

Introduction

La radicalisation de la lutte pour le droit

Antoine BAILLEUX

*Professeur à l'Université Saint-Louis – Bruxelles
Avocat au barreau de Bruxelles*

Introduction

De la « *climaatzaak* » au CETA, du procès des « *zadistes* » de Notre-Dame-des-Landes aux *Panama papers*, des *Luxleaks* à la justice algorithmique, les questions juridiques se trouvent plus que jamais au cœur des grands débats de notre temps. Bien sûr, le droit a toujours cristallisé les oppositions politiques. C'est, en un certain sens, sa fonction première que d'enregistrer et consacrer la volonté d'une majorité qui a remporté la bataille des idées et le jeu des élections.

Mais la « *lutte pour le droit* » qui se déroule sous nos yeux aujourd'hui semble procéder d'une transformation radicale de cette dimension agonistique inhérente au droit.

D'abord, la guerre de tranchées dont font l'objet les règles juridiques s'est déplacée. Ou, plus exactement, la ligne de front s'est étendue. Les travées du Parlement ne sont plus le lieu exclusif ni même principal de la lutte pour le droit, pas plus que la salle de réunion du conseil des ministres.

Ces scènes où se tissent des compromis politiques dans une relative transparence se voient concurrencées par d'autres lieux. Certains acteurs leur préfèrent des endroits plus discrets, où les tractations

peuvent se mener à l'abri des caméras et des pressions de l'opinion publique. Ce sont des salles de réunions qui permettent la négociation d'un *ruling* fiscal avantageux ou la promotion d'une réglementation technique favorable.

D'autres, au contraire, cherchent plus de lumière encore, sûrs d'avoir pour eux les faveurs de la rue. Eux ne cherchent pas le compromis, mais la victoire. Ils battent le pavé contre des traités internationaux, utilisent les médias pour propager leurs propositions de législation, échafaudent des procès – simulés ou réels – pour imposer leur point de vue et rémunèrent leurs avocats grâce à du *crowdfunding* sur les réseaux sociaux.

Ce déplacement de la ligne de front s'accompagne d'un changement dans l'identité des belligérants. Entreprises, ONG, plateformes citoyennes court-circuitent les canaux traditionnels de la démocratie représentative. Sans pour autant dédaigner les relais parlementaires, elles n'hésitent plus désormais à agir directement sur le droit afin de le façonner selon leurs souhaits. Elles soumettent aux députés des textes législatifs clés sur portes ; elles infiltrent les comités d'experts chargés, en amont, de donner leur avis sur la dangerosité d'une substance ou en aval, de traduire dans les actes un compromis politique vague et nébuleux ; elles citent l'État en justice, tantôt devant les cours et tribunaux pour faire avancer la cause climatique, tantôt dans la discrétion des tribunaux arbitraux pour contester une orientation politique défavorable à leurs affaires.

Ces évolutions dans la guerre du droit s'étendent aux stratégies utilisées. Les uns chargent sabre au clair, cherchant à polariser la lutte et, par tous les moyens, à diaboliser l'adversaire – au prix parfois de dangereuses simplifications (« empoisonneurs », « voleurs », scandent les manifestants). Les autres préfèrent les intrigues, les complots, voire le chantage. Ils menacent en coulisses – pertes d'emplois, fuite des investissements, retard de l'Europe dans la grande course du capitalisme mondialisé.

I. La remise en cause de l'agenda croissancier

Aussi spectaculaires soient-ils, on voudrait faire l'hypothèse que ces divers changements ne sont rien d'autre que des signes, des symptômes d'une évolution plus profonde, qui affecte notre société dans son ensemble et qui n'est pas sans conséquences sur le droit lui-même.

Cette évolution, c'est l'apparition d'une fracture idéologique au sein même de la classe socioculturelle dominante. Cette fracture, pour le dire vite, paraît résulter à la fois de la remise en cause du compromis fordiste (que l'on peut grossièrement ramasser sous l'équation « plus de productivité / de croissance = plus de bien-être pour tous les travailleurs et, grâce aux mécanismes de redistribution, pour tout le monde ») et des interrogations proprement existentielles que nous adresse la dégradation rapide de notre environnement.

Jusqu'il y a peu, le caractère possible, nécessaire et souhaitable d'une croissance économique forte était partagé par l'immense majorité des « élites ». Le désaccord se limitait, en amont, à la façon de générer cette croissance (planification *vs* libre marché, austérité *vs* keynésianisme) et, en aval, à la manière d'en redistribuer les fruits. C'est autour de ces deux questions que s'articulait (et s'articule encore) le clivage gauche-droite sur lequel est bâti notre imaginaire politique.

Cet accord de principe sur l'agenda croissancier est aujourd'hui sévèrement malmené. Bien sûr, cet agenda continue d'être vécu comme une urgente nécessité par nos dirigeants qui, inquiets du remboursement de la dette publique comme du financement de nos pensions, redoutent plus que jamais – et à juste titre – un essoufflement de la production de richesses.

Mais la quête sans fin de nouveaux gisements de croissance a conduit à une double extension de l'économie, sur le plan géographique d'une part (c'est la mondialisation), sur le plan substantiel de l'autre (c'est la colonisation, par le marché, de secteurs qui jusqu'ici échappaient à sa logique – de la privatisation des services publics à la commercialisation des données à caractère personnel et même des gaz à effet de serre).

Or, il semble que cette double extension ait massivement contribué à renforcer – et crédibiliser – les critiques depuis longtemps adressées à la société de croissance¹.

D'une part, la mondialisation – et en particulier la libre circulation des capitaux – a rendu plus illusoire que jamais la capacité des États à capter une partie des profits générés sur leur territoire et à en assurer la redistribution. Depuis que l'économie s'est affranchie des frontières nationales (soit, en gros, depuis la fin des Trente Glorieuses), les États ne sont plus guère en mesure de garantir que l'augmentation totale de la richesse s'accompagne d'une baisse – ou même d'une stagnation – des inégalités.

D'autre part, la marchandisation de pans toujours plus importants de la vie sociale finit par poser question à ceux qui estiment que tout (la santé, la nature, la culture, le temps libre, tout ce qui fait que la vie en vaut la peine, disait Bobby Kennedy²) ne peut pas être sacrifié sur l'autel de la croissance économique. L'urgence écologique est aujourd'hui la voie d'entrée la plus répandue – et la mieux socialement acceptée – dans ce processus de remise en question.

1 Pour des critiques émises depuis le cœur des Trente Glorieuses, voy. p. ex. G. DEBORD, *La société du spectacle*, Paris, Gallimard, 1992 (éd. orig. 1967); I. ILLICH, *La convivialité*, Paris, Seuil, 1973; D. MEADOWS, J. RANDERS et D. MEADOWS, *The Limits to Growth*, New York, Universe Books, 1972.

2 Remarks at the University of Kansas, 18 mars 1968: « Our Gross National Product, now, is over \$800 billion dollars a year, but that Gross National Product – if we judge the United States of America by that – that Gross National Product counts air pollution and cigarette advertising, and ambulances to clear our highways of carnage. It counts special locks for our doors and the jails for the people who break them. It counts the destruction of the redwood and the loss of our natural wonder in chaotic sprawl. It counts napalm and counts nuclear warheads and armored cars for the police to fight the riots in our cities. It counts Whitman's rifle and Speck's knife, and the television programs which glorify violence in order to sell toys to our children. Yet the gross national product does not allow for the health of our children, the quality of their education or the joy of their play. It does not include the beauty of our poetry or the strength of our marriages, the intelligence of our public debate or the integrity of our public officials. It measures neither our wit nor our courage, neither our wisdom nor our learning, neither our compassion nor our devotion to our country, it measures everything in short, except that which makes life worthwhile. » (www.jfklibrary.org/learn/about-jfk/the-kennedy-family/robert-f-kennedy/robert-f-kennedy-speeches/remarks-at-the-university-of-kansas-march-18-1968).

Notre espace public semble ainsi subir une polarisation progressive autour de deux conceptions très différentes des chemins de la prospérité collective. Sur le plan idéologique – les choses sont bien sûr moins tranchées sur le plan sociologique –, deux camps se font face. Les uns voient dans l’extension du marché et l’innovation technologique qu’elle permet la réponse aux défis actuels, s’appuyant non sans raison sur les succès engrangés par deux siècles de Révolution industrielle³. Sans renier ces succès et progrès, les autres se demandent s’il est sage de continuer à se fier à ces seules recettes lorsque certains ingrédients commencent à manquer, que la pâte ne lève plus, et que la fumée envahit la salle de séjour⁴. Les chefs de file de ces deux factions s’affrontent à coup de références économiques, historiques, sociologiques, scientifiques : à n’en pas douter, deux paradigmes se disputent l’avenir de nos sociétés post-industrielles⁵.

II. Droit croissanciel et droit convivial

Cet antagonisme n’est pas demeuré sans écho dans notre droit positif.

Bien sûr, et c’est heureux, nos ordres juridiques ont toujours combiné en des proportions diverses ces deux faces de la prospérité collective, œuvrant à organiser la sphère marchande autant qu’à en limiter l’extension. On peut du reste relire notre droit contemporain en substituant à la *summa divisio* « droit public – droit privé » une séparation entre les normes relevant du « droit croissanciel » et celles gravitant dans l’orbite du « droit convivial ». La première expression renvoie à la constellation des règles de droit positif favorisant la dynamique du

3 Voy. p. ex. P. ARTUS et M.-P. VIRARD, *Croissance zéro. Comment éviter le chaos ?*, Paris, Fayard, 2015.

4 Parmi tant d’autres, voy. J. GADREY, *Adieu à la croissance. Bien vivre dans un monde solidaire*, 3^e éd., Paris, Les petits matins, 2015, pp. 37-40 ; S. LATOUCHE, *Le pari de la décroissance*, Paris, Fayard/Pluriel, 2010 (éd. orig. 2006), pp. 56-65 ; T. JACKSON, *Prospérité sans croissance*, Louvain-la-Neuve-Namur, De Boeck-Etopia, 2010, pp. 52-57.

5 Sur cet affrontement entre paradigmes, voy. A. BAILLEUX et Fr. OST, « Six hypothèses à l’épreuve du paradigme croissanciel », *R.I.E.J.*, 2016, vol. 77, pp. 27-54.

libre-échange avec pour objectif la libération du sujet de droit (entendu ici comme travailleur-consommateur-investisseur) par l'augmentation de son pouvoir d'achat. La seconde désigne l'ensemble des normes qui protègent le « commun » (naturel, culturel, politique) dans une optique d'émancipation fondée cette fois sur la vulnérabilité du sujet du droit (conçu ici comme être sensible inscrit dans un collectif)⁶.

L'évolution – la « radicalisation » – à laquelle nous assistons aujourd'hui paraît toutefois résider dans l'autonomisation progressive de ces deux corpus de normes, autonomisation qui met précisément en péril le rôle médiateur du droit et de ses institutions.

On fait l'hypothèse que cette autonomisation est en grande partie redevable à la dynamique d'internationalisation qui s'est emparée de nos ordres juridiques.

D'un côté, ce mouvement a permis au droit croissanciel de s'extirper progressivement de la gangue du droit privé pour se parer des atours de l'intérêt public. La création des grandes organisations économiques d'après-guerre, du FMI à la Banque mondiale en passant par le GATT et, en Europe, les Communautés européennes, a conféré à ce droit une autorité et une légitimité accrues. Ces institutions ont également contribué à son extraordinaire développement, bien loin des enceintes parlementaires nationales. Et si ce droit économique international a peu à peu conquis l'ordre juridique interne – songeons à la législation sur les marchés publics, à l'interdiction des aides d'État, à la suppression des monopoles légaux, à la constitutionnalisation de la « règle d'or », etc. –, il a continué à se tisser largement par-delà les épaules des États, gagnant progressivement en autonomie.

Sécrété par des instances spécialisées, doté de ses propres juges et arbitres (panels du GATT, tribunaux arbitraux, Cour de justice de l'Union), ce droit règle également ses rapports avec le droit convivial. Ce dernier y est traditionnellement conçu sur le mode de l'exception. La préservation des valeurs non marchandes (environnement, santé,

6 Voy. A. BAILLEUX, « Dissoudre l'événement ou exposer la crise ? Le système, le répertoire et les clés juridiques d'une prospérité sans croissance », *Droit & Société*, n° 104, à paraître ; et A. BAILLEUX et al. (dir.), *Le droit en transition. Les clés juridiques d'une prospérité sans croissance*, Bruxelles, Presses de l'USL-B, à paraître en 2020.

culture, etc.) y est tolérée pour autant qu'elle n'entrave pas excessivement la dynamique du libre-échange et l'impératif d'une concurrence libre et non faussée. En règle générale, ces dérogations sont interprétées strictement et la charge de la preuve de leur caractère justifié et proportionné repose sur ceux qui les invoquent.

Ce développement en circuit fermé s'observe aussi du côté du « droit convivial ». Celui-ci a également bénéficié de l'essor du droit international, et plus encore de l'expansion du registre des droits fondamentaux. On ne compte plus les conventions internationales relatives au respect de l'environnement, à l'accès à la culture, à la préservation du patrimoine, à la défense des acquis sociaux ou à l'intégration des personnes les plus vulnérables. Ces instruments sont eux aussi confiés à la garde d'organes juridictionnels « sectoriels » (comités onusiens, Comité européen des droits sociaux, Comité « Aarhus », Cour européenne des droits de l'homme, etc.), qui développent leur jurisprudence dans une relative autarcie. Ce « droit convivial » (pour autant que l'on puisse en discerner l'unité derrière la diversité de ses ramifications) entend lui aussi traduire, dans ses propres codes, les impulsions émises par le droit croissanciel. Et comme dans un jeu de miroirs, c'est ce dernier qui, cette fois, se voit réduit à un droit d'exception et traité sur un mode dérogatoire.

On notera que cette ligne de faille ne court pas seulement *entre* les conventions et organisations internationales. Elle les traverse bien souvent. Sans même évoquer le cas très particulier de l'Union européenne⁷, songeons au CETA. Traduisant la volonté de rencontrer les attentes de chaque segment de la société, le fameux accord de libre-échange et d'investissement conclu entre l'Union européenne et le Canada apparaît comme un véritable manteau d'Arlequin. Ses chapitres constituent autant de « sous-régimes » œuvrant tantôt au développement du droit croissanciel, tantôt (plus rarement) à la préservation du « commun ». Dotées d'une forte cohérence interne, ces différentes sections ne sont que faiblement articulées entre elles. La protection des investisseurs et

7 Sur les conflits entre libertés économiques de circulation et droits fondamentaux, voy. A. BAILLEUX, *Les interactions entre libre circulation et droits fondamentaux dans la jurisprudence communautaire. Essai sur la figure du juge traducteur*, Bruxelles, Bruylant-Publications des F.U.S.L., 2009, disponible à l'adresse <https://books.openedition.org/pusl/22996>.

le principe de reconnaissance mutuelle côtoient ainsi, sans la moindre tentative de coordination, de généreuses – et générales – affirmations sur la protection des travailleurs et de l'environnement. Si cette coexistence ne pose pas de problèmes dans le ciel des idées, il ne fait aucun doute que la mise en œuvre de ces principes donnera rapidement lieu à des conflits, confiés de surcroît à la garde de « juridictions » différentes.

Cette symétrie apparente entre les « deux droits », que ne vient chaapeauter aucun mécanisme ou principe d'organisation, ne suffit toutefois pas à garantir un équilibre des forces. Plusieurs indices semblent au contraire établir, dans les faits sinon dans le droit, l'ascendant du droit croissancier sur le droit convivial.

Sur le plan juridique, d'une part, le second souffre bien souvent d'un manque d'effectivité. Faute d'effet direct, certains de ses instruments ne peuvent être invoqués devant le juge national. Privées de force contraignante, les recommandations des comités de l'ONU ou du Conseil de l'Europe restent cantonnées dans le champ du *soft law*. Dépourvus d'un mécanisme effectif d'exécution forcée, même les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme voient leur autorité escamotée. Le contraste est saisissant entre les arrêts de la Cour de justice – qui peuvent donner lieu à l'imposition d'astreintes ou à l'engagement de la responsabilité de l'État –, les sentences des tribunaux arbitraux – qui se soldent par une condamnation de l'État défaillant – ou les décisions de l'organe de règlement des différends de l'OMC – qui permettent l'adoption de contre-mesures par l'État lésé.

Sur le plan politique, d'autre part, les intérêts de l'« ici et maintenant » sont souvent du côté du droit croissancier, tandis que le droit convivial peine à convaincre de l'urgence des défis qui se posent « demain » ou « ailleurs ». Bien sûr, il faut préserver les générations futures et ratifier l'accord de Paris, mais ces engagements – proclamés haut et fort – ne sauraient justifier des réformes fiscales susceptibles de plomber la rentabilité des secteurs aéronautique ou automobile. Certes, il convient de supprimer les pesticides nuisibles aux insectes butineurs, mais pas au point de menacer la compétitivité du secteur agricole. Évidemment, il est impératif de se doter d'un appareil judiciaire à même de faire respecter l'État de droit, mais cela ne saurait justifier un accroc dans la

trajectoire budgétaire, les foudres de la Commission européenne et la correction des marchés financiers. Bien sûr, il faut conserver les acquis sociaux et empêcher l'accroissement des inégalités, mais sans compromettre l'attractivité du pays pour les investisseurs.

C'est ainsi que, s'il se réalise parfois, le vœu de réconcilier les impératifs économiques et la protection de « communs » extrapatrimoniaux vient régulièrement se briser sur le mur de la réalité. Ce primat ultime de l'essor économique sur la convivialité est du reste inscrit dans la syntaxe même de la « croissance verte », « soutenable » ou « inclusive », qui se décline sur tous les tons depuis le traité sur l'Union européenne jusqu'aux objectifs de l'ONU pour le développement durable. Au premier les honneurs du substantif, à la seconde le rôle adjectif de modérateur ou de civilisateur des externalités surgies dans son sillage.

III. Une mutation du droit

Faisons à présent un pas de côté pour contempler le paysage juridique que redessinent ces évolutions. Il revêt à n'en pas douter nombre des traits de ce « réseau » théorisé voici près de vingt ans par François Ost et Michel van de Kerchove⁸.

Premièrement, il donne à voir un État largement débordé par une production juridique diffuse, condamné à subir des normes produites par des entités qu'il ne contrôle pas et à travers de procédures et des canaux qui lui échappent. Organes juridictionnels et arbitraux, agences de régulation, comités d'experts et assemblées internationales lui disputent le pouvoir jadis régalien de « battre le droit » et la paternité des normes qui ont « cours légal » sur son territoire.

Rappelons ensuite que cette écriture du droit à plusieurs mains est non seulement « hétérarchique » et désorganisée, mais qu'elle est plus fondamentalement polarisée entre les hémisphères croissancier et convivial. À mesure qu'ils croissent et développent leur propre réseau de normes et d'acteurs, ces deux secteurs du droit s'éloignent l'un de

8 *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des F.U.S.L., 2002, disponible à l'adresse <https://books.openedition.org/pusl/25350?lang=fr>.

l'autre, rendant leur arbitrage toujours plus délicat dans le vide institutionnel et conceptuel qu'ils ont laissé à leur intersection. L'unité, ou à tout le moins la cohérence, du « réseau général » ne tient plus qu'à un fil – politique, j'y reviendrai.

Troisièmement, ce paysage se caractérise par un processus simultané d'inflation, de dépréciation et de transformation du droit.

Inflation d'abord, parce que le développement parallèle du droit croissanciel et du droit convivial s'est opéré au prix d'une remarquable prolifération de textes à vocation juridique, émanant d'entités les plus diverses exerçant tantôt un pouvoir (quasi-)réglementaire, tantôt une fonction (quasi-)juridictionnelle.

Dévaluation ensuite, parce que cette multiplication de messages désordonnés et souvent divergents sape leur force normative et alimente d'infinies controverses, empêchant le droit de faire son office – sceller au moins temporairement la dispute.

Transformation enfin, parce que, tout juridiques qu'ils se veuillent, ces textes semblent en réalité happés par un autre registre du discours qui en conditionne la normativité. Cette transformation peut tantôt opérer « vers le haut », sous la forme d'une évaporation vers le répertoire de l'éthique et de la morale. C'est le cas de nombreuses productions du droit convivial qui, faute de force juridique contraignante – ou à tout le moins de justiciabilité –, puisent leur autorité dans les valeurs qu'elles défendent – avec ce paradoxe que plus elles s'élèvent dans le ciel des idées, plus elles perdent en densité juridique. Mais la normativité juridique peut également suivre le mouvement inverse et gagner en densité en s'ancrant « vers le bas », dans le registre utilitariste des intérêts. C'est principalement le droit croissanciel qui est ici visé, dont l'autorité est souvent lestée du poids des enjeux matériels qu'il promeut.

Enfin, cette évolution « réticulaire » du droit contemporain s'accompagne d'une transformation du statut et de la fonction même de ce dernier. La « lutte pour le droit » dont ce colloque entend traiter semble en effet témoigner d'un lent processus de désacralisation de la loi. Le droit paraît progressivement perdre l'autorité et la solennité qui étaient les siennes et qu'alimentaient des lieux (le Parlement, le tribunal), des professions (un avocat désintéressé, « auxiliaire de justice »), un savoir

« dogmatique » (incarquée par les codes, les précis) et un lien particulier à la souveraineté. Arraché de son piédestal (comme beaucoup d'autres figures de l'autorité dans nos sociétés – en apparence – horizontales), le droit se voit ainsi ramené dans l'orbite d'autres savoirs et d'autres répertoires de l'action, sur lesquels il convient de se pencher à présent.

IV. Le droit, marchandise ou bien commun

D'un côté, le droit est capté par les codes et les référents du registre marchand. Il se voit alors réduit à un simple corpus de règles, à la fois source de menaces et opportunités, avec lequel il convient de jouer pour consolider ses « points de croissance ».

Pour l'État, il devient ainsi un outil de négociation en vue d'attirer les entreprises, au moyen d'un régime fiscal dérogatoire – rappelons-nous les *Luxleaks* – ou via la flexibilisation du marché de l'emploi. Mais le droit est aussi une arme permettant aux pouvoirs publics de causer du tort aux concurrents étrangers de l'industrie nationale. L'application extraterritoriale du droit américain en offre l'illustration la plus éloquente, le dernier exemple en date étant le projet de loi visant à pénaliser les entreprises étrangères ayant participé à la construction du nouveau gazoduc entre la Russie et l'Union européenne⁹.

Pour les entreprises, le droit est d'abord un enjeu de négociation, l'objectif étant d'aménager un environnement réglementaire aussi favorable que possible. Mais il est également une arme dans leurs pourparlers avec l'autorité publique. La menace d'une plainte pour aide d'État ou d'un recours à l'arbitrage d'investissement peuvent ainsi s'avérer efficaces pour dissuader les autorités publiques d'adopter une mesure attentatoire aux intérêts de l'entreprise. Enfin, le droit apparaît aussi comme un outil permettant de distancer ses concurrents. Songeons notamment aux processus de standardisation qui permettent aux acteurs privés d'imposer *de facto*, pour l'accès au marché, le recours à certaines technologies et certains procédés.

9 Protecting Europe's Energy Security Act of 2019, H.R.3206 – 116th Congress (2019-2020), projet déposé au Congrès le 11 juin 2019.

Si elle n'en a jamais été absente, cette vision économique du droit déteint de plus en plus sur le métier de l'avocat. Concurrencé par d'autres professionnels sur le « marché » de la consultation juridique, ce dernier se voit contraint de se muer en entrepreneur. Les confrères deviennent des concurrents à évincer, et le client un consommateur de justice qui mérite d'autant plus d'égard qu'il note désormais son avocat comme son restaurant favori. Quant à la robe, elle incarne un monopole qu'il convient de défendre envers et contre tout, y compris l'intelligence artificielle. Il y a deux ans, à la question qui forme le titre de son dernier livre (*À quoi sert le droit ?*¹⁰), un éminent collègue (et arbitre international) répondait à François Ost avec un haussement d'épaules : à faire de l'argent...

Il n'est pas jusqu'au juge dont l'office ne se trouve affecté par cette version économique – ou en tout cas managériale – du droit. Sommé de rendre toujours davantage de décisions en un temps plus court et avec moins de ressources, il n'est pas loin d'avoir troqué les fabuleux habits du « romancier à la chaîne » dont nous parle Dworkin pour le bleu de travail des chaînes de montage.

Quant aux règles de l'État de droit, soigneusement collationnées par la Commission européenne dans des tableaux de bord « pays par pays », elles apparaissent d'abord comme des garanties visant à rassurer d'éventuels investisseurs étrangers contre toute forme d'arbitraire gouvernemental ou de partialité ou d'inefficacité des cours et tribunaux¹¹.

Mais si elle a eu pour effet de le rendre plus perméable à l'esprit économique, la désacralisation du droit a également – et inversement – été propice à son réinvestissement par ce que l'on pourrait appeler l'agir *politique*. Dans cette perspective, le droit est bien davantage qu'un système de règles voué à la prédation et à la marchandisation. Ce système n'est que la face émergée du droit – un droit pensé cette fois

10 Fr. Ost, *À quoi sert le droit ? Usages, fonctions, finalités*, Bruxelles, Bruylant, 2016.

11 « The EU Justice Scoreboard provides comparable data on the independence, quality, and efficiency of national justice systems. It is an information tool that helps the EU achieve more effective justice. The scoreboard mainly focusses on civil, commercial and administrative cases to pave the way for a more investment, business and citizen-friendly environment. » (https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/upholding-rule-law/eu-justice-scoreboard_en).

comme un « bien commun », comme un registre du langage qui appartient à tous (ni aux pouvoirs institués, ni aux pouvoirs privés) et qui se distingue par son ambition si particulière de « faire société », d'« instituer le social » pour parler comme Rosanvallon ou Ost.

Cette contribution du droit au « vivre-ensemble » est double.

D'une part, il offre un registre langagier commun à tous les citoyens, qui leur permet de faire se rencontrer, se mesurer, s'opposer, se départager leurs revendications en termes de justice et d'équité. En permettant au différend¹² d'exister (on est d'accord sur les termes de notre désaccord ; le droit nous a donné un terrain de jeu où confronter nos idées « à la loyale »), il empêche le tissu social de se déchirer, pour paraphraser Habermas¹³.

C'est ce qu'a parfaitement compris la société civile, qui utilise de plus en plus les mots, les catégories et les procédures du droit pour véhiculer sa conception de la justice jusqu'au cœur du « système ». Il faut lui savoir gré de contribuer ainsi à nourrir et faire vivre ce système, qui pourrait sinon rapidement s'assécher en se coupant progressivement des conceptions communes du juste et de l'injuste.

D'autre part, le droit institue également la société en l'inscrivant dans la *durée*. Une loi, un traité, qu'est-ce d'autre qu'un engagement pris par la collectivité pour l'avenir ? Une décision de justice, un avis du Conseil d'État, qu'est-ce d'autre qu'un rappel des décisions et promesses passées ? La jurisprudence, la doctrine, qu'est-ce d'autre qu'une tentative de fournir une cohérence à cette succession d'engagements en même temps qu'un narratif à la société ? Là encore, il faut louer ces associations et col-

12 On reprend ici encore une fois la lumineuse distinction proposée par Jean-François Lyotard entre le litige et le différend : Lyotard explique qu'« à la différence d'un litige, un différend serait un cas de conflit entre deux parties (au moins) qui ne pourrait être tranché équitablement faute d'une règle de jugement applicable aux deux argumentations. Que l'une soit légitime n'impliquerait pas que l'autre ne le soit pas. Si l'on applique cependant la même règle de jugement à l'une et à l'autre pour trancher leur différend comme si celui-ci était un litige, on cause un tort à l'une d'elles [...] Un tort résulte du fait que les règles du genre de discours selon lesquelles on juge ne sont pas celles du ou des genres de discours jugé/s » (*Le différend*, Paris, éd. de Minuit, 1983, p. 9).

13 Selon le philosophe de l'École de Francfort, le droit « fonctionne comme un transformateur qui empêche le tissu de la communication à l'échelle de la société dans son ensemble, fondement de l'intégration sociale, de se déchirer » (J. HABERMAS, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, traduit par R. Rochlitz et C. Bouchindhomme, Paris, Gallimard, 1997, p. 70).

lectifs citoyens qui endossent ce rôle de mauvaise conscience, rappelant à la collectivité les engagements qu'elle a pris et qu'elle est parfois tentée d'oublier, acculée par les *diktats* de la sphère marchande.

V. Retour en politique

On se gardera toutefois d'idéaliser cet « investissement citoyen ». Après tout, il traduit lui aussi un usage instrumental du droit et, s'il prétend transcender les intérêts individuels, il n'en véhicule pas moins une conception partielle et partiale de l'intérêt général. Si ces « entrepreneurs de cause » offrent une salutaire résistance à la colonisation progressive du droit et de la politique par l'imaginaire croissancier, ils ne peuvent pour cette raison même prétendre s'extraire de la mêlée et incarner le rôle du tiers arbitre qui, cousant ensemble tous les fils de nos sociétés modernes, œuvre à la perpétuation et à la constante régénération de la communauté politique.

Ce serait succomber à une version irénique du politique que de penser qu'une seule instance est capable d'occuper ce point de vue de surplomb et d'assurer cet équilibre des intérêts et valeurs qui structurent le champ social. Mais inversement, on négligerait l'une des finalités du droit¹⁴ en ignorant le rôle primordial dont ce dernier investit le pouvoir judiciaire. D'un côté, celui-ci a sur les organes (quasi-) juridictionnels gravitant dans l'orbite des hémisphères croissancier et convivial l'avantage d'opérer dans un système juridique qui aspire à la complétude. Nos cours et tribunaux sont, en ce sens, l'un des derniers maillons susceptibles de tenir ensemble les « deux droits » et d'en arbitrer les prétentions contradictoires¹⁵. De l'autre, ces juges ont pour eux l'indépendance, le temps (relativement) long, et des règles de procédure – principe du contradictoire, égalité des armes, obligation

14 À ce sujet, voy. Fr. Ost, *À quoi sert le droit ? Usages, fonctions, finalités*, op. cit.

15 L'extension progressive des compétences de l'Union européenne et la montée en puissance des droits fondamentaux au sein de l'ordre juridique européen placent sans doute aujourd'hui la Cour de justice dans une position qui n'est plus guère éloignée de celle du juge national. Elle ne peut en tout cas plus être exclusivement assimilée au juge du libre marché qu'elle était aux origines.

de motivation – qui sont autant de garde-fous dont ne disposent pas les instances politiques, naturellement plus exposées aux pressions des *stakeholders*.

Certes, il n'appartient pas aux magistrats de substituer leurs équilibres à ceux des élus de la nation¹⁶. C'est honorer la séparation des pouvoirs que de reconnaître au législateur et à l'exécutif un pouvoir discrétionnaire ou une marge d'appréciation qu'un procès ne saurait remettre en cause. En revanche, lorsque les instances politiques ont failli, soit qu'elles aient décidé de ne pas choisir en prenant des engagements contradictoires dans chacun des deux hémisphères, soit que le débat n'ait pas eu lieu et qu'un simulacre de motivation vienne déguiser un acte de soumission aux intérêts du plus fort, le pouvoir judiciaire se doit de prendre le relais. Si le débat politique s'est invité dans son prétoire, c'est parce qu'il lui appartient de veiller à ce qu'il ait lieu. Selon les circonstances il appartiendra au juge tantôt de suppléer la carence des gouvernants, en opérant à l'échelon individuel les arbitrages que ceux-ci n'ont pas pu ou voulu faire au niveau général, tantôt de démasquer l'absence de réelle discussion *pro et contra* derrière la décision mal motivée, contraignant ainsi son auteur à la délibération dont il s'était dispensé.

On l'aura compris, cette vision du juge comme aiguillon de la démocratie et cette conception du prétoire comme dernière instance du débat contradictoire s'accommodent mal de deux menaces qui planent aujourd'hui sur la fonction de juger. La première est celle de l'assèchement progressif du budget consacré à la justice, sur lequel il n'est pas besoin de s'appesantir. La seconde réside dans la lente ascension de l'intelligence artificielle au sein des métiers du droit, dont il sera également question dans ce colloque. S'il n'est pas question de nier les services qu'un logiciel informatique est en mesure de fournir aux juges, on peut en revanche s'inquiéter du postulat scientiste et objectiviste sous-tendant l'idée même d'un raisonnement juridique algorithmique. Ce postulat charrie la vision d'une justice hors sol, d'une « bonne réponse » « copier-collable » dans le temps et dans l'espace, indifférente au contexte et au débat des parties. Tout l'inverse, en

16 Sur cette question, voy. A. BAILLEUX, « La part du droit dans l'arbitrage social général », in *Le droit malgré tout. Hommage à François Ost*, Bruxelles, Presses de l'USL-B, 2018, pp. 877-905.

somme, du «juge dans la cité» à même de tenir ensemble nos ordres juridiques désarticulés.

Conclusion

Ces derniers propos sur le rôle du juge nous reconduisent à la «radicalisation» de la lutte pour le droit qui forme l'intitulé de cette introduction.

Sur un plan descriptif, cette radicalisation renvoie d'abord au phénomène d'autonomisation progressive des hémisphères croissancier et convivial de notre droit. Ce phénomène apparaît lui-même tout à la fois comme le reflet d'une société profondément divisée sur les recettes de sa prospérité future, comme le témoin d'un droit réticulaire où les segmentations sectorielles ont remplacé les frontières nationales, et comme le terrain d'une bataille plus fondamentale, relative au statut même du droit. Alors que les uns y voient une menace et une opportunité dans la lutte pour la croissance (de leur entreprise ou de leur économie nationale), les autres considèrent ses arènes comme la continuation de la politique par d'autres moyens et son langage comme un bien commun rétif à toute appropriation ou pétrification.

Sur un plan normatif, cette radicalisation renvoie, au sens étymologique du terme, à la nécessité d'*enraciner* cette lutte pour le droit dans le terreau nécessairement situé d'une communauté politique. Les excroissances juridiques développées hors sol dans des enceintes internationales peuvent utilement nourrir cette lutte. Mais la libre circulation des marchandises n'est pas transposable aux règles de droit, ni davantage aux équilibres politiques. Les juges, qui sont les premiers destinataires de ce colloque, ont un rôle essentiel à jouer dans cet enracinement du droit et de la politique. Il ne leur appartient pas, ni à personne du reste, de solder une fois pour toutes cette lutte pour le droit. Mais il leur incombe de veiller à ce qu'elle ait lieu à ciel ouvert, à armes égales, et dans la glaise d'une communauté politique qui ne renonce jamais à l'exercice collectif de ses facultés délibératives.