercher, au vu du dernier état des connaissances scientifiques en débat devant elle, s'il n'y a aucune probabilité qu'un tel lien existe » (voir *supra*). En second lieu, dans l'hypothèse inverse, c'est-à-dire s'il y a une probabilité ou, à tout le moins, en l'absence d'aucune probabilité, le juge doit affiner son raisonnement en procédant « à l'examen des circonstances de l'espèce » pour « ne retenir l'existence d'un lien de causalité entre l'exposition aux pics de pollution subie par l'intéressée et les symptômes qu'elle a ressentis que si ceux-ci sont apparus dans un délai normal pour ce type d'affection, et, par ailleurs, s'il ne ressort pas du dossier que ces symptômes peuvent être regardés comme résultant d'une autre cause que l'exposition aux pics de pollution ». Le critère temporel et les autres causes potentielles<sup>15</sup> entrent en ligne de compte pour l'établissement de la probabilité du lien de causalité.

---

<sup>12</sup> CAA Paris, 21 décembre 2022, n° 19PA02868.

<sup>13</sup> *Ibid.*

<sup>14</sup> TA Paris, 16 juin 2023, n° 2019924/4-2 et 2019925/4-2, note S. BRIMO, « Sur un air nouveau ? », *AjDA*, 2023, p. 1406.

<sup>15</sup> Le tribunal précise : « La pollution n'est toutefois pas la seule explication aux bronchiolites de l'enfant, le virus respiratoire syncytial (VRS) ayant été identifié comme responsable de 60 à 80 %

Le tribunal se réfère à des études scientifiques qui démontrent ce lien (au moins partiel) entre atteinte à la santé et pic de pollution<sup>16</sup>, pour ensuite étudier le cas d'espèce et confirmer l'existence d'un tel lien, ce qui permet d'engager la responsabilité de l'État et d'indemniser les victimes. On pourrait considérer qu'une telle avancée, à nuancer cependant<sup>17</sup>, est à imputer principalement à ces études scientifiques, dont les résultats sont progressivement affinés grâce à des instruments de mesure plus performants ou mieux utilisés ; on pourrait également arguer du fait qu'il s'agissait ici de « bonnes » victimes, c'est-à-dire de requérants qui constituaient le cas typique, dont la configuration factuelle était la plus à même de permettre l'engagement de la responsabilité. Il n'empêche qu'il faut souligner l'utilisation (peut-être opportuniste, à titre de légitimation de sa position) que fait le juge administratif de la probabilité pour procéder à un revirement de jurisprudence.

### C. Établir la causalité malgré l'absence de probabilité suffisante

Au stade ultime, le caractère volontaire de la démarche du juge est manifeste lorsque celui-ci déconnecte, de manière rarissime, causalité scientifique et causalité juridique et qu'il dépasse les incertitudes du raisonnement probabiliste pour établir malgré tout ce lien de causalité.

Pour bien comprendre le *modus operandi*, il faut examiner le raisonnement du juge – qui a d'ailleurs évolué depuis les premières affaires rendues en 2007<sup>18</sup> – s'agissant des vaccinations contre le virus de l'hépatite B et de leur lien avec le développement d'une sclérose en plaques. Le Conseil d'État a, là aussi, livré un mode d'emploi dans un arrêt du 29 septembre 2021<sup>19</sup>, dépassant les incertitudes scientifiques et contournant la pure logique mathématique. L'analyse consiste, en priorité, à « s'assurer au vu du dernier état des connaissances scientifiques [...],

---

des épisodes de bronchiolite. Les pics de pollution favorisent la survenue de ces infections virales, avec des délais de quelques jours à plusieurs semaines entre pic de pollution et symptômes respiratoires, déclenchant un asthme du nourrisson viro-induit, chaque pic de pollution pouvant déclencher des manifestations sifflantes qui ne sont pas nécessairement de nature infectieuse. D'autres facteurs peuvent contribuer à la survenue de ces épisodes, tels que les allergies, le tabagisme parental, l'exposition à des produits chimiques domestiques, ou encore les conditions météorologiques. Toutefois, les études statistiques évaluent la part attribuable à la pollution dans les bronchiolites sévères de 30 à 50 % » (voir TA Paris, 16 juin 2023, n° 2019925/4-2, point 5).

<sup>16</sup> Et le tribunal de se référer à un « rapport d'expertise déposé le 12 janvier 2023 » selon lequel « les études scientifiques apportent des arguments en faveur d'un lien entre pollution et survenue d'otites moyennes, notamment en ce qui concerne les dérivés oxygénés de l'azote, composés produits par les moteurs thermiques, irritants pour les voies respiratoires. Elles ont ainsi mis en évidence un lien entre l'augmentation des concentrations des polluants particuliers et l'augmentation de ces pathologies, avec des délais de deux à trois jours après l'augmentation des concentrations. Ces études ont mené les experts à considérer que le facteur attribuable à ce type de pollution sur les épisodes d'otite serait d'environ 30 %, attribuant ainsi un peu moins d'un épisode d'otite sur 3 ou sur 4 à la pollution. Les études rappellent également que les causes des otites moyennes peuvent être multiples, les principaux facteurs de risques étant la vie en collectivité, ainsi que le tabagisme parental » (voir TA Paris, 16 juin 2023, n° 2019924/4-2, point 5).

<sup>17</sup> Voir l'analyse de H. Belrhali dans ce dossier : l'auteure met en évidence le faible nombre de victimes qui seront concrètement indemnisées ; également S. BRIMO, « Sur un air nouveau ? », *AjDA*, 2023, p. 1411.

<sup>18</sup> CE, 9 mars 2007, *Mme Schwartz*, n° 267635 ; *Commune de Grenoble*, n° 278665.

<sup>19</sup> CE, 29 septembre 2021, n° 435323.



qu'il n'y avait aucune probabilité qu'un tel lien existe<sup>20</sup> » et auquel cas, la demande indemnitaires doit être rejetée. À l'inverse, s'il existe une probabilité même infime, le juge doit passer à « l'examen des circonstances de l'espèce » et il se contente d'une « probabilité suffisante<sup>21</sup> » pour établir (à certaines conditions) juridiquement un tel lien, prélude à l'engagement de la responsabilité de la personne publique. Plus précisément, il procède à la mise en œuvre d'une « double probabilité<sup>22</sup> » : « celle que la vaccination puisse – *i.e.* qu'il ne soit pas exclu – potentiellement être à l'origine d'une pathologie et celle que le patient puisse avoir été victime de cette dernière à l'occasion de sa vaccination. La première probabilité repose sur la prise en compte de l'état de la science quand la seconde dépend d'un faisceau d'indices confortatifs de l'existence d'un lien, tenant à la date d'apparition des symptômes et à l'absence d'antécédents médicaux du patient. La discussion est ouverte aux deux stades du raisonnement<sup>23</sup>. »

On voit ainsi à quel point la politique jurisprudentielle peut incliner en faveur de la victime et différer de l'approche scientifique : d'une part, car « un scientifique ne s'attachera [...] pas à établir l'absence de probabilité de l'existence d'un phénomène, mais dira que ce phénomène n'a jamais été démontré<sup>24</sup> » ; d'autre part, parce que si le scientifique ne dit pas que le lien est démontré, le juge administratif, lui, l'affirme. Il ne s'agit nullement d'arbitraire, mais simplement d'un choix juridictionnel, dicté par des considérations sociales (et aussi parce qu'il est peu coûteux pour les deniers publics) : engager la responsabilité permet de préserver une certaine confiance dans l'action de la personne publique en considérant que le risque s'étant malheureusement réalisé, le minimum est de soutenir la victime dans sa déconvenue<sup>25</sup>.

Jusqu'à présent, ce raisonnement ne prévalait que dans le contentieux relatif à la vaccination contre l'hépatite B. Par sa décision du 16 juin 2023, le Tribunal administratif de Paris l'a fait sien également à propos de la pollution de l'air, ce qui démontre les potentialités, à l'avenir, de l'approche probabiliste en droit de la responsabilité, dès lors que le juge administratif entend, au nom de considérations sociales, sanitaires ou environnementales, favoriser l'indemnisation des victimes. Une telle orientation se retrouve également, au-delà de la causalité, dans d'autres pans du droit de la responsabilité.

---

<sup>20</sup> Le Conseil d'État passe de la mention d'une « probabilité suffisante » que le lien existe à « aucune probabilité » qu'il n'existe pas.

<sup>21</sup> CE, 22 juillet 2015, n° 369478, n° 369479 ; CE, 13 février 2020, n° 419329.

<sup>22</sup> C. BARROIS DE SARIGNY, « Précisions sur les conditions d'indemnisation de l'aléa vaccinal. Conclusions sur CE, 29 septembre 2021, n° 435323 et n° 437875 », art. cité., p. 104 ; pour une mise en œuvre récente de ce contrôle, voir CAA Nantes, 3 février 2023, n° 21NT02781, note P. LOHÉAC-DERBOULLE, « Lien de causalité en matière de vaccination obligatoire », *AJDA*, 2023, p. 1460.

<sup>23</sup> C. BARROIS DE SARIGNY, « Précisions sur les conditions d'indemnisation de l'aléa vaccinal. Conclusions sur CE, 29 septembre 2021, n° 435323 et n° 437875 », art. cité., p. 104.

<sup>24</sup> E. BERTHON, Conclusions sur CAA Nantes, 3 février 2023, n° 21NT02781, cité par P. LOHÉAC-DERBOULLE, « Lien de causalité en matière de vaccination obligatoire », art. cité., p. 1463.

<sup>25</sup> Pour un exposé de cette idée dans un cadre plus général, voir déjà notre analyse : « le juge administratif face aux connaissances scientifiques », *AJDA*, 2022, p. 443.

## II. PROBABILITÉ ET RESPONSABILITÉ : LE PRAGMATISME DU JUGE ADMINISTRATIF

Différents usages de la probabilité sont faits par le juge administratif en droit de la responsabilité administrative, lesquels révèlent diverses facettes de l'intérêt de la probabilité. Dans tous les cas, le pragmatisme du juge l'emporte, qu'il s'agisse de tenir compte des aléas de la vie en indiquant quel est le cours normal des choses (A) ou, lorsque la victime est en prise à des difficultés concrètes, de faciliter la reconnaissance du préjudice (B).

### A. Révéler le cours normal des choses

Le raisonnement probabiliste est inhérent à la théorie de la causalité adéquate : il permet de définir ce qui relève du cours normal des choses et, à l'inverse, ce qui est imputable à la personne publique et engage, à ce titre uniquement, sa responsabilité. La prise en compte de la probabilité vient alors au soutien de la causalité adéquate et permet de hiérarchiser les situations et d'opérer une sélection entre les différents faits pour ne retenir que ceux qui sont en adéquation avec le préjudice<sup>26</sup>. Ce faisant, le juge n'engage pas la responsabilité de la personne publique tous azimuts, mais il le fait simplement lorsqu'il y a une rupture du cours normal des choses.

Ainsi, pour reprendre l'exemple d'une personne qui bute sur un trottoir et se blesse en chutant évoqué par François Vatin<sup>27</sup>, la responsabilité de la personne publique ne sera engagée qu'en cas de défaut d'entretien normal, notamment s'il y avait une excavation non signalée ou si la chaussée était anormalement glissante. En bref, c'est seulement lorsque la personne publique a manqué à ses obligations en matière de sécurisation de la voie publique qu'est engagée sa responsabilité. Si l'entretien de la chaussée est correct et qu'un individu chute et se blesse, ce sera uniquement de sa faute et de sa seule responsabilité.

Une autre illustration est particulièrement intéressante d'un point de vue sociétal<sup>28</sup>. Rémi Fraisse est décédé lors d'affrontements avec les forces de l'ordre au

---

<sup>26</sup> Voir notamment H-B. POUILLAUDE, *Le lien de causalité dans le droit de la responsabilité administrative*, thèse, dirigée par J. Petit, Université Panthéon-Assas, 2011, p. 76 ; également C. QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, op. cit., p. 85 : le cours normal des choses est présenté comme un « standard permettant le jugement sur la prévisibilité ou la probabilité d'un préjudice semblable à celui qui est intervenu, et non sur le cours causal effectivement réalisé, en raison de la généralisation du résultat ».

<sup>27</sup> O. BEAUD, « Un entretien avec François Vatin : décisions de justice et esprit probabiliste », art. cité. F. Vatin énonce : « au cours d'un affrontement physique, une personne tombe sans dommage et l'affaire en reste là ; elle se tue en heurtant l'arête d'un trottoir et l'affaire change de tournure. La "responsabilité" de la personne qui l'a fait tomber est bien sûr engagée, mais, sur le registre objectif des causes, c'est le trottoir, aussi, qui l'a "tuée". D'ailleurs, si la personne est tombée sans intervention extérieure, on pourra chercher à se retourner, non contre le trottoir, mais contre la personne qui a pris la responsabilité de poser un matériau qui s'est avéré dangereux. »

<sup>28</sup> Voir plus généralement, pour les exonérations de responsabilité en matière de forces de l'ordre, lesquelles conduisent à « une délégitimation systématique de la posture contestataire » : C. ROUILLIER, « La jurisprudence administrative face aux forces de l'ordre : un processus de légitimation juridique de l'usage de la force », *RDP*, 2023, p. 739.

cours d'une manifestation contre le projet de barrage de Sivens : le juge administratif considère que le fait de se rendre à une manifestation constitue un danger auquel la victime s'expose (à hauteur de 20 %). Ainsi, le cours normal des choses est que le manifestant ait un risque sur cinq de courir un danger lors d'une manifestation (*sic* !) – ce qui constitue une appréhension pour le moins originale de la participation à un tel événement, à moins qu'il s'agisse d'un réalisme saisissant. En revanche, une telle action « ne pouvait raisonnablement inclure celui de risquer d'être mortellement atteint par l'explosion d'une grenade offensive de type OF F1, arme alors considérée comme non létale<sup>29</sup> », ce qui justifie que la personne publique engage sa responsabilité à hauteur de 80 %.

Dès lors, la personne publique échappe à l'engagement de sa responsabilité pour tout ce qui est considéré comme relevant de la faute de la victime ou en cas de force majeure. Le juge fait le départ entre ce qui relève de l'aléa humain, naturel ou climatique et ce qui est réellement imputable à la personne publique. On pourrait ainsi, grâce à l'approche probabiliste et par une étude en creux, déterminer ce qui constitue le cours normal des choses dans une vie en société.

## B. Faciliter la reconnaissance du préjudice

Face à la difficulté que peuvent rencontrer les requérants pour démontrer un préjudice, le juge aménage des mécanismes destinés à faciliter leur indemnisation, en s'appuyant là aussi sur la probabilité, qu'il s'agisse de recourir par exemple à la présomption ou à la perte de chance.

*La probabilité-présomption.* Tout le système de présomptions repose sur cette idée que la faute, le préjudice ou le lien de causalité (selon les espèces) ne sont pas démontrables de manière indiscutable, car il subsiste une incertitude, mais qu'il est probable que tel fait génère telle faute ou tel préjudice, par exemple. Rivero insiste d'ailleurs sur la fonction de la présomption, celle de « systématisation du plus probable<sup>30</sup> », face à une incertitude. Partant, le juge facilite la preuve pour la victime, en se fondant sur cette circonstance probable, mais non certaine. Il en va ainsi du préjudice d'anxiété. Dans l'affaire du Mediator<sup>31</sup>, en 2016, le juge administratif accepte pour la première fois le principe de l'indemnisation d'un préjudice moral lié à l'anxiété de développer une maladie grave, alors même que la contamination de la victime n'est pas avérée. Il tient « compte d'éléments objectifs (tels que la gravité des pathologies risquant de se développer et la probabilité qu'elles se développent) comme subjectifs (les circonstances particulières dont se prévaut le cas échéant chaque requérant, par exemple en critiquant l'information qu'il a reçue)<sup>32</sup> ». Si en l'espèce, il relève que le risque est trop faible pour la victime pour que soit reconnu le préjudice d'anxiété, la « probabilité de » est néanmoins prise en considération.

*La probabilité d'un avantage futur ou passé.* L'introduction du mécanisme de la perte de chance en droit de la responsabilité administrative permet d'indemniser une victime non pour un préjudice en tant que tel, mais pour avoir perdu une

---

<sup>29</sup> CAA Toulouse, n° 22TL20296, 21 février 2023.

<sup>30</sup> J. RIVERO, « Fictions et présomptions en droit public français », in C. PERELMAN, P. FORIERS (dir), *Les présomptions et les fictions en droit*, Paris, Bruylant, 1974, p. 112.

<sup>31</sup> CE, 9 novembre 2016, n° 393108.

<sup>32</sup> « Mediator : le Conseil d'État se prononce sur plusieurs litiges dans lesquels des personnes ayant pris ce médicament poursuivent la responsabilité de l'État », à la suite des décisions rendues par la haute juridiction le 9 novembre 2016 [en ligne sur le site du Conseil d'État].

chance de se soustraire à la survenance d'un préjudice. Le recours à la perte de chance fait même appel à deux aspects différents du raisonnement probabiliste, dans chacun de ses deux principaux domaines d'application.

Le premier est celui de la perte de l'espoir d'un avantage futur, en particulier la perte de chance liée au fait de n'avoir pas pu se présenter à un concours administratif. Dans cette situation, le juge doit se placer dans une démarche prospective : quelle aurait été la probabilité de chance que le candidat réussisse et ait une meilleure carrière ? Il faut ainsi imaginer l'avenir du candidat. Comme le souligne T. Olson, « la situation ne s'est pas réalisée et ne se réalisera souvent jamais : il subsistera toujours un doute quant au point de savoir si l'avantage escompté se serait effectivement produit<sup>33</sup> ». Est donc mesurée la probabilité de survenance d'un tel évènement.

La logique est autre dans le second champ, en matière hospitalière, plus spécifiquement lorsqu'un patient perd une chance de guérison ou de se soustraire en toute connaissance de cause à une intervention médicale. En l'occurrence, le dommage est advenu et l'on cherche à savoir dans quelle mesure il aurait pu être évité. Et c'est précisément cette mesure, cette probabilité-là qui est indemnisée : la « fraction du dommage corporel [est] déterminée en fonction de l'ampleur de la chance perdue<sup>34</sup> ». On perçoit ainsi à quel point le juge administratif essaye de coller à la réalité des faits et de quantifier, à l'aide de pourcentages et probabilités souvent déterminés par des experts<sup>35</sup>, le préjudice réellement subi par la victime pour qu'elle puisse bénéficier d'une indemnisation.

En définitive, la probabilité est un outil que manie régulièrement le juge administratif, qu'il le fasse de manière implicite ou explicite. Cette conclusion peut sembler banale, alors que tout le droit de la responsabilité est irrigué par une idée simple, celle de l'équité. Cette dernière commande d'indemniser la victime dès lors qu'il est non seulement acquis et certain que toutes les conditions de la responsabilité sont réunies, mais aussi, dès lors qu'il est plus ou moins probable qu'elles le soient et l'on retrouve ici la latitude dont dispose le juge administratif dans l'évolution de ce droit.

Dès lors, comment expliquer le hiatus avec le propos de François Vatin ? Les échanges que nous avons eus le 27 juin 2023 incitent à conclure que, en réalité, on ne parle pas de la même chose. Partant, les oppositions autour de la place de la probabilité en droit de la responsabilité tiennent principalement à cette incompréhension initiale.

---

<sup>33</sup> T. OLSON, « La réparation de la perte de chance dans le champ de la responsabilité hospitalière. Conclusions sur CE, Sect., 21 déc. 2007, *Centre Hospitalier de Vienne c/ M. Joncart*, req. n° 289328 », art. cité, p. 348 ; voir aussi, évoquant une approche « au conditionnel futur » : H-B. POUILLAUDE, *Le lien de causalité dans le droit de la responsabilité administrative*, op. cit., p. 425.

<sup>34</sup> CE, 21 déc. 2007, *Centre Hospitalier de Vienne c/ M. Joncart*, n° 289328.

<sup>35</sup> Et si T. Olson reconnaît que « le juge administratif, attaché à son libre arbitre, aime à se forger une opinion par lui-même et évite autant que faire se peut de se mettre entre les mains de "sachants" ou d'experts », il ajoute, pour réfuter de tels arguments qu'« en matière de responsabilité il n'est rien de plus usuel voire banal pour le juge, en cas de pluralité de fautes ayant concouru à la survenance d'un dommage, que de fixer la part respective de chacune de ces fautes et d'en déduire la répartition finale de la charge des réparations qui sont dues » (« La réparation de la perte de chance dans le champ de la responsabilité hospitalière. Conclusions sur CE, Sect., 21 déc. 2007, *Centre Hospitalier de Vienne c/ M. Joncart*, req. n° 289328 », art. cité).

Le sociologue plaide pour que l'approche probabiliste soit prise en compte de manière globale, sans entrer dans chaque cas d'espèce et indique dans l'entretien donné à Olivier Beaud qu'« il y a une place pour un raisonnement probabiliste susceptible de porter des jugements globaux sur des ensembles complexes<sup>36</sup> ». Ce raisonnement devrait permettre de mettre en évidence des phénomènes globaux, notamment en termes d'action en matière de risques industriels, sans qu'il soit nécessaire d'apprécier chaque cas de manière individuelle.

C'est là que le bât blesse. Si la responsabilité administrative est, dans la période actuelle, de plus en plus détournée de sa fonction initiale et principale d'indemnisation des victimes aux fins d'une attente de jugement porté sur l'action publique, voire d'une mise en cause indirecte des gouvernants, il n'en demeure pas moins qu'elle nécessite encore et toujours une victime précisément identifiée, laquelle a subi un préjudice. Finalement, la responsabilité ne semble pas l'institution la plus appropriée pour contraindre les pouvoirs publics à l'amélioration des politiques publiques *via* la mobilisation du raisonnement probabiliste. Reste à déterminer quelle serait l'institution juridique efficace pour créer une telle synergie.

#### Anne Jacquemet-Gauché

Professeur de droit public à l'université Clermont Auvergne.  
Centre Michel de L'Hospital (UPR 4232) – IUF.

---

<sup>36</sup> O. Beaud, « Un entretien avec François Vatin : décisions de justice et esprit probabiliste », art. cité.

## Des limites du raisonnement statistique en matière de responsabilité civile

**L**e thème de la rencontre est propice à une réflexion sur l'épistémologie juridique, chemin ouvert en France par le regretté Christian Atias et trop peu emprunté depuis<sup>1</sup>.

La question n'est pas si difficile à formuler, car elle est récurrente et même en réalité constante dans les débats contemporains : elle consiste à savoir où le juriste doit puiser son inspiration pour forger les notions juridiques.

Le thème des statistiques concerne alors tout particulièrement l'une des conditions les plus emblématiques de mise en œuvre de la responsabilité civile, à savoir celle du lien de causalité entre le fait générateur et le dommage survenu. C'est au demeurant en ces termes de causalité que la critique, je dirais presque l'accusation, a été formulée.

Cette critique est en réalité ancienne. En matière de causalité plus encore qu'ailleurs, on se précipite pour enjoindre aux juristes de mettre en forme juridique ce qui a été pensé et décidé par d'autres<sup>2</sup>. Il faut dire que les juristes sont complices depuis longtemps de cette décérébration du droit, renvoyant toujours la question des fondements ou même du sens du droit soit à une discipline auxiliaire qui serait quant à elle dotée de scientificité (sciences dites « dures », parmi lesquelles se sont glissés avec habileté d'autres savoirs comme l'économie), soit au contraire à l'infinie diversité des subjectivités individuelles<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Voir C. ATIAS, *Épistémologie juridique*, Paris, PUF/Dalloz, 2002 ; *Théorie contre arbitraire*, Paris, PUF, Les voies du droit, 1987 ; *Épistémologie du droit*, Paris, PUF, *Que sais-je ?*, 1994.

<sup>2</sup> Voir en ce sens F. G'SELL, « Les théories contemporaines de la causalité. Droit et Philosophie », in S. FERÉY et F. G'SELL (dir.), *Causalité, responsabilité et contribution à la dette*, Paris, Bruylant, 2018, n° 93 et s., qui cite Henri Deschenaux selon lequel, « en principe, le droit ne peut que “recevoir” des savants la notion de cause » (H. DESCHENEAUX, « Norme et causalité en responsabilité civile », *Recueil offert au Tribunal Fédéral Suisse à l'occasion de son centenaire*, 1975, p. 399, en part. p. 408).

<sup>3</sup> Ce qui est le cas notamment de certaines théories radicales de l'interprétation niant qu'un texte juridique puisse avoir, en soi, une quelconque signification : voir en ce sens la subtile critique de O. Beaud, « Réplique à une réponse. Contenu et portée d'une controverse sur la constitutionnalisation du droit de recourir à l'avortement », *Jus Politicum blog*, 1<sup>er</sup> avril 2023, qui montre l'incohérence juridique des partisans de la théorie réaliste de l'interprétation qui soutiennent que la signification normative d'un texte dépendrait toujours *in fine* de l'interprétation qui en serait donnée ; du même auteur, à propos cette fois-ci de la récente décision du Conseil constitutionnel, « Réforme des retraites : “Le Conseil constitutionnel a raté une occasion historique en ne faisant pas preuve d'audace” », *Le Monde*, 25 avril 2023, où il montre que là encore certains

S'il faut se défendre contre l'accusation formulée et prendre donc la posture de l'avocat, je dirais qu'il est inexact de soutenir que les juristes ne s'intéressent pas aux statistiques et qu'ils ne doivent de toutes les façons pas se laisser dicter la loi par celles-ci. En d'autres termes, le rôle des statistiques en matière de responsabilité civile est nécessairement limité.

Il s'agira ainsi d'examiner d'abord très brièvement la place actuelle des statistiques en droit de la responsabilité civile (I). Quelques remarques épistémologiques sur la causalité (II) seront ensuite nécessaires pour comprendre les limites du pouvoir de justification de l'argument statistique en matière de causalité (III).

## I. LA PLACE ACTUELLE DES STATISTIQUES EN DROIT DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE

Quelques précisions terminologiques préalables s'imposent. En toute rigueur, il faudrait en effet distinguer entre statistiques et probabilités.

Les probabilités sont une branche des mathématiques dont l'objet est de mesurer le caractère aléatoire de ce qui pourrait se produire. Calculer une probabilité revient à quantifier la possibilité qu'un événement se produise lors d'une expérience qui découle du hasard, par exemple la probabilité qu'un dé lancé en l'air tombe sur le chiffre 5.

Les statistiques correspondent à la science et aux techniques d'analyses quantitatives de données du « réel », pour tenter de les rendre lisibles, le cas échéant pour effectuer des prévisions. Au départ, il s'agissait d'un outil pour la définition des politiques des États<sup>4</sup>.

Ici, la question est plutôt celle de l'utilisation de statistiques, c'est-à-dire d'outils de représentations du réel, avec précisément les biais inhérents à toute représentation. Les juristes de droit de la responsabilité civile utilisent cependant plus volontiers le terme de probabilité, en ne distinguant donc pas vraiment les deux termes.

Quoi qu'il en soit, les statistiques ou probabilités jouent un rôle très important en droit de la responsabilité civile, et ce dans maints domaines et à maints niveaux. Pour rester plutôt dans la théorie générale, je me concentrerai ici sur le lien de causalité entre le fait générateur et le dommage.

Pour faire un très bref rappel, on sait qu'en droit de la responsabilité civile, la Cour de cassation contrôle la notion de lien de causalité, mais qu'elle a toujours refusé d'en donner une définition précise pour garder une marge d'appréciation. Les notions de faute et de dommage sont beaucoup plus précisément définies, et le flou laissé sur le lien de causalité lui permet alors de garder un outil pour régler les cas difficiles et d'en faire ainsi un instrument de politique jurisprudentielle<sup>5</sup>.

---

juristes ne voient cette institution que comme « une sorte de Bureau Veritas des normes juridiques ».

<sup>4</sup> Le mot a au demeurant été forgé par l'économiste Gottfried Achenwall à partir de l'italien *statista*, « homme d'État ».

<sup>5</sup> Pour plus de développements sur cette idée, voir notre ouvrage : *Les obligations*, t. 2. *Responsabilité civile et quasi-contrats*, Paris, PUF, coll. « Thémis droit », 5<sup>e</sup> éd., 2021, § 220, p. 246 et s.

Cela n'a pas empêché la doctrine d'analyser cette jurisprudence et de retenir que deux théories peuvent permettre de l'expliquer : la théorie de l'équivalence des conditions et la théorie de la causalité adéquate<sup>6</sup>.

Dans la théorie de l'équivalence des conditions, il s'agit, par un raisonnement contrefactuel, de se demander ce qui se serait produit si la faute n'avait pas été commise. Il y a causalité si, sans la faute, le dommage ne serait pas survenu. Une telle affirmation démontre en effet que la faute a été une condition *sine qua non* du dommage.

Dans la théorie de la causalité adéquate, il s'agit de se demander si tel événement, en particulier telle faute, entraîne, « selon le cours normal des choses », le type de préjudice survenu.

Dans les deux cas, il y a donc en réalité place pour un raisonnement probabiliste<sup>7</sup>, plus précisément pour une idée de probabilité de survenance des événements, au sens où Hume avait insisté sur l'idée de répétition des enchaînements permettant de conclure à une connexion nécessaire<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> Plusieurs auteurs apportent aujourd'hui leur soutien à la théorie de l'empreinte continue du mal soutenue par Dejean de la Batie, qui permet de retenir comme cause « le fait dont le caractère défectueux explique, sans hiatus, même partiellement, la survenance d'un préjudice » (C. QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, Paris, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2010, préf. P. Brun, § 661). En d'autres termes, « il ne suffit pas que la survenance d'un fait (par hypothèse incorrect) soit de nature à expliquer la survenance du dommage pour qu'on puisse le qualifier de cause, mais encore que ce soit le caractère incorrect (et notamment fautif) de ce fait qui en soit à l'origine » (P. BRUN, préface à la thèse de C. QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, *op. cit.*). La théorie de l'empreinte continue du mal apporte indiscutablement une précision utile mais, s'agissant du point qui nous intéresse ici, elle ne conduirait pas vraiment à une analyse différente.

<sup>7</sup> Voir en ce sens, F. G'SELL-MACREZ, *Recherches sur la notion de causalité*, thèse, Université Paris 1, 2005, dès le § 6, p. 13 : « Dans les deux théories, nous le verrons, la place du raisonnement contrefactuel et le rôle des probabilités sont essentiels. »

<sup>8</sup> D. HUME, *Enquête sur l'entendement humain*, Section VII (« De l'idée de connexion nécessaire »), partie 2 : « Lorsqu'un événement particulier a toujours été associé à un autre, nous n'avons aucun scrupule à prédire l'un en fonction de l'apparition de l'autre, et à utiliser ce raisonnement qui peut seul nous assurer d'un fait ou d'une existence. Nous appelons alors l'un des objets la Cause et l'autre l'Effet. Nous supposons qu'il y a une certaine connexion entre eux, un certain pouvoir dans l'un, par lequel il produit infailliblement l'autre, et opère avec la plus grande certitude et la plus forte nécessité. Il apparaît donc que cette idée d'une connexion nécessaire entre les événements découle d'un certain nombre d'exemples similaires de la conjonction constante de ces événements » (« *When one particular species of event has always, in all instances, been conjoined with another, we make no any scruple of foretelling one upon the appearance of the other, and of employing that reasoning, which can alone assure us of any matter of fact or existence. We then call the one object, Cause; the other, Effect. We suppose that there is some connexion between them; some power in the one, by which it infallibly produces the other, and operates with the greatest certainty and strongest necessity. It appears, then, that this idea of a necessary connexion among events arises from a number of similar instances which occur of the constant conjunction of these events* »).



Ainsi, le cours « normal » des choses de la causalité adéquate est le cours *probable* des choses<sup>9</sup>. Même dans l'équivalence des conditions, il s'agit de s'interroger, de façon rétrospective, sur ce qu'aurait été le cours *probable* des choses sans cette faute.

En *Common law*, la définition du lien de causalité est assez similaire. On y utilise notamment le fameux « *but for* » test, qui revient aussi à se demander ce qui serait survenu sans (*but for*) la faute. On admet cependant plus ouvertement que la condition *sine qua non* doit être établie « *on the balance of probabilities* », c'est-à-dire lorsque le dommage avait au moins 50 % de chances de ne pas se produire en l'absence de l'antécédent considéré<sup>10</sup>.

En France, on ne donne pas officiellement un chiffre, mais on dit que c'est au demandeur, donc à la victime, de prouver l'existence d'un lien de causalité entre la faute et son dommage. Si en théorie il faut que cette preuve soit établie avec certitude, la formulation contrefactuelle des deux définitions du lien de causalité laisse en réalité une marge d'appréciation, et donc une place aux fortes probabilités, l'essentiel étant de convaincre le juge.

Lorsque le lien de causalité est difficile à établir avec certitude, et même lorsque demeure un doute sur cette causalité, les juges ont officiellement admis qu'ils pouvaient se contenter de probabilités, dès lors que celles-ci sont sérieuses.

Il en a été ainsi dans le fameux débat sur les conséquences de la vaccination contre l'hépatite B, et en particulier du point de savoir si celle-ci peut être la cause de l'apparition d'une sclérose en plaques. Les scientifiques ne reconnaissent pas officiellement ce lien de causalité mais, face à la multiplication des cas où, peu de temps après l'administration d'un tel vaccin, et sans aucune autre cause apparente possible (notamment en l'absence de tout antécédent familial), une sclérose en plaques était survenue, la Cour de cassation a admis, dans un célèbre arrêt du 22 mai 2008<sup>11</sup>, que le lien de causalité juridique pouvait être établi sur la seule base d'une probabilité.

L'arrêt est d'ailleurs intéressant à examiner de près car la cour d'appel avait débouté la victime de sa demande au motif « que la preuve scientifique absolue est impossible puisque l'étiologie de la sclérose en plaques n'est pas connue, que personne ne peut actuellement expliquer comment cette vaccination pourrait provoquer l'apparition de cette maladie, que cette constatation interdit de considérer qu'il puisse y avoir une quelconque présomption en l'absence d'autre facteur connu de contamination, qu'à défaut de lien scientifique, aucun lien statistique n'a été démontré et qu'il n'y a pas de probabilité suffisante du lien de causalité entre la maladie dont souffre M. X... et la vaccination contre l'hépatite B ».

---

<sup>9</sup> Voir F. G'SELL-MACREZ, *Recherches sur la notion de causalité*, *op. cit.*, § 190, p. 197 : « C'est dans l'esprit de ce modèle logique probabiliste que s'insère la théorie de la causalité adéquate, formulée, certes, par des juristes, mais surtout développée par un physiologiste, Von Kries, qui s'intéressait de près à la théorie des probabilités. Dans sa formulation la plus élaborée, la causalité adéquate mesure l'augmentation de probabilité générée par la cause envisagée. Cette augmentation traduit l'adéquation du facteur considéré à l'effet. » L'auteur ajoute même que, « pour plus de clarté », elle suggère « de substituer à l'appellation de "causalité adéquate" celle de "causalité probabiliste", voire de *lien probabiliste* ».

<sup>10</sup> *Ibid.*, § 168, p. 177.

<sup>11</sup> Pourvoi n° 05-20.317.

La Cour de cassation censure néanmoins cet arrêt au motif que la preuve du lien de causalité peut résulter de présomptions, pourvu qu'elles soient « graves, précises et concordantes ». Elle reproche dès lors à la cour d'appel de s'être référée « à une approche probabiliste déduite exclusivement de l'absence de lien scientifique et statistique entre vaccination et développement de la maladie », sans rechercher s'il n'y avait pas des présomptions graves, précises et concordantes du caractère défectueux du vaccin litigieux, comme du lien de causalité entre un éventuel défaut et le dommage subi par la victime<sup>12</sup>.

Il ne s'agit en réalité pas d'opposer l'analyse probabiliste et statistique de la Cour d'appel à une analyse qui ne le serait pas de la Cour de cassation, car si cette dernière estime que le lien de causalité est présumé, c'est-à-dire établi selon des présomptions graves, précises et concordantes, c'est en réalité que le lien de causalité est probable, car la régularité observée entre la vaccination contre l'hépatite B et la survenance d'une sclérose en plaques permet de ne pas exclure totalement l'idée d'une causalité entre les deux, même si les statistiques officielles (c'est-à-dire en réalité les scientifiques) ne le reconnaissent pas<sup>13</sup>.

De même dans une affaire où, après trois injections d'un vaccin ORL, un enfant de six ans avait été atteint d'une affection neurologique caractérisée par des convulsions et une épilepsie sévère évoluant vers une dégradation intellectuelle, la Cour de cassation a censuré l'arrêt qui avait exigé une preuve scientifique certaine de la causalité alors que le rôle causal peut résulter de présomptions graves, précises et concordantes, c'est-à-dire peut être établi en cas de fortes probabilités de causalité<sup>14</sup>.

L'existence de présomptions graves, précises et concordantes permettant de retenir que la pathologie était imputable au médicament a encore été retenue dans l'affaire du Mediator<sup>15</sup>.

---

<sup>12</sup> « Attendu que si l'action en responsabilité du fait d'un produit défectueux exige la preuve du dommage, du défaut et du lien de causalité entre le défaut et le dommage, une telle preuve peut résulter de présomptions, pourvu qu'elles soient graves, précises et concordantes ; d'où il suit qu'en se déterminant ainsi, en référence à une approche probabiliste déduite exclusivement de l'absence de lien scientifique et statistique entre vaccination et développement de la maladie, sans rechercher si les éléments de preuve qui lui étaient soumis constituaient, ou non, des présomptions graves, précises et concordantes du caractère défectueux du vaccin litigieux, comme du lien de causalité entre un éventuel défaut et le dommage subi par M. X..., la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision. »

<sup>13</sup> F. LEDUC, « Le lien de causalité », *Responsabilité civile et assurances* n° 1, janv. 2016, dossier 11.

<sup>14</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 25 juin 2009, pourvoi n° 08-12.781 ; *RTD civ.* 2009, p. 723, obs. P. Jourdain ; *RTD com.* 2010, p. 181, obs. B. Bouloc : « que pour rejeter l'action dirigée contre ceux-ci, l'arrêt énonce qu'il n'y a pas de preuve formelle d'un lien de causalité direct et certain entre l'injection vaccinale et le déclenchement de la pathologie, tout en constatant que l'absence, dans l'histoire et les antécédents familiaux, d'éléments susceptibles d'évoquer une maladie neurologique milite en faveur d'une causalité probable entre l'injection du vaccin et la pathologie soudaine développée par l'enfant et ce dès lors que les deux collègues d'experts n'avaient pas exclu l'hypothèse d'une stimulation antigénique déclenchante, due au produit vaccinal, corroborée par la nature même du produit et par la chronologie des événements ; Qu'en exigeant une preuve scientifique certaine quand le rôle causal peut résulter de simples présomptions, pourvu qu'elles soient graves, précises et concordantes, la cour d'appel a violé les textes susvisés. »

<sup>15</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 20 septembre 2017, pourvoi n° 16-19.643 ; *D.* 2017, p. 2279, avis J.-P. Sudre, et p. 2284, note G. Viney ; *D.* 2018, p. 35, obs. P. Brun ; *RTD civ.* 2018, p. 143, obs. P. Jourdain ; *RDSS* 2017, p. 1132, obs. J. Peigné ; *JCP G* 2017, n° 1186, note J.-S. Borghetti ; *RCA* 2017, Études 12, L. Bloch :

En présence d'un doute scientifique, la causalité juridique peut donc être retenue si elle apparaît aux juges comme probable dans un cas particulier<sup>16</sup>.

La Cour de justice de l'Union européenne a validé le raisonnement de la Cour de cassation (puisque le régime de responsabilité du fait des produits défectueux résulte d'une directive européenne). Dans un arrêt du 21 juin 2017<sup>17</sup>, elle a admis que, en cas de doute scientifique sur le lien de causalité entre l'absorption d'un produit de santé et tel type de dommage, les juges pouvaient utiliser des présomptions de fait pour retenir malgré tout un lien de causalité juridique<sup>18</sup>. Elle a en revanche refusé que, dans ce cas, soit reconnue officiellement une présomption de droit, à savoir une présomption de causalité irréfragable<sup>19</sup>.

---

« attendu que l'arrêt relève que, si l'expert judiciaire a conclu à une causalité seulement plausible, le collège d'experts, placé auprès de l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales, et chargé d'émettre un avis sur les dommages et les responsabilités en vue d'une indemnisation amiable des victimes du benfluorex, s'est ensuite, à la demande de Mme Y..., prononcé en faveur d'une imputabilité de l'insuffisance aortique à la prise de Mediator, que la connaissance sur les effets nocifs du médicament avait alors progressé, qu'aucune hypothèse faisant appel à une cause étrangère n'a été formulée et qu'aucun élément ne permet de considérer que la pathologie de l'intéressée est antérieure au traitement par le Mediator ; que, sans être tenue de suivre les parties dans le détail de leur argumentation ni entacher sa décision de contradiction, dès lors qu'elle s'est bornée à reproduire les constatations médicales sur le grade de l'insuffisance aortique présentée par Mme Y..., la cour d'appel a pu en déduire qu'il existait des présomptions graves, précises et concordantes permettant de retenir que sa pathologie est imputable au Mediator ; que le moyen n'est pas fondé. »

<sup>16</sup> Voir encore, en matière d'écologie, les exemples donnés par J. BÉTAILLE, « L'argument scientifique dans le contentieux de la responsabilité environnementale », *RDP*, mars 2023, p. 350, qui soutient que « l'examen du contentieux de la responsabilité administrative en matière d'environnement montre que le juge, s'il est constamment confronté à l'argument scientifique, maintient une forme d'équilibre en le tenant à une juste distance ».

<sup>17</sup> Affaire C-621/15, *N. W e.a. contre Sanofi Pasteur MSD SNC e.a.*

<sup>18</sup> « L'article 4 de la directive 85/374/CEE du Conseil, du 25 juillet 1985, relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux, doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à un régime probatoire national tel que celui en cause au principal en vertu duquel, lorsque le juge du fond est saisi d'une action visant à mettre en cause la responsabilité du producteur d'un vaccin du fait d'un défaut allégué de ce dernier, il peut considérer, dans l'exercice du pouvoir d'appréciation dont il se trouve investi à cet égard, que, nonobstant la constatation que la recherche médicale n'établit ni n'infirme l'existence d'un lien entre l'administration du vaccin et la survenance de la maladie dont est atteinte la victime, certains éléments de fait invoqués par le demandeur constituent des indices graves, précis et concordants permettant de conclure à l'existence d'un défaut du vaccin et à celle d'un lien de causalité entre ce défaut et ladite maladie. Les juridictions nationales doivent toutefois veiller à ce que l'application concrète qu'elles font dudit régime probatoire n'aboutisse ni à méconnaître la charge de la preuve instituée par ledit article 4 ni à porter atteinte à l'effectivité du régime de responsabilité institué par cette directive. »

<sup>19</sup> « L'article 4 de la directive 85/374 doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à un régime probatoire reposant sur des présomptions selon lequel, lorsque la recherche médicale n'établit ni n'infirme l'existence d'un lien entre l'administration du vaccin et la survenance de la maladie dont est atteinte la victime, l'existence d'un lien de causalité entre le défaut attribué à un vaccin et le dommage subi par la victime serait toujours considérée comme établie lorsque certains indices factuels prédéterminés de causalité sont réunis. »

Il faut dire que, si on prend un peu de recul historique, il apparaît que dans plusieurs domaines les scientifiques ont d'abord nié une causalité avant qu'elle ne soit démontrée de façon implacable. Nombre d'expertises scientifiques ont ainsi fait croire pendant longtemps à l'innocuité du tabagisme notamment passif<sup>20</sup>, ou encore à l'absence de causalité entre l'absorption de certains aliments ou de certaines boissons gazeuses et l'obésité<sup>21</sup>, et il se pourrait qu'un jour il soit jugé de même pour les conséquences dommageables du vaccin contre la Covid-19<sup>22</sup>.

On pourrait citer encore le domaine des accidents du travail où les statistiques jouent un grand rôle<sup>23</sup>. La branche « Risques professionnels » est en effet financée différemment de celle de l'Assurance Maladie dans la mesure où les cotisations sont à la charge exclusive des entreprises (les salariés ne versent ainsi aucune part de leur salaire pour l'assurance accidents du travail et maladies professionnelles). Or il y a une corrélation entre les contributions des entreprises et les risques qu'en-courent leurs salariés<sup>24</sup>. Le taux de cotisation des employeurs est en effet calculé notamment en fonction de la sinistralité de l'entreprise, c'est-à-dire du coût des accidents du travail et des maladies professionnelles survenus dans l'entreprise pendant la période de référence, souvent trois années. Ce mode de calcul conduit bien sûr les entreprises à vouloir éviter autant que possible cette qualification, avec le soutien, semble-t-il, de l'ordre des médecins<sup>25</sup>. La qualification de maladie professionnelle est aussi présumée lorsqu'elle figure sur une liste établie par décret et qui tient compte aussi des statistiques<sup>26</sup>.

Il est impossible de rendre compte ici de tous les cas où les statistiques sont prises en compte par les juges en droit de la responsabilité civile, en dehors même du seul lien de causalité. Le premier mécanisme qui vient à l'esprit est même relatif au dommage : c'est celui de la perte d'une chance (même si les spécialistes de droit de la responsabilité civile savent que la notion est parfois utilisée pour pallier une incertitude sur l'existence d'un lien de causalité). Lorsqu'une personne a été privée de la possibilité de tenter sa chance (un étudiant a été empêché de participer à un concours ou un cheval à une course hippique, ou encore quand un plaideur n'a pu

---

<sup>20</sup> Voir S. FOUCCART, D. LELOUP, « Guerre secrète du tabac : la “French connection” », *Le Monde*, 24 mai 2012, où est décrite « la participation occulte d'un petit groupe de chercheurs français à une vaste campagne de propagande scientifique pour dédouaner le tabagisme passif de ses méfaits ».

<sup>21</sup> Selon une enquête, Coca Cola payait des scientifiques pour nier les conséquences des boissons à bulles sur l'obésité : A. O'CONNOR, « Coca-Cola Funds Scientists Who Shift Blame for Obesity Away From Bad Diets », *The New York Times*, 9 août 2015 ; voir aussi L. BESSON, « Quand Coca-Cola finance ses propres recherches sur l'obésité », *Le Figaro*, 12 août 2015.

<sup>22</sup> Voir notre ouvrage, *L'institution de la liberté*, Paris, PUF, 2<sup>e</sup> éd., Quadrige, 2023, préface, p. 10.

<sup>23</sup> Là encore contrairement à l'affirmation de François Vatin selon laquelle « sauf si l'affaire passe au pénal, ce qui est rare, l'objectif lors de l'analyse d'accidents, effectifs ou évités de justice, n'est pas de déterminer des coupables pour les sanctionner ».

<sup>24</sup> Voir M. BORGETTO et R. LAFORE, *Droit de la sécurité sociale*, Paris, Précis Dalloz, 19<sup>e</sup> éd., 2019, § 1092 et s.

<sup>25</sup> S. DERKAOUÏ, « Des médecins au service des employeurs », *Le Monde diplomatique*, mai 2023, p. 16.

<sup>26</sup> Voir l'article L. 461-1 du Code de la sécurité sociale : « Est présumée d'origine professionnelle toute maladie désignée dans un tableau de maladies professionnelles et contractée dans les conditions mentionnées à ce tableau. »

par la faute de son avocat faire un recours dans les temps), le dommage réparable se calcule en effet en multipliant le gain manqué par la probabilité théorique d'obtention de ce gain.

Il est, pour conclure sur ce premier point, fort inexact de dire que la justice n'a que faire de l'efficacité<sup>27</sup>, et en dehors même de l'analyse économique du droit, dont c'est le principal objectif<sup>28</sup>, il serait trop long de rendre compte ici des innombrables hypothèses où celle-ci est invoquée par les juristes<sup>29</sup>.

## II. QUELQUES REMARQUES ÉPISTÉMOLOGIQUES SUR LA CAUSALITÉ

La responsabilité civile a pour objet et pour objectif d'imputer à une personne l'obligation de réparer un dommage survenu. Elle suppose la détermination puis l'application d'une règle juridique énonçant selon quels principes une telle imputation peut se faire.

Dans une célèbre analyse, Kelsen<sup>30</sup> opposait comme on le sait causalité de la nature (donc causalité scientifique) et causalité juridique, qu'il n'appelait au demeurant pas causalité mais imputation.

Selon lui, toute loi naturelle fait application du principe de causalité : « Ainsi la loi selon laquelle un métal se dilate lorsqu'il est chauffé, établit un rapport de cause à effet entre la chaleur et la dilatation du métal. » Au contraire, disait-il, « d'autres sciences sociales appliquent non pas le principe de causalité, mais celui d'imputation. Elles étudient les comportements des êtres humains non pas tels qu'ils se présentent effectivement dans l'ordre causal de la nature, mais en relation avec des normes prescrivant comment les hommes doivent se comporter. Ce sont donc des sciences normatives, parmi lesquelles nous trouvons l'éthique et la science du droit<sup>31</sup> ».

---

<sup>27</sup> Pour citer plus précisément ses propos, François Vatin affirme qu'« un tel bilan global relève d'un jugement d'efficacité. La justice n'en a que faire, puisqu'elle ne se penche que sur le respect des règles. Dès lors que, d'un côté, il y a eu dommage (comment pourrait-on le nier en l'occurrence ?) et que, d'un autre côté, des acteurs en situation de responsabilité ont manqué à certaines obligations (c'est à la Justice de le dire), un lien putatif de causalité entre ces manquements et ces dommages peut être établi et conduire à une condamnation, même partielle, comme dans l'affaire du "sang contaminé" ».

<sup>28</sup> Pour l'analyse économique en matière de responsabilité civile, voir notre ouvrage : *Les obligations*, t. 2, *Responsabilité civile et quasi-contrats*, op. cit., § 44, p. 58 et s. ; et aussi, en droit des contrats, *Les obligations*, t. 1, *Contrat et engagement unilatéral*, Paris, PUF, coll. « Thémis droit », 6<sup>e</sup> éd., 2021, § 160 et s., p. 141 et s.

<sup>29</sup> Voir notamment V. S. BOLLÉE, Y.-M. LAITHIER et C. PÉRÈS (dir.), *L'efficacité économique en droit*, Paris, Economica, Études juridiques, 2010.

<sup>30</sup> H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, traduit de l'allemand par H. Thévenaz, « Être et penser, cahiers de philosophie », Chêne-Bourg, Éditions de la Baconnière, 1<sup>re</sup> éd., 1953.

<sup>31</sup> Adde P. FAUCONNET, *La responsabilité. Étude de sociologie*, présentation et édition de Sacha Levy-Bruhl, Paris, PUF, Quadrige, 2023, p. 303, qui explique qu'il y a « un véritable antagonisme » entre la notion de causalité humaine et la notion scientifique de causalité. En effet dit-il, « la science ne connaît que des causes secondes : toute cause, pour elle, est aussi un effet et l'explication par la cause est une régression qui n'a pas de terme concevable » ; « au contraire

De nombreux juristes affirment aussi aujourd'hui la nécessaire indépendance du lien de causalité juridique par rapport au lien de causalité scientifique<sup>32</sup>, pour en déduire la nécessité de forger une définition purement juridique de la causalité<sup>33</sup>.

Les liens entre causalité juridique et causalité scientifique sont en réalité plus complexes, et il y a un juste milieu à trouver entre les deux pôles que constituent l'identification sans reste de l'une à l'autre ou au contraire la radicale séparation entre les deux. On comprendra alors en particulier pourquoi la règle de droit ne peut pas et ne doit pas être déduite automatiquement de statistiques, même si celles-ci peuvent bien évidemment être utilisées dans la recherche du lien de causalité juridique.

Un auteur est précieux pour essayer d'approcher ce juste milieu. Il s'agit de Paul Fauconnet, dont l'ouvrage classique et magistral sur *La responsabilité* vient d'être remarquablement réédité aux Presses Universitaires de France<sup>34</sup>.

L'auteur, qui était un ami proche d'Émile Durkheim et de Marcel Mauss, avait pour ambition d'examiner, en sociologue mais aussi en anthropologue, les divers systèmes de responsabilité, dans le temps et dans l'espace, afin d'identifier s'il est possible d'apercevoir quelques constantes. Il s'agit, comme sociologue, de rechercher comment s'établit le lien entre le crime (Fauconnet ne s'intéresse explicitement qu'au droit pénal, mais ses propos valent en réalité aussi largement pour le droit civil) et celui qui est sanctionné par le système juridique et qu'il appelle le « patient ».

Il remarque d'abord que « toutes les théories connues de la responsabilité s'accordent à soutenir cette opinion de sens commun : que la situation génératrice est toujours, au fond, la relation qui unit l'auteur – responsable – à l'acte sanctionné » et que « cette relation serait un cas particulier du rapport de causalité<sup>35</sup> ». Il soutient cependant que cet axiome selon lequel la responsabilité dériverait de la causalité « ne [lui] semble pas avoir l'évidence ni la clarté qu'on lui prête<sup>36</sup> ».

---

la personne conçue comme cause est une cause première ; l'acte disait Aristote, a son commencement en elle » ; « l'attribution de la responsabilité ne saurait, comme l'explication scientifique par la cause, régresser à l'infini ».

<sup>32</sup> Voir P. BRUN, « Causalité juridique et causalité scientifique », in *Distorsions du lien de causalité en droit de la responsabilité*, colloque de l'Université de Rennes, 2006, *RLDC* 2007, suppl. au n° 40, p. 15, qui évoque « la vanité des prétentions scientifiques de la causalité juridique » ; F. LEDUC, « Causalité civile et imputation », in *ibid.* ; C. RADÉ, « Causalité juridique et causalité scientifique : de la distinction à la dialectique », *Recueil Dalloz*, 2012, p. 112 et s., qui propose « une lecture dialectique des rapports entretenus entre la causalité scientifique et la causalité juridique ». P. PIERRE, « Les présomptions relatives à la causalité », in *Distorsions du lien de causalité en droit de la responsabilité*, *op. cit.* ; F. CLÉMENTZ, « Causalité, régularité et responsabilité juridique », *RLDC* 2007, suppl. au n° 40 ; E. VERGÈS, « Les liens entre la connaissance scientifique et la responsabilité civile : preuve et conditions de la responsabilité civile », in E. TRUILHE-MARENCO (dir.), *Preuve scientifique, preuve juridique : la preuve à l'épreuve*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 127.

<sup>33</sup> Voir en ce sens, C. QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, *op. cit.*

<sup>34</sup> P. FAUCONNET, *La responsabilité. Étude de sociologie*, *op. cit.* L'ouvrage est à l'origine la thèse de l'auteur, soutenue en 1920, et publiée aux éditions Félix Alcan en 1928.

<sup>35</sup> *Ibid.*, p. 192.

<sup>36</sup> *Ibid.*, p. 202.

Certes, « le responsable soutient toujours avec le fait sanctionné une relation immédiate ou médiate », mais cette relation « est beaucoup plus indéterminée que le lien de cause à effet<sup>37</sup> ». En d'autres termes, les différentes formes de responsabilité rencontrées dans le temps mais aussi dans l'espace ne lui semblent pas avoir comme point commun la notion de causalité.

Fauconnet insiste sur le fait que si, dans notre culture, nous sommes incapables de dégager le jugement de responsabilité d'un jugement préalable sur la causalité, il en va différemment dans d'autres cultures où les choses pourraient même être en sens inverse : la causalité ne commanderait pas la responsabilité mais elle pourrait au contraire en résulter<sup>38</sup>. On voit ainsi des systèmes où, ce n'est qu'après avoir décidé d'imputer par exemple un décès à une personne par des raisonnements qui nous semblent très étrangers, voire très étranges, qu'on admet qu'il est l'auteur du décès, donc qu'il l'a causé.

Au terme de son enquête, Fauconnet conclut alors que le jugement d'imputation n'est pas fondamentalement un jugement de causalité, ou plus exactement qu'il n'est pas universellement un jugement de causalité.

Il y a, en revanche, selon lui, une règle véritablement universelle, qui est que, « pour que la peine soit pleinement efficace, il faut qu'elle soit juste ; elle ne l'est que si elle frappe, à défaut du crime lui-même, les êtres qui symbolisent le mieux le crime<sup>39</sup> ».

Ce qui est ainsi partout nécessaire, c'est ce qu'il appelle « *une institution de la responsabilité* » qui explique pourquoi la peine est juste et donc qui la justifie au regard de la collectivité. Toute société repose en effet sur un système de croyances<sup>40</sup>. Il faut ainsi « qu'un corps de règles, explicites ou non, et proprement morales, commande le choix du patient légitime, c'est-à-dire de l'être qui symbolise vraiment le crime au regard de la conscience morale ou juridique<sup>41</sup> ».

Cette conclusion est à rapprocher de la fameuse thèse qu'Herbert Hart soutiendra une vingtaine d'années plus tard sur la double nature, descriptive mais aussi « ascriptive », de la causalité<sup>42</sup>. Comme le résume très bien Florence G'sell-Macrez

---

<sup>37</sup> *Ibid.*, p. 248. Il précise, p. 298-299 : « Son étroite connexion avec l'idée de causalité est indiscutable. Seulement, au lieu d'appauvrir la notion de responsabilité en la réduisant à une représentation, très pauvre elle-même, de la causalité, ne conviendrait-il pas bien plutôt de voir, dans l'idée de responsabilité telle que nous l'avons décrite, l'un des facteurs essentiels de l'idée complexe de causalité ? »

<sup>38</sup> *Ibid.*, p. 262.

<sup>39</sup> *Ibid.*, p. 323.

<sup>40</sup> Il écrit ainsi, avec une formulation très similaire avec celle que Pierre Legendre utilisera bien plus tard, « la principale condition de l'existence d'une société donnée est la vitalité du système de croyances qui assure la solidarité de ses membres » : *ibid.*, p. 249.

<sup>41</sup> *Ibid.*, p. 270.

<sup>42</sup> H. L. A. Hart, « The Ascription of Responsibility and Rights », *Proceedings of the Aristotelian Society*, 1948-1949, p. 171 ; *adde* l'ouvrage de H. HART et T. HONORÉ, *Causation in the Law*, Oxford, OUP, 1959, paperback 2<sup>e</sup> éd., 1985, et aussi A. HONORÉ, « Causation in the Law », in E. N. ZALTA (dir.), *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Winter 2010 Edition. Dire qu'un concept juridique est « ascriptif » signifie qu'au-delà de la description des faits, il a pour conséquence l'attribution d'un droit ou d'une obligation ; ainsi, la causalité ne fait pas que restituer une réalité passée, elle opère aussi imputation d'une responsabilité.

dans sa remarquable thèse intitulée *Recherches sur la notion de causalité*, la causalité est « un principe d'imputation » mais aussi « un principe d'explication<sup>43</sup> ».

Avec un autre auteur anglais, Tony Honoré, ils ont alors tenté d'identifier, dans leur célèbre ouvrage *Causation in the Law*, « les traits principaux de la notion ordinaire de causalité », c'est-à-dire de la causalité du sens commun (« *common sense notion of causation*<sup>44</sup> »). L'objectif était double : « identifier, d'une part, les sources d'incertitudes et de confusions qui affectent l'usage du langage causal dans le droit de la responsabilité ; contester, d'autre part, la position sceptique, développée au cours du XX<sup>e</sup> siècle par le courant américain du *Legal Realism*, qui fait de la causalité un simple "déguisement" pour faire prévaloir des décisions arbitraires ou fondées sur des considérations de politique jurisprudentielle<sup>45</sup>. »

C'est non seulement la même démarche, mais encore des conclusions très similaires que l'on trouve déjà chez Fauconnet, donc 20 ans avant. Sa thèse est en effet que l'imputation n'est jamais mécanique ; elle est un devoir-être que le droit déduit selon une norme de jugement.

C'est donc surtout le principe d'explication qui l'intéresse, en d'autres termes la question de savoir à quelle condition, à un moment donné et dans un espace donné, le jugement de responsabilité peut être considéré comme légitime<sup>46</sup>. Il s'agit de comprendre « le mécanisme social qui sous-tend une croyance, les conditions dans lesquelles celle-ci cesse d'être bien fondée<sup>47</sup> ». En chaque lieu et à chaque époque, les justifications dépendent des normes collectives<sup>48</sup>, de la conscience collective, ou encore de l'imaginaire social<sup>49</sup>.

Fauconnet s'intéresse alors plus particulièrement à notre culture, et il décrit le mouvement d'évolution qui a conduit, de plus en plus, à orienter la responsabilité vers un patient individuel. Il explique que la morale sociale a alors été de plus en plus intériorisée, au point, comme le résume de façon très éclairante l'éditeur de cette nouvelle parution, « de produire une illusion, celle d'une moralité intrinsèque à l'individu<sup>50</sup> ».

Nos contemporains, se concentrant sur cette moralité intrinsèque, en viennent à penser qu'elle vient uniquement d'eux, sans plus voir l'influence des représentations collectives sur leur propre façon de penser dont ils s'estiment, avec vanité, les

---

<sup>43</sup> Ce sont les deux parties de la thèse de F. G'SELL-MACREZ, *Recherches sur la notion de causalité*, *op. cit.* L'auteur explique que « la recherche des causes se fait d'abord dans un souci d'explication. Elle vise, en cela, à répondre à la question du "pourquoi ?". Ce faisant, elle conduit bien souvent à répondre à celle du "comment ?" » (§ 299, p. 309). Elle explique encore que le droit ne décrit pas la réalité pour elle-même, mais afin de légitimer l'application de la règle juridique.

<sup>44</sup> *Ibid.*, §193, p. 201-202.

<sup>45</sup> *Ibid.*

<sup>46</sup> Voir en ce sens, Sacha Lévy-Bruhl, présentation de P. FAUCONNET, *La responsabilité. Étude de sociologie*, *op. cit.*, p. XXV : « Pour les durkheimiens, expliquer l'origine sociale d'une institution c'est rendre compte, malgré sa variabilité, de sa légitimité. »

<sup>47</sup> *Ibid.*, p. XXVI.

<sup>48</sup> *Ibid.*, p. 277 : « Il existe des normes collectives pour la recherche des responsables. »

<sup>49</sup> Au sens de Cornelius Castoriadis, dans *L'institution imaginaire de la société* (Paris, Seuil, 1975).

<sup>50</sup> Sacha Lévy-Bruhl, présentation de P. FAUCONNET, *La responsabilité. Étude de sociologie*, *op. cit.*, p. XX.



seuls créateurs. C'est sans doute le même mouvement qui, projetant sur le juge une même façon d'être et de penser, aboutit au fantasme de l'arbitraire du juge<sup>51</sup>.

Pour résumer, comme tous les autres concepts juridiques, la causalité est une notion construite, qui contient donc une part de fiction, mais qui doit néanmoins avoir un rapport au réel, plus précisément au réel tel qu'il est représenté à un moment donné dans une société donnée.

La recherche des causes est alors typique du « logos » occidental<sup>52</sup>. Dans nos cultures, une justification, c'est-à-dire une explication convaincante et légitime, doit être une explication causale<sup>53</sup>. Platon déjà relevait que « tout ce qui naît, naît nécessairement par l'action d'une cause » car « il est impossible que quoi que ce soit puisse naître sans cause<sup>54</sup> ».

Pour être justifiée, la causalité, même juridique, ne peut donc en réalité se détacher complètement de la causalité scientifique. Le « sens commun de la causalité », pour reprendre l'expression de Hart et Honoré, est dans nos cultures lié à la notion scientifique de causalité.

S'agissant plus précisément des statistiques, ce qui compte alors est leur pouvoir de justification.

C'est là que le bât blesse...

---

<sup>51</sup> Pour une excellente critique sur des bases similaires, v. F. G'SELL-MACREZ, *Recherches sur la notion de causalité*, *op. cit.*, § 538, p. 579, où elle critique l'« excès de technicisme » de certains juristes : « La position de Yan Thomas, pour lequel le droit tout-puissant a toute latitude pour nommer les choses et les personnes à sa guise n'est pas acceptable. Elle est le fruit d'un excès de technicisme de la part de juristes qui, oubliant la fonction sociale de l'activité juridique, ont fini par voir dans les constructions juridiques des réalités autonomes, et même des essences, alors qu'elles ne constituent, au fond, que des outils permettant d'aboutir à des résultats effectifs, souhaitables ou non. »

<sup>52</sup> Pour une opposition à la pensée orientale, voir le lumineux ouvrage de Y. TOKURYŪ, *Logos et lemme. Pensée occidentale, pensée orientale*, traduit du japonais et commenté par Augustin Berque, Paris, CNRS Éditions, 2020.

<sup>53</sup> Voir G. Canselier, selon lequel les « deux approches de la causalité obéissent assurément à un même canevas général et doivent satisfaire à des exigences communes de logique et d'évitement de la circularité, dans lesquelles il ne saurait y avoir d'explication véritablement convaincante » (« De l'explication causale en droit de la responsabilité civile délictuelle », *RTD civ.* 2010, p. 48, n. 11). Adde F. G'SELL-MACREZ, *Recherches sur la notion de causalité*, *op. cit.*, § 629, p. 685 : « Au final, la *causalité juridique* est un jugement de causalité résultant du raisonnement contrefactuel auquel s'ajoutent des éléments propres à la logique d'imputation. Cet aspect ne doit pas mener, toutefois, à des qualifications purement fictives, au sens où seraient qualifiés de « cause juridique » des événements dont le caractère de cause *sine qua non* serait des plus douteux. Si l'on peut parler de *causalité juridique* pour désigner la manière dont le droit choisit de retenir certaines causes, l'interprétation de la causalité doit conserver une certaine proximité avec les *représentations courantes*. Le droit de la responsabilité doit, en effet, pouvoir rester *intelligible*. »

<sup>54</sup> PLATON, *Timée*, 28a.

### III. LES LIMITES DU POUVOIR DE JUSTIFICATION DE L'ARGUMENT STATISTIQUE EN MATIÈRE DE CAUSALITÉ

Les théories probabilistes ou statistiques font partie des principales théories philosophiques contemporaines de la causalité<sup>55</sup>. Plusieurs auteurs ont tenté de définir et de justifier la causalité par des corrélations statistiques<sup>56</sup>, toujours au prétendu motif qu'il s'agirait de la seule conception scientifique possible de la causalité<sup>57</sup>.

Si les statistiques sont, comme nous l'avons vu, prises en compte, plusieurs arguments permettent de voir les limites de leur pouvoir de justification : il y a d'une part des incertitudes inhérentes aux statistiques (A) et d'autre part des illusions sur l'objectivité des statistiques (B).

#### A. Les incertitudes inhérentes aux statistiques

Comme l'ont récemment rappelé Cristian Calude et Giuseppe Longo, les meilleurs épistémologues des sciences ont établi depuis longtemps qu'une corrélation statistique n'implique pas une causalité et ne renseigne même pas nécessairement sur la cause sous-jacente d'une relation<sup>58</sup>. Ces deux grands mathématiciens ont même démontré que plus il y a de données, en particulier avec le désormais dé-

---

<sup>55</sup> F. G'SELL, « Les théories contemporaines de la causalité. Droit et Philosophie », art. cité, n. 93 et s. Les deux autres approches identifiées sont les théories de la causalité fondées sur des régularités (Hume et Mill) et l'analyse contrefactuelle de la causalité (en particulier celle de David Lewis).

<sup>56</sup> Voir F. G'SELL-MACREZ, *Recherches sur la notion de causalité*, op. cit., § 72 sur « l'approche statistique de la causalité » ; elle cite aussi, § 65, p. 79, Hempel et son « modèle inductif-statistique d'explication » selon lequel « ce qui fait que c compte comme une cause de e, c'est que l'occurrence de c augmente la probabilité objective de l'occurrence de e ».

<sup>57</sup> Voir F. G'SELL, « Les théories contemporaines de la causalité. Droit et Philosophie », art. cité, § 208, où elle explique que le principal représentant d'une approche pragmatique de la causalité, Charles Sanders Peirce, « affirmait, en citant Hume, que la causalité n'est rien de plus qu'une corrélation établie entre des statistiques réalisées sur des événements observables » et que « toute autre acception ne pourrait qu'être l'expression d'une politique jurisprudentielle et n'aurait aucune valeur scientifique ».

<sup>58</sup> C. S. CALUDE et G. LONGO, « The Deluge of Spurious Correlations in Big Data », *Foundations of Science*, 2017, 22, p. 595 et s., selon lesquels « *it is well known that correlation does not imply causation* » ; ils prennent ainsi l'exemple d'une étude réalisée en 1992 à l'Université de l'Illinois et qui interrogeait 56 000 étudiants sur leurs habitudes de consommation d'alcool et leurs notes. Les résultats de l'étude indiquent une corrélation entre ces deux variables : plus un étudiant boit et plus sa moyenne baisse. Cette corrélation ne dit rien selon eux de la causalité. Est-ce que l'alcool rend les gens stupides ? Est-ce que les étudiants qui ont tendance à boire ont tendance à être de moins bons étudiants ? Est-ce que les personnes qui ont la gueule de bois après une beuverie ont tendance à sécher les cours ? Est-ce au contraire les étudiants en difficulté scolaire qui boivent pour noyer leur chagrin ? *Adde*, plus généralement, G. LONGO, *Le cauchemar de Prométhée. Les sciences et leurs limites*, Paris, PUF, 2023, préf. J. Lassègue et postface A. Suptot.

nommé *big data*, et plus les corrélations qui seront mises en évidence seront arbitraires, sans signification et inutiles<sup>59</sup>. Ils concluent ainsi que le slogan ou la « philosophie » déclarant que la corrélation supplante la causalité et la théorisation est mathématiquement erroné<sup>60</sup>.

Il en va ainsi *a fortiori* en droit où, ainsi qu'il a été dit, l'opération d'imputation juridique d'une responsabilité ne s'identifie pas absolument avec la détermination d'une causalité scientifique. Les statistiques peuvent alors jouer comme une présomption, mais ne permettent jamais d'affirmer avec certitude un lien de causalité.

Supposons un produit, par exemple un médicament, qui entraîne des effets secondaires dans un certain pourcentage de cas ; à supposer qu'un tel effet secondaire se produise, quand pourrait-on retenir de façon mécanique la causalité ? Si ces effets secondaires se réalisent dans 100 % des cas ? Dans 60 % ? Dans 20 % ? Même si l'effet secondaire a été observé dans 2 % des cas, ne peut-on pas prouver que, dans le cas particulier, il y a bien un lien de causalité ? À l'inverse, même si les effets secondaires se réalisent dans 70 % des cas, il se peut qu'en l'espèce il ait été causé par autre chose.

De même encore, si les statistiques disent qu'un fumeur a plus de risques de développer un cancer du poumon, cela ne veut ni dire que tout fumeur aura un cancer du poumon ni qu'un non-fumeur ne peut pas mourir d'un cancer du poumon.

Enfin encore, à supposer même<sup>61</sup> que le taux de suicides qui a eu lieu à France Télécom pendant la période mise en cause était le même que dans la population globale, cela n'exonère en rien le chef d'entreprise qui, par des méthodes de management répréhensibles, aurait conduit certains de ses salariés à accomplir ce geste définitif.

Les juges ont pour rôle de trancher les litiges en fonction des seuls faits réels et particuliers survenus dans l'espèce. Ils doivent statuer sur les cas précis qui leur sont soumis et non sur les cas généraux tels qu'appréciés par des statistiques glo-

---

<sup>59</sup> Selon eux, « *the more data, the more arbitrary, meaningless and useless (for future action) correlations will be found in them* ».

<sup>60</sup> C. S. CALUDE et G. LONGO, « The Deluge of Spurious Correlations in Big Data », art. cité, p. 595 et s. : « *The analysis presented in this paper suggests that the slogan or “philosophy” declaring that correlation supersedes causation and theorising is mathematically wrong. Scientists and philosophers have always worried about fallacies one commits by looking at correlations only: Cum hoc ergo propter hoc and the related Post hoc ergo propter hoc fallacies are illustrative. For example, economists are wary of uncritically using correlations: that’s why they perform further statistical tests, e.g. the Granger causality test, knowing well that even this is not enough to yield knowledge of genuine causality. Our work confirms the intuition that the bigger the database which one mines for correlations, the higher is the chance to find recurrent regularities and the higher is the risk of committing such fallacies. We first showed that if the “world” modelled in a big database is somehow law-like in the multi-dimensional universe of events it describes, then the probability that a series of related observable values (regularity) iterates again is non zero, but extremely low: recurrence may occur, but only for immense values of the intended parameters and, thus, an immense database.* »

<sup>61</sup> C'est ce que soutient François Vatin : « Pourtant, le statisticien ne peut manquer de noter que le nombre de suicides qui a eu lieu à France Télécom pendant la période mise en cause était “normal”, c'est-à-dire que le taux de suicide (nombre de suicidés rapportés à la population) était dans la norme de celle de la population générale. »

bales. Dans chaque cas particulier, ils doivent alors essayer de reconstituer l'enchaînement causal le plus probable<sup>62</sup>. Ils doivent pour cela tenir compte de l'état des connaissances scientifiques dont les statistiques sont une représentation, mais les données concrètes du litige doivent conforter ces statistiques et les rendre plausibles dans l'espèce considérée.

C'est ainsi que dans un récent arrêt du 8 février 2023, la Cour de cassation a reproché aux juges du fond d'avoir retenu un lien de causalité en se fondant seulement sur des données statistiques, sans avoir mis en évidence des indices sérieux tirés des données cliniques concrètes et des éléments décrits au cours de l'intervention<sup>63</sup>.

Les juristes et les sociologues ne parlent donc pas de la même chose, ou plus exactement les juges et les sociologues. Le jugement en matière de responsabilité civile se fonde en effet sur la reconstitution de la causalité réelle telle qu'elle est survenue dans un cas particulier, même si celui-ci a donné à voir un enchaînement causal exceptionnel. En revanche en matière de politiques publiques, le législateur ou le gouvernement s'inspirent bien plus volontiers d'enquêtes sociologiques diverses et donc de statistiques, qui peuvent effectivement donner un éclairage précieux sur les choix législatifs à opérer, même s'ils ne doivent pas davantage se laisser dicter la loi par les faits<sup>64</sup>.

## B. Les illusions de l'objectivité des statistiques

Si le recours même à la causalité est, comme l'a montré Fauconnet, typique de nos cultures, l'identification de cette causalité aux statistiques est révélatrice d'une évolution plus contemporaine, marquée par les illusions de ce qu'un auteur a pu appeler la « gouvernance par les nombres<sup>65</sup> ». Elle est symptomatique d'une époque où l'on rêve d'un monde prétendument objectif<sup>66</sup> où les *big data* pourraient tenir lieu de politique. Elle est marquée aussi par une certaine idéologie, et

---

<sup>62</sup> En cela le lien de causalité illustre très bien le rapport au réel que doit entretenir tout concept juridique, plus précisément la tension entre la fiction et la réalité. Pour plus de développements, voir notre article : « Éléments d'épistémologie juridique », in F.-X. LUCAS et T. REVET (dir.), *Précis de culture juridique*, Paris, Dalloz, 5<sup>e</sup> éd., 2023.

<sup>63</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 8 février 2023, pourvoi n<sup>o</sup> 22-10.169 : « Après avoir relevé l'existence de manquements imputables au médecin anesthésiste pour prévenir le risque d'hypotension artérielle induit par la rachianesthésie, tenant à l'absence de remplissage vasculaire et de consignation des éléments de surveillance hémodynamique, la cour d'appel, se fondant sur les rapports d'expertise, a retenu que l'hypothèse émise par Mme [X], selon laquelle elle aurait présenté une hypotension artérielle sévère qui serait à l'origine de la survenue de l'anoxo-ischémie de l'enfant n'était pas étayée par les données cliniques et les éléments décrits au cours de l'intervention et qu'en l'absence d'indices sérieux en ce sens, elle ne pouvait être admise en se fondant seulement sur des données statistiques. Ayant ainsi écarté l'éventualité que l'infirmité de l'enfant ait été causée par une hypotension artérielle sévère présentée par sa mère, elle n'a pu qu'en déduire, sans inverser la charge de la preuve, que les manquements du médecin anesthésiste n'avaient pas fait perdre à l'enfant une chance d'éviter l'anoxo-ischémie. »

<sup>64</sup> Voir le célèbre article de C. ATIAS et D. LINOTTE, « Le mythe de l'adaptation du droit au fait », *Recueil Dalloz*, 1977, chron., p. 251, outre bien sûr le constant débat sur la question cruciale de théorie du droit des rapports entre l'être et le devoir-être.

<sup>65</sup> A. SUPLOT, *La gouvernance par les nombres*, 1<sup>re</sup> éd., Paris, Fayard, 2015, Pluriel, 2020.

<sup>66</sup> La valorisation de l'objectivité elle-même peut au demeurant être historiquement datée. Sur l'histoire de l'idée d'objectivité scientifique, voir L. DASTON et P. GALISON, *Objectivité*, Dijon, Les

c'est ainsi que, comme on a pu le relever, « dans les pays de Common Law, l'approche probabiliste de la causalité juridique est principalement défendue par les économistes du droit<sup>67</sup> ».

En réalité, loin d'être purement objectives, les statistiques sont une représentation du réel qui n'est évidemment pas neutre et qui charrie avec elle des biais et des idéologies<sup>68</sup>. Elles supposent en effet d'effectuer de nombreuses opérations qualitatives préalables, car « on ne peut quantifier que ce que l'on a d'abord qualifié<sup>69</sup> ». Le grand spécialiste français de l'histoire des statistiques, Alain Desrosières, a ainsi montré comment se construisent les données et la part nécessaire de conventions dans leur élaboration<sup>70</sup>. Par exemple dans le cas des suicides à France Telecom, par quel calcul est-on arrivé à la conclusion que le taux de suicide serait le même que dans la population globale ? Le calcul peut en effet changer du tout au tout en fonction du choix du quotient, en particulier selon que l'on prend toute l'entreprise ou seulement un service où le management a été particulièrement pathogène. La façon dont les statistiques ont été établies doit ainsi pouvoir être discutée, y compris par les juristes, et il ne s'agit précisément pas de considérer qu'elles énonceraient une vérité absolue devant laquelle tout le monde (y compris les juristes) devrait s'incliner.

Le choix même des statistiques n'est pas anodin. Vouloir exonérer les dirigeants de toute responsabilité à l'égard de la gestion de la crise du Covid-19 au seul motif que les chiffres de perte d'espérance de vie n'ont pas été si dramatiques en France pendant la période<sup>71</sup> ne peut ainsi suffire, dès lors que ces chiffres peuvent être dus à maints autres facteurs, par exemple au fait qu'il y ait eu moins de morts d'autres maladies pendant la période (par exemple de la grippe). Bettino Craxi, ancien président du parti socialiste italien, avait quant à lui invoqué, pour se défendre lors des

---

presses du réel, 2012, qui la comparent aussi à ses concepts concurrents que sont la vérité d'après nature et le jugement exercé.

<sup>67</sup> F. G'SELL, « Les théories contemporaines de la causalité. Droit et Philosophie », art. cité, n. 93 et s. Elle explique que, « selon Guido Calabresi, un acte est causalement relié à un dommage s'il augmente la probabilité de sa réalisation ». C'est cette notion de causalité qui doit être utilisée pour identifier the *cheapest cost avoider*. Sur l'analyse économique du droit de la responsabilité civile, voir notamment notre ouvrage : *Les obligations*, t. 2, *Responsabilité civile et quasi-contrats*, *op. cit.*, § 44, p. 58 et s.

<sup>68</sup> Voir J. BÉTAILLE, « L'argument scientifique dans le contentieux de la responsabilité environnementale », *RDP*, mars 2023, p. 350, qui évoque l'« auxiliaire de l'argument scientifique ».

<sup>69</sup> A. SUPLOT, *La gouvernance par les nombres*, *op.cit.*, p. 197.

<sup>70</sup> A. DESROSIÈRES, *La politique des grands nombres. Histoire de la raison statistique*, Paris, La Découverte/Poche, 2000 [1993], avec une postface inédite de l'auteur. Il y relativise « l'idée optimiste qu'une rationalité fondée à la fois sur les mathématiques et les observations empiriques pourra rendre possible une objectivité, et donc une transparence, tout à la fois des descriptions et des décisions » (p. 41).

<sup>71</sup> C'est ce que soutient François Vatin dans son texte : selon les faits mentionnés dans une étude, « non seulement la perte d'espérance de vie a été plus faible en France qu'ailleurs entre 2019 et 2020, mais celle-ci a recommencé à augmenter entre 2020 et 2021 » ; il en déduit qu'« il s'agit seulement de noter le contraste entre ces résultats, quand même exceptionnellement satisfaisants, et la mise en cause des autorités politiques à laquelle on assiste ».

opérations « *Mani pulite* » (ou « *Tangentopoli* »), le caractère systémique de la corruption et le fait que les statistiques ne donnaient pas à voir une augmentation significative durant sa mandature<sup>72</sup>...

La relativité de la construction des statistiques et donc leur fiabilité se donne à voir en droit du travail en matière de preuve des discriminations indirectes. Il y a discrimination indirecte lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence est susceptible d'entraîner, pour un motif discriminatoire, un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres personnes<sup>73</sup>. Ainsi, un syndicaliste peut démontrer qu'à diplôme égal et à ancienneté égale, il a moins progressé dans la carrière que la moyenne des salariés n'ayant pas eu d'activité syndicale<sup>74</sup>. La question de savoir avec quels salariés il est pertinent de comparer est alors cruciale<sup>75</sup> mais la Chambre sociale de la Cour de cassation décide pourtant que « la pertinence du panel de comparaison est appréciée souverainement par les juges du fond<sup>76</sup> ».

En définitive, si les statistiques sont souvent utiles pour les juristes, et à nouveau nous avons vu qu'ils s'en servent fréquemment, elles ne permettent pas de cesser de penser, en particulier de penser le droit de la responsabilité civile, ce dont on ne peut que se réjouir.

#### Muriel Fabre-Magnan

| Professeure à l'Université de Paris 1 (Panthéon-Sorbonne).

---

<sup>72</sup> Voir J.-L. BRIQUET, « Le système des pots-de-vin. Normes et pratiques des échanges corrompus dans l'Italie de Tangentopoli », in *Patronage et corruption politiques dans l'Europe contemporaine*, 2014, p. 229 et s., ajoutant qu'« il s'agit là d'un des registres habituels de justification de la corruption, visant à faire échapper les contrevenants à "l'opprobre public" en "diluant les comportements transgressifs d'un élu dans la généralité des pratiques déviantes et illégales du milieu politique" », et il cite en ce sens P. LASCOUMES, *Une démocratie corrompible. Arrangements, favoritisme et conflits d'intérêts*, Paris, Seuil, coll. « La République des Idées », 2011, p. 66.

<sup>73</sup> Article 1<sup>er</sup> alinéa 2 de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations.

<sup>74</sup> G. AUZERO, D. BAUGARD et E. DOCKÈS, *Droit du travail*, Paris, Précis Dalloz, 36<sup>e</sup> éd., 2023, § 750, p. 989.

<sup>75</sup> Voir en ce sens *Ibid.*, note 4, p. 989.

<sup>76</sup> Soc., 30 septembre 2015, pourvoi n° 14-17.748.



François Vatin

## Quelques propos sur le droit, la connaissance et l'intérêt public

Quand j'ai, le 23 octobre 2022, envoyé à mon ami Olivier Beaud, à titre strictement privé, une petite réflexion sur les relations entre approche probabiliste d'un phénomène complexe et imputation juridique de responsabilités, je n'avais aucunement l'intention que ce propos soit publié et n'imaginai pas qu'il puisse faire l'objet d'une discussion par d'éminents juristes. Olivier Beaud a jugé mon propos suffisamment intéressant pour qu'il soit repris sur le blog de *Jus Politicum* sous la forme d'un entretien entre nous<sup>1</sup> et cette publication a retenu l'attention de juristes qui ont souhaité la discuter. Il s'ensuivit un débat public qui s'est tenu le 27 juin 2023 et a alimenté l'ensemble des communications rassemblées dans ce dossier. Olivier Beaud m'a aimablement (pour se conformer à la volonté de leurs auteurs) demandé d'y réagir. Il importe de préciser que, si la réaction qui va suivre est alimentée par la teneur générale des débats du 27 juin, je ne répondrai ici nommément qu'à Anne Jacquemet-Gauché et à Muriel Fabre-Magnan, les autres textes ne m'ayant pas été transmis (pour se conformer à la volonté de leurs auteurs).

### I. RETOUR SUR LE PROBABILISME, LA TRADITION JURIDIQUE ET LA « RAISON DES CHOSES »

Ma réflexion première faisait suite à la publication, dans le journal *Le Monde* daté des 23 et 24 octobre 2022, d'un article relatif aux statistiques comparées de surmortalité liée à l'épidémie de la Covid dans divers pays européens. Ces statistiques mettaient en évidence la bonne réussite relative de la France en la matière, ce qui me conduisait à conclure que, bon an, mal an, nos autorités politiques et sanitaires avaient agi de manière relativement efficace (en comparaison de celles de niveau de développement similaire), ce qui contrastait avec les actions en justice qui les visaient. Je m'interrogeais donc sur le profit que pourrait tirer le Droit d'une plus grande intégration dans ses principes du raisonnement probabiliste.

---

<sup>1</sup> O. BEAUD, « Un entretien avec François Vatin : décisions de justice et esprit probabiliste », *JP Blog*, 24 octobre 2022 [en ligne]. Cet entretien est republié au début de ce dossier car il fut la base de la discussion qui a donné lieu à la table ronde du 27 juin 2023.



Il faut s'entendre sur cette notion et sur l'usage que j'en fais ici, dans la poursuite de la pensée du grand mathématicien, philosophe et économiste français Augustin Cournot (1801-1877)<sup>2</sup>. Celui-ci distingue épistémologiquement les « causes efficientes » des phénomènes, soit ce qui les produit de façon déterministe, et ce qu'il appelle la « raison des choses », qui est au cœur de la pensée scientifique moderne. Ce n'est pas parce que nous accédons rarement aux causes efficientes et surtout à leurs combinaisons complexes que nous ne pouvons pas déterminer ce que l'on appelle généralement des « liens de cause à effet », c'est-à-dire des régularités que l'on désigne comme des « lois scientifiques ». Cournot illustre cette question par le modèle le plus basique qui soit : le jeu de « pile ou face » :

Lorsqu'au jeu de *croix ou pile* une longue suite de coups montre l'inégalité des chances en faveur de l'apparition de l'une ou l'autre des faces de la pièce projetée, cette inégalité accuse dans la pièce un défaut de symétrie ou une irrégularité de structure. Le fait observé, consistant dans la plus grande apparition de l'une des faces, a pour raison l'inégalité de structure ; mais cette *raison* [nous soulignons] ne ressemble d'ailleurs en rien à une cause proprement dite ou à une cause efficiente, bien que dans le langage ordinaire on n'hésite pas à dire que l'irrégularité de structure est la *cause* de la plus grande apparition d'une des faces... À chaque jet l'apparition d'une face déterminée est le résultat de causes actives, dont le mode d'action est variable, d'un jet à l'autre : ce qu'on exprime en les qualifiant de causes fortuites, et en disant qu'à chaque coup l'apparition d'une face déterminée est un effet du hasard. La répétition des coups en grand nombre a pour objet [...] d'arriver à un résultat sensiblement affranchi de l'effet du hasard ou des causes fortuites qui, seules, jouent un rôle actif pour chaque coup particulier...<sup>3</sup>

Autrement dit, il est des conclusions rationnelles qui s'imposent dans un univers probabiliste, celui de « la loi des grands nombres », lequel constitue le cadre dans lequel sont plongées nos vies et la nature même. La plupart de nos connaissances reposent sur de telles lois qui ne cherchent pas à remonter à la source « efficiente » des phénomènes, mais se contentent de considérer la régularité des observations. Citons encore Cournot : « Je ne sais pas suivant quelles lois s'écoulent le sable ou l'eau qui sortent de la clepsydre ; je ne puis avoir aucune idée des causes physiques de cet écoulement, de la structure des grains de sable ou des gouttes d'eau ; mais j'affirme que, si toutes les circonstances sont les mêmes, la clepsydre se videra toujours dans le même temps, parce qu'il n'y aurait aucune *raison* pour que l'accomplissement du même phénomène exigeât tantôt une portion de la durée, tantôt une autre<sup>4</sup>. »

---

<sup>2</sup> Augustin Cournot, qui avait fait partie des premières promotions du concours scientifique de l'École normale supérieure, s'était intéressé au droit. Alors qu'il prépare sa thèse de mécanique sous la direction de Siméon Denis Poisson, il obtient aussi en 1827 une licence en droit. Par la suite, il s'intéresse dans le prolongement des travaux de Poisson à la « probabilité des jugements ». Son grand œuvre : *Traité de l'enchaînement des idées fondamentales dans les sciences et dans l'histoire*, Paris, Vrin, 1982 [1861], comparable en un certain sens au *Cours de philosophie positive* d'Auguste Comte, contient des réflexions intéressantes, qui annoncent celles d'Émile Durkheim, sur les relations entre droit et économie. Sur cet auteur, voir mon ouvrage : F. VATIN, *Economie politique et économie naturelle chez A. A. Cournot*, Paris, PUF, 1998.

<sup>3</sup> A. A. COURNOT, *Essai sur les fondements de nos connaissances et sur le caractère de la critique philosophique*, Paris, Vrin, 1975 [1851], p. 22-23.

<sup>4</sup> A. A. COURNOT, *Traité*, op. cit., p. 56. Précisons, pour éviter toute ambiguïté, que Cournot raisonne ici sur un mode « holiste » en considérant le phénomène globalement, dans ses effets

C'est tout simplement une analyse de ce type que j'ai appliquée à la question du traitement de l'épidémie de la Covid par les autorités sanitaires et politiques françaises. Le droit ne pourrait-il pas intégrer de telles analyses dans ses raisonnements et ses jugements ? Ne pourrait-il en tirer profit et la société avec lui ? En posant cette question, avec une naïveté que j'assume, je n'imaginai pas susciter des réponses aussi vives de mes collègues juristes. Je ne suis pas juriste et ne prétends pas l'être et il est donc facile de me critiquer en prenant appui sur les maladresses de mon expression et sur ma connaissance imparfaite du droit et de la jurisprudence. Mais je crois que toutes les critiques qui ont pu m'être faites n'invalident pas le fond de mon questionnement qui mériterait d'être saisi dans ses intentions et non par ses faiblesses.

Je suis frappé en effet de ce que mes critiques reposent, selon la forme canonique de la dissertation de droit, sur deux énoncés en opposition :

Il n'est pas vrai que les juristes ignorent les probabilités et de nombreux exemples très instructifs sont présentés à l'appui de cette thèse.

Le probabilisme, en ce qu'il mettrait en cause le principe de responsabilité, attaque les fondements du droit dans sa dimension morale.

Je donne volontiers crédit à mes contradicteurs sur le premier point et j'ai beaucoup appris sur la façon dont les jugements peuvent intégrer un raisonnement probabiliste. Je suis toutefois un peu étonné qu'Anne Jacquemet-Gauché écrive de façon brutale : « En ce sens, il faut exprimer un désaccord avec François Vatin, lorsqu'il énonce à brûle-pourpoint que "les juristes peinent à intégrer dans leur façon de penser le raisonnement probabiliste" », pour reprendre quelque part plus loin à son compte une remarque de T. Olson : « Il est vrai que la culture du juge administratif ne le porte pas spontanément vers le calcul probabiliste. » Ai-je donc si tort que cela et si le verre est « à moitié plein, à moitié vide », ne faut-il pas, pour me répondre de façon constructive, prendre d'abord en considération le vide, évoqué par T. Olson, pour montrer ensuite comment il tend à se remplir dans la pratique jurisprudentielle ? En somme, je n'aurais pas tort sur la tradition juridique, mais, précisément, celle-ci est en train d'évoluer. Si ce constat est avéré, c'est une façon de reconnaître que ma question est pertinente.

Mais surtout, si cette évolution de la jurisprudence est avérée et féconde, car aucun des juristes présents n'a dénoncé cette tendance à introduire des calculs probabilistes dans les jugements, ce qu'ils auraient pu faire, alors, pourquoi le probabilisme serait-il à ce point dangereux pour l'esprit du droit, comme tous les intervenants semblent en être convaincus ? Autrement dit, pourquoi une telle virulence dans les réactions à mes propos ? J'ai l'impression que l'on a voulu m'attribuer une posture qui n'est pas la mienne : celle consistant à nier l'autonomie du droit au profit d'un seul jugement d'efficacité promue par le courant « *Law and economics* » en vertu duquel le principe de responsabilité juridique n'aurait plus aucune valeur intrinsèque et devrait être soumis au principe d'utilité. Mais ai-je jamais dit de telles choses ? Je regrette que les juristes qui me discutent adoptent pour l'essentiel une

---

macro-physiques. On peut aussi donner des « propriétés » suffisamment réalistes aux grains de sable et « modéliser » le mécanisme pour comparer ce « modèle » à la réalité observable. Ces deux méthodes, on le sait, existent aussi en sciences sociales. Mais l'utilisation de la seconde méthode n'invalide en rien la remarque philosophique de Cournot : les grains de sable modélisés ne sont pas les grains de sable « réels » et la conformité du résultat du modèle à la réalité observable procède toujours de la loi des grands nombres, d'ailleurs en général mathématiquement constitutive de ces modèles.

posture défensive en s'abritant derrière une doctrine qu'ils maîtrisent assurément mieux que moi, au lieu de penser la question épistémologique que je soulève à propos de laquelle nous sommes à égalité. Et cette question, bien au-delà de ma personne — sans grande importance en la matière —, engage la relation du droit et de la société.

Il y a à mon sens deux expressions qu'il faudrait absolument bannir de la langue juridique : celle de « causalité juridique » et celle de « vérité judiciaire ». La causalité comme la vérité ne se divisent pas et aucune discipline ne saurait s'en approprier une fraction. Il y a un principe d'« imputation juridique de responsabilités » et un principe de « respect de la chose jugée » et je ne dénie aucunement l'importance de l'un et l'autre pour la vie sociale. Mais ce n'est pas parce que le juriste imputera des responsabilités qu'il aura déterminé des causes, et la question de la vérité pourra continuer à être légitimement posée, épistémiquement, en dépit d'un jugement judiciairement confirmé. L'autonomie de l'ordre juridique, qui constitue un principe social nécessaire dans un État de droit, ne saurait être hypostasiée en un principe épistémique, comme si les juristes avaient, en vertu du mandat social qui leur est confié, le monopole de la connaissance vraie. Au contraire, du fait même de ce mandat, qui confie aux juges la capacité de traduire leurs énoncés en faits, pouvoir performatif dont ne dispose aucune autre discipline<sup>5</sup>, je pense que les juristes devraient faire preuve d'une grande modestie épistémique. Ils devraient toujours garder présente à l'esprit la faillibilité de leurs jugements qui, en dépit des cadres stricts dans lesquels ils sont émis, du caractère en général collégial des décisions et de la hiérarchie des instances judiciaires, qui autorise des recours, restent des jugements humains.

J'ai déjà eu cette discussion sur les rapports entre les catégories juridiques et celles des sciences sociales avec mes collègues spécialistes de droit du travail à Nanterre. Ceux-ci, qui m'avaient invité à discuter autour de mon approche de la notion de « travail », m'en avaient reproché le caractère nébuleux à leurs yeux, quand celle sanctionnée par le droit leur paraissait plus rigoureuse. Mais la notion de travail n'appartient pas aux juristes. La rigueur dont les juristes se prévalent est liée au caractère performatif du droit qui permet de trancher, en pratique, des contentieux, comme lors de la requalification d'un contrat de travail. Je ne récuse aucunement cet ordre juridique nécessaire à l'État de droit. Je n'entends pour autant pas transformer ce pouvoir matériel des juges en pouvoir épistémique susceptible d'atteindre des vérités transcendantales. Quand je dis que la dureté de la pierre d'un trottoir sur laquelle sera tombé un *quidam* poussé par un autre sur la chaussée est tout autant « cause » de sa mort que le geste, volontaire ou involontaire, de celui qui l'aura poussé, je me situe à un niveau épistémologique. Je n'invite pas à la mise en procès du rebord de trottoir, même si je note que parfois on recherchera des « responsabilités » de la part de celui qui aura conçu ou choisi son matériau.

---

<sup>5</sup> Je fais bien sûr référence à la théorie de J. L. Austin formulée dans *Quand dire, c'est faire*, Paris, Seuil, 1970 [1962], qui fait souvent l'objet d'un contresens. La parole n'est « performative » que dans la mesure où les institutions sociales sont là pour assurer sa transformation en actes. Pas de décision de justice effective sans moyens de coercition publique...

## II. À PROPOS D'ÉMILE DURKHEIM, DE PAUL FAUCONNET ET DE LA SOCIOLOGIE DU DROIT

En raison de ce qui précède, je dois avouer ne pas comprendre pourquoi Muriel Fabre-Magnan oppose ma pensée à celle de Paul Fauconnet sur la notion de « responsabilité », puisque nous disons précisément la même chose : la responsabilité juridique n'est pas la cause scientifique. Cette confusion n'est pas la mienne ; elle est celle des juristes quand ils introduisent inutilement la notion de causalité avec l'expression de « causalité juridique ». Revenons-en donc à la pensée de ce sociologue, qui procède directement de celle de son maître Émile Durkheim développée en 1893 dans la *Division du travail social*, puisque l'ouvrage de Paul Fauconnet sur *La Responsabilité*, achevé en 1914, mais seulement publié en 1920, développe le cours de Durkheim sur la *Théorie des sanctions*, fait à la Faculté de Bordeaux en 1894<sup>6</sup>.

L'idée de Fauconnet reprise à Durkheim est que l'attribution de responsabilités pénales (il se limite à celles-ci) a une fonction sociale : ressouder la société dans un processus de restauration symbolique. Il montre comment dans d'autres sociétés on a pu déclarer « responsables » des aliénés, des animaux et même des choses, ce qui heurte notre conscience moderne. Poussant loin l'analyse, avec la radicalité théorique qu'on lui connaît, Durkheim n'imagine pas une société où le crime aurait disparu, tellement ce rappel à l'ordre social que constitue la sanction lui paraît nécessaire à l'être social : « Imaginez une, société de saints, un cloître exemplaire et parfait. Les crimes proprement dits y seront inconnus mais les fautes qui paraissent vénielles au vulgaire y soulèveront le même scandale que fait le délit ordinaire auprès des consciences ordinaires. Si donc cette société se trouve armée du pouvoir de juger et de punir, elle qualifiera ces actes de criminels et les traitera comme tels<sup>7</sup>. » Pour Durkheim, « c'est donc bien la nature des sentiments collectifs qui rend compte de la peine et, par conséquent, du crime<sup>8</sup> ». À rebours du sens commun, Durkheim remonte ainsi de la peine au crime et du crime à l'indignation collective.

Mais, le même Durkheim insiste, dans *De la division du travail social* – et c'en est la thèse centrale –, sur la tendance, dans le développement de l'humanité, à passer d'une domination du droit pénal, caractéristique de ce qu'il appelle les sociétés à « solidarité mécanique », où l'unité du corps social repose sur le respect strict de règles communes, à une domination par le droit des contrats où se développe une « solidarité organique » reposant au contraire sur la différenciation sociale. Il y a là, d'une certaine manière, l'idée d'un passage d'une société dominée par le droit à une société dominée par l'économie.

Comprenons bien la posture de Durkheim dans cet ouvrage, écrit à bien des égards « contre » les économistes. À la manière de tous les fondateurs de la sociologie – et on peut le comparer à cet égard à Comte, dont il procède, mais aussi à

---

<sup>6</sup> P. FAUCONNET, *La Responsabilité. Étude de sociologie*, Paris, PUF, 2023 [1920].

<sup>7</sup> E. DURKHEIM, *Les règles de la méthode sociologique*, Paris, PUF, 1983 [1894], p. 68. Dans ce petit ouvrage destiné à faire valoir les cadres de sa sociologie, Durkheim reprend ici l'analyse critique de la criminologie de son temps développée dans *De la division du travail social*. Nous citons ce texte pour la force de cette image et non pour l'originalité du propos.

<sup>8</sup> E. DURKHEIM, *De la division du travail social*, Paris, classiques Garnier, 2018 [1893], p. 163.

Marx ou à Cournot –, Durkheim critique la naturalisation des catégories économiques, ce que Marx appelle le « fétichisme de la marchandise ». Mais c'est bien pour revenir, par d'autres moyens, à la compréhension des ressorts d'une société dominée par ce que l'on appelle communément l'économie. Sans doute, tout n'est pas soluble dans l'économie et Durkheim accorde une grande importance à l'instance juridique, mais elle ne constitue pas pour autant pour lui l'alpha et l'oméga de l'ordre social. Jean Carbonnier, dont le nom a été cité lors de la séance du 27 juin, lequel a beaucoup contribué à *L'Année sociologique*, la revue fondée par Durkheim, m'apparaît à cet égard dans la droite ligne du fondateur de la sociologie française<sup>9</sup>.

Si l'on en croit Durkheim, les sociétés modernes auraient donc, pour se réassurer, moins besoin de droit pénal. Peut-être était-il en la matière trop optimiste... Toujours est-il que si l'on ne peut, et s'il n'est probablement pas souhaitable, d'éradiquer ce besoin de la société à s'affirmer par la désignation de coupables et l'imposition consécutive de sanctions, au risque de la constitution de « boucs émissaires<sup>10</sup> » il n'est pas interdit, en suivant Durkheim, de penser d'autres modes de régulation sociale. C'est pourquoi j'ai évoqué, sans me faire comprendre apparemment, l'usage dans les entreprises de dispositifs visant, après un accident, non à rechercher des « responsabilités », mais à élaborer des « arbres des causes », visant à retracer la combinaison des nombreuses conditions et actes à l'origine de l'événement fâcheux, et ceci dans le but de déterminer des leviers d'action pertinents en faveur de la sécurité collective<sup>11</sup>.

Les deux démarches (la recherche pénale de responsables) et la détermination des enchaînements de causalité ne sont en théorie pas contradictoires et elles peuvent être combinées en pratique. Mais il faut bien dire qu'elles se gênent souvent. Le juriste aura tendance à considérer la recherche dépersonnalisée des « causes » comme un procédé « dilatoire » tendant à minorer la responsabilité des coupables. Mais c'est bien là leur fonction, quand il faudra continuer à travailler avec les « coupables ». C'est justement en dépénalisant la question que l'on pourra libérer la parole et aller au fond des problèmes, au risque de transformer des « fautes » en simples « erreurs ». Je partage avec Olivier Beaud l'idée que la configuration est la même en matière d'action publique qui a vu apparaître la criminalisation de la responsabilité des gouvernants<sup>12</sup>. La pénalisation systématique est contre-productive. Comme dans une industrie à haut risque<sup>13</sup>, elle ne peut que tétaniser l'action, car on sera toujours plus facilement déclaré coupable pour avoir fait que pour n'avoir pas fait.

---

<sup>9</sup> J. CARBONNIER, *Flexible droit - Pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, LGDJ, 2014 [1988].

<sup>10</sup> Durkheim n'hésite pas à parler de « vengeance » et de « loi du talion » dans une critique implicite de Beccaria dont il ne cite pas le nom, mais dont l'utilitarisme est aux antipodes du cadre sociologique qu'il entend construire.

<sup>11</sup> Je n'arrive absolument pas à comprendre l'objection qui m'est faite sur ce point par Muriel Fabre-Magnan quand elle évoque, *a contrario* de ce propos, le fait que les primes d'assurance payées par les entreprises sont à proportion des risques qu'encourent les salariés. Notons qu'elle admet à ce propos la fiabilité des statistiques, dont elle dénonce par ailleurs le défaut d'« objectivité ».

<sup>12</sup> O. BEAUD, *Le sang contaminé : essai critique sur la criminalisation de la responsabilité des gouvernants*, Paris, PUF, 1999.

<sup>13</sup> Voir sur ce point nos analyses in G. ROT et F. VATIN, *Au fil du flux. La fonction de surveillance-contrôle dans l'industrie chimique et nucléaire*, Paris, Presses de l'école des Mines, 2017.

Faut-il donc se priver de jugements globaux sur l'efficacité de l'action ? Notre société a-t-elle tellement besoin de « coupables » pour se réassurer, qu'il faille faire primer la recherche de responsables sur celle de l'amélioration collective des pratiques ? Anne Jacquemet-Gauché insiste, pour ce qui concerne le droit administratif (son domaine d'investigation), sur la présence « d'un choix juridictionnel, dicté par des considérations sociales (et aussi parce qu'il est peu coûteux pour les deniers publics) : engager la responsabilité permet de préserver une certaine confiance dans l'action de la personne publique en considérant que le risque s'étant malheureusement réalisé, le minimum est de soutenir la victime dans sa déconvenue ». L'analyse est sûrement pertinente, mais elle témoigne plutôt à mon sens d'une dérive de nos sociétés vers une politique compassionnelle un peu vaine. Il y aura toujours des drames individuels. Au risque de paraître un utilitariste benthamien indémodable, je considère qu'il serait plus pertinent que la société investisse dans des dispositifs visant à en réduire autant que possible la fréquence, plutôt qu'à chercher des responsabilités pour apaiser la douleur des victimes. Ne pensons, en la matière, qu'à tout ce qui touche au domaine de la santé. Il y a toujours eu, et il y aura toujours, des erreurs médicales. Le risque pénal qui pèse sur le corps médical ne favorise pas leur réduction. Il conduit à privilégier le respect strict des procédures, ce qui n'est pas toujours la meilleure solution, et à encombrer nos institutions médicales d'une bureaucratie étouffante.

### III. LE « MENSONGE STATISTIQUE » : LE CAS DU SUICIDE DE TRAVAIL

C'est ici que j'en reviens à la question des probabilités à propos de ces statistiques, si décriées... Que n'a-t-on pas répété ce bon mot de Benjamin Disraeli selon lequel il y aurait trois sortes de mensonges : « *Le mensonge, le gros mensonge et la statistique* », façon érudite d'exprimer la conviction populaire : « on fait dire tout ce qu'on veut aux statistiques », laquelle s'exprime en termes savants : « corrélation n'est pas raison ». Oui, sans doute, il y a de mauvaises statistiques, il y en a des usages erronés, voire pervers. Mais ne pourrait-on aussi bien le dire du Droit ? Les régimes les plus pervers et les plus dictatoriaux ne manquent pas de faire usage, aussi, du Droit. Donc, au lieu de décrier les statistiques ou le Droit, essayons de faire de bonnes statistiques et du bon Droit, un bon usage des statistiques et un bon usage du Droit.

Muriel Fabre-Magnan met ainsi en cause mon constat selon lequel il n'y a pas eu plus de suicides à France Télécom que dans une population comparable pendant la période incriminée par l'action en justice qui a conduit à la condamnation d'un certain nombre de responsables de l'entreprise. Mais les faits sont là. Je les ai mis à la disposition du public<sup>14</sup>. Jeter le doute sur mes résultats sans faire l'effort de les considérer n'est pas, aux yeux du sociologue que je suis, une attitude très scientifique. Elle m'évoque la réaction du journaliste du *Monde* Frédéric Lemaître, qui, après avoir rendu compte des études mettant en évidence, l'absence de sur-suicidité à France Télécom écrit : « Si l'on ne peut exclure un délire du corps social, la probabilité est non nulle que cette polémique donne raison à Benjamin Disraeli<sup>15</sup>. »

<sup>14</sup> F. VATIN, « La question du suicide de travail », *Commentaire*, n° 134, 2011/2, p. 405-416.

<sup>15</sup> F. LEMAÎTRE, « Suicides et statistiques », *Le Monde* du 24 octobre 2009.

Il faudra toujours porter un regard critique, prendre garde aux pièges, moins liés aux chiffres eux-mêmes d'ailleurs qu'à leur présentation, tant la pertinence statistique repose moins sur les chiffres bruts que sur les rapports, mais la mise en doute de principe du travail du statisticien, comme celle de toute autorité « savante » est la porte ouverte au populisme<sup>16</sup>. Muriel Fabre-Magnan rappelle que la « science » a pu se tromper et les savants se contredire et affirme « sans vouloir ici polémiquer » (*sic*), qu'« il se pourrait qu'un jour il soit jugé de même pour les conséquences dommageables du vaccin contre la Covid-19 ». Ne prend-elle pas peut-être ici le risque d'agiter les polémiques désastreuses qu'a connues le pays lors de l'épidémie ? Ne voit-elle pas que la mise en doute de l'autorité scientifique qui s'est manifestée dans ce contexte est corrélative à la mise en doute de toute parole « autorisée » et la première d'entre elles est celle du Droit. Les juristes seraient-ils les seuls infaillibles ? Jouer le Droit contre la Science me paraît une posture bien dangereuse.

Soyons donc plus précis à propos de la question du suicide dit « de travail », car c'est bien sur la précision, non des chiffres mais de leur pertinence, que repose la bonne statistique. Aucune étude n'a jamais pu démontrer un quelconque lien entre une configuration particulière de travail salarié et un taux de suicide « anormal ». On peut montrer en revanche que les chômeurs et, dans une moindre mesure les indépendants, se suicident plus que les salariés. Cela ne veut pas dire que certaines configurations de travail ne seraient pas suicidogènes, mais rien, en la matière, ne peut être démontré qui passerait la barre de la pertinence statistique. *Le bon usage des statistiques, c'est accepter de se taire quand on ne peut rien dire*. Cela veut-il dire que le management de France Télécom n'aurait pas été coupable et n'aurait pas mérité des sanctions pénales ? Aucunement. Il était possible (et sûrement légitime) de poursuivre la direction et les cadres concernés pour les actes délictueux commis dans le cadre de leurs fonctions : harcèlement, intimidation, abus au regard du droit du travail, etc. Il était arbitraire, en revanche, de leur attribuer la responsabilité des suicides, dont la survenue est, quant à elle, indiscutablement avérée. C'est ici que nous retrouvons la question des probabilités croisée avec la pensée durkheimienne.

Dans son grand ouvrage de sociologie sur *Le Suicide*, publié cinq ans après *De la division du travail social*, Émile Durkheim refuse radicalement de classer les suicides par causes<sup>17</sup>. En effet, le suicide est toujours multifactoriel. Prenons les salariés de France Télécom. Soumis au même management, tous (fort heureusement) ne se sont pas suicidés. Pourquoi ? Parce que les conditions de travail subies à France Télécom se sont combinées dans l'acte avec de nombreuses autres « causes » : constitution psychique, situation familiale, etc. Un psychanalyste pourrait expliquer que, pour certains, une situation de tension avec un supérieur hiérarchique réactiverait un conflit œdipien. Qui était donc responsable : le supérieur

---

<sup>16</sup> Combien je regrette à cet égard les interprétations radicales qui sont aujourd'hui données des travaux de mon ami Alain Desrosières qui, en montrant les conditions de construction sociale des statistiques, n'entendait pas leur dénier toute positivité. Ce débat est celui de la sociologie de la science, qui oppose radicaux des deux bords : ceux qui récusent l'idée même de science en montrant qu'elle est, toujours, une construction sociale, et ceux qui récusent la légitimité de la sociologie de la science au motif qu'elle introduirait un relativisme nihiliste. Pour avoir pratiqué l'histoire et la sociologie des sciences, il me semble possible d'éviter ces deux travers à la condition de ne pas sombrer dans l'esprit de système.

<sup>17</sup> E. DURKHEIM, *Le Suicide. Étude de sociologie*, Paris, Puf, 2013 [1897].

hiérarchique ou le père au comportement abusif ? La recherche des « causes efficientes » pour déterminer des « responsabilités » est un piège qui conduit à des régressions infinies.

C'est pourquoi, Durkheim, en bon lecteur de Cournot qu'il a médité, même s'il ne le cite pas dans cet ouvrage, a utilisé une autre méthode, celle de la « raison des choses » en cherchant à dégager des facteurs suicidogènes par la comparaison des taux de suicide : les hommes se suicident plus que les femmes, le taux de suicide augmente avec l'âge, etc. Il s'agit, loin de chercher à caractériser (cause perdue selon lui) chaque suicide, de mettre en évidence des « variations concomitantes », on dirait aujourd'hui des « corrélations », entre le suicide et certaines configurations sociales. Il intègre cela dans une théorie générale mettant en évidence, pour la forme la plus fréquente selon lui de suicide qu'il appelle le « suicide égoïste », une faiblesse dans la socialisation, qui se manifeste plus chez les hommes que chez les femmes et chez les vieux que chez les jeunes. Cette théorie de Durkheim est finalement confirmée quand on croise suicide et travail, puisque l'on observe que le salariat, par son caractère socialisateur, « protège » du suicide.

Il ne s'agit donc pas de « faire dire ce qu'on veut » aux statistiques, mais de leur faire dire ce qu'elles peuvent et pas plus qu'elles ne peuvent, en mettant en évidence, non des causes efficientes, mais des « raisons » au sens de Cournot. L'imputation pénale du suicide à des tiers est une pente dangereuse. Va-t-on systématiquement rechercher les responsabilités dans l'entourage familial, amical... ? L'enjeu, en matière de droit du travail, était l'accès à des indemnisations analogues à celles dont bénéficient les accidentés du travail. Mais faut-il rappeler que, comme l'avait montré François Ewald, le droit du travail est précisément né de la loi sur les accidents du travail de 1898 qui, en imposant le principe de la responsabilité civile de l'employeur en cas d'accident, avait conduit à « l'assurancialisant » du dommage en lieu et place d'une recherche de « responsabilités », laquelle pouvait facilement se retourner contre le salarié<sup>18</sup>. Le débat autour des suicides de travail est symptomatique d'une crise du débat social, car c'est une problématique fondamentalement individualisante qui témoigne de l'affaiblissement syndical en France ; loin de renforcer l'action syndicale, il n'a pu que l'affaiblir, comme je l'ai souligné dans les colonnes du journal de la CGT *Ensemble*<sup>19</sup>.

#### IV. REGRETS ET ESPOIRS POUR CONCLURE

Si j'ai un regret, au terme de ces échanges avec mes collègues juristes, ce n'est pas d'avoir pu tenir des propos maladroits, voire erronés, car j'ose espérer qu'on les pardonnera au profane ; c'est de ne pas avoir pu plus faire avancer la cause d'un dialogue entre le droit et les sciences sociales. Je comprends parfaitement la nécessaire autonomie de la sphère juridique et, notamment, le refus des juristes de se soumettre à l'ordre économique que je crois, par ailleurs, souvent mal compris, y compris par les économistes<sup>20</sup>. Pour autant – et c'est paradoxalement vrai aussi

<sup>18</sup> F. EWALD, *L'État-Providence*, Paris, Grasset, 1986. Notons que les assurances sont filles du probabilisme.

<sup>19</sup> Voir pour cet entretien, CGT, *Ensemble*, février 2012, p. 16.

<sup>20</sup> F. VATIN, *De l'économie. Le mot et la chose. La forme et la substance*, Lille, Laborintus, 2020, nouvelle édition revue et corrigée disponible en ligne : <https://ihpm.hypotheses.org/files/2023/07/Vatin-de-leconomie-2e-edition.pdf>.



pour l'économie –, le droit appartient à tout le monde, parce qu'il s'impose à tout le monde. Il me semble donc que l'intervention, si maladroite soit-elle, d'un profane, mérite mieux qu'une réaction défensive. Au-delà des maladresses, elle peut en effet porter des questions profondes : « aux innocents les mains pleines ». C'est ainsi que j'avais compris la sollicitation initiale d'Olivier Beaud.

**François Vatin**

Professeur de sociologie à l'Université Paris-Nanterre.

#### COLOPHON

Ce numéro de *Droit & Philosophie* a été composé à l'aide de deux polices de caractères, Linux Libertine et Alegreya Sans. La première est développée par le « *Libertine Open Fonts Projekt* » sous la direction de Philipp H. Poll, sous licence à sources ouvertes GNU GPL (*GNU General Public License*). La seconde a été développée par Juan Pablo del Peral pour le compte de Huerta Tipográfica, et est disponible sous licence OFL (*SIL Open Font Licence*).

ISSN : 2606-4596

# DROIT & PHILOSOPHIE

---

*Droit & Philosophie* est la revue française consacrée à l'étude critique des liens entre droit, philosophie, théorie et culture juridiques. Elle se situe à leur intersection et se veut également un lieu de rencontre des doctrines françaises et étrangères dans ces matières. Cette ligne éditoriale ainsi que la qualité de ses publications sont garanties par un comité de lecture et une procédure d'évaluation systématique en double aveugle.

La revue *Droit & Philosophie* publie chaque année un volume numérique puis imprimé aux éditions Dalloz, ainsi que des contenus inédits tout au long de l'année (hors-séries, articles, traductions, recensions, mémoires, etc.).