

Penser en juriste la prospérité sans croissance Les promesses du droit en transition

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

Introduction

Cette brève contribution interroge les conditions de possibilité d'une appréhension, en droit, de la question de la prospérité sans croissance. Car au fond, de quelle légitimité le juriste peut-il se prévaloir pour traiter ce sujet à l'aide des instruments qui sont les siens ?

Cette question appelle forcément des réponses différentes selon la conception que l'on se fait du droit en général et de la science juridique en particulier. C'est pourquoi la première partie de cet article s'aventure à brosser un aperçu de la façon dont, eu égard à leurs options épistémologiques, quatre courants majeurs de la théorie contemporaine du droit abordent ou sont susceptibles d'aborder un tel enjeu. Inutile de préciser qu'une telle présentation à pas pressés ne rend pas justice aux innombrables nuances portées par les multiples obédiences qu'abritent ces grandes écoles de pensée. Il a néanmoins le mérite de dévoiler toute la palette d'attitudes possibles sur ce sujet, incarnées par des « idéaux-types » de juristes très différents, du juriste « notaire » au « militant », en passant par le « guide » et « l'ingénieur ».

La seconde partie de cette contribution s'efforce quant à elle de présenter les grandes lignes d'une approche plus récente qualifiée de « droit en transition ». Cette théorie – mais le mot est sans doute trop pompeux pour désigner une réflexion encore balbutiante – est le fruit d'une recherche collective relative aux conditions de possibilité d'un discours juridique sur la prospérité sans croissance¹. A l'instar du mouvement éponyme des « villes en transition », elle renvoie dos à dos la tentation de l'immobilisme et la mirage de la révolution pour proposer un changement discret, « par le bas », dans les pratiques interprétatives de la communauté des juristes.

I. Penser juridiquement la (post)croissance ? Les réponses contrastées des théories contemporaines du droit

Il convient d'abord d'esquisser la position qui se dégage des deux paradigmes canoniques de la philosophie du droit que sont le positivisme juridique d'une part, et le droit naturel de l'autre (A). Nous verrons que ces deux courants ont, sur ce sujet comme sur tant d'autres, un point de vue diamétralement opposé. Il se justifie néanmoins de les traiter ensemble car, outre leur tradition multiséculaire, ces « meilleurs ennemis » de la pensée juridique occidentale partagent un point commun qui n'est pas sans importance pour notre sujet : leur approche est fondée sur une césure nette entre science du droit et agir politique.

¹ A. BAILLEUX (dir.), *Le droit en transition. Les clés juridiques d'une prospérité sans croissance*, Bruxelles, Presses de l'USL-B, 2020.

Dans un deuxième temps, on se tournera vers deux écoles de pensée plus récentes, apparues aux Etats-Unis dans le dernier quart du XXe siècle, et qui continuent de dominer la théorie du droit américaine tout en gagnant du terrain en Europe, à savoir l'analyse économique du droit et les *critical legal studies* (études juridiques critiques) (II). Nous découvrirons, là encore, que si ces deux courants ont en commun – à rebours des traditions précédentes – d'assumer le caractère politique de leurs théories sur le droit, leurs options idéologiques les conduisent à prendre, sur la question de la (post)croissance, des positions inconciliables.

A. Le notaire et le guide – Positivism juridique et iusnaturalisme

Un mot d'abord sur le positivisme juridique. On le sait, ce courant de pensée – qui domine tout notre imaginaire juridique et inspire le fonctionnement de notre justice – repose sur une séparation stricte entre l'être et le devoir-être, et, plus spécifiquement, entre le droit et la morale².

Il est fondé sur l'idéal d'une science pure du droit, coupée de toute considération « substantielle » sur la justice. Sont irréfragablement tenues pour justes les normes qui sont légales, c'est-à-dire les normes qui ont été adoptées par les autorités et au terme d'une procédure instituées à cet effet par le droit lui-même. Le droit apparaît ainsi parfaitement auto-référencé³.

De ce point de vue, le rôle des juristes se limite à analyser et évaluer les règles de droit au regard d'autres règles de droit elles aussi « posées », élaborées, par les autorités habilitées pour ce faire. Le juriste apparaît ainsi principalement comme un notaire, gardien des formes et des procédures, dont l'intervention se situe exclusivement en aval de la délibération politique et dont le rôle se limite à ordonner les cendres déjà froides du débat public.

On l'aura compris, ce présupposé règle d'emblée la question du rôle du juriste dans la réflexion sur la fin de la croissance ou la possibilité d'une prospérité sans croissance. Ce rôle n'existe pas. Le juriste sortirait de ses attributions en prétendant prendre part à ce débat autrement qu'en qualité de simple citoyen. Si des règles prescrivent un objectif de croissance, si elles se servent du produit intérieur brut ou d'autres indicateurs, le juriste se limitera à en prendre acte, sauf à y voir une contradiction avec d'autres normes supérieures de l'ordre juridique – le droit à la santé ou à la protection de l'environnement par exemple. Dominant dans nos facultés, il est heureux que ce point de vue n'ait pas rendu impossible la tenue du colloque dont le présent ouvrage se fait l'écho.

A l'autre bout du spectre se trouve le droit naturel. Celui-ci repose sur une assimilation plus ou moins totale du droit et de la morale⁴. Est légal ce qui est juste ; la question de la validité du droit recoupe celle de sa légitimité, c'est-à-dire de sa conformité à des principes de justice

² Cette note de bas de page pourrait accueillir une bibliothèque. Je me contenterai d'en appeler aux pères du positivisme moderne que sont J. AUSTIN (*The Province of Jurisprudence Determined*, London, Jhn Murray, 1832), H. KELSEN (*Théorie pure du droit*, 2^{ème} éd. (éd. or. 1934), trad. fr. Ch. Eisenmann, Paris, LGDJ, 1999) et H.L.A. HART (*Le concept de droit*, 2^{ème} édition augmentée (éd. or. 1961), trad. fr. M. van de Kerchove, Presses de l'Université Saint-Louis – Bruxelles, 2005).

³ Comme l'a parfaitement observé et théorisé G. TEUBNER (*Autopoietic Law. A New Approach to Law and Society*, Berlin, de Gruyter, 1988)

⁴ Une autre bibliothèque serait ici nécessaire pour documenter cette vénérable tradition. Sans remonter aux penseurs de l'antiquité, je me limiterai à y consigner, de manière nécessairement subjective, St. AUGUSTIN (*Cité de Dieu*, 413-426), H. GROTIUS (*Le droit de la guerre et de la paix*, Paris, PUF, 2012 (éd. or. 1625) et, plus récemment J. FINNIS (*Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon, 1980). L'oeuvre de R. Dworkin pourrait, par bien des aspects, rejoindre cet inventaire.

transcendants, à la fois antérieurs et supérieurs au droit positif – principes religieux ou laïcs, peu importe pour notre propos. Le juriste se double ici du philosophe pour endosser une mission quasi pastorale : c'est à lui que revient le rôle difficile d'identifier, dans les textes sacrés ou par l'exercice de sa raison, les principes intangibles que devrait suivre le législateur positif.

Si le droit ne s'est jamais totalement affranchi de cette dimension transcendante⁵, il semble que l'urgence écologique actuelle – tout comme la défense d'autres causes telles que la lutte pour l'égalité – soit propice au redéploiement d'un iusnaturalisme qui ne dit pas son nom. On fait ici référence au courant anglo-saxon de la « *earth jurisprudence* »⁶ et du « *wild law* »⁷, qui milite pour une transformation de nos ordre juridiques, appelés à délaisser une vision anthropocentrée au profit d'une approche écocentrée. On en retrouve la trace dans les plaidoyers de plus en plus fréquents en vue de la reconnaissance de la personnalité juridique aux entités non humaines, mais aussi dans la suggestion d'instaurer une « *rule of ecological law* » (un « Etat de droit écologique ») inspirée des fameuses « limites planétaires »⁸. Dans le même ordre d'idées, en France, Gérard Mairet évoque l'existence d'un « droit biotique » qui viendrait s'imposer aux Etats et limiter leur souveraineté⁹.

La frontière entre l'être et le devoir-être s'efface ici très largement, à rebours du point de vue positiviste. La veine est féconde mais elle pose néanmoins question, tant d'un point de vue démocratique¹⁰ que sur le plan stratégique. Comment en effet susciter l'adhésion à une révolution verte décrétée par quelques-uns plutôt qu'investie par ceux qui doivent la porter ?

Pour récapituler – et au prix de nombreux raccourcis –, on observera que le positivisme juridique et le iusnaturalisme ont en commun de refuser toute connotation politique à leur positionnement. Mais là où pour le premier, le droit intervient en aval de la délibération démocratique, il précède et encadre cette délibération dans le second. Cette différence de préséance dans l'articulation des rapports entre droit et politique a un impact immédiat sur le rôle du juriste dans la promotion des valeurs censées gouverner la cité.

B. L'ingénieur et le militant – Analyse économique du droit et études juridiques critiques

Les courants *law and economics* et *critical legal studies* sont, à l'inverse, ouvertement politiques. Ils assument leur positionnement idéologique même s'ils posent sur la question de la croissance des regards diamétralement opposés.

S'agissant de l'analyse économique du droit d'une part, elle a donné naissance à des recherches dont l'objectif même consiste à déterminer la capacité des règles de droit à favoriser l'activité économique (investissements, production, consommation), donc la croissance. Les règles de l'Etat de droit (indépendance de la justice, droit de propriété, absence de corruption, etc.) sont valorisées et défendues en tant qu'elles favorisent l'augmentation du produit intérieur brut – éléments de discours que l'on retrouve du reste également sous la plume d'organes européens

⁵ Cf. P. MARTENS, *Le droit peut-il se passer de Dieu ?*, Namur, Presses universitaires de Namur, 2007.

⁶ P. BURDON, *Earth Jurisprudence: Private Property and the Environment*, London, Routledge 2014.

⁷ C. CULLINAN, *Wild Law: A Manifesto for Earth Justice*, 2nd ed, Chelsea Green, White River Junction, 2011.

⁸ G. GARVER, "The Rule of Ecological Law: The Legal Complement to Degrowth Economics", *Sustainability*, vol. 5, janvier 2013, p. 316-337

⁹ G. Mairet, *Nature et souveraineté*, Paris, Sciences Po, 2012.

¹⁰ Sur la dimension épistocratique de type de discours, cf. A. VIALA, « L'écologie politique au risque de l'épistocratie. Une lecture de la crise des "gilets jaunes" », in A. BAILLEUX (dir.), *Le droit en transition. Les clés juridiques d'une prospérité sans croissance*, op. cit., p. 463-479.

tels que la Comité économique et social¹¹ ou la Commission¹². De même, le droit de *common law* est souvent présenté comme étant plus favorable à la croissance que le droit continental¹³.

On le voit, les juristes abordent ici de front la question de la croissance. Tels des ingénieurs du social, leurs travaux sont tantôt à vocation explicative (cherchant, dans le droit, certaines causes à la croissance ou à son absence) tantôt à vocation normative (suggérant des modifications juridiques ou constitutionnelles en vue de doper la croissance). « Ayant pour ambition de favoriser la croissance en France par une meilleure efficacité du droit sur le plan économique »¹⁴, le laboratoire de recherche indépendant *Droit & Croissance* illustre parfaitement cette dernière dimension.

Traditionnellement à gauche sur l'échiquier politique, les *critical legal studies* opèrent à front renversé. Dans la ligne des *racial studies* ou des *feminist studies*, qui s'emploient à dévoiler les dimensions racistes ou sexistes de nos régimes juridiques, certains disciples de cette école se proposent désormais de faire apparaître les dynamiques d'exploitation de la terre derrière des règles apparemment neutres. Il s'agit de dépasser le droit de l'environnement des « positivistes », jugé trop sectoriel et technique, pour embrasser une approche clairement systémique, qui débusque les asymétries entre « droit croissanciel » et « droit convivial » dans toutes les branches du droit¹⁵. C'est ce qu'ils appellent le « droit écologique » ou la « *green legal theory* »¹⁶.

Voilà une approche qui semble très féconde. Il s'agit ici de traiter le droit comme le révélateur de certains choix de société, en d'autres termes de le repolitiser en ne se laissant pas abuser par sa technicité et par sa fragmentation en différentes branches. S'y trouve également thématisé le lien entre les enjeux environnementaux et la question plus générale de l'exploitation (de la nature comme de l'humain) dans notre capitalisme avancé

Mais peut-être cette option n'est-elle pas encore suffisante en ce qu'elle se cantonne au registre de la dénonciation et à l'appel aux grandes réformes. Ce faisant, elle dilue la force du droit. En bons héritiers de Marx, les juristes critiques manquent parfois de voir les ressources que le droit porte en lui-même. Or, l'alternative n'est pas entre le *statu quo* et la révolution ; il n'est pas nécessaire de mettre à bas le système juridique pour le faire évoluer.

II. Les promesses du droit en transition

¹¹ *L'état de droit et son incidence sur la croissance économique*, Avis du 20 février 2020, ECO/511, <https://www.eesc.europa.eu/en/our-work/opinions-information-reports/opinions/rule-law-and-its-impact-economic-growth>

¹² Communication de la Commission *Stratégie annuelle 2021 pour une croissance durable*, 17 septembre 2020 ? COM(2020) 575 final, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:52020DC0575&from=en>

¹³ Cf. not. P.G. MAHONEY, "The Common Law and Economic Growth: Hayek Might Be Right", *Journal of Legal Studies*, vol. 30, n° 2, juin 2001, p. 503-535.

¹⁴ <https://droitetcroissance.fr/qui-sommes-nous/droit-et-croissance/>

¹⁵ Ces notions sont expliquées plus bas.

¹⁶ M. O'GONIGLE, L. RAMSAY, "Greening Environmental Law: From Sectoral Reform to Systemic Re-Formation", *Journal of Environmental Law*, vol. 14, 2004, p. 333-352 ; M. O'GONIGLE, & L. TAKEDA, "The Liberal Limits of Environmental Law", *Pace environmental law review*, vol. 30, 2013, p. 1005-1115.

Le droit, on le sait, a une structure ouverte. Il est tout entier pétri d'interprétations. Plus radicalement encore, beaucoup soutiennent que le droit n'est qu'interprétations¹⁷. C'est que le droit n'existe pas en dehors des discours qui prétendent l'identifier, en dehors des photographies que les juristes et les autres ne cessent de produire chaque fois qu'ils entendent répondre à la question du *quid juris* (quelle est la bonne réponse en droit sur telle question précise) ? Ces photographies se succèdent sans fin et ont pour seul horizon de vérité l'accord des autres participants au « jeu du droit ». Il n'y a pas de réalité empirique dont le dévoilement permettrait de démontrer la vérité d'un énoncé juridique. Il n'y a que des personnes, des pairs, qui vont ou non valider votre énoncé, votre raisonnement juridique, votre photographie du système au regard de sa capacité de persuasion¹⁸.

Dans ces conditions, la mission du droit en transition ne consiste pas *seulement*, comme la *green legal theory*, à cartographier le rapport de forces entre droit croissancier et droit convivial¹⁹. Cet état des lieux est certes un préalable indispensable. D'un côté, le droit croissancier renvoie à l'ensemble des règles et principes qui permettent et favorisent l'échange de biens et de services sur un marché donné. Il vise à garantir à chacun un certain niveau de confort matériel et une certaine forme d'autonomie – autonomie médiatisée par le rapport marchand. Il inclut des éléments aussi disparates que la liberté contractuelle, les principes de libre concurrence et de libre circulation, le droit de propriété et ses déclinaisons, l'essentiel du droit de la commande publique mais aussi une partie du droit du travail et de la sécurité sociale. De l'autre, le droit convivial désigne l'ensemble des règles et principes qui, rehaussant la ligne d'horizon au-delà de la simple continuation de la vie biologique, fournissent des capacités d'épanouissement hors du tandem « production-consommation » et instaurent les possibilités d'une vie réellement digne d'être vécue. On songe pêle-mêle au droit de l'environnement, au droit de la culture, à la protection des données à caractère personnel, aux règles relatives à la limitation du temps de travail, aux services d'intérêt économique général, à l'institutionnalisation des indicateurs complémentaires au PIB²⁰, mais aussi aux catégories qui, de l'ordre public aux biens hors commerce, placent des limites à la marchandisation.

Il est certes important de montrer que, dans nos ordres juridiques, le droit de la croissance – dont la présence est, en soi, utile à l'épanouissement humain – bénéficie le plus souvent d'un ascendant structurel sur le droit convivial²¹. Dans le droit économique international, la préservation des valeurs non marchandes apparaît généralement comme l'exception, qu'il convient d'interpréter strictement et qui fait reposer la charge de la preuve sur celui qui l'invoque. A ce premier handicap s'ajoute le fait que cette protection est souvent assurée par des règles de droit national, voire local, qui se trouvent en position d'infériorité par rapport aux normes internationales du libre marché. Enfin, même lorsqu'elles se voient consacrées par un traité, ces règles protectrices de l'autonomie sont souvent dépourvues d'effet direct en droit

¹⁷ Le plus célèbre d'entre eux n'est autre que R. DWORKIN, en particulier dans *L'empire du droit* (trad. E. Soubrenie, Paris, PUF, 1994 (éd. or. 1986)). Cf. également S. FISH, *Respecter le sens commun. Rhétorique, interprétation et critique en littérature et en droit*, trad. O. Nerhot, Paris, StoryScientia- LGDJ, 1995 (éd. or., 1989)

¹⁸ Sur tout ceci, cf. A. BAILLEUX, « Le *soft law* et les deux droits », in H. DUMONT, PH. GÉRARD, I. HACHEZ, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *Les sources du droit revisitées*, tome IV, Bruxelles, Anthémis, 2013, p. 503-537 ; ID., « La part du droit dans l'arbitrage social général », in Y. CARTUYVELS e.a. (dir.), *Le droit malgré tout. Hommage à François Ost*, Bruxelles, Presses de l'USL-B, 2018, p. 877-905.

¹⁹ Cette dichotomie est présentée plus amplement dans A. BAILLEUX, « Le droit en transition. La science juridique face aux défis d'une prospérité sans croissance », in A. BAILLEUX (dir.), *Le droit en transition*, op. cit., p. 9-63

²⁰ Sur ce phénomène, cf. la contribution de N. VANDER PUTTEN à ce volume.

²¹ Sur cette question et sur le développement en vase clos de ces « deux droits » au niveau international, cf. A. BAILLEUX, « Introduction – La radicalisation de la lutte pour le droit », in A. BAILLEUX, M. MESSIAEN (dir.), *A qui profite le droit ? Le droit, marchandise et bien commun*, Limal, Anthémis, 2020, p. 9-24.

interne et bénéficient trop rarement du contrôle, au niveau international, d'organes juridictionnels de *hard law*.

Mais le droit en transition nous invite à dépasser ce simple constat d'une asymétrie dans le rapport de forces. Il suggère de quitter le « balcon » et d'entrer dans l'arène afin d'y proposer des interprétations juridiques innovantes. Pour filer la métaphore scénique, il s'agit de reconstruire un nouveau décor avec les données déjà présentes sur la scène du droit ; de prendre des nouvelles photographies, sous un autre angle, avec un autre arrière-fond, pour faire surgir de nouvelles potentialités du matériau juridique qui nous environne.

Le droit de chaque être vivant à mener une vie digne d'être vécue constitue la clé de voûte de cette entreprise. Sans pouvoir revenir ici longuement sur cette notion de vie digne d'être vécue²², il me paraît néanmoins nécessaire d'en rappeler les traits saillants. *Primo*, cette notion est très présente dans le « narratif alternatif » porté par les promoteurs d'une prospérité non exclusivement indexée à l'accumulation des richesses²³ : l'utiliser, c'est donc en quelque sorte se faire les interprètes de leurs revendications. *Secundo*, cette notion se distingue de celle plus connue de « dignité humaine » en ce que, d'une part, elle n'est pas réservée aux seuls êtres humains et que, de l'autre, elle ne se conçoit pas comme un seuil, comme le minimum irréductible d'humanité qu'aucun totalitarisme ne devrait fouler au pied. Développée dans des Etats de droit démocratiques et relativement prospères, la critique postcroissancielle portée par les mouvements transitionnaires semble animée d'une conception plus positive de la dignité, comme horizon éthique et politique, qui renvoie d'une certaine manière à l'idée aristotélicienne de la vie bonne, de la vie de qualité, c'est-à-dire celle qui rend justice aux potentialités de l'être qui en est pourvu²⁴. *Tertio*, cette notion repose sur le présupposé que ces potentialités ne peuvent être satisfaites par le seul médium du marché. Si celui-ci permet d'amplifier l'autonomie des êtres humains, passé un certain point, son hypertrophie *se retourne* contre l'autonomie elle-même, et devient une menace pour cette dernière. La croissance devient alors contreproductive, nous dit Illich²⁵. Vecteur d'émancipation au départ, elle se transforme en facteur d'*aliénation*²⁶, tant à l'échelle individuelle que collective. La capacité à contenir le tandem production-consommation dans de justes proportions et à le réencaster dans un horizon d'émancipation et d'épanouissement plus global, enraciné dans la pleine conscience de la vulnérabilité de toute vie – dimension que le droit croissanciel tend à oblitérer –, apparaît ainsi comme nécessaire à la réalisation du droit de chaque être vivant à mener une vie digne d'être vécue.

²² Cette notion est longuement expliquée dans A. BAILLEUX, « Le droit en transition. La science juridique face aux défis d'une prospérité sans croissance », in A. BAILLEUX (dir.), *Le droit en transition. Les clés juridiques d'une prospérité sans croissance*, Bruxelles, Presses de l'USL-B, 2020, p. 9-63.

²³ Pour ne prendre que les plus illustres exemples, cf. R. Kennedy, « Remarks at the University of Kansas », 18 mars 1968, en ligne, <https://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> ; J. STIGLITZ, A. SEN, J.-P. FITOUSSI, « Mesure des performances économiques et du progrès social réexaminée – Réflexions et vue d'ensemble des questions abordées », p. 45, en ligne, <https://fr.scribd.com/document/54048206/Rapport-Fitoussi-Sen-Stiglitz>.

²⁴ Aristote, *Ethique à Nicomaque*, trad. J. Tricot, Paris, Vrin, 2012. Chez le Stagirite, le bonheur est défini par la capacité de l'homme à honorer sa « fonction propre », c'est-à-dire à exercer « une activité de l'âme en accord avec la vertu (...) et cela dans une vie accomplie jusqu'à son terme » (p. 63). Aristote ajoute néanmoins que ce bonheur, qu'il associe *in fine* à la vie contemplative, « n'est pas possible sans l'aide de biens extérieurs » : « il faut aussi que le corps soit en bonne santé, qu'il reçoive de la nourriture et tous autres soins » (p. 556).

²⁵ I. ILLICH, *La convivialité*, Paris, Seuil, 1973.

²⁶ Cf. C. ARNSPERGER, « Critique existentielle de la croissance économique. Eléments pour une "transition anthropologique" », *R.I.E.J.*, 2016, vol. 77, p. 73-97 ; O. DE SCHUTTER, « La cage et le labyrinthe : S'évader de la religion de la croissance », *R.I.E.J.*, vol. 77 (2016), p. 113-129. Cf. aussi P. CHABOT, *L'âge des transitions*, Paris, PUF, 2015, p. 73 : « L'humain (...) est capable, malgré l'état de sujétion où l'on veut parfois le maintenir pour en faire un consommateur docile, de décider librement. Le changement de maturité est un passage de la minorité spirituelle à la majorité, pour parler en termes kantien ».

Le droit en transition repose sur l'idée que non seulement un tel « droit »²⁷ constitue l'horizon régulateur de nos sociétés contemporaines mais en outre qu'il est possible d'en défendre *juridiquement* l'existence au bénéfice d'une lecture globale des principes qui fondent notre corpus normatif. Campé sur ses deux jambes – croissancielle et conviviale – certes de vigueur inégale, structuré par un large catalogue de droits fondamentaux, désormais ouvert à la protection des générations futures et des êtres vivants non humains, notre droit peut de manière convaincante être dépeint comme mettant en œuvre une idée de justice ambitieuse et inclusive qui veut que chacun devrait pouvoir mener une vie digne d'être vécue.

Si l'on est d'accord sur ce constat, la question qui surgit alors est celle du statut juridique d'un tel principe. Si son caractère trop vague et général hypothèque sans doute son applicabilité directe – difficile d'en invoquer la violation « autonome » devant des cours et tribunaux –, on pourrait en revanche plaider pour en dégager un principe d'interprétation conforme. Ce dernier impliquerait, chaque fois que c'est possible, de proposer de nos règles positives une lecture qui rend justice au droit de chaque être vivant de mener une vie digne d'être vécue. Cette maxime d'interprétation conforme pourrait, à son tour, avoir sur nos représentations du système juridique un effet extrêmement dynamisant. Elle permettrait, par petites touches, de corriger le boitillement actuel de notre droit en rééquilibrant ses deux jambes.

D'aucuns trouveront sans doute que cette suggestion elle-même est encore trop ambitieuse – à tout le moins dans un premier temps – à défaut d'un consensus suffisamment établi sur l'existence même d'un tel principe. A ceux-là, le droit en transition propose une version plus modérée, qui fait du droit à mener une vie digne d'être vécue, une « idée de droit transpositive »²⁸, qui assure la médiation entre le droit positif et le droit naturel et, par-delà ses manifestations concrètes et éparses, baigne l'ordre juridique tout entier. Si un tel concept le rend assurément moins opératoire, le droit à mener une vie digne d'être vécue n'en demeurerait pas moins utile aux juristes. Il pourrait alors, tel un aimant sous la table, orienter discrètement leurs pratiques, guider implicitement leurs interprétations dans un sens qui tout à la fois *sonne* juste (eu égard aux revendications de justice qui parcourent le corps social) et tombe juste (au sens où, comme le préconise Dworkin, de telles pratiques et interprétations s'inséreraient harmonieusement dans le système juridique et donneraient à voir ce dernier sous son meilleur jour).

Quoi qu'il en soit, qu'on y attache un principe d'interprétation conforme ou qu'on le nimbe d'un halo transpositif, un tel droit pourrait, en mille endroits différents, aider les juristes à corriger les excès croissanciels du système. A titre purement exemplatif, une telle approche pourrait ainsi conduire les juristes à proposer des photographies innovantes de nos ordres juridiques dont il résulterait que :

²⁷ Pour les mouvements de la transition, l'enjeu ne semble pas tant de conquérir de nouveaux droits et d'en trouver les débiteurs que de proposer un nouveau « narratif », nourri d'initiatives concrètes qui soulignent la centralité de la *prise de responsabilité* individuelle et collective et la nécessité de (re)faire *communauté*. Il n'en demeure pas moins qu'en identifiant au cœur de ce narratif la présence d'un *droit à mener une vie digne d'être vécue* – droit moral, dirait Dworkin, et non pas droit subjectif –, notre entreprise de construction de sens s'efforce non seulement de relier la critique croissancielle à une certaine conception de la justice, mais aussi de jeter des ponts vers l'univers langagier des juristes. On rappellera au passage qu'en droit de l'Union à tout le moins, le principe d'interprétation conforme trouve à s'appliquer y compris en l'absence d'effet direct (cf. p. ex. C-573/17 *Poplawski*, 24 juin 2019, EU:C:2019:530).

²⁸ Pour une présentation générale et une discussion serrée de ce concept développé par G. BURDEAU dans son *Traité de sciences politique* (tome 1, vol. 1, Paris, LGDJ, 1980), cf. H. DUMONT, *Le pluralisme idéologique et l'autonomie culturelle en droit public belge*, vol. 1, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis – Bruxelles, 1996, p. 36-44.

- L'administration de la preuve de l'étendue des dommages causés à l'environnement par une entreprise doit être appréciée au regard du principe général *in dubio pro natura*²⁹ ;
- Ni le droit international, ni le droit de l'Union ne doivent nécessairement être interprétés comme s'opposant à la mise en place de droits anti-dumping destinés à freiner l'importation de produits en provenance d'Etats tiers qui ne satisfont pas à certains standards sociaux et environnementaux³⁰ ; ou comme s'opposant à l'introduction, dans les marchés publics notamment, de clauses visant à influencer la politique générale des soumissionnaires, à favoriser les circuits de proximité, ou à privilégier les petites et moyennes entreprises³¹ ;
- Le droit de l'Union – et en particulier l'article 263, al. 4, du TFUE – ne s'oppose pas à une lecture des conditions de recevabilité des recours en annulation qui offrirait un accès au prétoire aux porteurs d'un intérêt non économique ;
- Ni le droit international, ni le droit européen, ni le droit constitutionnel ne doivent nécessairement être interprétés comme étendant la liberté d'expression aux pratiques publicitaires ;
- L'augmentation du temps de travail est *a priori* contraire au principe de non-régression des droits sociaux fondamentaux³² ;
- L'interdiction de commercialiser des semences potagères issues de variétés végétales anciennes au motif qu'elles ne répondent pas à certains critères de productivité est contraire au droit primaire de l'Union³³ ;
- L'autonomie des générations futures relève de l'ordre public³⁴, de sorte qu'un contrat qui menacerait cette dernière pourrait être déclaré nul, même d'office par le juge.

On l'aura compris, le travail est ici virtuellement infini.

Conclusion

Au risque de se répéter, il n'est sans doute pas inutile, pour conclure, de revenir à l'objection que les plus positivistes de nos collègues ne manquent pas d'adresser à ce type de démarche.

²⁹ En ce sens, cf. la sentence arbitrale du CIRDI dans l'affaire n° ARB/08/5 *Burlington resources c. Equateur*, 7 février 2017, en ligne, <https://www.italaw.com/cases/181>.

³⁰ Dans un sens proche, cf. la Décision n° 2019-823 QPC du 31 janvier 2020 du Conseil constitutionnel validant la loi interdisant l'exportation de pesticides dont l'utilisation est prohibée en France. Le Haut Conseil y affirme notamment que la protection de l'environnement, patrimoine commun des êtres humains, constitue un objectif de valeur constitutionnelle qui peut primer sur la liberté d'entreprendre même si l'intérêt protégé se situe au-delà du territoire national.

³¹ En ce sens, cf. A. BAILLEUX, « Le droit des marchés publics face aux ambitions d'une prospérité sans croissance », *op. cit.*

³² En ce sens, cf. T-518/16 *Carreras Sequeros e.a. c. Commission*, 4 décembre 2018, EU:T:2018:873, arrêt malheureusement annulé sur pourvoi : C-119 et 126/19 P *Commission et Conseil c. Carreras Sequeros e.a.*, 8 septembre 2020, EU:C:2020:676.

³³ En ce sens, cf. les conclusions présentées par l'AG Kokott le 19 janvier 2012 dans l'affaire C-59/11 *Kokopelli*, EU:C:2012:28. *Contra*, l'arrêt de la Cour dans cette même affaire (12 juillet 2012, EU:C:2012:447)

³⁴ Cf. en ce sens l'arrêt précité de la Cour suprême colombienne (STC4360-2018, 5 avril 2018) qui identifie un « ordre public écologique mondial ». Plus proche de nous, cf. également les travaux consacrés à cette question par Ludo Cornelis (*Openbare orde*, Intersentia, 2019).

On se rappellera que cette objection consiste à dénier au juriste toute légitimité pour investir un terrain éminemment politique.

Pour sensée qu'elle puisse paraître, cette objection ne semble justifiée ni historiquement ni théoriquement. Historiquement, les exemples fourmillent de juristes qui ont mis leurs compétences au service d'une certaine conception du bien commun, de la lutte contre les discriminations raciales aux Etats-Unis à la mise en place d'une économie du libre-échange au fondement de la construction européenne, en passant par la création d'une véritable doctrine constitutionnelle de la croissance économique³⁵.

Plus fondamentalement, l'intervention du juriste dans ce débat paraît justifiée pour au moins deux raisons. La première tient à la montée en puissance des revendications post-croissancielles dans la société civile. Si l'on accepte que l'un des rôles du juriste est de traduire dans un langage commun (celui du droit) les conceptions du juste et du bien qui traversent le corps social, c'est non seulement un droit mais aussi un devoir pour celui-ci de s'efforcer de relayer de telles revendications jusqu'au sein du discours juridique – sans garantie bien sûr que ces « photographies innovantes » seront reprises par les photographes officiels du système que sont les cours et tribunaux.

La seconde raison tient au contenu desdites revendications. A bien les regarder, celles-ci paraissent ne rien faire d'autre que rappeler nos sociétés à la promesse qui les fonde : celle d'assurer la prospérité et la justice en reconnaissant le droit de chacun à mener une vie digne d'être vécue, sous le double signe de son autonomie et de sa vulnérabilité. Or, n'est-ce pas aussi le rôle du droit que de « garder le temps » et garantir de tels engagements³⁶ ?

On l'aura compris, le projet d'un « droit en transition » emprunte le chemin de l'« *empowerment* ». Il est appelé à se déployer dans les interstices du droit positif, dans les marges laissées par la « texture ouverte » des textes officiels, nourri de l'imagination et des ressources interprétatives des juristes. Ceux-ci n'ont aucune légitimité à parler à la place des politiques ; ils ne peuvent se transformer en nouveaux prêtres de la décroissance et de la simplicité volontaire. Mais ils peuvent porter la voix de ces innombrables personnes qui, des ravages d'une agriculture biberonnée aux intrants chimiques aux excès du libre-échangisme, considèrent que les déséquilibres en faveur du droit croissanciel menacent aujourd'hui le pacte social, fondé sur la promesse d'une vie digne d'être vécue.

Comme le colibri de la fable, ils pourront alors dire qu'ils ont, tout simplement, fait leur part.

³⁵ G. DELLEDONNE, « La croissance économique dans l'ordre juridique : retour sur un débat des Trente Glorieuses », *R.I.E.J.*, vol. 81, 2018, p. 341-353.

³⁶ A cet égard, on notera avec intérêt le *Climate Crisis Statement* adopté le 5 mai 2020 par l'*International Bar Association* qui enjoint tous les avocats à faire de leur pratique un instrument dans la lutte contre le changement climatique (<https://www.ibanet.org/Article/NewDetail.aspx?ArticleUid=cac6e15d-ec80-4669-9025-2773e9019519>).