

Le droit en transition

La science juridique face aux défis d'une prospérité sans croissance¹

Antoine Bailleux

Introduction

La thèse selon laquelle la prospérité de nos sociétés occidentales serait conditionnée à la poursuite de leur croissance économique fait aujourd'hui l'objet de vives controverses.

D'un côté, les partisans du « modèle croissancier » en soulignent le caractère vertueux, considérant qu'une économie en expansion permet de financer en douceur la sécurité sociale, les services publics et le remboursement de la dette de l'Etat. En douceur, parce que la redistribution des richesses rencontre moins de résistance lorsqu'elle intervient dans une économie en croissance que lorsqu'elle opère sur fond de récession, lorsque le gâteau commun se réduit et que chaque transfert au profit des uns s'accompagne, pour les autres, d'une perte sèche².

Dans le camp d'en face, on fait d'abord observer que la croissance est en berne depuis de nombreuses années et que peu d'économistes osent parier sur son retour tonitruant à court ou moyen terme. Plus fondamentalement, on souligne que des décennies de forte croissance n'ont pas apporté la prospérité promise, ni individuellement (le bien-être ne se mesure pas à la seule épaisseur de son portefeuille), ni collectivement (les inégalités subsistent et, à certains égards, ont même tendance à se creuser). Du reste, en faisant peser une charge littéralement insoutenable sur notre planète, cette croissance compromettrait radicalement la prospérité des générations futures³.

La réflexion collective lancée par le Séminaire interdisciplinaire d'études juridiques (SIEJ) il y a un an s'ancre dans la conviction que ces critiques du modèle croissancier doivent interpeller les intellectuels que nous sommes. Si les rares personnes que notre société rémunère pour réfléchir et chercher se dérobent face à des interrogations aussi fondamentales pour notre vivre-ensemble, qui s'y confrontera ? C'est animés de cette conviction que nous avons, pendant plus d'un an, écouté des observateurs et des acteurs

¹ Ce texte est une version remaniée d'une communication présentée au SIEJ le 14 mars 2017. Que tous les participants à cette séance soient remerciés pour leurs commentaires et suggestions, auxquels le présent document (encore provisoire) ne rend qu'imparfaitement justice.

² Cf. p. Ex. P. DE KEYZER, *Parlons croissance, parlons bonheur*, Tielt, Lannoo, 2014; P. ARTUS, M.-P. VIRARD, *Croissance zéro. Comment éviter le chaos ?*, Paris, Fayard, 2015 ; C. DI MEO, *La face cachée de la décroissance*, Paris, L'Harmattan, 2006.

³ Pour quelques exemples parmi une littérature abondante, cf. I. CASSIERS, K. MARECHAL, D. MEDA (dir.), *Vers une société post-croissance*, La Tour d'Aigues, éditions de l'aube, 2017; D. COHEN, *Le monde est clos et le désir infini*, Paris, Albin Michel, 2015 ; D. MEDA, *La mystique de la croissance. Comment s'en libérer*, Coll. Champs actuels, Paris, Flammarion, 2014 ; T. JACKSON, *Prospérité sans croissance*, Louvain-la-Neuve – Namur, De Boeck – Etopia, 2010 ; S. LATOUCHE, *Le pari de la décroissance*, Paris, Fayard/Pluriel, 2010 ; P. ARIES, *La simplicité volontaire contre le mythe de l'abondance*, Paris, La Découverte, 2010.

évoquer les limites de la croissance et esquisser des bribes d'alternatives qui font çà et là florès⁴.

Mais le SIEJ n'est pas seulement un cercle d'intellectuels. Il a pour vocation l'analyse des phénomènes *juridiques* – il étudie le droit *en contexte* certes, mais le *droit* tout de même. Et si notre centre de recherche a quelque chose à apporter à ces débats sur l'avènement d'une société post-croissance, c'est bien dans le champ juridique que cette contribution est appelée à se déployer. Alors, comment mener à bien cette démarche? Comment appréhender, en juristes, cette transition vers une société de l'après-croissance ?

C'est l'objet de cette contribution que de proposer un cadre pour mener une telle réflexion – un cadre, mais aussi des idées à l'adresse de ceux qui, tout en souhaitant contribuer à cette recherche, se trouveraient en panne d'inspiration.

Le « plan de bataille » déployé dans les pages qui suivent n'est toutefois pas suspendu dans le vide. Il s'ancre dans des considérations relatives à la nature même du droit et au rôle des juristes (I) ainsi que dans une interprétation des revendications de justice qui sous-tendent la critique croissancielle et les mouvements de transition (II). Ce n'est qu'à la lumière de ces considérations liminaires (d'où parle-t-on ? de quoi parle-t-on ?) qu'il sera possible de construire un programme de recherche aussi cohérent et structuré que possible (III). A cet égard, deux directions seront esquissées dans lesquelles pourrait se déployer une science juridique « en transition » – la direction d'un travail *sur* le droit d'une part (IIIa.), et celle d'un travail *avec* le droit d'autre part (III.b).

I. D'où parle-t-on ? le droit comme discours

Travailler *en juristes* sur la question de la postcroissance n'est possible qu'à partir du moment où l'on rompt avec une conception du droit un peu naïve – et néanmoins très répandue. Selon cette approche, qui relève de ce que l'on pourrait appeler un « positivisme non réfléchi » ou « vulgaire », l'espace normatif est divisé en deux. En amont, se trouve la sphère politique, marquée du sceau du débat démocratique, qui trace en toute liberté les choix de société que décide d'emprunter la collectivité souveraine. En aval, se déploie la sphère juridique, consistant dans la connaissance et l'application des règles adoptées au sein de l'arène politique. A l'inverse de la première, cette seconde sphère s'apparente à un univers technique confié aux mains d'experts, de professionnels du droit dont les travaux sont guidés par des préoccupations de rigueur et d'objectivité.

A suivre cette approche, les juristes n'ont rien à dire *en juristes* sur la question de la postcroissance. Citoyens comme les autres, ils peuvent bien sûr participer au débat public. Mais investir la sphère politique sous les traits du juriste équivaldrait à une imposture : le juriste n'a pas plus d'autorité qu'un autre lorsqu'il s'agit de décider du futur de notre société.

⁴ La quasi-totalité des interventions ont été filmées et sont accessibles à l'adresse https://www.youtube.com/channel/UCiJ_enh8lvRm3lgaK7UXUw. Par ailleurs, certaines d'entre elles ont donné lieu à des contributions écrites, publiées dans un dossier intitulé « Quand la croissance pâlit » (*Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2016, vol. 77).

Ce postulat d'une césure radicale entre les deux sphères (dotées chacune de leurs acteurs, de leurs objets et de leurs techniques propres) paraît hautement problématique, de même du reste que la métaphore des sphères, qui suggère des espaces clos relativement aisément identifiables.

A rebours de cette conception, on voudrait suggérer de considérer le droit comme un type particulier de *discours*, dont la spécificité réside dans sa façon très singulière d'articuler une dimension normative et une dimension cognitive.

Il n'est pas possible de revenir ici longuement sur cette idée, qui a été exposée ailleurs⁵. Qu'il nous soit néanmoins permis d'en souligner trois corollaires essentiels pour le propos de cette contribution.

(i) *Le registre juridique ne connaît pas de frontière.* Il est omniprésent dans ce que l'on appelait plus haut la « sphère politique ». Lorsque le législateur, ou même le constituant, décide de donner telle ou telle orientation à l'action publique, cette orientation est toujours déjà déterminée par un cadre juridique qui lui préexiste. Quand « le politique » adopte une nouvelle norme, il n'est pas dans le seul registre du pouvoir ou du vouloir, comme voudrait nous le faire croire un positivisme naïf. Il inscrit également son activité dans le registre de la *juris-dictio* : il ancre son action dans la conviction que cette nouvelle norme (cette nouvelle politique, cette nouvelle pratique...) s'insère harmonieusement dans l'ordre juridique, c'est-à-dire dans l'appareil de normes matérielles (par exemple les droits fondamentaux) et procédurales posées par ses prédécesseurs. Il en résulte qu'aucun objet « politique » n'échappe par principe à la démarche juridique, laquelle consiste à dire la norme par référence à des normes antérieures, liant ainsi le passé et le futur de la collectivité.

(ii) *Cette démarche juridique n'est pas l'apanage des juristes.* On évoquait à l'instant les hommes et femmes politiques, qui ne sont pas tous des diplômés en droit. Mais l'on pourrait étendre ce constat au simple quidam. C'est bel et bien au terme d'un raisonnement juridique, aussi fragmentaire voire inconscient soit-il, qu'un conducteur s'estime dans l'obligation de diriger et maintenir sa voiture sur le côté droit de la route. Voici donc un deuxième élément de la vulgate positiviste qui se trouve remis en cause : s'il n'existe pas de sujets inaccessibles à la démarche juridique, on ne connaît pas davantage de domaine réservé aux détenteurs patentés du savoir juridique que sont les diplômés en droit – ce qui ne signifie pas, comme on le verra, que ceux-ci ne sont pas dépositaires d'une autorité et, dès lors, investis d'une responsabilité particulière dans la conservation, le développement et la dissémination du discours juridique.

⁵ A. BAILLEUX, « La part du droit dans l'arbitrage social général », à paraître en 2017 dans les *Mélanges en l'honneur de François Ost* ; ID., « Le mythe du droit sans limites », in C. REGAD-ALBERTIN (dir.), *Aux limites du droit*, s.l., Mare & Martin, 2016, p. 43-56 ; ID., « Le soft law et les deux droits », in H. DUMONT, PH. GERARD, I. HACHEZ, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *Les sources du droit revisitées*, tome IV, Bruxelles, Anthémis, 2013, p. 503-537.

(iii) Si le discours juridique anime l'arène politique, il est en retour *traversé de part en part par une dimension politique*. Vole ici en éclats le troisième dogme du catéchisme positiviste : la démarche juridique est nécessairement politique. Ses soubassements idéologiques apparaissent parfois clairement. Lorsque des ONG condamnent l'illégalité du TTIP au motif qu'il violerait le principe de précaution ou celui de l'Etat de droit, elles adoptent une démarche juridique dont la teneur politique est évidente. Il en va de même du juge de paix de Verviers qui, en réaction aux allégations de malversations au sein de la société intercommunale Nethys, annule la dette d'un ménage envers cette dernière sur le fondement d'un arrêt de cassation préconisant la nullité d'un contrat lorsque l'une des parties est animée de motifs illicites.

Mais ces démarches juridiques sont-elles fondamentalement différentes de celle consistant pour la Cour de justice de l'Union européenne à ne voir dans la politique agricole commune qu'un instrument au service du productivisme⁶, ou d'une position « originaliste » qui prétend interpréter une Constitution vieille de plusieurs siècles à la seule lumière de l'intention présumée de ses auteurs⁷ ?

Il y a sans doute des différences de degrés entre ces positions, que nous ne trouverons pas toutes également convaincantes. Mais il serait profondément erroné de disqualifier comme étant non juridiques (et donc « politiques ») celles qui ne correspondent pas à notre analyse de l'état du droit positif.

Tout au contraire, il semble relever de notre responsabilité de juristes de donner aux revendications de justice plus ou moins maladroitement exprimées par la société civile (au sens le plus large du terme) le meilleur habillage juridique possible, de façon à ce que ces revendications puissent être entendues, défendues et départagées dans les différents forums où le droit rencontre le pouvoir institutionnalisé, qu'il s'agisse d'un cénacle parlementaire ou d'une salle d'audience⁸.

Cela signifie-t-il pour autant que le droit se réduit à l'expression d'une pure subjectivité ? Que la démarche juridique est une démarche fondamentalement partisane ?

En réalité, ces questions perdent leur sens à partir du moment où l'on reconnaît que la démarche juridique charrie nécessairement des présupposés politiques ou éthiques. Par hypothèse, un raisonnement juridique prétend chaque fois dégager la bonne réponse par rapport à la question qui l'a initié. Mais cette bonne réponse est inévitablement influencée

⁶ CJUE, C-59/11 *Kokopelli*, 12 juillet 2012, EU:C:2012:447.

⁷ On aura reconnu la position de plusieurs juges à la Cour suprême des Etats-Unis, parmi lesquels le juge Antonin Scalia, aujourd'hui décédé. Cf. A. SCALIA, *A matter of interpretation: Federal courts and the law*, Princeton, Princeton University Press, 1997.

⁸ Sur ce point, cf. A. BAILLEUX, « Eveiller au génie du droit : La formation des juristes en contexte d'incertitude », in J.-J. SUEUR et S. FARHI (dir.), *Pratique(s) et enseignement du droit. L'épreuve du réel*, Paris, LGDJ / Lextenso, 2016, p. 29-40 ; ID., « Quelle formation pour quel juriste et pour quel droit ? Libération et responsabilisation de l'étudiant bruxellois », in M. VOGLIOTTI (dir.), *Pour une nouvelle éducation juridique*, coll. Logiques juridiques, Paris, L'Harmattan, à paraître.

par la conception de la justice qui, selon son auteur, sous-tend ou anime l'ordre juridique tout entier⁹.

Ainsi, lorsqu'un juge prétend identifier un principe général du droit ou lorsqu'il défend telle ou telle interprétation audacieuse, il le fait non pas au nom de ses positions politiques propres mais bien en référence à la « moralité institutionnelle » qu'il croit déceler derrière l'ordre juridique lui-même. La différence peut paraître fine, mais elle est cruciale¹⁰.

Quant à l'avocat, il n'agit pas fondamentalement différemment lorsqu'il défend une thèse qu'il sait minoritaire mais qui lui paraît néanmoins susceptible d'emporter la conviction. C'est une stratégie bien connue de l'avocat confronté à des règles sectorielles *a priori* défavorables aux intérêts de son client que d'« élargir la focale » en invoquant des principes généraux ou des règles de droit international ou européen, bref d'enrichir le panel des éléments juridiquement pertinents pour proposer une « meilleure » réponse que celle qui se présente immédiatement à l'esprit.

II. De quoi parle-t-on ? La transition ou la vie digne revendiquée

Au bénéfice de ces considérations préliminaires, il est possible de commencer à examiner en juristes ce qui se joue, ou plus précisément ce qui se revendique, à travers les mouvements de transition qui prônent l'avènement d'une société de l'après-croissance. Se saisir en

⁹ On reconnaîtra là les éléments constitutifs de la théorie dworkinienne de l'interprétation judiciaire, qui consiste à trouver la bonne réponse en sélectionnant, parmi toutes celles qui s'intègrent (« fit ») dans l'ordre juridique et la chaîne des décisions antérieures, celle qui fait apparaître ces données juridiques « sous leur meilleur jour », sur le plan moral de la « justice substantielle » (Cf. e.a. R. DWORKIN, « Natural Law Revisited », *University of Florida Law Review*, 1982, p. 165-188).

¹⁰ Dworkin est, ici encore, très éclairant: « A judge who, as a matter of political conviction, believes in consumers' rights may nevertheless have to concede that the law of his jurisdiction has rejected this idea. It is one way misleading to say, however, that he will then be forced to make decisions at variance with his political convictions. The principle that judges should decide consistently with principle, and that law should be coherent, is part of his convictions, and it is this principle that makes the decision he otherwise opposes necessary » (*Ibid.*, p. 169). Cette position est partagée par Duncan Kennedy, l'un des chefs de file des *critical legal studies*, dont on connaît pourtant l'approche très politique des décisions de justice: « All members of the community know that one's initial impression that a particular rule governs and that when applied to the facts it yields X result is often wrong. That's what makes law such a trip. What at first looked open and shut is ajar, and what looked vague and altogether indeterminate abruptly reveals itself to be quite firmly settled under the circumstances. So it is an important part of the role of judges and lawyers to test whatever conclusions they have reached about "the correct legal outcome" by trying to develop the best possible argument on the other side. In my role as an activist judge I am simply doing what I'm supposed to when I test my first impression against the best pro-union argument I can-develop. If I manage to develop a legal argument against the injunction, the ideal of impartiality requires me to test that argument in turn against a newly worked-out best counterargument in favor of the company. Eventually, my time will run out, and I'll just have to decide. What would betray legality would be to adopt the wrong attitude at the end of the reasoning process, when I've reached a conclusion about "what the law requires" and found it still conflicts with how-I-want-to-come-out. » (D. KENNEDY, « Freedom and Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology », *Journal of Legal Education*, 1986, pp. 518-562., ici pp. 522-523).

juristes de ces revendications c'est d'abord s'interroger sur la façon dont elles s'inscrivent ou sont susceptibles de s'inscrire dans une démarche proprement juridique. Pour y parvenir, il convient d'abord de cerner au plus près l'idéal de justice qui se trouve porté par ces mouvements.

A cet égard, on voudrait faire l'hypothèse que derrière ces revendications, se dévoile l'expression d'un principe de justice que l'on pourrait formuler (et que certains ont formulé) comme étant le *droit de chacun à mener une vie digne d'être vécue, c'est-à-dire, le droit de mener une vie sous le double signe de l'autonomie et de la vulnérabilité*.

Avant de développer cette affirmation, une précision méthodologique s'impose. Les propos qui suivent ne sont pas le résultat d'une démarche sociologique qui s'efforcerait, par des analyses de terrain et des entretiens avec les acteurs de la transition ou les objecteurs de croissance – qui ne sont pas nécessairement les mêmes –, de dévoiler les intentions et les motivations de ces acteurs¹¹. Ils procèdent bien plutôt d'une ambition herméneutique consistant à construire un univers de sens à partir de ces pratiques, principalement à l'aide d'un matériau textuel qui les décrit ou auquel elles se réfèrent. Un travail d'interprétation, donc, qui est loin d'être étranger aux juristes.

Abordons à présent les différents éléments de la revendication de justice présentée plus haut.

Le droit de mener une vie digne d'être vécue n'est bien entendu pas sans lien avec le concept de dignité humaine, bien connu des juristes. Ce parallèle appelle cependant deux mises au point.

Premièrement, il ne s'agit pas ici, comme souvent en droit, de penser la dignité humaine de façon négative 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 post-croissancielle 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 pourvu¹².

Deuxièmement, on connaît la place centrale des préoccupations écologiques dans la critique postcroissancielle. Ce serait dès lors en donner une lecture trop réductrice que de

¹¹ Un tel travail a été mené, à petite échelle, par L. DAMAY et A. GUISET. On en trouvera un premier aperçu dans leur article: « Une réaction : Penser la sortie de l'imaginaire de la croissance au travers des initiatives locales de transition ? », *R.I.E.J.*, 2016, vol. 77, pp. 131-135.

¹² 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).

limiter ses revendications de justice au seul être humain. En dénonçant les dommages causés aux animaux et aux plantes par la quête sans fin de gisements de croissance, c'est à tout le vivant que cette critique attribue un « droit »¹³ à mener une vie digne, c'est-à-dire une vie en adéquation avec ses potentialités.

A n'en pas douter, ces revendications trouvent un écho puissant dans la féconde théorie des capacités d'Amartya Sen, telle que reprise et développée par Martha Nussbaum. Selon cette théorie, « la question principale à poser lorsque nous comparons les sociétés pour voir si elles sont fondamentalement décentes et justes est la suivante : "Qu'est-ce que chaque personne est capable de faire et d'être ?" (...) Elle (...) soutient que le bien essentiel que les sociétés devraient chercher à promouvoir pour leurs membres est un ensemble de possibilités, ou de libertés substantielles, que les individus peuvent décider d'exercer ou non. (...) Cette approche s'engage donc à respecter la capacité d'autodéfinition des individus »¹⁴. Ces capacités sont « des libertés ou des possibilités créées par une combinaison de capacités personnelles et d'un environnement politique et social et économique »¹⁵, qui sont d'autant plus importantes qu'elles peuvent déboucher sur un nombre élevé de « fonctionnements », c'est-à-dire d'« états ou [d'] actions qui sont les résultats ou les mises en œuvre des capacités »¹⁶. Martha Nussbaum liste dix capacités centrales, dont un seuil minimal doit être garanti par les autorités publiques pour que « les individus soient capables de poursuivre une vie digne et minimalement épanouie »¹⁷.

On notera par ailleurs que l'approche par les capacités s'étend au-delà de l'humain. Comme l'écrit Nussbaum, « nous avons besoin d'une conception élargie de la *dignité*, puisque nous devons désormais parler non seulement de vies humainement dignes, mais de vies dignes pour un large ensemble de créatures sensibles. A la différence des approches kantienne, qui considèrent le devoir de bien traiter les animaux comme une conséquence de notre devoir de défendre notre propre animalité humaine, l'approche des capacités considère que chaque type d'animal a une dignité qui lui est propre. (...) Nous devons être attentifs à la forme de vie de chaque espèce et promouvoir, pour chacune, la possibilité de vivre et d'agir en fonction de la forme de vie de cette espèce », étant entendu que « tous les animaux ont droit à un niveau minimal de chances de mener une vie caractéristique de leur espèce »¹⁸.

La théorie des capacités établit ainsi un lien direct entre la notion de « vie digne » et la capacité du sujet à s'épanouir ou, pour reprendre la formule de Spinoza, à « persévérer dans son être ». Ce faisant, elle nous conduit vers la seconde partie de notre thèse, selon laquelle la conception post-croissancienne de la « vie digne » serait celle d'une vie menée sous le signe de l'autonomie et de la vulnérabilité.

¹³ On s'explique un peu plus loin sur l'usage de ce terme.

¹⁴ M. NUSSBAUM, *Capacités. Comment créer les conditions d'un monde plus juste?*, trad. fr. Solange Chavel, Paris, Flammarion, 2012, p. 37 (éd. or. 2011).

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ *Ibid.*, p. 45.

¹⁷ *Ibid.*, p. 55.

¹⁸ *Ibid.*, p. 216-217.

Le lien entre dignité et autonomie n'est pas neuf. Kant déjà fait de l'autonomie « le principe de la dignité de la nature humaine et de toute nature raisonnable »¹⁹. La jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme considère quant à elle l'autonomie personnelle comme une dimension de la dignité humaine²⁰.

Mais c'est sans doute Ivan Illich qui, le premier, a eu recours à la notion d'autonomie pour dénoncer les excès de la société de croissance et la domination de l'homme par ce qu'il appelle « l'outil »²¹. Cette autonomie, Illich, et Arnsperger (d')après lui, la décrivent comme « la capacité du sujet humain à détenir dans ses propres mains les "ressources" qui permettent de jouir de telle ou telle valeur d'usage »²², et ce « à travers une hétéronomie minimale – c'est-à-dire compatible avec le maintien, voire avec la croissance, d'un réseau relationnel convivial »²³. En d'autres termes, on est plus ou moins autonome selon que l'on détient ou non, dans ses propres mains, les ressources pour s'alimenter ; se déplacer ; se soigner ; se loger ; se divertir ; réfléchir ; méditer, etc.

Il ne fait pas de doute que chaque être humain est doté d'un certain degré d'autonomie « immédiate » que lui confèrent ses qualités physiques et mentales. On rejoint ici la notion de « capacités de base » forgée par Nussbaum pour désigner « les facultés innées de la personne qui rendent possible le développement et l'éducation ultérieurs »²⁴.

Il est tout aussi évident qu'en entrant en relation avec l'autre, l'être humain est capable d'accroître cette autonomie immédiate.

Cette accroissement peut notamment prendre la forme d'une *amplification*, qui voit les potentialités de l'individu démultipliées par le travail de l'autre grâce à l'institution du marché. D'abord avec le troc, ensuite avec la monnaie, le marché a rendu possible une spécialisation du travail qui permet désormais à un grand nombre de nos concitoyens, grâce à des journées de travail passées assis à un bureau, de se procurer un logement, une nourriture et des soins de santé d'une qualité et d'une diversité bien supérieures à celle dont ils pourraient rêver s'ils devaient compter sur leurs seules capacités.

Pour le dire autrement, l'utilisation spécifique de mon autonomie comme coiffeur, footballeur ou avocat, me donne, grâce au média de l'argent, la capacité d'étendre mon pouvoir sur mon environnement, d'enrichir mon « *set of opportunities* », pour parler comme George Stigler et Richard Posner²⁵ et, en une semaine, un jour (ou peut-être une minute

¹⁹ E. KANT, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, trad. V. Delbos, Paris, Delagrave, 1967, p. 162

²⁰ Cf. l'arrêt *Lambert et autres c. France*, 5 juin 2015 spéc. Pt. 142 et arrêts cités.

²¹ Cf. en particulier I. ILLICH, *La convivialité*, Paris, Seuil, 1973.

²² C. ARNSPERGER, « Critique existentielle de la croissance économique. Eléments pour une "transition anthropologique" », *R.I.E.J.*, 2016, vol. 77, p. 87.

²³ ID., *L'homme économique et le sens de la vie*, Paris, Editions textuel, 2011, p. 112.

²⁴ M. NUSSBAUM, *op. cit.*, p. 43.

²⁵ « A separate question is whether, as utilitarians such as John Stuart Mill have thought, liberty is more than a form of wealth. Professor Stigler, in an interesting recent paper, answers "no," and I think he is correct from the wealth-maximization standpoint. Liberty in Stigler's analysis is simply the size of the

pour certains footballeurs) de « produire », par l'intermédiaire des autres, la nourriture qu'il me faut pour un mois.

C'est ce qui rend la croissance économique qui accompagne cette marchandisation si captivante : elle accroît notre autonomie individuelle d'une manière redoutablement efficace. C'est d'ailleurs là son seul objectif.

La critique du modèle croissancier s'enracine toutefois dans l'idée que passé un certain point, cette amplification de l'autonomie par le biais du marché se *retourne* contre l'autonomie elle-même, et devient une menace pour cette dernière. La croissance devient alors contreproductive, nous dit Illich. Vecteur d'émancipation au départ, elle se transforme en facteur d'*aliénation*²⁶.

On ne vise pas ici la perte d'autonomie immédiate qui accompagne inévitablement la division du travail, et qui fait par exemple que la plupart d'entre nous ne détiennent plus les savoirs médicaux de nos ancêtres ou ne sont plus capables de courser une antilope jusqu'à l'épuisement. Non, la critique croissancière a pour cible une aliénation plus profonde et plus étendue, qui menace pour cette raison même le droit de chacun de mener une vie digne d'être vécue.

Cette menace surgit à différents niveaux : celui de l'individu (i) , celui de la collectivité (ii), et celui de ce que l'on pourrait appeler les « entités non humaines »²⁷ (iii).

(i) Au niveau de l'individu d'abord, l'impératif de croissance porte en lui le risque d'une hypertrophie du tandem « travail-consommation ». Vertueuse en son principe (plus je travaille, plus je consomme, plus j'amplifie mon autonomie, plus je donne aux autres le moyen de travailler et consommer à leur tour), cette dynamique a tendanciellement pour effet de remplir tout l'espace de vie et d'écraser les autres sphères de l'existence. La consommation appelle l'endettement, qui enchaîne le travailleur à son activité rémunérée, activité dont il ne se distrait que par davantage de consommation ; c'est la figure aliénée de

individual's opportunity set. To Stigler, the average present-day Russian has more liberty than his nineteenth-century ancestors, not because his civil liberties, or even his economic liberties, are greater, but because his income is higher and this gives him a bigger opportunity set than his ancestors had. So also, in his analysis, there is no distinction between the liberty of a man who is legally free to travel abroad but lacks the wherewithal to do so and a man who has the wherewithal but is forbidden by the state to travel. » (R. POSNER, « Utilitarianism, Economics and Legal Theory », *The Journal of Legal Studies*, 1979, p. 140.)

²⁶ Cf. en ce sens O. DE SCHUTTER, « La cage et le labyrinthe : S'évader de la religion de la croissance », *R.I.E.J.*, 2016, vol. 77, pp. 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 ».

²⁷ Nous empruntons cette expression à Corinne Pelluchon (*Éléments pour une éthique de la vulnérabilité. Les hommes, les animaux, la nature*, Paris, Cerf, 2011).

l' « *animal laborans* » dénoncée par Arendt qui surgit ici²⁸, et celle de l'individu *vulnérable* à lui-même, à ses pulsions, à l'illimitation de son désir²⁹.

On ajoutera qu'à mesure qu'elle croît, cette dynamique « travail-consommation » génère ce qu'Illich appelle de nouveaux « monopoles radicaux », qui menacent à leur tour l'autonomie im-médiate (i.e., non médiatisée par le marché) de chacun.

Derrière ce concept se trouve le constat que la consommation des autres m'oblige, pour *conserver* mon niveau d'autonomie, à consommer à mon tour. Quelle est aujourd'hui mon autonomie sans abonnement Internet, sans voiture et sans téléphone portable? A équipement constant, mon autonomie a baissé de manière relative entre 1960 et 2017 : des standards de consommation sont apparus, qui ont conduit à une modification de l'offre de services (la disparition des trains de campagne, des commerces de proximité, des cabines téléphoniques) produisant une perte d'autonomie dans le chef de ceux qui sont restés aux marges de cette mouvance³⁰.

²⁸ H. ARENDT, *La condition de l'homme moderne*, Calmann-Levy, 1983, not. p. 183-186: « L'idéal [de l'*animal laborans*] n'est pas nouveau ; il était clairement indiqué dans le postulat de l'économie politique classique : le but ultime de la *vita activa*, c'est l'accroissement des richesses, l'abondance et le "bonheur du plus grand nombre". Et qu'est-ce, finalement, que cet idéal de la société moderne, sinon le vieux rêve des misérables qui a son charme tant qu'il demeure un rêve, mais se révèle marché de dupe dès qu'on le réalise ? L'espoir qui inspira Marx (...) repose sur l'illusion d'une philosophie mécaniste qui assume que la force de travail (...) ne se perd jamais, de sorte que si elle n'est pas dépensée, épuisée dans les corvées de la vie, elle nourrira automatiquement des activités "plus hautes". (...) Cent ans après Marx, nous voyons l'erreur de ce raisonnement : les loisirs de l'*animal laborans* ne sont consacrés qu'à la consommation et plus on lui laisse de temps, plus ses appétits deviennent exigeants, insatiables. (...) Un des signaux d'alarme les plus visibles indiquant que nous sommes peut-être en voie de réaliser l'idéal de l'*animal laborans*, c'est la mesure dans laquelle toute notre économie est devenue une économie de gaspillage dans laquelle il faut que les choses soient dévorées ou jetées presque aussi vite qu'elles apparaissent dans le monde pour que le processus lui-même ne subisse un arrêt catastrophique. (...) Le danger est qu'une telle société, éblouie par l'abondance de sa fécondité, prise dans le fonctionnement béat d'un processus sans fin, ne soit plus capable de reconnaître sa futilité – la futilité d'une vie "qui ne se fixe ni ne se réalise en un sujet permanent qui dure après que son labeur est passé" (A. Smith) ».

²⁹ Sur ceci, cf. M. GARCIA PENAFIEL, « Une réaction : Quelques réflexions à propos des ressorts psychologiques de l'autolimitation du désir et des besoins », *R.I.E.J.*, 2016, vol. 77, p. 99-111.

³⁰ Ecoutons encore une fois Illich : « Les hommes ont la capacité innée de se soigner, de réconforter, de se déplacer, d'acquérir du savoir, de construire leurs maisons et d'enterrer leurs morts. Chacun de ces pouvoirs rencontre un besoin. Les moyens de satisfaire ces besoins ne manquent pas, tant que les hommes restent dépendants de ce qu'ils peuvent faire par et pour eux-mêmes, le recours à des professionnels étant marginal. De telles activités ont une valeur d'usage, et n'ont pas été affectées de valeur d'échange. Leur exercice n'est pas considéré comme un *travail*. Ces satisfactions élémentaires se raréfient lorsque l'environnement social est transformé de telle sorte que les besoins élémentaires ne peuvent plus être satisfaits hors commerce. Et un monopole radical s'établit quand les gens abandonnent leur capacité innée de faire ce qu'ils peuvent pour eux-mêmes et pour les autres, en échange de quelque chose de "mieux" que peut seulement produire un outil dominant » (I. ILLICH, *op. cit.*, pp. 83-84 (souligné dans le texte)).

On aurait tort de relativiser ce sombre tableau au motif qu'il ne concernerait, pour la première menace, que quelques *workoholics* drogués aux voitures de sport, et pour la seconde, une poignée de bobos décroissants en mal de sensations fortes.

Qui ne voit en effet que cette évolution s'accompagne d'une multiplication des causes de fragilisation et de marginalisation ? Car ne nous y trompons pas : c'est bien le droit des plus démunis à mener une vie digne d'être vécue qui se trouve ici le plus directement menacé. Le décrochage dans la course à la consommation se paie cash en termes d'autonomie immédiate, nous l'avons vu.

Et le relais assuré par la sécurité sociale pour ramener l'individu dans le peloton ne change rien (ou peu de choses) à cet état de fait. Voilà l'individu aliéné à des mécanismes de redistribution, présentés comme une perfusion temporaire et artificielle, qui souligne plus qu'elle ne résout l'absence d'autonomie de celui que l'on appelle l'assisté. Dans l'attente de sa réintégration dans le monde du travail, désormais seule voie d'accès à l'autonomie (autonomie par la consommation), notre individu se retrouve privé du sens de sa vie, privé des moyens de mener une vie digne d'être vécue.

(ii) Cette dernière observation nous mène au cœur de la deuxième menace que la critique postcroissancielle décèle dans les excès de la marchandisation, celle qui pèse sur l'autonomie collective.

La logique croissancielle fait ici une double victime, que l'on pourrait qualifier respectivement d'autonomie *sociale* et d'autonomie *politique*.

L'autonomie sociale, c'est la « convivialité » dont parle Illich. Selon ce dernier, « une société conviviale est une société qui donne à l'homme la possibilité d'exercer l'action la plus autonome et la plus créative, à l'aide d'outils moins contrôlables pour autrui. La productivité se conjugue en termes d'avoir, la convivialité en termes d'être »³¹. Il est crucial de comprendre que cette convivialité se tisse sur fond de relations interpersonnelles. Comme le dit Arnsperger, « la convivialité (...) représente un ensemble de "capabilités collectives" fournies par la société en vue de l'autonomisation des citoyens. Elle a pour essence un être-ensemble où des personnes s'enseignent mutuellement à être plus autonomes. Et ce soutien réciproque permet à chacun de dépendre des autres de façon plus juste parce qu'il dépend moins des valeurs d'échange que la logique de croissance capitaliste lui propose comme béquilles (...) Le tissu relationnel d'une personne, son réseau de convivialité, est destiné à s'étendre autant que nécessaire à son autonomisation »³².

Chez Illich, Arnsperger et d'autres encore, l'autonomie de l'individu ne semble se concevoir que sur fond de reconnaissance de sa *vulnérabilité première*. Le petit d'homme ne peut rien advenir sans les soins, l'éducation, la langue, l'affection qui lui seront progressivement donnés. Pour reprendre les termes de Nussbaum, les « capabilités de base » ne deviennent des « capabilités internes » que par l'interaction de la personne avec son environnement

³¹ *Ibid.*, p. 43.

³² C. ARNSPERGER, *L'homme économique...*, op. cit., pp. 113-114.

familial et social³³. Mais si cette dépendance à l'autre s'observe avec le plus d'acuité chez le nouveau-né, elle n'en demeure pas moins une dimension fondamentale de toute vie humaine – comme de toute vie en général, nous y reviendrons. Or, c'est précisément cette vulnérabilité que nie la logique d'amplification de l'autonomie sous-jacente à la marchandisation de la vie. En présentant l'autre comme un moyen en vue de la satisfaction de mes désirs ou de mes besoins, et en me donnant sur lui le pouvoir que confère l'argent (pour le client) ou la capacité (pour le marchand), le marché institue l'artifice d'une relation entre sujets souverains toujours-déjà autonomes. Ce faisant, il détruit les conditions d'une autonomie collective, et réduit à la figure d'une pure dépendance, assimilée à celle du parasite, ceux qui sont laissés aux marges du tandem production-consommation.

On sera plus brefs quant à la menace que l'hypertrophie du modèle croissancier fait peser sur l'autonomie *politique*. Notons simplement que la dynamique décrite tout à l'heure à propos des individus est presque parfaitement transposable aux Etats. On connaît la situation de surendettement de nos économies et la course éperdue de nos dirigeants aux investissements porteurs d'une croissance du PIB présentée et vécue comme une condition nécessaire à la survie même de la société³⁴. Un projet politique n'est recevable, n'est audible que pour autant qu'il souscrive à cette urgente nécessité. C'est dire le corset qu'impose le modèle croissancier à l'exercice de notre autonomie politique. On ne saurait nier la centralité de cette thématique pour les mouvements transitionnels, dont l'ambition consiste bien souvent à se réapproprier, au niveau local, la maîtrise d'un avenir commun.

(iii) Le lien entre vulnérabilité et autonomie n'est nulle part aussi fort que dans les revendications proprement écologiques de la critique du modèle croissancier. Celle-ci place au cœur de ses préoccupations le devenir des entités non humaines que sont non seulement les générations futures, mais aussi les êtres vivants qui n'appartiennent pas au genre humain. La pression que le modèle croissancier entraîne sur notre environnement constitue une menace tangible tant pour l'autonomie de nos descendants que pour celle de nos « cousins ».

S'agissant des premiers, la critique croissancière rappelle que des ressources naturelles accumulées pendant des milliards d'années ont été épuisées en l'espace de deux ou trois générations³⁵. Que ce modèle menace l'autonomie des générations qui nous suivent se passe sans doute de toute explication supplémentaire³⁶.

S'agissant des seconds, il y a dans la dimension écologique du discours post-croissancier cette idée que le droit de mener une vie digne d'être vécue, conduite sous le double signe de l'autonomie et de la vulnérabilité, n'est pas le privilège des seuls humains. Dans un livre

³³ C. NUSSBAUM, *op. cit.*, p. 40.

³⁴ Cf. W. STREECK, *Du temps acheté. La crise sans cesse ajournée du capitalisme démocratique*, Paris, Gallimard, 2014.

³⁵ D. MEADOWS, J. RANDERS et D. MEADOWS, *Limits to Growth. The 30-Year Update*, Chelsea Green Publishing. Traduction française : *Les limites à la croissance (dans un monde fini)*, Paris, Rue de l'Echiquier, 2012.

³⁶ Cf. Ph. BIHOUIX, *L'âge des low tech. Vers une civilisation techniquement soutenable*, Paris, Seuil, 2014.

d'une grande profondeur, qui prolonge et infléchit l'application de la théorie des capacités aux entités les plus vulnérables, Corine Pelluchon écrit ainsi : « Utilisé comme substantif, le terme "dignité" doit être accompagné de la considération des différentes formes de vie : on parlera non de la dignité, mais de la dignité propre à une espèce. (...) Cependant, comme adjectif, ce mot recouvre certains caractères communs aux espèces et conserve la dimension normative et le caractère d'absoluité auxquels il est attaché : les vies indignes sont toutes des vies où l'individu ne peut exercer ses capacités centrales »³⁷.

Le propos de Corine Pelluchon rend justice aux revendications post-croissanciennes, non seulement en ce qu'il s'efforce de penser le dépassement de la « philosophie du sujet » héritée de la modernité, mais en outre en ce qu'il fait peser sur l'homme une *responsabilité* particulière. Écoutons encore la philosophe : « on peut dire que le concept central qui permet de saisir l'humanité de l'humain et peut-être le sens d'une vie proprement humaine est le concept de responsabilité. Le passage de la compassion à une responsabilité qui s'étend aux êtres humains qui ne sont pas nos parents, (...) aux individus qui n'existent pas encore et ne font pas entendre leurs plaintes, aux bêtes, aux entités qui ne sont pas douées de sensibilité, est ce dont l'homme seul peut se rendre capable »³⁸. Impossible de ne pas voir, dans ces propos qui unissent l'homme au reste du vivant en même temps qu'ils l'en distinguent, un vibrant écho aux revendications écologiques des « objecteurs de croissance ». C'est au nom de la vulnérabilité particulière et du droit à l'autonomie des « sans-voix », mais aussi en vertu d'une responsabilité qui est le propre de l'homme, que ces mouvements appellent au dépassement d'une logique fondée sur l'illimitation du sujet et de ses désirs.

On ne saurait trop souligner l'importance de ce concept de responsabilité, qui doit être solidement arrimé au *droit* à une vie digne d'être vécue pour rendre réellement justice aux revendications des objecteurs de croissance. C'est que le registre des droits subjectifs utilisé pour les présenter ne doit pas nous leurrer sur la nature de ces revendications, qui n'empruntent ni le langage, ni les formes habituelles de l'action militante. Du reste, le terme même de revendication donne sans doute une allure trop agonistique aux mouvements de la transition, lesquels prétendent davantage œuvrer directement à la transformation de la société que réclamer ce changement en présentant leurs doléances à tel ou tel responsable politique. En d'autres termes, pour ces mouvements, 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. 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 croissancienne à une certaine conception de la justice, mais aussi de jeter des ponts vers l'univers langagier des juristes, sur lequel il convient à présent de porter notre attention.

³⁷ C. PELLUCHON, *op. cit.*, p. 182.

³⁸ *Ibid.*, p. 213.

III. Que faire ? – Travailler sur et avec le droit

Voici donc la revendication de justice que l'on croit confusément déceler derrière le mouvement de la transition et le projet politique d'une prospérité sans croissance : assurer le droit de tous, ici et ailleurs, aujourd'hui et demain, à mener une vie digne d'être vécue, c'est-à-dire une vie menée sous le double signe de l'autonomie et de la vulnérabilité.

Il convient à présent de s'interroger sur la façon dont une telle revendication peut être prise en charge dans le cadre d'une démarche juridique. Nous entrons ici de plain-pied dans le programme de travail qui s'étend devant nous dans le cadre de ce séminaire.

(1) *Un travail sur le droit*

a. Cartographier le rapport de forces

Une première étape consiste à se demander si une telle conception de la justice peut trouver un écho, voire un point d'appui dans notre ordre juridique.

Disons-le d'emblée, il semble que le droit de mener une vie digne d'être vécue tel que nous l'avons défini sous-tend et innerve l'ensemble de notre ordre juridique.

D'un côté, il se trouve *exprimé* par certaines règles fondamentales telles que le droit à la dignité humaine ou le droit à la vie privée dont on sait qu'il comprend un droit à l'épanouissement personnel. Il y a là sans doute la place pour une première contribution à notre recherche collective, qui tâcherait d'identifier les règles, les sources, les données juridiques pertinentes susceptibles de faire écho à ces revendications. Cette étude offrirait pour les juristes une occasion de participation très directe à la création d'un « narratif » de la transition ou de la post-croissance, pour reprendre les termes de Laurent de Briey, même si l'ensemble de notre recherche peut être perçu comme participant à la construction de ce « récit collectif ».

D'un autre côté, on peut considérer que l'ensemble de nos règles juridiques se trouvent d'une certaine manière *au service* de cette promesse d'autonomie.

D'une part, certaines de ces règles reconnaissent notre vulnérabilité en protégeant notre autonomie « immédiate » des menaces que la violence, le pouvoir et la volonté d'asservissement font directement peser sur elles. Cette mission est assurée par des règles aussi disparates que les infractions relatives aux atteintes aux personnes, la prohibition de l'esclavage, l'égalité de traitement, ou le principe de l'Etat de droit et les droits fondamentaux. Au niveau collectif, le concept de souveraineté et les principes de non-ingérence dans les affaires intérieures et de prohibition du recours à la force participent de cette même dynamique.

D'autre part, de nombreuses règles juridiques balisent depuis toujours le processus d'amplification de notre autonomie par le biais de l'échange marchand. En instituant le droit de propriété, la vente et plus généralement la liberté contractuelle, en organisant un droit

des sûretés, notre ordre juridique sécurise et favorise cet échange. L'incrimination du vol et des autres atteintes aux biens s'inscrit dans cette même perspective, à l'instar des règles relatives au dol ou à l'abus de confiance. Quant au droit de la sécurité sociale et aux règles relatives à la protection de la rémunération, ils assurent à tous une capacité minimale de consommation.

On peut néanmoins faire l'hypothèse que le droit contemporain a quelque peu bousculé ce subtil équilibre entre la protection de l'autonomie immédiate et son amplification par l'ouverture au marché.

Un grand nombre de règles sont apparues, visant non pas à permettre ou sécuriser l'échange marchand, mais à l'encourager et à en étendre l'empire, tantôt en favorisant la production (pensons à la propriété intellectuelle qui étend la marchandisation aux productions de l'esprit, au droit bancaire qui favorise l'investissement, ou à la politique agricole commune qui fixe des conditions d'accès au marché dictées par un objectif de productivité), tantôt en facilitant l'échange et la consommation (songeons à la libéralisation de services publics par le biais des impératifs de libre circulation et de libre concurrence, à l'assimilation de l'activité publicitaire à l'exercice du droit à la liberté d'expression, à la multiplication des règles de protection du consommateur, etc.)³⁹.

Face à ce constat, les revendications de justice portées par les critiques de la société de croissance peuvent être analysées comme une mise en garde, doublée d'une demande, adressée au droit.

La mise en garde, c'est celle du retournement du processus d'amplification d'autonomie contre l'autonomie elle-même, processus évoqué précédemment.

Quant à la demande, elle consiste à inviter le droit à continuer à assurer son rôle de protecteur de l'autonomie. Si le droit préserve notre autonomie des menaces directes que le pouvoir et la violence font peser sur elle, ne doit-il pas également la prémunir des atteintes *indirectes* qu'une poursuite irrépressible du mouvement de croissance et de marchandisation de la vie est susceptible d'engendrer ? Ne doit-il pas reconnaître, par-delà notre vulnérabilité physique individuelle, notre vulnérabilité collective (hommes, animaux, végétaux, vivants présents et à venir) à l'*hubris* de l'humain, ainsi que la façon donc cette vulnérabilité *convoque* la responsabilité de notre espèce ?

Il y a là tout un travail passionnant de cartographie à mener, qui pourrait occuper une ou plusieurs contributions. Il s'agirait d'abord de redessiner notre droit positif en substituant à la vieille division droit public-droit privé une nouvelle distinction, entre droit de la croissance et droit de l'autonomie (que l'on pourrait également appeler droit de la vulnérabilité). Dans la mesure où il mettrait au jour des liens insoupçonnés entre des matières et où il tracerait

³⁹ Notons au passage qu'une contribution est déjà prévue dans l'agenda du SIEJ, qui soulignera l'apparition, au milieu du siècle dernier, de cette nouvelle mission pour le droit consistant à favoriser la croissance (Giacomo Delledonne).

des clivages au sein de celles-ci, un tel exercice de changement de perspective, de *gestalt*, serait certainement riche de surprises, de découvertes, et de nouvelles intuitions.

Ce travaillerait impliquerait de dresser l'inventaire des règles qui s'élèvent déjà contre ces menaces indirectes que la société de croissance fait peser sur l'autonomie, individuelle et collective. 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, mais aussi aux catégories qui, de l'ordre public aux biens hors commerce, placent des limites à la marchandisation.

Ce travail en appellerait ensuite un autre, qui consisterait à évaluer les rapports de force s'établissant, au sein même de nos ordres juridiques, entre ces deux corpus de règles. Notre intuition, qui rejoint celle des critiques du modèle croissancier, est que le droit de la croissance l'emporte le plus souvent sur le droit de l'autonomie. La protection de l'autonomie 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 ne bénéficient guère des garanties juridictionnelles susceptibles d'en assurer l'effectivité.

Ce ne sont bien sûr que des intuitions, qui appellent à être mises à l'épreuve de conflits concrets. Le contentieux des libertés de circulation, le droit des marchés publics, la jurisprudence sur la nullité des contrats pour violation de l'ordre public, les exceptions à la brevetabilité, le conflit entre droit d'auteur et principe d'*open access*, le contentieux de l'expropriation pour cause d'utilité publique, le traitement pénal de certains « objecteurs de croissance » (squatteurs hérauts du droit au logement, saccageurs de champs d'OGM au nom de la protection de l'environnement, etc.), les contentieux de recouvrement de dettes opposant des « fonds voutours » à des Etats en situation de quasi-faillite, voilà autant d'exemples de terrains susceptibles d'enrichir, d'affiner, ou d'invalider ces hypothèses relatives aux collisions entre deux « régimes »⁴⁰, celui de la croissance et celui du couple l'autonomie / vulnérabilité.

b. Interroger la monopolisation du droit

Mais la critique croissancière invite à porter plus loin encore ce travail juridique d'introspection. Ce n'est pas simplement le contenu des règles juridiques qui semble en porte-à-faux avec la promesse d'autonomie sous-jacente à notre droit. C'est aussi sa confiscation, sa marchandisation, sa « monopolisation ».

⁴⁰ A. FISCHER-LESCANO & G. TEUBNER, « Regime-Collisions : The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law », *Mich. J. Intn'l Law*, vol. 25, 2004, p. 999-1046

C'est un fait bien établi que l'intensification, la diversification et la spécialisation des activités humaines a entraîné une croissance et une technicisation du droit lui-même. Au droit coutumier et local ancré dans la pratique constante et l'*opinio iuris* des sujets de droit s'est substitué un droit réglementaire, technique, multi-niveaux, réticulaire, multilingue également.

Cette évolution, qui a conduit à une monopolisation et à une marchandisation du savoir juridique, n'est pas demeurée sans effet sur l'autonomie des individus. Les actes du quotidien se sont bien sûr trouvés affectés par cette juridicisation du monde : vendre son terrain, contracter mariage, construire sa maison, lancer son entreprise, emprunter de l'argent, engager quelqu'un sont devenus autant d'opérations nécessitant un savoir juridique technique et des fonds pour l'acquiescer auprès d'un avocat ou d'un notaire.

Il y a là une menace pour l'autonomie qui n'est pas sans rappeler l'exemple des transports ou des télécommunications évoqué plus haut ; à moyens constants, mon autonomie juridique recule à mesure qu'augmente la production et la consommation collective de discours juridiques. Un monopole radical apparaît, dirait Illich, qui se montre d'ailleurs assez critique envers le droit et les juristes, tout en voyant dans ceux-ci des intermédiaires essentiels pour la reconquête de « l'outil » par l'homme.

Mais l'essentiel n'est sans doute pas dans cette technicisation du quotidien. C'est surtout le rapport aux autres et à la collectivité qui se trouve empêché, entravé, obscurci par cette mise à distance de la démarche juridique.

Le rapport aux autres d'abord, dès lors que s'en trouve compromise la capacité des sujets à procéder par eux-mêmes à l'arbitrage de leurs différends, favorisant la procéduralisation des relations interpersonnelles et la judiciarisation des litiges.

Le rapport à la collectivité ensuite, dans la mesure où s'éloigne la possibilité de contrôler la légitimité de ce droit diffus et profus qu'elle secrète, c'est-à-dire son adéquation à une certaine idée de la justice.

Il convient de ne pas perdre de vue l'exploitation démagogique, voire liberticide, à laquelle peut se prêter un tel constat. Tant la littérature que l'histoire nous mettent en garde contre la chimère d'un droit abrégé, spontané, simple émanation du *volksgeist*. Il ne s'agit donc nullement de remettre ici en cause la nécessité d'une certaine complexité de notre droit, ni de rallier le concert des critiques de la « technocratie » moderne.

Pour autant, il semble que certains travaux peuvent être entrepris en vue d'assurer à chacun un minimum vital d'autonomie juridique.

Une première contribution en ce sens consisterait à pointer les dérives du droit technique. Je songe notamment à une intervention déjà programmée dans l'agenda du SIEJ, qui tentera de montrer comment des entreprises dans le domaine bancaire s'efforcent de limiter leur responsabilité à une liste de pratiques limitativement prévues par le droit. Au standard trop incertain du bon père de famille ou de l'entreprise raisonnablement prudente et

diligente, les entreprises préfèrent la certitude d'agir à leur guise pour autant qu'elles évitent les innombrables pratiques illégales recensées par avance. Mais ce que l'entreprise gagne en certitude, le droit le perd en accessibilité et en intelligibilité ; en se coupant des ressources du sens commun, il s'éloigne de la collectivité.

D'autres contributions pourraient sonder les innombrables endroits de notre ordre juridique où sa sophistication croissante a creusé un fossé entre le droit et le sens commun, entre la bonne réponse sur laquelle s'accordent les juristes et l'intuition de justice qui serait formulée par le profane.

Une deuxième série de travaux pourraient attaquer par un autre angle et en d'autres endroits cette sophistication du droit contemporain, en s'attachant à dévoiler, derrière le vernis de la complexité, la permanence d'une poignée de principes de justice universels.

L'auteur de ces lignes a eu l'occasion de faire trop rapidement cet édifiant travail avec le CETA, ce fameux traité de libre-échange entre le Canada et l'Union européenne dont les quelque 1200 pages atteignent des sommets de technique juridique. Lorsque l'on se penche d'un peu plus près sur cet appareillage, on s'aperçoit que la plupart des règles qu'il contient peuvent se résumer à quelques principes de justice que l'on trouve déjà dans les réclamations d'un enfant de cinq ans : égalité de traitement, transparence, obligation de motivation, proportionnalité.

Il y a là, croit-on, un travail salutaire à mener de dissipation de l'écran de fumée que la technique juridique, bien involontairement, dresse entre la règle et ses citoyens. En distinguant l'essentiel de l'accessoire, en retraçant la généalogie des régimes juridiques avec les principes de justice les plus simples, le juriste peut contribuer à rapprocher le profane des textes que ses élus ont approuvés et lui redonner confiance dans son autonomie juridique.

(2) Un travail avec le droit

Si elles se veulent novatrices, les perspectives de recherche tracées jusqu'ici n'en relèvent pas moins d'un travail scientifique relativement classique. Il s'agit, pour nous juristes, de décrire et commenter les évolutions du droit à la lumière d'une nouvelle grille d'analyse – la contribution de ce dernier à la réalisation du droit de chaque être vivant à mener une vie digne d'être vécue, qui tout à la fois favorise son autonomie et reconnaisse sa vulnérabilité.

Pour autant, ce travail théorique n'apparaît que comme une première étape – sinon sur un plan chronologique, du moins d'un point de vue logique – qui appelle un prolongement pratique. On renoue ici avec la conception du droit évoquée dans la première partie de cette contribution, à savoir:

- (i) un droit tout entier compris dans la démarche qui prétend l'énoncer ;
- (ii) une démarche juridique qui, loin d'être cantonnée à certains objets et confiée à la garde de quelques diplômés, s'invite dans toutes les sphères d'activité (y compris bien sûr, la sphère politique) ;

- (iii) une démarche pétrie de considérations de justice considérées non pas comme arbitraires ou subjectives, mais comme sous-jacentes à l'univers juridique ;
- (iv) une démarche que les juristes possèdent généralement mieux que les autres, ou pour l'accomplissement de laquelle ils sont en tout cas crédités d'une légitimité, d'une autorité particulière.

Sur fond de cet arrière-plan théorique, il paraît pertinent de se saisir, en juristes, du narratif consistant à voir, comme principe fondateur (comme idée transpositive, comme horizon régulateur) de notre ordre juridique le droit de mener une vie digne d'être vécue, c'est-à-dire le droit de mener une vie sous le double signe de l'autonomie et de la vulnérabilité.

Si l'on est d'accord sur ce point, ou si l'interprétation de notre ordre juridique comme traversé par ce principe fondateur nous paraît à la fois convaincante et portée par une part substantielle du corps social – en gros, si l'on y adhère sur le fond (travaillant comme un juge) ou si l'on croit à la nécessité et à la pertinence de porter ce discours même si on ne le fait pas entièrement sien (endossant le rôle de l'avocat) –, il semble alors que notre qualité de juristes nous somme d'utiliser nos ressources et notre autorité pour donner consistance à ce principe dans tous les domaines de l'agir où s'exerce la démarche juridique.

Illich peut une fois encore nous inspirer lorsqu'il affirme qu'« [I]l est vain de penser que les députés, les juristes et les magistrats vont soudain reconnaître l'indépendance du Droit par rapport à leur notion préconçue du bien – qui se confond avec la fourniture de la plus grande quantité de produits au plus grand nombre de gens. Car tous sont dressés à arbitrer les conflits en faveur de leur propre branche d'activité, soit qu'ils parlent au nom des patrons, des salariés, des usagers ou de leurs collègues eux-mêmes. Mais il se trouvera, ici ou là, et par exception, (...) des juristes pour aider les personnes à utiliser la structure formelle du Droit en vue de défendre leur intérêts dans le cadre d'une société conviviale. Même si le jugement rendu ne doit finalement pas satisfaire les demandeurs, l'action servira toujours à mettre en lumière le litige » (p. 142).

Après un premier volet consacré à de la recherche fondamentale, nous voilà ici appelés à nous lancer dans ce que certains appellent aujourd'hui de la « recherche-action » ; il s'agit en réalité d'un type de recherche que les juristes connaissent bien et qui consiste à entrer dans l'arène, à prendre part au débat sur l'interprétation et l'évolution du droit positif. Mais la recherche à laquelle nous voici invités a ceci de différent d'un travail doctrinal banal qu'elle assume le caractère politique de toute démarche juridique.

Cette recherche-action, qui justifie la création d'une *Legal Clinic Law in transition* à l'Université Saint-Louis, peut se déployer sur un nombre infini de terrains et de questions.

Elle apparaît avant tout comme un moyen de produire ce que l'on a appelé ailleurs des « éléments juridiques pertinents »⁴¹, c'est-à-dire des données susceptibles d'intégrer les raisonnements juridiques à venir, d'informer les représentations de l'état du droit positif qui

⁴¹ A. BAILLEUX, « Le soft law et les deux droits », *op. cit.*

sous-tendront les choix politiques, les décisions juridictionnelles et les pratiques privées de demain.

Ce travail de *juris-dictio* peut s'inscrire dans deux perspectives différentes. La première consiste à lever des verrous, c'est-à-dire à rouvrir des espaces de liberté là où le droit semblait ériger une barrière infranchissable. La seconde fait le chemin inverse, si l'on peut dire : partant d'un espace de liberté, elle suggère de meubler cette discrétion, d'exercer ce libre arbitre dans une direction particulière.

a. La contrainte relativisée

La démarche « émancipatrice » proposée s'ancre principalement dans un principe d'interprétation conforme. Il s'agit, pour chaque question identifiée, de suggérer une interprétation du paysage juridique qui soit autant que possible conforme au droit de mener une vie digne d'être vécue.

Précisons au passage qu'à suivre la jurisprudence de la Cour de justice, point n'est besoin de reconnaître un quelconque effet direct à une norme pour y attacher une obligation d'interprétation conforme. En d'autres termes, le travail de lecture conciliante (ou d'interprétation téléologique) proposé n'est pas subordonné à la démonstration préalable de la justiciabilité ou de l'invocabilité en justice de ce droit de mener une vie digne d'être vécue, qui peut donc demeurer à l'état d'horizon régulateur ou de principe transpositif.

Au bénéfice de cet exercice, on pourrait argumenter par exemple que :

- (i) ni le droit de l'OMC 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 environnementaux ;
- (ii) ni le droit de l'OMC ni le droit de l'Union ne doivent nécessairement être interprétés comme s'opposant à l'introduction, dans les marchés publics notamment, de conditions relatives à l'origine ou au débouché local du produit ou du service ;
- (iii) ni la Constitution, ni la Convention européenne des Droits de l'Homme, ni la Charte des droits fondamentaux ne doivent nécessairement être interprétées comme étendant la liberté d'expression aux pratiques publicitaires ;
- (iv) rien n'empêche le législateur d'attribuer la personnalité juridique à des entités non humaines autres que des personnes morales (animaux, végétaux, cours d'eau, etc.) et de confier la défense de leurs droits à des associations ou des groupements déterminés ;
- (v) le droit à l'égalité de traitement en matière socio-économique peut être réinterprété plus largement comme impliquant une égalité d'autonomie (la

comparaison opérant entre la somme d'autonomie brute et d'autonomie amplifiée dont jouit chaque citoyen, indépendamment de la proportion de l'un et de l'autre) davantage qu'une égalité strictement financière (où la comparaison se limite au pouvoir d'achat, c'est-à-dire à l'autonomie amplifiée), ouvrant ainsi la porte à des systèmes fiscaux et sociaux différenciés selon la trajectoire de vie choisie (pour reprendre une idée avancée par Dominique Bourg lors de sa venue au SIEJ).

On est bien conscient du caractère iconoclaste de nombre de ces propositions. Sans doute certaines s'avéreront-elles intenables à l'analyse (l'interprétation conforme a ses limites), ce dont il faudra prendre acte. Ainsi arrivera-t-on peut-être au constat que le droit de l'OMC ne peut décidément pas être interprété comme tolérant la mise en place d'écluses sociales et environnementales dictées par un souci d'autonomie. Loin de mener à une impasse, cette conclusion ouvrira en réalité un nouvel espace de liberté : si l'on accepte que notre Constitution est innervée par le droit de mener une vie digne d'être vécue, se posera la question de la prééminence entre ces deux consignes contradictoires, question dont on ne peut nier le caractère éminemment politique.

Les exemples recensés plus haut visent à rétablir des espaces de liberté régulatoire. Mais il en est d'autres susceptibles de rehausser directement l'autonomie des personnes et des collectivités infra-étatiques. On pourrait ainsi faire valoir que :

- (i) le droit de l'Union européenne ne doit pas être interprété comme s'opposant à la commercialisation des semences issues de variétés anciennes de plantes ;
- (ii) Rien ne permet de conclure à l'illégalité des monnaies complémentaires « locales », ni même à son utilisation par les pouvoirs locaux ;
- (iii) Rien ne s'oppose à l'extension, dans des procès pénaux, d'une circonstance atténuante ou d'une cause d'excuse fondée sur la défense d'un minimum d'autonomie (une objection de conscience qui prendrait la forme d'une « objection de croissance ») ;
- (iv) Des régimes de transpropriation ou de « communs » existent et peuvent être développés en marge du sacro-saint droit de propriété.

b. La liberté meublée

D'autres questions susceptibles de faire l'objet d'une recherche-action vont dans une direction inverse. Elles proposent de borner ou de meubler la liberté des sujets en tenant toujours en compte la mission du droit de protéger l'autonomie et la vulnérabilité.

Au niveau individuel, on peut imaginer des réflexions relatives aux limites imposées à la liberté contractuelle et au droit de propriété. S'agissant de la première, on pourrait argumenter que l'autonomie des générations futures relève de l'ordre public, de sorte qu'un contrat qui menacerait cette dernière pourrait être déclaré nul, même d'office par le juge.

S'agissant de la seconde, peut-être conviendrait-il de plaider pour un élargissement des conditions de l'abus de droit, permettant de conclure à ce dernier dès que l'exercice d'un droit limite de façon excessive l'autonomie d'un tiers.

Au niveau collectif, on pourrait souffler au pouvoir politique certaines modifications législatives, voire constitutionnelles visant à donner corps au droit de mener une vie sous le signe de l'autonomie. Voici quelques exemples :

- (i) Proposer la mise en place d'une convention, composée d'élus et de citoyens tirés au sort, chargée de réfléchir à la définition d'indicateurs alternatifs de bien-être à partir du travail déjà accompli par le Bureau du Plan et la Banque Nationale de Belgique. Cette liste s'accompagnerait d'une obligation de motivation contraignant nos autorités à justifier chacune de leurs propositions normatives au regard de sa contribution à l'amélioration de tel ou tel indicateur. On pourrait même plaider pour l'application d'un principe de *standstill*, qui interdirait aux autorités de diminuer le niveau de réalisation d'un indicateur, sauf à avancer un objectif légitime et démontrer le respect du principe de proportionnalité.
- (ii) Proposer l'introduction, en droit belge, d'un délit d'obsolescence programmée, sur la base d'une analyse comparée des législations équivalentes dans d'autres Etats (la France, notamment).
- (iii) Suggérer la mise en place de procédures systématisant l'intervention d'*amici curiae* chargés de représenter les entités non humaines devant les cours et tribunaux.
- (iv) Proposer un affinement du PIB qui fasse le départ, dans la comptabilité nationale, entre les activités licites et celles qui relèvent de l'économie souterraine (trafic de drogue, prostitution, etc.).
- (v) Proposer un meilleur encadrement juridique du travail bénévole.
- (vi) S'appuyant sur le principe de non-discrimination entre hommes et femmes, suggérer la démutualisation des congés parentaux.

Les pistes esquissées ci-dessus sont évidemment subjectives, contestables, et incomplètes. Elles donnent néanmoins une idée de la direction que pourrait prendre une recherche-action sur le droit en transition.

Conclusion

Il y a dix-huit mois, ce thème de recherche est né d'une intuition – le droit et les juristes doivent se laisser saisir par les débats actuels relatifs à la transition vers une société post-croissance. On est aujourd'hui convaincu non seulement de l'actualité, sinon de l'urgence d'un tel sujet, mais aussi de sa parfaite cohérence avec la mission du SIEJ : il constitue un projet de recherche original, interdisciplinaire et englobant, qui embrasse tout le spectre de

la science juridique, depuis les questions les plus fondamentales quant à la nature du droit et aux orientations de nos ordres juridiques jusqu'aux aspects pratiques les plus brûlants.

C'est la grande force du SIEJ d'être capable, grâce à la diversité des forces qu'il fédère, de proposer une recherche d'aussi vaste ampleur, qui ne sacrifie ni à la nécessité d'une armature théorique solide, ni au besoin impérieux d'une connexion avec les questions concrètes qui agitent aujourd'hui notre société. Reste à présent à se mettre au travail...