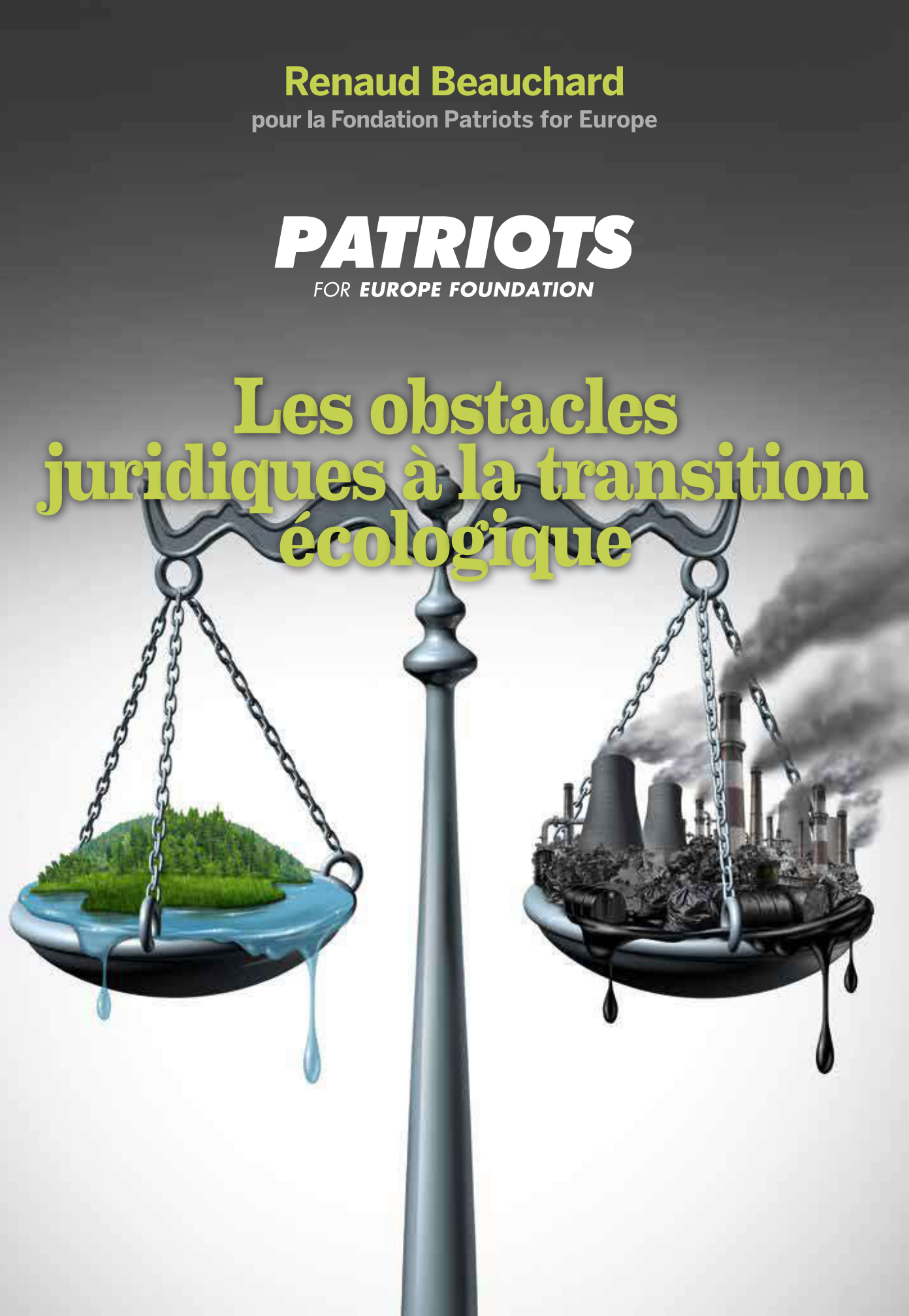
Renaud Beauchard
pour la Fondation Patriots for Europe

PATRIOTS
FOR EUROPE FOUNDATION

Les obstacles juridiques à la transition écologique



PATRIOTS
FOR EUROPE FOUNDATION

Octobre 2022

Renaud Beauchard,
Avocat aux barreaux de Washington et de New York, il est est l'auteur de :
Christopher Lasch, un populisme vertueux (éd. Michalon, 2018) et *L'assujettissement des nations* (éd. Charles Léopold Mayer, 2017)

Sommaire

3 Introduction

10 PREMIÈRE PARTIE
Les obstacles juridiques à une société écologique

11 **Chapitre I**
Du ciel des anciens à la nature objet : les racines juridiques du prométhéisme technologique

31 **Chapitre II**
La constitution de la croissance

59 **Chapitre III**
De la nature objet à la nature sujet

72 DEUXIÈME PARTIE
Les Institutions juridiques d'une société écologique et autogouvernée

73 **Chapitre IV**
Les potentialités émancipatrices des droits de la nature en tant qu'outil d'affirmation du droit à un non-développement

85 **Chapitre V**
De la propriété domination à la propriété habitation

92 **Chapitre VI**
Une contre-révolution comptable

98 **Chapitre VII**
La responsabilité

134 **Chapitre VIII**
Le devoir de réparer comme remède à l'obsolescence programmée

145 **Chapitre IX**
Vers une nouvelle génération de droits fondamentaux

154 **Conclusion**

162 NOTES RÉFÉRENTIELLES

Introduction

Les pages qui suivent ont été écrites alors que se déroule devant nos yeux la plus grande catastrophe industrielle de l'histoire avec l'entrée dans le monde depuis l'hiver 2020 dans la pandémie du Sars-Covid-2, ou Covid-19. Toutefois la particularité de cette catastrophe industrielle ne réside pas dans les pertes de vie humaine causées par le virus, lesquelles quoiqu'importantes en valeur absolue, font pâle figure comparées à des catastrophes industriellement induites comme les deux guerres mondiales, aux effets latents des pesticides déversés pendant des décennies dans les sols de planète ou les grandes épidémies qui ont frappé les sociétés prémodernes et modernes comme la peste justinienne, la peste noire, la variole frappant la population amérindienne après l'arrivée des européens sur le continent américain etc. Elle réside dans la modification profonde du contrat social que la crise du Covid-19 vient révéler.

S'il est un effet de la crise sanitaire sur lequel tout le monde s'accorde, c'est son caractère de changement d'ère. Selon que l'on se place dans la perspective d'une humanité inquiète vis-à-vis des nombreux périls qui s'amoncèlent avec la multiplication des manifestations de la crise écologique ou dans la perspective grandiose d'une grande refondation (Grande Réinitialisation ou *Build Back Better*), la crise sanitaire est perçue comme un moment de transition, plus exactement de révélation, au sens biblique du terme, comme le soutient l'essayiste britannique Paul Kingsnorth [1]. Cette révélation, c'est le basculement dans un nouvel ordre, dans une nouvelle normalité, et une expérience unique dans l'histoire de l'humanité qui consiste à vouloir poursuivre le projet de construction d'une société mondiale homogène non plus seulement sur la base de promesses d'un bonheur matériel sans cesse croissant, mais en la fondant sur le projet insensé de fuite éperdue devant la mort. Puisque le projet de construction d'un grand marché anonyme mondial – et du gouvernement mondial qui en est le corollaire – ne suffit pas pour assurer l'unanimité nécessaire qui permettra de réaliser la société mondiale homogène, la pandémie de Covid-19 fournit un argument encore plus incontestable : celui de la peur de la mort. Ou plus précisément, comme Castoriadis l'avait pressenti, ce nouvel ordre prétend fonder une unanimité totale, à grand renfort de contrainte,

sur la récusation et le refus du savoir de la mortalité, un savoir à partir duquel les sociétés qui nous ont précédés organisaient toute production de sens et de signification.

Ce n'est pas un accident si la crise du Covid-19 survient alors que se livre un combat pour que la conscience de l'effondrement devienne de plus en plus intériorisée autour du thème du dérèglement climatique, une question qui a éclipsé toutes les autres manifestations de la crise écologique comme les pollutions ou l'appauvrissement des sols. La peur apocalyptique de la sixième extinction causée par le dérèglement climatique devenait progressivement le substitut de la promesse d'une abondance et d'un confort matériels sans cesse croissant pour entretenir la foi dans le progrès et cette croissance qui se dérobait depuis des décennies. Faisant écho aux thèses de Hans Jonas popularisées dans la décennie 1970, la grande peur du dérèglement climatique s'annonçait comme une injonction à faire confiance dans la capacité de la machine à nous sauver des dégâts que l'humanité, en tant qu'entité abstraite s'inflige à elle-même et à son milieu. On rappellera à cet égard la phrase extraordinaire de Greta Thundberg prononcée au Forum Économique de Davos en janvier 2019 : « Je ne veux pas de votre espoir, parce que je ne veux pas que vous ayez de l'espoir. Je veux que vous paniquiez ». Mais malgré le déploiement de la grosse artillerie de la peur, l'apocalypse climatique, par ses effets différés, peinait à produire des effets suffisamment visibles pour susciter cette peur unanimisante.

La donne a changé avec l'arrivé d'une pandémie qui tue, mais pas trop ; qui plus est une pandémie causée par un virus venu des mêmes causes que le dérèglement climatique, et partant, selon le grand récit officiel, une pandémie qui incrimine donc l'hubris congénital de l'espèce humaine. Cette pandémie arrive à point nommé pour soumettre l'humanité tout entière au règne sans réserve de la machine. C'est en cela qu'il est essentiel que le risque posé par le Covid-19 provienne d'un risque zoonotique, c'est à dire d'un risque émanant de la nature, mais dont l'origine met l'humanité tout entière au banc des accusés. Dans ce cas de figure, la solution unique mise sur pied en des temps records par la technologie prométhéenne des vaccins à ARN messager se présente comme le sauveur de l'humanité. Selon le récit officiel, la technologie prométhéenne autonomisée et devenue providentielle, est ainsi parvenu, à la faveur d'une réelle urgence sanitaire, à renverser l'ordre des priorités entre le marché et l'État et à harnacher l'énorme potentiel de l'industrie pharmaceutique afin de sauver l'humanité d'un péril imminent. Le règne autonome de la Science et de sa fille la Technique, pour reprendre l'expression de Simon Charbonneau, est ainsi devenue l'équivalent contemporain du salut.

Hélas, tout ce château de cartes s'effondre si le Covid-19 est le produit de recherches scientifiques incontrôlées, qui plus est de recherches utilisant la technique de gain de fonctions qui consistent à manipuler en laboratoire des virus trouvés dans la nature afin de les rendre contagieux pour l'homme dans l'espoir de préparer la recherche à affronter des virus qui viendront de la poursuite d'une agriculture industrielle insoutenable ou de la fonte du permafrost, entre autres phénomènes. C'est pourquoi, en dépit d'une accumulation de preuves de plus en plus irréfutables de la responsabilité de la recherche scientifique dans l'apparition du Covid-19, la question de l'origine du virus est considérée par les tenants du grand récit officiel comme accessoire, voire demeure jugée dangereuse au motif qu'elle recèlerait trop d'occasions pour des théories complotistes [2]. Car la vérification de l'hypothèse de l'échappée du laboratoire de Wuhan viendrait invalider le projet derrière l'utilisation de la crise du Covid-19 pour poursuivre le rêve qui consiste à « éjecter » l'homme de la trajectoire de l'évolution au profit de schémas cybernétiques.

Comme l'ont admirablement montré les membres du collectif Pièces et main d'œuvre, la pandémie du Covid-19 tranche en en effet avec toutes les précédentes épidémies de l'histoire en ce qu'il ne s'agit plus d'un accident malheureux de la vie en symbiose entre l'homme et les autres espèces du vivant, mais de l'affirmation que la survie des hommes dépend désormais de leur connexion au *technotope*, « qui satisfait leurs besoins pourvu qu'ils obéissent aux lois du règne machinal [3] ».

C'est à l'aune de cette ligne de fracture essentielle que la présente étude propose d'analyser l'évolution des rapports du droit à la destruction de la nature et à sa remédiation. Nous verrons que la crise du Covid est l'aboutissement d'une dialectique engagée sur une relativement longue durée entre une écologie technocritique, incarnée par des figures comme Bernard Charbonneau, Lewis Mumford, Rachel Carson ou Vandana Shiva, et un environnementalisme technolâtre représenté par des figures comme Al Gore, le cybernéticien James Lovelock, ou la totalité des appareils des partis écologistes, jusque dans leur aile décroissante.

Revisiter cette fracture est un exercice essentiel pour expliquer qu'entre la situation présente et le moment où la conscience environnementale contemporaine est apparue dans la décennie 1960 aux États-Unis et, dans sa foulée est née le droit de l'environnement au cours des années 1970, la situation n'a fait qu'empirer. Près de cinquante ans après la conférence de Stockholm en 1972, il n'est question que d'effondrement et de sixième extinction dans un contexte de crise économique devenue un mode de vie pour la plupart des habitants du globe et d'instauration d'un État d'urgence permanent prétendant lutter contre les manifestations de la crise structurelle du système économique à l'origine de la crise écologique sans jamais en interroger les causes. Comment expliquer l'échec patent de l'écologie politique à endiguer les effets de la crise écologique, ou à faire mentir le diagnostic de l'inéluctabilité d'un anthropocène qui est en fait une technocène ? Une réponse d'une simplicité désarmante nous est offerte par le poète, écrivain, essayiste et surtout paysan américain Wendell Berry dans son essai, *Tout le cheval* :

> **« Le mouvement environnementaliste [...] s'est doté d'un programme de préservation de la nature. Il s'est également doté d'un programme sporadique de protection de la santé. Mais il n'a jamais adopté le moindre programme économique, ce qui donne l'impression qu'il est étranger à la vie quotidienne, qu'il survit dans l'urgence, comme une ambulance. En disant cela, je n'entends pas minimiser l'importance des manifestations, des litiges, des pressions, des lois, des grandes organisations, toutes choses que je soutiens. Je dis simplement que nous devons en faire davantage. Sur le terrain, mais aussi chez nous, nous devons faire face aux présupposés économiques qui sont à l'origine des problèmes écologiques. » [4]**

Répondre à l'invitation de Wendell Berry impose de s'aventurer du côté des présupposés juridiques d'un système économique construit sur le paradigme d'une croissance envisagée comme la répudiation de l'idée de limites et contre l'idée même d'une économie comme l'activité humaine, paraphrasant de nouveau Berry, par le biais de laquelle « le foyer humain s'inscrit et se reproduit dans le cadre de la nature, qui peut elle-même être conçue comme un foyer ». Une question connexe est de s'interroger sur la façon dont ces présupposés juridiques sont internalisés au cœur de la conscience de l'écologie mili-

tante. Il importe en effet de se demander pourquoi elle ne s'est jamais vraiment pensée comme un pouvoir constituant d'une autre économie, passant directement de la contre-culture à la respectabilité technocratique. La raison est qu'elle a laissé prospérer au cœur du droit une conception cybernétique et narcissique du rapport de l'homme à son habitat insusceptible de refonder les fondamentaux économiques présidant à la destruction méthodique de la nature.

Cette incapacité à penser l'écologie de façon « constituante » provient de ce que les institutions juridiques nées de la réalisation des dommages de la société de croissance, dont le droit de l'environnement, sont partagées entre les deux tendances narcissiques de la société contemporaine identifiées par Christopher Lasch dans son ouvrage, *Le moi assiégé, essai sur l'érosion de la personnalité*. Le technologisme prométhéen d'un côté, qui consiste à ne voir le salut face aux multiples défis que rencontre l'espèce humaine dans le solutionisme technologique, et le gnosticisme New Age, ou le rêve de fusion avec la nature. Analysant l'apparition des consciences féministes, pacifistes et environnementales contemporaines et des mouvements qui les ont accompagnés, Lasch estimait qu'en soulignant les impasses aliénantes de la raison instrumentale et de la technologie industrielle, ces mouvements posaient les bonnes questions, mais qu'ils s'empêchaient d'y apporter des réponses adéquates par leur incapacité à distinguer que la source du mal se trouve en fait dans la confusion entre pratique et technique. Dans la tradition aristotélicienne de la théorie politique, la raison pratique signifiait en effet tout ce qui concerne le développement du caractère, la quête d'une perfection morale de l'existence et les vertus spécifiques aux diverses formes d'activités humaines. La technique signifiait les moyens appropriés à une fin donnée. Dans cette dichotomie, la politique ressortait de la raison pratique, en tant qu'elle servait à « promouvoir la bonne vie en conférant des droits égaux à tous les citoyens et en établissant des règles et des conventions destinées moins à résoudre les problèmes de la vie sociale qu'à encourager les citoyens à relever les défis de critères d'excellence morale exigeants, développant par là même leurs dons au maximum. » Et Lasch, de préciser qu'au sens aristotélicien du termes, « les pratiques n'ont rien à voir, en tant que telles, avec la production d'objets utiles ou la satisfaction de besoins matériels [5] ».

Cet effacement de la distinction entre pratique et technique trouve son origine, comme l'explique Lasch, au seizième siècle lorsque, sous l'impulsion de Thomas More et Machiavel, la survie matérielle, l'entretien physique de la vie sont devenus la finalité de l'État, faisant naître l'un des fondements philosophiques de la société industrielle sous la forme de l'instrumentalisme. Celui-ci, poursuit Lasch « considère la relation des fins et des moyens comme purement extérieure, tandis que l'ancienne tradition, pratiquement oubliée de nos jours, prétend que le choix des moyens adaptés à une fin donnée doit être considérée dans la mesure où il contribue également aux biens intérieurs [6] ». Plus précisément, le choix des moyens techniques, dans la conception aristotélicienne, doit répondre de critères d'excellence dictés par la raison pratique, qui jugent le bien-fondé d'une technique à l'aune d'une question très simple : est-ce que cette technique augmente la compréhension et la maitrise de soi ?

L'oubli de cette distinction cruciale nous a fait basculer dans un univers où le rapport entre les fins et les moyens a été inversé et où nous nous trouvons devenus les esclaves de nos choix techniques, qui plus est de choix techniques qui se font sans délibération démocratique. Or force est de constater que l'écologie militante, ou la conscience

environnementaliste contemporaine omet complètement cette distinction fondamentale, et demeure bloquée au stade veule de l'instrumentalisme, entendu soit comme l'expression même de la raison, qu'il s'agisse de la glorifier, ou de la diaboliser.

Ainsi, le mouvement écologiste contemporain lui-même est partagé entre deux impasses narcissiques. D'une part, l'illusion de puissance narcissique du technologisme prométhéen, incarné pour les besoins de cette étude par l'oxymore du développement durable, par l'économie verte, la valorisation marchande des services écosystémiques et le projet transhumaniste de société de la Grande Réinitialisation. Et d'autre part, le mysticisme New-Age incarné par le mouvement en faveur d'un animisme juridique qui voit dans le renoncement à toute activité humaine déterminée l'antidote au capitalisme destructeur, un mouvement qui trouve son expression la plus aboutie dans la noosphère de Teilhard de Chardin, dans la collapsologie, ou dans cette forme dévoyée d'écoféminisme jacobin qu'incarne une figure comme Sandrine Rousseau. Pour reprendre les termes de Lasch, la première méthode conduit à tenter d'imposer sa volonté à la nature par le biais de la technologie (la liberté sans harmonie), tandis que la seconde conduit l'humanité à renoncer complètement à sa volonté (l'harmonie sans liberté). Or on ne pourra adresser sérieusement la crise écologique que par un projet qui mêle nature et liberté, un projet qui doit être constitutionnalisé par un certain nombre d'institutions juridiques revisitant fondamentalement l'éthique des rapports entre l'homme et ses techniques.

La présente étude envisage donc de remonter aux sources juridiques de cette confusion entre pratique et technique. Envisager les institutions juridiques d'un véritable projet écologique impose au préalable de comprendre comment cette confusion est au cœur de la constitutionnalisation d'une vision du progrès présentée comme la recherche constante de nouveaux gisements de croissance ou de ce que Pablo Servigne et Raphaël Stevens ont nommé les verrouillages sociotechniques de la société de croissance. Il s'agit d'expliquer dans quelle mesure le droit a été l'accompagnateur d'un rapport de domination de la nature construit sur un effacement d'une vie pratique qui faisait la jonction entre le temps long de la nature et le temps court de la vie humaine. Cette réflexion est en effet essentielle afin de conjurer le sort promis à l'espèce humaine elle-même par la quatrième révolution industrielle, dont la matière extractive n'est autre que l'intériorité humaine.

Cette étude propose donc dans un premier temps, d'éclairer le rôle joué par un certain nombre d'institutions juridiques fondatrices, comme l'essor du droit subjectif, dans la construction d'un paradigme croissanciel reposant sur la foi dans une technologie prométhéenne et démiurgique qui conduit à nous faire concevoir la nature comme un pur objet d'extraction **(Chapitre I)**.

Dans un second chapitre, nous verrons comment des développements contemporains ont constitutionnalisé ce paradigme dans une constitution qui ne dit pas son nom, mais opère matériellement et fonctionnellement en surplomb des textes auxquels nous accordons formellement une valeur constitutionnelle **(Chapitre II).**

Dans un troisième temps, qui conclura la première partie, nous nous attacherons à démontrer l'impasse dans laquelle mène l'autre manifestation de la culture du narcissisme, le désir de fusion avec la nature, au travers de l'exploration du thème des droits de la nature **(Chapitre II).**

Une fois cet exercice d'archéologie juridique réalisé, il s'agira ensuite dans une seconde partie d'essayer de jeter les bases juridiques d'un projet de préservation de la nature et de la possibilité de la vie humaine organisée autour d'un questionnement démocratique des choix techniques. Nous envisagerons ainsi un certain nombre d'institutions juridiques susceptibles d'insuffler une praxis instituante, ou une créativité juridique permettant au mouvement environnementaliste de se doter des bases juridiques d'un nouveau programme économique envisageant la nature selon un idéal de justice ancré dans la raison pratique et non pas dans la domination ou l'adoration mystique de la nature.

Par exemple, une étude plus approfondie du mouvement en faveur d'une reconnaissance de la personnalité juridique de la nature montre que l'origine de cette idée n'est pas à rechercher du côté d'une forme d'animisme d'importation provenant de communautés andines ou maories, mais dans des stratégies mises en place par des communautés du *rust belt* nord-américain pour élever les droits d'individus aptes à l'autogouvernement, des communautés autogouvernées et de la nature au-dessus des droits des entreprises multinationales et de l'autorité « préemptive » des États et de l'État fédéral vis-à-vis du droit local. L'institution juridique des droits de la nature est donc une arme utilisée contre la sanctuarisation des droits des investisseurs par des communautés se réclamant des traditions américaines de l'autogouvernement et de l'association volontaire chère à Tocqueville **(Chapitre IV)**.

Pour ces communautés, la question de la personnalité juridique de la nature ou d'éléments naturels est indissociable de la limitation des pouvoirs quasi-divins et de l'immortalité que confère la personnalité morale aux sociétés composant ces entreprises transnationales, dont il convient de rappeler qu'elle est une fiction juridique apparue au XIX^{e} siècle. Il s'agit de rapporter l'activité de ces entreprises devenues inhumaines à une échelle humaine tout en accordant une reconnaissance juridique au temps long dans lequel s'inscrivent les interactions écosystémiques qui conditionnent toute vie humaine. Ce n'est que par la suite que l'idée de donner des droits subjectifs à la nature s'est transmise du rust belt auprès des décideurs de républiques socialistes bolivariennes en Amérique latine comme un outil d'affirmation du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes vis-à-vis des entreprises transnationales, en prenant pour base le rapport fusionnel de communautés autochtones à la nature.

Parmi les autres institutions juridiques susceptibles d'envisager un cercle vertueux et un renversement de l'ordre des priorités économiques, seront envisagées des réflexions sur la propriété comme à la fois le fondement matériel de la vertu civique et comme une façon d'habiter le monde **(Chapitre V)**, sur le besoin d'adoption de normes comptables compatibles avec l'objectif de protéger l'environnement et des modes de vie non destructeurs des écosystèmes **(Chapitre VI)**, sur la refondation de l'institution juridique de la responsabilité de leur responsabilité dans la destruction de la nature **(Chapitre VII)**, sur le droit à la réparation et la question indissociable de l'obsolescence programmée **(Chapitre VIII)**, ainsi qu'un ensemble d'innovations juridiques comme l'institution de communs de l'attention, la possibilité de faire entrer dans l'ordre public en matière contractuelle des exceptions à la liberté contractuelle au nom du droit à un minimum d'autonomie, voire de celui des générations futures, etc **(Chapitre IX).**

Un fil conducteur essentiel infuse l'étude. Contrairement à la doxa à la fois réaffirmée rituellement et démentie par les faits de façon quasi-quotidienne, les enjeux environnementaux que nous affrontons avec une intensité de plus en plus forte (par exemple le besoin urgent de régénérer les sols) n'appellent pas des réponses globales formulées de façon péremptoire et abstraite à partir des cercles d'experts qui peuplent les institutions supranationales, internationales ou interétatiques ou à fortiori ceux des cénacles organisés pour soustraire à la délibération publique l'opération du réseau mondial des entreprises transnationales (comme l'IASB). Une coordination internationale est nécessaire, mais elle doit être cantonnée à un rôle de coordination et de facilitation des initiatives engagées par des communautés autogouvernées. Cette étude se place donc d'emblée sous le signe du fédéralisme intégral cher à Proudhon, à Hannah Arendt ou à Thomas Jefferson, entre autres.

Les obstacles juridiques à la transition écologique

Les obstacles juridiques à une société écologique

L'exercice qui consiste à envisager les fondations juridiques d'un véritable projet économique et social écologique ne peut être conduit sans une analyse des fondements juridiques d'un système économique destructeur de la nature. Sans sacrifier le raisonnement aux impasses méthodologiques de la déconstruction postmoderne, la première partie sera consacrée à cet exercice. Dans un premier chapitre, nous verrons comment s'est installé sur la longue durée à la fois un paradigme mécaniste au cœur du droit qui inscrit au cœur des institutions juridiques de la modernité un rapport de maitrise et de possession de la nature. Plus précisément, nous verrons comment ce paradigme a débouché sur un paradigme croissanciel en mêlant la nouvelle épistémè née de la révolution juridique moderne avec la révolution scientifique. Dans un second chapitre, nous verrons comment ce paradigme s'est trouvé constitutionnalisé au cours de la période contemporaine sous la forme de la norme sociale fondamentale du marché mondial unique. Et enfin, nous verrons comment l'artificialisation du monde en germe produite par les grands récits qui règnent au cœur du droit sécrète une impasse narcissique dans la réponse à la destruction de la nature en installant au cœur du droit de l'environnement la construction d'une « nouvelle conscience » écologique purement performative (Chapitre III).

Chapitre I

Du ciel des anciens à la nature objet : les racines juridiques du prométhéisme technologique

Le passionnant livre du physicien Fritjof Capra et du juriste Ugo Mattei, *The Ecology of Law, Toward a Legal System in Tune with Nature and Community*, plaide pour l'avènement d'un éco-droit qui suivrait le changement de paradigme consacré au cours des dernières décennies dans les sciences de la nature[7]. Celles-ci sont en effet passées d'un paradigme mécaniste, reposant sur la métaphore d'une nature pensée comme une machine dont les leviers sont actionnés par l'homme envisagé dans la succession de Dieu « comme maître et possesseur de la nature », à un paradigme écocentré. La représentation métaphorique de ce paradigme est celle d'un réseau de communautés écologiques en constante interaction, renouant d'une certaine façon avec les représentations cosmogoniques et religieuses des anciens d'une nature envisagée comme un grand organisme éternel dans lequel les hommes doivent viser à s'insérer harmonieusement.

D'une nature objet, pensée depuis l'aube de la modernité comme une matière inerte dissécable et exploitable à l'infini, les sciences de la nature redécouvrent devant l'urgence de la crise écologique que la nature est un ensemble complexe et vivant, c'est-à-dire imbriqué dans une multitude de relations et d'interactions. Le défi qui nous occupe est de traduire ce changement de statut en droit sans pour autant renier la place particulière qu'occupe l'espèce humaine dans la nature : celle d'une espèce dépendante de la nature et en même temps capable de la transcender.

Or, soutiennent Capra et Mattei, le droit est très loin d'avoir connu pareille révolution[8]. La science juridique, organisatrice du devoir-être de nos sociétés, se trouve bloquée au stade du paradigme mécaniste. Malgré l'apparition d'un droit de l'environnement pléthorique et détaillé, la nature demeure très largement envisagée sous l'angle de la propriété privée construite comme un rapport de domination (*dominium*) du vivant. Asservie à la satisfaction des désirs insatiables et des besoins de l'homme, elle est une chose corvéable à merci et qui ne peut être appréhendée que selon une logique quantitative.

Dans un remarquable effort de synthèse, Capra et Mattei retracent les étapes de l'évolution du droit dans son rapport à la nature en faisant coïncider l'évolution du Cosmos vers la machine de la révolution scientifique à celle des communs vers le capital. Après avoir décrit ces étapes, nous nous attacherons à analyser comment le grand récit du progrès, aujourd'hui sans doute révolu au profit de celui, voué à l'impasse, de la grande peur des effets de celui-ci, a conduit à renforcer au cœur du droit le paradigme mécaniste sous la forme d'un droit asservi à l'idéal de croissance.

Du cosmos à la machine et des communs au capital : l'apport des romanistes

Selon Capra et Mattei, le déclencheur du processus d'entrée du monde dans la modernité juridique aux XVI^e^ et XVII^e^ siècles est la redécouverte au XI^e^ siècle du *Corpus Iuris Civilis*, les compilations du droit romain de l'Empereur byzantin Justinien (482-565). Considéré à juste titre comme un texte d'une importance historique équivalente à la bible, le *Corpus Iuris Civilis* représente la première entreprise, à l'initiative d'un pouvoir absolutiste et centralisé, visant à concevoir un cadre normatif objectif dans le but d'assurer une certitude juridique à la société et à la machine bureaucratique du pouvoir politique [9]. Il fournit aussi, ajoutent Capra et Mattei, la fondation conceptuelle de notre vision du droit centré sur la question de la propriété, droit d'entre les droits, qui renvoie à l'idée d'un pouvoir sans partage du maître sur sa chose.

Une précision de taille s'impose sur la redécouverte du droit romain. La forme systématique et encyclopédique du code sous laquelle le droit romain nous est connu ne rendait nullement compte de la façon casuistique dont ces contenus avaient été élaborés. Et la forme codifiée devait ainsi conduire à véhiculer dans le droit savant des romanistes médiévaux les bases d'une transformation dans la représentation du monde, qui caractérise la modernité juridique par rapport à l'âge classique. Cette situation paradoxale est soulignée notamment par Aldo Schiavone dans son ouvrage essentiel, *Ius, L'invention du droit en Occident* dans les termes suivants :

> « La forme code – la seule sous laquelle le droit romain est parvenu jusqu'à nous – était en somme, dans le même temps un emballage résistant, mais aussi un miroir gravement déformant, qui altérait les termes authentiques de cette culture, au moment où elle contribuait de façon déterminante à en sauver la mémoire. Le déroulement réel de la pensée juridique antique y était tout à la fois détruit et préservé. Alors qu'on en conservait, fût-ce partiellement, les documents essentiels, on effaçait les connexions et les contextes dans lesquels chacun d'eux avait pris corps, en l'enveloppant dans un tissu de relations et de rapports qui n'était plus l'original, celui dans lequel il avait vu le jour, mais quelque chose de tout à fait neuf et artificiel – dicté par la trame normative et les équilibres de la codification. La structure des œuvres et le profil de chaque auteur étaient comme désintégrés, précisément quand on préservait des aspects et des doctrines fondamentales, pour former, avec les tesselles ainsi récupérées, la trame prescriptive d'un autre texte – un code – qui toutefois ne cessait de révéler à chaque ligne la qualité particulière des matériaux avec lesquels il avait été composé. » [10]

C'est donc une forme muséifiée du droit romain par un empereur byzantin qui a servi de fondation à une production sans précédent de constructions doctrinales élaborées à partir du XII^e^ siècle, par les clercs des autorités pontificales et des princes, pour aboutir à la création, au cours des XVI^e^ et XVII^e^ siècles de l'État, du capitalisme et de la science juridique modernes. Le manuscrit poussiéreux d'un fragment des *Corpus Iuris Civilis* sur lesquels des clercs du pape avaient mis la main devait se révéler être une puissante arme conceptuelle contre la société pluraliste médiévale. Il constitue la matrice juridique de la modernité et un jalon important dans le passage d'une représentation holistique de la nature des anciens, y compris des romains, et du Moyen-Âge, à la conception anthropocentrique de la nature comme objet de droit.

Jusqu'à la révolution juridique moderne, le droit romain ainsi redécouvert ne constituait qu'un ordre normatif parmi de nombreux autres dans une société médiévale constituée lors de l'effondrement de l'Empire romain en petites communautés vivant d'une économie autarcique et de subsistance. Ce système s'est perpétué avec la naissance des royaumes barbares, résultant en une société médiévale juridiquement structurée comme un système holistique et pluraliste dans lequel coexistaient une mosaïque d'ordres normatifs locaux, manquant de juridictions formelles et de distinction entre les autorités religieuses, politiques et juridiques. La question du rapport entre les personnes et les choses y était dominée par une multitude d'institutions juridiques (propriétés simultanées héritées du droit franc, communaux, communautés taisibles, vaine pâture etc.) réglementant les usages et constituant un maillage d'obligations réciproques et de relations à long terme entre les individus et la communauté. Au cœur de cette conception des choses trônait l'institution coutumière de la saisine, qui imprégnait les rapports des hommes et des choses d'un rapport fonctionnel, fondant une propriété-jouissance, et non corporel du rapport aux choses (propriété-appartenance moderne). La saisine consacrait en effet un droit de jouissance légitime et garanti sur les diverses utilités de la chose.

Reflet d'une économie de subsistance et d'une conception communautariste des rapports sociaux, la conception médiévale de la propriété fondée sur la saisine privilégiait le *ius fruendi*, c'est-à-dire l'usage de subsistance, au *ius abutendi*, ou libre droit de disposer de la chose, caractéristique d'une conception économique fondée sur la valeur d'échange. Des propriétés simultanées, la modernité juridique n'a tendance à ne vouloir retenir que les aspects féodaux, privilégiant l'association entre le partage des profits du sols et les liens de dépendance personnelle, et de gommer qu'il existait en marge du système féodal des propriétés simultanées sans dépendance personnelle, qui constituaient la base des communaux villageois. La raison d'être de ces arrangements reposait en effet sur la nécessité de préserver l'intégrité des communautés, qu'elles soient villageoises, seigneuriales, corporatives, etc. Souvent contestés mais toujours négociés, ces arrangements étaient hautement adaptables aux circonstances de chaque conflit et impossible à décrire avant les faits [11]. Gage de stabilité sociale, la préservation des communaux et des pratiques normatives coutumières qui les sous-tendaient était une constante préoccupation des communautés médiévales et prémodernes. En témoignent l'adoption deux ans après la Magna Carta, accordant aux barons anglais une protection de leurs droits de propriété contre la couronne, de la Charte de la forêt, qui protégeait les droits d'accès et d'usage immémoriaux des paysans anglais contre la Couronne et les barons, et la rédaction des coutumes en France qui témoignait d'une inquiétude du pouvoir royal contre les effets déstabilisants sur le royaume de l'usurpation par les seigneurs de la qua-

si-totalité des bois communaux. Les droits d'accès aux communs et les droits d'usage sur la terre étaient d'autant plus inaliénables qu'ils appartenaient aussi aux « générations futures ».

Dans ce paysage, le droit romain à la sauce justinienne était celui du monarque et, dans sa dérivation cléricale du droit canon, celui de la structure bureaucratique de l'Église. Dans le contexte des communautés villageoises, l'idée d'un ordre juridique unique n'existait pas. La conception moderne du droit de propriété comme un droit absolu sur la chose était inconcevable.

À terme, cette structuration sociale éclatée des communautés organiques médiévales représentait cependant un obstacle insurmontable pour les autorités externes des pouvoirs centralisateurs en formation dans leur volonté d'organiser, discipliner ou rationaliser toute la vie sociale. C'est en ce sens que le contenu rationalisé et systématisé du droit romain compilé par Justinien fournissait une arme conceptuelle redoutable aux propriétaires domaniaux, une arme qui allait se distiller comme un poison pendant des siècles pour finir par se cristalliser dans la science juridique au XVII[e] siècle avec le positivisme hobbesien et la propriété lockéenne. C'est en effet dans le droit romain redécouvert que les juristes pontificaux et royaux ont puisé les arguments pour anéantir la propriété commune en la coinçant entre le marteau de la propriété privée de l'aristocratie foncière et l'enclume de la propriété publique de l'État en gestation.

Plusieurs révolutions conceptuelles annonciatrices de l'homme comme maître et possesseur de la nature de la modernité juridique et de la transformation des communs en capital dérivent de la redécouverte du droit romain et de l'esprit de systématisation du *Corpus Iuris Civilis*. La première consiste à substituer à la distinction du droit franc entre les choses durables et les choses périssables, celle du droit romain entre choses fixes et mobiles, entre les biens meubles et les biens immeubles. Alors qu'en droit franc, puis en droit coutumier, la terre appartenait, selon les termes de Sarah Vanuxem, à la « catégorie franque des choses pérennes et productives, offertes à la jouissance humaine, mais non susceptibles d'appropriation en elles-mêmes », elle devenait, pour les romanistes, l'archétype du bien immeuble, l'« immeuble idéel [12] ». À la faveur de cette classification, la terre perdait ainsi, comme le dit Sarah Vanuxem, sa nature nourricière « d'élément vivant du 'cosmos' qui exige, pour son usage 'la succession des générations et la solidarité de tous' », [de] chose productive. Elle devenait une « entité corsetée, immobilisée, neutralisée, condamnée à la passivité [13] ».

Réduite à de la matière inerte, elle devenait, selon une seconde classification romaine, une chose corporelle, c'est-à-dire une chose ressortissant du donné, par opposition aux choses ressortissant de l'ordre de la construction juridique que sont les choses incorporelles (droits d'auteur, marques, brevets). En étant une chose corporelle, la terre devenait ainsi un objet susceptible d'appropriation exclusive. La propriété foncière cessait d'être une propriété-jouissance, définie par rapport à la « faculté de jouir d'une ou plusieurs utilités de la terre », comme dans le système des propriétés simultanées, pour devenir un droit-puissance absolu de son propriétaire de l'assujettir, de la dominer (*dominium*), et d'en exclure tout usage par d'autres : une propriété-exploitation, qui devait devenir le socle d'une propriété-spéculation. D'une humilité de l'homme devant la nature et « devant la chaîne des générations dont il n'est qu'un maillon », la conception de la propriété des romanistes emporte avec elle une affirmation de « la supériorité de l'individu » sur la nature et sur le « groupe humain » en lui conférant un « pouvoir corporel et exclusif de domination », une affirmation cristallisée dans la *Summa divisio* cartésienne du droit moderne entre les choses (objets pensés) et les personnes (sujets pensants).

Une troisième classification décisive est la distinction juridique tripartite entre les choses qui n'étaient pas strictement des propriétés privées. La première catégorie était celle des « choses qui n'appartenaient à personne » (*res nullius*). Elles sont, à l'image des animaux sauvages, des biens sans maîtres inappropriés mais appropriables par le premier occupant. La seconde catégorie était celle des « choses qui appartiennent à tout le monde » (*res communis omnium*) comme l'air, la mer, les plages et les eaux vives qui ne pouvaient pas, par leur nature, être appropriés de façon exclusive. Enfin, Rome connaissait des choses appartenant à la cité (*res publicae*), c'est-à-dire les terres publiques, les ouvrages comme les ponts, les aqueducs, les places et les égouts. Mais il faut bien se garder de penser cette propriété publique de façon moderne, comme le patrimoine d'une personne morale de droit publique comme l'État ou la commune. Les choses publiques appartenaient en droit romain à l'universalité, à la généralité des citoyens, rassemblant les générations passées, présentes et futures.

En théorie, la distinction entre les choses communes, appartenant à tout le monde, et les choses sans maître, s'induisait de la nature des choses. Les choses communes ne pouvaient matériellement pas être appropriées de façon privative et, de surcroît, existaient dans un état d'abondance tel que leur appropriation ne se justifiait pas. Toutefois, les catégories des choses sans maître et des choses communes devenaient poreuses si l'on entrait dans une logique d'accumulation et non plus de préservation de liens communautaires, ou à fortiori, si on pensait que ces liens communautaires sont un obstacle à l'accumulation primitive du capital. Partant de l'idée qu'on peut s'approprier une fraction d'une chose commune (un seau d'eau de pluie par exemple) et que cette fraction correspondrait à une *res nullius*, il devenait possible d'étendre le droit du premier occupant à de nombreuses choses se trouvant en abondance dans la nature. Comme l'écrit Pauline Milon, la « *res nullius* s'inscrit [...] dans une logique de croissance, de développement, la chose devant être rentable et « activée » par un sujet propriétaire [14] ».

Ces doctrines ont été d'une importance décisive dans le processus d'accumulation qui a transformé toute propriété commune en propriété privée d'une part, et en propriété publique (entendu au sens moderne comme la propriété du souverain) d'autre part, faisant de la propriété un capital. Elles sont en effet instrumentales dans le phénomène des enclosures, c'est-à-dire le phénomène massif d'usurpation des biens communaux et des tenures individuelles par l'effet de la puissance seigneuriale. Réaction des seigneurs contre la hausse des prix entrainant la crise des rentes féodales qui dura du XIII[e] au XVII[e] siècle (causée notamment, à partir du XV[e] siècle, par l'afflux massif de métaux en provenance d'Amérique), les enclosures consistaient à priver les paysans des droits d'usage dont ils jouissaient sur la terre seigneuriale en les bordant de clôtures, défendues au besoin par des hommes en armes. Conférant aux seigneurs fonciers le monopole foncier des terres agricoles, les enclosures ont conduit à vider les villages de leur population entrainant les plus fortunés à devenir ouvriers agricoles et rejetant le reste dans les affres de la mendicité et de l'errance. Il ne s'agissait pas de la première usurpation privant les paysans de l'accès à la terre de l'histoire, mais les enclosures modernes systématisées, rationnalisées, étaient un processus d'une intensité sans commune mesure avec les usurpations pratiquées, par exemple, dans la Rome ancienne.

La première vague d'enclosures d'envergure en Angleterre s'est produite au XVe siècle au moment de l'essor de l'industrie textile britannique. Ses effets désastreux pour l'homme et la nature, résultant dans la disparition du paysage de champs ouverts remplacés par des bocages et de prairies permanentes encloses pour l'élevage des moutons, ont été décrits avec force par Thomas More :

> « Les troupeaux innombrables de moutons [...] couvrent aujourd'hui toute l'Angleterre. Ces bêtes si douces, si sobres partout ailleurs, sont chez vous tellement voraces qu'elles mangent même les hommes et dépeuplent les campagnes, les maisons et les villages [...]. Ainsi, un avare affamé enferme des milliers d'arpents dans un même enclos ; et d'honnêtes cultivateurs sont chassés de leurs maisons, les uns par la fraude, les autres par la violence, les plus heureux par une suite de vexations et de tracasseries qui les forcent à vendre leurs propriétés ». [15]

Après trois siècles d'enclosures, la paysannerie pauvre et moyenne avait complètement disparu dans l'Angleterre du XVIIIe siècle. En France, quoique le mouvement ait été considérable, notamment dans la destruction des communaux, la communauté villageoise et la paysannerie ont néanmoins survécu, l'exode rural n'y débutant qu'à la fin du XIXe siècle. À la différence de l'Angleterre, où les propriétaires ont participé activement à la restructuration de l'aristocratie foncière et à l'orientation de l'agriculture en louant leurs terres à des fermiers capitalistes, les seigneurs français sont demeurés très largement des rentiers, faisant éclore une concentration des terres mises en fermage par une classe émergente de paysans riches, les fameux *coqs de village*, dès le XVIIe siècle [16]. C'est ainsi qu'est née la préférence française pour la grande monoculture céréalière, à proximité du débouché des grandes villes, qui demeure le paradigme de la politique agricole française, sanctuarisée par l'Union Européenne dans l'agriculture industrielle de la PAC.

Plus près de nous, à l'Enclosure des terres, est venue s'ajouter l'extension du domaine de la propriété publique, qui est une soustraction du commun au profit de l'État, d'une partie de l'Océan, de l'espace aérien et du spectre hertzien. Puis une nouvelle phase s'est engagée, souvent qualifiée d'enclosure des œuvres de l'esprit, avec la brevetabilité du vivant, ou appropriation par le brevet des « communaux génétiques de notre planète » par un arrêt de la Cour suprême des États-Unis [17], qui s'est généralisée peu à peu dans les droits nationaux et le droit international [18].

En plus des enclosures, la dérivation du concept de *res nullius* vers les terres inhabitées (*terra nullius*) a fourni une puissante arme conceptuelle à la conquête du continent américain, puis à la colonisation. La *terra nullius* était en effet considérée comme le territoire caractérisé par une absence de structure sociale, religieuse ou politique, ainsi qu'un pouvoir établi et un système hiérarchique avec l'existence d'un souverain [19]. On rappellera à cet égard que Par exemple, Christophe Colomb avait fait constater par un notaire que les terres de l'Amérique, n'étant pas occupées privativement, étaient des *res nullius*, justifiant ainsi leur prise de possession pour le compte de la Couronne.

Toutefois, on ne saurait attribuer à la sophistication des textes redécouverts au XIe siècle dans le *Corpus Iuris Civilis* la paternité exclusive de la cosmologie juridique moderne d'un homme « comme maître et possesseur de la nature » et du paradigme

croissanciel. Il lui fallait un adjuvant qui est venu de l'intérêt porté par les théologiens et les philosophes au droit. Comme s'est évertué à le démontrer Michel Villey, le passage de l'âge classique au paradigme mécaniste moderne n'a pas été le fruit exclusif des juristes médiévaux, qui demeuraient ancrés dans la représentation aristotélicienne du monde, mais celui d'incursions de philosophes comme Guillaume d'Occam, Hugo Grotius, puis Hobbes et Locke, dans le domaine juridique.

De la nature cosmique au positivisme juridique : du nominalisme à Hobbes

Rappelons que, jusqu'à Hobbes, la science juridique demeure dominée par la vision aristotélicienne de la nature et se construit, non pas sur la « nature de l'homme », qui est une notion moderne, mais sur la « nature cosmique », sur le ciel des anciens en d'autres termes. Malgré son caractère rationnel et sa caractéristique essentielle d'un droit savant construit par des interprètes professionnalisés, le droit romain ancien s'inscrivait de plain-pied dans cette cosmologie aristotélicienne [20]. Toute la science du droit à l'heure de la tradition du droit naturel prémoderne prenait en effet l'observation de la nature et de l'ordre cosmique qu'elle recèle pour point de départ pour la découverte des solutions juridiques. Elle consistait, citant Villey, « à découvrir le droit par l'observation de l'ordre inclus dans le corps social naturel, d'où ne se peuvent tirer que des rapports, que des proportions, que des conclusions objectives [21] ». Le droit y est recherche du juste, de la part du juste, qui repose sur l'observation de la nature. Il est une quête de mesure, qui se situe dans les choses, par opposition au droit moderne où la recherche du juste est évacuée du champ du droit pour lui substituer la volonté individuelle. Le langage juridique classique, nous dit Villey, vise « un monde de choses, de biens extérieurs, parce que c'est seulement dans les choses et le partage fait dans les choses que se manifeste le rapport juridique entre les personnes [22] ». L'opposé du langage des droits subjectifs modernes.

Une étape décisive dans ce récit tient dans le nominalisme de Guillaume d'Occam, le vrai père fondateur de la modernité, et l'invention par lui des droits subjectifs, que Villey qualifie de « révolution copernicienne de la science juridique ». Occam congédiait en effet le ciel des anciens pour substituer l'individu au cosmos et inaugurait ainsi un processus de retrait de l'espèce humaine de sa participation aux processus de reproduction de la nature, mettant à bas la vieille sagesse organique médiévale et grecque. Reprenant les mots de Michel Villey, le nominalisme « habitue à penser toutes choses à partir de l'individu : celui-ci (et non plus le rapport entre plusieurs individus) devient le centre d'intérêt de la science du droit ; l'effort de la science juridique va désormais tendre à décrire les qualités juridiques de l'individu, l'étendue de ses facultés, de ses droits individuels. » Dans ce système, l'origine des normes juridiques n'est plus à rechercher dans « l'ordre même qu'auparavant on croyait lire dans la Nature », mais exclusivement dans les « volontés positives » des individus. Il en ressort que la nature du droit individuel (en droit romain *jus*) est transformée pour devenir un droit subjectif, c'est-à-dire un pouvoir (*potestas*). Dans le rapport aux choses, le droit ne désigne plus la chose ou une part de choses qui vous est attribuée, le bien qui vous est attribué selon la justice (le *id quod justum* est de Saint Thomas d'Aquin), il devient un pouvoir de la volonté de l'individu. Les choses deviennent des objets de droit ; elles ne sont plus le droit, un « droit dans la chose » (*jus in re*) mais ce sur quoi porte le droit [23]. En somme, la philosophie occamienne fournissait l'outil conceptuel, le droit subjectif, par lequel la cosmologie moderne d'un homme « comme maître et possesseur de la nature » devait envahir le droit moderne. [24]

Une seconde étape décisive est engagée avec Hugo Grotius, le fondateur de l'École du droit naturel moderne et le père du droit international, à propos duquel Michel Villey écrivait qu'il pourrait être nommé « le législateur de l'Europe moderne au sens où Lycurgue le fut de Sparte et où le grand homme, pour Cicéron, le serait de tout système de droit» [25]. Conseiller de la VOC, la compagnie des Indes hollandaise pour laquelle il avait théorisé le droit de prise de navires portugais, et des Provinces Unies (Pays-Bas) lors du traité de Westphalie, Grotius a conçu toute sa science du droit « à partir du fait de la guerre, sous l'angle de la guerre ». Imprégnée de stoïcisme, la pensée de Grotius, et le système construit par lui sont pleinement modernes. Grotius tire en effet un trait presque définitif sur le droit naturel aristotélicien en marquant notamment une séparation nette entre le droit et les faits, déjà en germe dans la pensée de Jean Bodin entre autres. Ce faisant, ce qui n'est pas le moindre paradoxe pour quelqu'un connu comme le fondateur de l'École du droit naturel moderne, la méthode de Grotius boute la nature – et la justice avec elle – hors du droit : « je puis protester de bonne foi que comme les mathématiciens en examinant les figures font abstraction des corps qu'elles modifient, j'ai aussi, en expliquant le droit, détourné mes pensées de la considération de tout fait particulier ». La nature externe, cosmique, la nature des choses, cesse d'être la référence du juriste pour lui substituer la nature de l'homme. Avec Grotius, écrit Villey « il n'y a plus de droit hors de la pensée subjective de Dieu ou de l'homme [26] ».

Dès lors, la réalité juridiquement appréhensible devenait avec Grotius et son contemporain Jean Domat un ensemble de composantes séparées et définissables (des acteurs individuels libres), et la propriété un droit individuel, garanti par l'État, de développer la nature, c'est-à-dire de la transformer en une sorte de manufacture mythique d'objets servant au confort humain, dans un rapport d'éloignement constant de l'homme des processus naturels. S'inscrivant dans le dualisme cartésien d'une nature entendue comme une *res extensa* (un objet pensé) et de l'homme comme res cogitans (sujet pensant), le droit commençait à être analysé comme un cadre objectif tout entier construit par la raison humaine et détaché de toute quête de proportionnalité inscrite dans le cosmos.

Fusionnant la théologie protestante et la morale stoïcienne, le système de Grotius repose sur la sociabilité, qu'il définit comme « une certaine inclination à vivre avec ses semblables, non pas de quelque manière que ce soit, mais paisiblement et dans une communauté de vie aussi bien réglée que ses lumières le lui suggèrent [27] ». À partir de là, Grotius en déduit non pas la forme du gouvernement, qui n'est pas son objet, mais le contenu scientifique du droit conforme à la nature humaine, formulé sous forme d'axiomes :

> « [q]u'il faut s'abstenir religieusement du bien d'autrui, et restituer ce que l'on peut avoir entre ses mains, ou le profit qu'on en a tiré : Que l'on est obligé de tenir sa parole : Que l'on doit réparer le Dommage qu'on a causé par sa faute : Et que toute violation de ces Règles mérite punition [...]». [28]

Droit de propriété absolue et exclusive, consensualisme, et principe de responsabilité pour faute ; ces trois piliers du droit moderne repris par tous les grands juristes fondateurs (Domat et Pothier en France, Blackstone au Royaume-Uni, Pufendorf et Wolff en Allemagne) avaient été gravés dans le marbre par Grotius. Comme l'explique Henri Lepage, citant le philosophe anglais, Richard Tuck, la contribution de Grotius est décisive dans la mesure où, avec lui, « le fondement de l'ordre social devient le respect par chacun des droits (personnels) des autres » [29].

C'est à Thomas Hobbes, que nous devons le franchissement de la dernière étape définitive dans le congédiement définitif de la nature cosmique du giron de la raison d'être du droit. Hobbes conclut en effet l'évolution entamée par Guillaume d'Occam au XIVe siècle du droit de la nature vers le positivisme juridique. Menant le nominalisme à sa conclusion logique, Hobbes disqualifie toute référence à la nature et à tout idéal de justice distributive. Dans son système, le juste et le droit deviennent de simples « termes », qui n'ont de sens que « référés aux volontés et appétits des individus, seules réalités actuelles, ou comme produits d'une création arbitraire du prince », réduisant toute communauté humaine à une construction artificielle.

Disciple de Francis Bacon et proche du médecin Harvey, Hobbes s'inscrit dans un rapport d'opposition frontale avec la cosmologie aristotélicienne en important dans les domaines de la morale, de la politique et du droit la méthode « résolutive-compositive » de Padoue, devenue la physique galiléenne, qui procède par analyse des choses en éléments premiers, puis recompose les phénomènes à partir de ces éléments.

Dans les sciences de la nature, ce changement de cosmogonie a été décrit merveilleusement par A. Koyré à propos de la révolution scientifique du XVIIe siècle :

> « [Les changements] semblent pouvoir être ramenés à deux éléments principaux, d'ailleurs étroitement liés entre eux, à savoir la destruction du cosmos, et la géométrisation de l'espace, c'est-à-dire : a) la destruction du monde conçu comme un tout fini et bien ordonné, dans lequel la structure spatiale incarnait une hiérarchie de valeurs et de perfection, monde dans lequel, " au-dessus " de la Terre lourde et opaque, s'élevaient les sphères célestes des astres impondérables, incorruptibles et lumineux, et la substitution à celui-ci d'un Univers indéfini, et même infini, ne comportant plus aucune hiérarchie naturelle et uni seulement par l'identité des lois qui le régissent dans toutes ses parties, ainsi que par celles de ses composants ultimes placés, tous, au même niveau ontologique ; et b) le remplacement de la conception aristotélicienne de l'espace, ensemble différencié des lieux intramondains, par celle de l'espace de la géométrie euclidienne – extension homogène et nécessairement infinie – désormais considéré comme identique, en sa structure, avec l'espace réel de l'Univers. Ce qui, à son tour, impliqua le rejet par la pensée scientifique de toutes considérations basées sur les notions de valeur, de perfection, d'harmonie, de sens ou de fin, et finalement, la dévalorisation complète de l'Être, le divorce total entre le monde des valeurs et le monde des faits. » [30]

Avec la révolution scientifique, la nature devient un grand livre écrit en langage mathématique selon la formule de Galilée. En d'autres termes, les hommes ont abandonné la recherche des causes, pour se consacrer à celle des lois, qui sont elles-mêmes la description de mécanismes naturels. Dans ce monde désenchanté, la nature, dépourvue de toute finalité, a cessé d'être un guide pour l'homme qui se pense désormais comme son « maître et possesseur ». Ainsi, par la même révolution épistémologique, l'homme devenait capable de connaître scientifiquement la nature, mais devenait orphelin de celle-ci pour connaître son destin.

Plus que tout autre penseur, Hobbes est celui par lequel ce changement de représentation du monde avenu dans les sciences de la nature s'invite dans le domaine de la philosophie politique et du droit. L'importation de La méthode galiléenne dans la philosophie civile conduit en effet Hobbes à conclure que l'observation de la nature, dans laquelle l'homme se trouve dans un état de guerre incessante avec ses semblables, ne livre aucune lumière sur le devoir-être, sur le juste. Selon Hobbes, le seul enseignement que l'on peut tirer de la nature est que la société ne naît pas d'une propension naturelle de l'homme à s'assembler pour vivre en harmonie dans la nature, mais d'un besoin de se protéger contre elle en la dominant. La raison conduit à avoir constamment à l'esprit la menace du retour à l'état de nature, synonyme de guerre de tous contre tous, et à renoncer à la faculté d'utiliser ses forces à la conservation de son être par contrat avec le souverain. Le but de l'État, être artificiel par excellence, est de nous garder du retour à la nature. La nature du droit s'en trouve considérablement changée, qui réside tout entière, non plus dans la recherche d'une juste mesure inscrite dans la nature, mais dans la volonté du souverain, seul fondement de l'obligation morale d'obéir au droit.

Avec Hobbes, la boucle est bouclée, le droit est devenu désarrimé d'un idéal de justice qui trouverait son origine dans l'observation de la nature. Il est tout entier pouvoir et puissance du souverain. À la différence de Grotius, tous les ponts sont coupés avec la morale stoïcienne, et la logique déterministe. Hobbes, écrit Villey, est le père d'une nouvelle science sociale profane articulée sur le modèle de la science physique moderne, c'est-à-dire sur le modèle de la machine. Dans cette nouvelle épistémê, construite sur les ruines du cosmos, l'ancienne manière de penser le rapport du tout et de ses parties se trouve renversée : de la même façon que, dans les sciences de la nature, le tout de la nature ne livre aucune connaissance dont on pourrait déduire une connaissance adéquate de la destination de ses parties, la philosophie civile hobbesienne interdit de penser la question des valeurs et de la justice à partir du bien commun des classiques. [31]

Cette révolution produit deux conséquences en droit et en philosophie politique. La première est que l'organisation sociale de la cité cesse de vouloir être le reflet de l'harmonie avec le cosmos pour devenir une loi mécanique à découvrir, faisant ainsi surgir la fiction de l'état de nature pour élucider l'institution de la société civile et la règle commune de justice qui maintient le corps social et politique en vie.

La seconde conséquence majeure tient dans la césure fondamentale du droit et du fait, signifiant, selon les termes de François Ewald, que « le droit se développera selon un ordre des raisons qui lui sera propre [32] ». Il ne pourra pas, poursuit Ewald, « être la copie ou le décalque du fait, dans la mesure même où sa tâche est de fournir les catégories destinées à le juger ». Ordonné sur la raison, qui seule peut fournir son objectivité au jugement juridique, l'ordre juridique devient de type hypothético-déductif. Ses deux axiomes, poursuit Ewald, sont les deux formulations pratiques, positive et négative, de la règle fondamentale de l'égalité, le respect de ses engagements – Pacta sunt servanda –, qui permet le régime des contrats, et le Ne fais pas à autrui..., destiné à couvrir tout le champ des rapports sociaux où les sujets ne sont pas liés par un contrat, c'est-à-dire la responsabilité civile (v. infra chapitre VI).

De la propriété au capital : de l'individualisme possessif aux droits de propriété

Si Hobbes rompt définitivement avec la nature en faisant primer l'artifice sur elle dans le contrat social à la base de la société moderne, Locke donne à celle-ci son atome de base : l'individu armé de son droit subjectif de propriété entendu comme pouvoir personnel d'agir. En faisant reposer sur le travail le droit du premier occupant à l'appropriation exclusive d'une partie des ressources communes avec laquelle l'homme a mêlé son labeur, Locke pousse la logique de la subjectivisation des droits à son paroxysme en assimilant la liberté à la propriété et la propriété à la liberté. En justifiant la propriété par la liberté, le travail et le besoin (l'homme a besoin de travailler la terre pour survivre), Locke naturalise l'idée que l'émancipation repose sur l'exercice d'un pouvoir sans partage du maître sur sa chose.

Résumons les étapes du raisonnement de Locke en commençant par rappeler que, par propriété, Locke n'évoque pas seulement les possessions matérielles des hommes, mais tout simplement la protection des droits individuels qui constitue le prolongement de la personne humaine en raison de la règle morale selon laquelle chacun est le seul et unique propriétaire de son corps [33].

C'est du besoin de préservation que Locke fait naître l'instinct propriétaire : c'est parce que Dieu assigne aux hommes le devoir de se conserver qu'ils ont – collectivement – le droit de consommer les biens de la terre à cet effet, faisant que la propriété n'est jamais fondée en droit que si elle est employée pour satisfaire cet impératif de survie.

Locke postule ensuite que, si à l'état de nature, tout appartient à tous, il est une chose qui échappe à la communauté primitive : le droit de propriété que chacun a sur son propre corps. Ceci fonde l'égalité primitive des hommes, faisant qu'aucun d'entre eux n'a été créé avec le statut d'un instrument pour autrui [34].

La troisième étape du raisonnement conduit Locke à montrer que tout ce à quoi l'individu mêle sa propre personne, y compris le sol, se voit communiquer le caractère exclusif et privatif de cette dernière [35]. Par conséquent, quiconque touche de son activité une des choses que la nature avait données en commun, soustrait cette chose à l'état de nature et la transforme en propriété privée excluant le droit des autres [36].

Cependant, l'appropriation privée est soumise à deux conditions, appelées le *proviso* lockien : la première pose que le droit du premier occupant du sol n'est légitime que pour autant qu'il n'accapare pas les ressources nécessaires aux autres pour leur propre subsistance [37]. La seconde postule que l'appropriation cesse d'être légitime si elle excède la part nécessaire à la satisfaction du besoin et mène au gaspillage [38]. Mais tant que l'individu satisfait à ces conditions, il est en droit de s'approprier la part des biens de la nature qu'il désire sans l'accord des copropriétaires indivis. Mais si elles ne sont pas réunies, il doit obtenir le consentement des autres membres de la communauté pour réaliser un acte d'appropriation.

Locke montre alors comment, dans cet état de nature, la monnaie naît, elle aussi « naturellement », comme moyen de faciliter l'accumulation sans pour autant contrevenir aux limites morales posées par le *proviso*. La monnaie permet en effet aux plus industrieux d'entrer dans un processus d'accumulation impossible auparavant, qui produit deux conséquences : d'une part, un accroissement des inégalités : l'argent rendit profitable à un homme de « posséder plus de terre qu'il n'en peut utiliser lui-même [39] » ; d'autre part, la croissance de la population provoque une pression accrue sur les ressources naturelles disponibles et fait que, peu à peu, les derniers venus ont plus de mal à trouver encore des terres qu'ils peuvent s'approprier sans remettre en cause la propriété des autres [40].

C'est en référence à cette situation de rareté que Locke pose alors la question du rôle de l'autorité politique. Deux solutions se profilaient : la première postulait que l'État soit le bras armé d'une propriété comme droit illimité d'user et d'abuser. L'autre faisait de l'État le seul propriétaire, allouant à chacun ce dont il a besoin selon un principe de justice distributive [41]. Locke choisit une voie médiane qui consiste à faire de l'autorité politique un arbitre appelé à trancher les conflits de légitimité sans pour autant être à l'origine du fondement du droit de propriété [42].

La parfaite synthèse du dualisme cartésien et de l'individualisme possessif lockéen sera réalisée dans le code civil, dont le fameux article 544 définit la propriété comme le « droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue ».

La propriété a horreur du vide, nous dit François Ost qui voit dans le droit moderne un droit ayant vocation à occuper tout l'espace naturel qu'ils « n'auront de cesse de [...] recouvrir entièrement du manteau réificateur de la propriété ». Dans son esprit de systématisation, « [t]out le travail du code civil » poursuit Ost, « consistera [...] à classifier les éléments de la nature (il décidera, par exemple, que les pigeons des colombiers et les lapins de garenne sont "immeubles par destination") et à en faire l'objet d'une appropriation que l'on veut la plus exclusive et la plus totale possible. La logique du code consiste à transformer toutes choses en valeurs marchandes, à les patrimonialiser, à en faire un objet d'appropriation et d'aliénation. [43]» Ainsi, dans la continuité de l'article 544, l'article 546 « donne droit [au propriétaire] sur tout ce qu'elle produit, et sur ce qui s'y unit accessoirement soit naturellement, soit artificiellement » et l'article 552 en étend le champ au-dessus et au-dessous du sol objet de la propriété.

Avec l'apparition du mouvement ouvrier, la doctrine a redoublé d'ardeur dans sa consécration de l'absolutisme propriétaire.

Ainsi, peut-on lire sous la plume de Baudry-Lacantinerie :

> « 1. Le droit de propriété est tout d'abord absolu. Le propriétaire a sur sa chose le pouvoir juridique le plus complet, *plena in potestas*. Il jouira donc de sa chose comme il le voudra, même cela lui plaît d'une manière abusive, tandis que celui qui a un droit d'usufruit doit jouir en bon père de famille.
> 2. Le droit de propriété est exclusif, ce qui en réalité n'est qu'une façon nouvelle de traduire son caractère absolu... Il en résulte que la propriété d'une même chose ne peut appartenir pour le tout à deux personnes différentes. Une même chose peut appartenir à plusieurs personnes en commun ; il y aura plusieurs copropriétaires de la chose pour partie.
> 3. Le droit de propriété est perpétuel [44] ».

Marcadé écrivait pareillement :

> « [c]e droit rend le propriétaire maître et seigneur de la chose et lui donne sur elle une omnipotence absolue, un despotisme entier. Mais ce pouvoir indéfini sur la chose peut être et est souvent limité quand une loi formelle vient, dans un but d'intérêt public, lui imposer des restrictions. C'est ainsi que les biens de l'État, des communes, des établissements publics, et ceux composant les majorats, sont soumis à un régime particulier ; que les biens des mineurs et interdits subissent un régime protecteur, mais gênant, et que les mêmes biens des particuliers majeurs et capables ressentent encore, quoique à un moindre degré, cet effet de la prédominance de l'intérêt général sur l'intérêt privé. » [45]

Demolombe allait encore plus loin :

> « Le propriétaire est libre en effet de commettre ces sortes d'excès sur sa chose. Mais il importe toutefois de remarquer que ces excès, qui sont la conséquence de son droit absolu, ne constituent pourtant point par eux-mêmes un mode d'exercice de ce droit que les droits reconnaissent et approuvent... Mais enfin, il faut bien reconnaître que la propriété étant absolue, confère, sinon en droit, du moins nécessairement en fait, au propriétaire, le droit de mésuser de sa chose ; car, il ne serait pas absolu sans cela ; et toute restriction préventive, en portant atteinte au droit même de propriété, aurait eu ainsi beaucoup plus d'inconvénients que d'avantages [46]. À l'ardeur de ces justifications, on pourra opposer l'éloquence de Proudhon, qui se lamentait qu'en prenant pour critère déterminant de la propriété non pas l'usage du bien, mais la faculté souveraine et exclusive du propriétaire d'en disposer, c'est-à-dire de l'aliéner, voire de le détruire, l'institution de la propriété privée conférait en effet à cet individu la prérogative « de laisser pourrir ses fruits sur pied, de semer du sel dans son champ, de traire ses vaches sur le sable, de changer une vigne en désert, et de faire un parc d'un potager. » [47]

Le code civil reconnaissait cependant les *res communes* à l'article 714 : « Il est des choses qui n'appartiennent à personne, et dont l'usage, commun à tous, est réglé par la loi. » Toutefois, cette concession moderne au monde des propriétés simultanées a très vite été l'objet d'une distinction par la doctrine entre les parties détachables des *res communis* (le seau d'eau puisé dans une rivière) et la globalité appropriable. En fait, comme le souligne François Ost, il apparaîtrait plus juste d'envisager l'article 714 sous l'angle de l'usage que de l'appropriation, en envisageant le pollueur comme un accapareur de la ressource commune à son usage exclusif, ou, citant Gilles Martin, en présentant les victimes de pollution comme des expropriés de l'environnement [48].

Certes, la conception absolutiste a cédé du terrain à l'État social avec le succès mondial des thèses de Duguit au début du XX[e] siècle que la propriété n'est pas un droit, mais une fonction sociale [49]. Mais la fonction sociale de la propriété, si elle a pu être une arme conceptuelle contre la concentration de la propriété foncière, notamment en Amérique latine, a le plus souvent servi des objectifs productivistes et été une alliée du prométhéisme technologique plutôt qu'un contrepoids au Moloch technique. À tel point que la fonction sociale de la propriété est au cœur des politiques de la Banque Mondiale concernant l'accès à la propriété des paysans à la propriété en Amérique Latine, où mêlée aux théories d'Hernando de Soto sur le titrement, elle est motivée par un souci de croissance économique et d'extension du domaine des droits transférables et négociables. Même dans le cas de la Colombie, qui a reconnu une fonction écologique de la propriété, il s'agit davantage de garantir la protection de la nature en faisant appel à l'intérêt du propriétaire absolu que d'inverser l'ordre des valeurs entre protection de la nature et croissance. La faiblesse de la fonction sociale de la propriété est qu'elle n'a jamais pris en compte la fonction civique de la propriété (v. infra).

Le compagnonnage récent de la fonction sociale de la propriété avec le néolibéralisme s'inscrit dans son imbrication avec la théorie des *property rights* inspirée de la *Law and Economics*[50]. Selon cette théorie, explique Alain Supiot, le marché ne se limite pas aux biens et services qui s'y échangent, mais il s'étend aux droits relatifs à leur usage. Les *property rights* désignent l'ensemble des prérogatives, le « paquet de droits » (*bundle of rights*), attaché à la détention d'un bien[51]. Par exemple, « le droit de disposer du savoir-faire et de l'expérience du personnel d'une entreprise dont on prend le contrôle n'est pas un droit de propriété au sens strict, mais il participe de ce « paquet de droits » attaché aux choses et transférables avec elles[52] ». Comme l'énonce Supiot, c'est en réalité la frontière entre droit et produit qui tend à s'effacer : d'un côté, la règle de droit est envisagée comme un « produit » et le juge ou le législateur comme des « producteurs de règles ». De l'autre, tout produit est systématiquement pensé comme support d'un « paquet de droits ». Dès lors, tout est pensé en termes de droits individuels qui obéissent tous au modèle du droit de propriété, c'est à dire qu'ils sont exclusifs et transférables[53].

Dans la doctrine des property rights, le sujet de droit « est une monade régie par le seul souci de soi, qui ne connaît d'autres lois que celles auxquelles il consent dans ses rapports contractuels avec les autres monades[54] ». Ceci est très bien résumé par Henri Lepage dans Pourquoi la propriété, où Lepage écrit que « la liberté d'usage de la propriété, la libre-négociabilité des droits donne ainsi naissance à un véritable circuit « cybernétique » dont la vertu est de replacer la pression des égoïsmes privés dans le cadre d'un système de motivations et de sanctions individuelles qui favorisent la plus grande efficacité, sans que pour autant, celle-ci soit recherchée consciemment[55] ». Cybernétique : le mot est lâché. Il désigne en effet un idéal absolu de neutralité axiologique destiné à fonder une mise en pilotage automatique de la conduite des affaires humaines dans lequel, paraphrasant Supiot, il n'existe aucune place pour les principes incalculables car inestimables. C'est le fondement théorique de l'écologie libertarienne tant vantée par Lepage, dont nous reparlerons plus loin.

Le second mouvement des enclosures : de l'invention du brevet à la brevetabilité du vivant

C'est la même logique qui a conduit la théorie des *property rights* à investir des champs entiers de la vie et de la culture insusceptibles auparavant d'appropriation, avec l'enclosure du domaine intellectuel, particulièrement depuis les accords de l'Alena et les accords sur les aspects des droits de propriété qui touchent au commerce en 1994[56].

À cet égard, le même Henri Lepage, dans *Pourquoi la propriété*, expose que la révolution industrielle n'était pas tant une révolution technologique qu'une révolution juridique. Plus exactement, Lepage soutient que la révolution juridique précédait et conditionnait la révolution technologique en rendant possible « la révolution du savoir sur laquelle est fondée toute notre civilisation moderne[57] ».

S'interrogeant sur la raison pour laquelle les anglais et le hollandais ont été plus entreprenants que les autres nations naissantes, Lepage explique que c'est l'invention du brevet industriel, institué par le *Statute of Monopolies* de 1624, qui a été l'« innovation » déterminante de l'entrée de l'Europe dans l'âge industriel. L'institution du brevet, soutient-il, en conférant à son titulaire un monopole temporaire d'exploitation individuelle de son invention, a donné lieu à un « raccourcissement considérable de la distance qui séparait jusque-là le génie créatif et le savoir scientifique de quelques-uns de leurs applications à des activités économiques susceptibles d'améliorer le sort quotidien du plus grand nombre ». En conférant à l'inventeur, et à ses soutiens financiers, une exclusivité temporaire sur l'exploitation de sa création, et partant en inscrivant dans le droit le principe de la sécurité juridique, c'est-à-dire une prévisibilité quant à « la façon dont s'effectue, au sein du corps social, le partage des gains de productions dégagés par l'initiative personnelle des innovateurs », les juristes anglais et néerlandais du XVII[e] siècle auraient donc fait advenir la société de croissance en bâtissant un régime d'incitations fondé sur la réduction de l'écart entre le gain social (l'utilité sociale de l'invention) et le gain personnel (le profit espéré de son exploitation).

Selon le récit ainsi construit, ce système juridique reposant sur les droits de propriété permettrait l'allocation des ressources vers ceux qui sont les plus capables d'en faire le meilleur usage. Tout l'édifice juridique du droit moderne repose donc, conclut-il, sur l'objectif de protéger les droits de propriété, c'est-à-dire ce système d'anticipations réciproques qui fait advenir la croissance en transformant l'incertitude, qui implique des évènements à propos sur lesquels on ne dispose que d'un savoir imprécis, en risques, qui sont des évènements pouvant être anticipés avec un certain degré de certitude.

Mais la nature du brevet a considérablement évolué à mesure que la logique de transformation-exploitation de la nature au cœur du droit moderne a commencé à investir les éléments de la nature, non plus envisagée comme un tout inappropriable que l'on découvre – comme une *res communis* – mais comme un matériau que l'on peut transformer, calquant le régime de l'invention en quelque sorte sur celui des *res nullius*. Selon le juriste américain James Boyle, la fusion de la propriété littéraire et artistique et celle de la propriété industrielle ont en effet produit une révolution théorique selon laquelle la fonction sociale du brevet n'est plus la récompense de l'inventeur, mais la réservation des marchés au profit d'investisseurs qui doivent récupérer les investissements de recherche selon la logique du retour sur investissement. Boyle a qualifié cette évolution de la fonction sociale du brevet de deuxième mouvement des enclosures[58], portant cette fois-ci sur les « communs intangibles de l'esprit[59] ». La propriété désigne désormais la réservation exclusive plutôt qu'une maîtrise physique. Elle confère des privilèges temporaires qui permettent d'asseoir un monopole décisif sur le marché.

Avec l'avènement des technosciences, cette modification de la fonction sociale du brevet s'est doublée d'un brouillage entre découverte et invention qui a eu pour conséquence de repousser considérablement les limites de la brevetabilité en faisant du vivant un objet d'appropriation. Traditionnellement, en effet, tout ce qui procédait du donné, des « manifestations de la nature » (lois de la nature, phénomènes physiques, idées abstraites) n'était pas brevetable. Par exemple, l'article 53b de la convention de Munich sur la délivrance de brevets européens excluait du champ d'application de la brevetabilité « les variétés végétales ou les races animales, ainsi que les procédés essentiellement biologiques d'obtention de végétaux ou d'animaux ». En vertu de l'article 52, les inventions insusceptibles d'application industrielle, comme les méthodes de diagnostic ou de traitement chirurgical et thérapeutique du corps humain ou animal, ne sont pas non plus brevetables. Échappaient aussi à la brevetabilité les inventions contraires aux bonnes mœurs. Mais à mesure, citant François Ost, de l'avancée de la technoscience, la science est devenue de plus en plus une « reconstruction conjecturale » du monde qu'une lecture de celui-ci. Elle n'imite plus la nature, poursuit Ost, elle la « (re)construit selon nos représentations ».

L'appropriation du vivant avait commencé dès 1930 avec l'adoption par le Congrès américain du *Plant Patent Act* qui introduisait au sein du vivant une distinction entre le vivant « naturel », demeurant non brevetable, et le vivant « artificiel », auquel l'homme a mêlé son travail et qui devient, à ce titre, brevetable. La seconde étape survient avec l'arrêt de la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Diamond v. Chakrabarty*, reconnaissant la brevetabilité d'une bactérie génétiquement manipulée et dotée de la capacité de dégrader certains composants du pétrole au motif que « sa découverte n'est pas l'affaire de la nature, mais celle de ses concepteurs qui, à ce titre, méritent la protection légale[60] ». Par la suite, la brevetabilité a été étendue aux animaux transgéniques, d'abord une huître dont le génome avait été modifié[61], puis la souris *Myc Mouse* en 1988[62].

La brevetabilité de l'humain devait suivre dans la mesure où Comme l'écrit François Ost, une fois que « la vie est ramenée au vivant, et que celui-ci est compris comme « composition de matières », plus aucune raison ne s'oppose à l'exclusion de l'homme[63]. Comme le seau d'eau de pluie, cellules, les organes, les embryons, les fœtus, les cadavres deviennent des éléments détachables du corps qui ne sont plus protégés par le principe d'ordre public d'indisponibilité du corps humain et deviennent aliénables par consentement. Et la limite est franchie avec l'adoption par les institutions européennes de la directive 98/44/CE du 6 juillet 1998 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques dont l'article 5.2 prévoit qu'« [u]n élément isolé du corps humain ou autrement produit par un procédé technique, y compris la séquence ou la séquence partielle d'un gène, peut constituer une invention brevetable, même si la structure de cet élément est identique à celle d'un élément naturel. »

Ces remarques sur la brevetabilité du vivants et d'éléments détachés du corps humain nous mènent à la conclusion logique du paradigme mécaniciste qui s'est installé au cœur du droit depuis les débuts de la modernité, où même l'humain, réduit à une somme de fragments de matière, devient un objet de dissection juridique et d'appropriation. Ce n'est pas le moindre des paradoxes, car à l'inverse, les sciences de la nature ont congédié la vision de la nature comme une machine. Contrairement à la science juridique[64], la méthode scientifique inaugurée à l'aube de la modernité portait en elle-même sa contestation. Tout comme elle avait permis d'affranchir l'espèce humaine de l'emprise des évêques, puis de celle des seigneurs et des rois, les dommages d'une conception de la nature comme une matière à dominer se sont révélés dans la seconde moitié du XX^{e} siècle, quantitativement trop apparents pour être négligés, faisant revenir dans le champ de l'étude scientifique de la nature ses propriétés qualitatives reléguées pendant trois siècles comme des projections mentales insusceptibles d'être formulées en termes mathématiques. C'est par une démarche résolument moderne et empirique que les sciences de la nature ont redécouvert le cosmos sous la forme d'une nature milieu ou d'une nature habitat. Après trois siècles d'asservissement à la machine, les sciences redécouvrent le vivant, fait de hasard, d'indétermination, d'incertitude, de relativité.

La question qu'il convient dès lors de se poser est celle de savoir pourquoi la science juridique est à ce point incapable de se renouveler sur ses propres bases. Une considération majeure tient à l'état du monde physique à l'époque de Bacon, Grotius, Hobbes, Locke, Domat, Pothier ou Blackstone. Bien qu'ils aient eu la conscience du caractère limité des ressources de la nature, notamment Locke, leur monde était caractérisé par une extraordinaire abondance de ressources communes, que les institutions politique

et juridiques comme l'État moderne, la propriété privée, les sociétés de capitaux, la liberté contractuelle, le principe de responsabilité pour faute ont peu à peu transformés en capital concentré. Comme la révolution scientifique a entraîné la révolution technologique que l'on sait, les institutions phares de la révolution juridique ont accompli leur but au-delà de toute espérance. En moins de trois siècles, les conditions ont été renversées : d'une rareté du capital et d'une abondance des communs au temps de Bacon, nous faisons aujourd'hui l'expérience d'une abondance de capital et d'une rareté des communs. Pourtant, nos paradigmes juridiques demeurent inchangés parce qu'ils sont constitutionnalisés dans ce qu'on pourrait appeler un paradigme croissanciel, dont le moteur a été le progrès.

L'adjuvant décisif du progrès

Étonnement peu de travaux en droit sont consacrés aux rapports du droit et du progrès. Il faudrait consacrer des recherches aux fondements juridiques du progrès. L'essentiel des mentions au progrès dans la littérature des juristes se réfèrent à l'idée de progrès comme un mouvement qualitatif de l'hétéronomie vers l'autonomie produite par le progrès des arts et des sciences, comme un « principe de non-régression », et le rôle assigné au droit est d'accompagner ce mouvement en l'accompagnant de protections minimales contre certaines de ces manifestations qui pourraient en menacer le cours[65]. Hormis ces protections minimales, le progrès en droit y est surtout traduit par un accompagnement du passage d'une société simple vers une société de plus en plus complexe et le progrès concomitant des droits de l'Homme. Mais en termes d'équilibre naturel, l'évolution vers la « grande société » s'est traduite par une assimilation des formes d'organisation de la vie humaine soucieuses d'harmonie écologique à des sociétés de castes et de privilèges, à des sociétés étroites, étriquées, patriarcales.

On ne peut en effet comprendre la racine du progrès et du paradigme croissanciel qu'il fonde sans se pencher sur ses origines théoriques. Le progrès, soutient Christopher Lasch, est en fait une arme conceptuelle élaborée par les fondateurs écossais du libéralisme, Adam Smith et David Hume, pour triompher de l'autre tradition philosophique fondatrice de la modernité, la tradition du républicanisme et de l'humanisme civique. Tout particulièrement, c'est dans la querelle du luxe au XVIII^{e} siècle, que les origines du progrès sont à rechercher.

Celle-ci concluait en effet un long débat aux contours sinueux sur le rapport entre l'invention technique et le bien commun[66]. Même si cette idée n'était pas neuve, l'époque antérieure au XVIII^{e} siècle demeurait marquée par une méfiance vis-à-vis de « l'innovation », mettant en danger l'équilibre économique, social et mental[67]. Le « grand basculement », ou la « grande transformation » comme l'appelait Polanyi, qui a contribué à faire du progrès technique le nouveau moteur de l'histoire et à l'autonomiser par rapport au bien commun, s'est produit à la fin du XVIII^{e} siècle, lors d'une « révolution des objets ». Celle-ci correspondait au passage d'une économie privilégiant la qualité à une production de masse et consistait en une « redéfinition des savoirs » inversant les hiérarchies établies entre les anciens savoirs tacites, manuels, olfactifs, visuels, transmis par le geste et la parole, au profit de « savoirs de plus en plus formalisés inscrits dans de nouvelles logiques institutionnelles, portés par des acteurs inédits – l'ingénieur, l'entreprise –, et soumis à des fins nouvelles »[68]. Ce drame s'est dénoué dans un affrontement entre la conception des grands États modernes en formation et les cités d'Italie du Nord au sujet du luxe.

Dans ces dernières, la passion immodérée pour l'acquisition de richesse au détriment de l'intérêt de la cité y était quelque chose d'éminemment condamnable, non pas en vertu d'une sorte d'idéal acétique condamnant la recherche du bien-être matériel, mais plutôt parce que l'absence de modération dans cette recherche au point de faire du luxe une nécessité anéantit la vertu civique du citoyen et menace la paix de la cité. Machiavel, entre autres, pensait que le plus grand danger pour le corps politique était la corruption, entendue comme la perte de la vertu civique du citoyen, dont il identifiait la source dans la « spécialisation des forces civiques », notamment avec l'émergence d'armées de mercenaires. Les transformations sociales comme la spécialisation et la professionnalisation des fonctions civiques, entrainaient la perte de la vertu chez le citoyen, et soumettaient la cité tout entière à la Fortune. Le goût du luxe, la spécialisation des fonctions civiques et la division du travail que réclamait l'inversion des priorités entre le service de la cité et la quête de prospérité, signaient pour Machiavel la décadence du corps politique et son dévoiement vers la tyrannie, l'oligarchie ou l'anarchie.

Cette condamnation du luxe se retrouve très présente dans la frugalité des colonies anglaises en Amérique du Nord, dans le style émulant l'austérité des cités antiques de la jeune République américaine [69], et dans la réaction d'auteurs comme Fénelon contre les excès du grand siècle et le luxe ostentatoire de l'absolutisme royal : « Le luxe empoisonne toute une nation [qui] s'accoutume à regarder comme les nécessités de la vie les choses superflues » [70]. Pourtant, comme l'explique François Jarrige, le luxe a connu un processus de réhabilitation spectaculaire qui en a fait « le moteur de la croissance », les économistes en ont fait « le fondement de l'économie, du changement technique incessant, et la condition de l'expansion de la sphère de la consommation » qui traduisaient un « nouveau rapport à la technique » autonome et poursuivant une existence propre.

Ce sont les idées des Lumières écossaises qui ont légitimé ce changement tectonique. Dans une charge intellectuelle formidablement puissante contre l'humanisme civique, Adam Smith et David Hume se sont livrés à une véritable réhabilitation morale du goût du luxe. Alors que l'envie de satisfaire des désirs insatiables constituait pour Aristote et le républicanisme civique une maladie de l'âme, elle devenait pour Smith et Hume la clé de l'autonomie. La levée du tabou entourant le goût du luxe devenait le gage de l'émancipation vis-à-vis des limites de la nature en déverrouillant un savoir cumulatif et irréversible tout entier au service de la satisfaction sans frein des désirs humains.

Ce faisant, Smith et Hume faisaient d'une pierre deux coups en renvoyant dans les oubliettes de la pré-modernité à la fois la grâce chrétienne et la vertu humaniste, toutes deux fondées sur l'acceptation de la nature divisée de l'homme entre des aspirations illimitées et la finitude du monde naturel. Une fois qu'il était posé que les appétits insatiables de l'homme constituaient le moteur du progrès scientifique, l'humanité devait connaître un développement illimité des forces de production grâce à la généralisation de la division du travail. En d'autres termes, explique Christian Arnsperger, AdamSmith a cherché à construire une philosophie existentielle de l'histoire dans laquelle l'angoisse individuelle de la finitude, la lutte de l'humanité contre la nature et la quête d'infini qui nous habitent puissent être harnachées à une économie de la non-finitude ou, plutôt, à une culture du déni économique de la finitude [71].

L'immense force conceptuelle de l'offensive libérale tient à la nature faustienne du pacte proposé à une humanité ayant acquis récemment la conscience des immenses

pouvoirs que lui confère la raison. Le capitalisme, en tant que développement à l'infini des forces de production opérait une fusion des fins et des moyens en substituant à la finalité de la vie bonne dans une communauté concrète l'avènement d'un progrès économique illimité dans un monde de plus en plus abstrait.

Ce processus économique illimité ne pouvait cependant advenir qu'au moyen d'une révolution culturelle remplaçant tout lien d'attachement subjectif ancré dans des sociétés particulières, synonymes d'arriération mentale et technique, par une sympathie abstraite envers l'humanité. La mère de toutes les abstractions, la croissance infinie, en est ainsi venue à être jugée comme la seule finalité objective qu'une société peut se donner à elle-même, en même temps que le seul moyen concevable d'émancipation de la personne humaine, elle-même perçue comme un processus sans fin arrimé à la croissance. Il s'agissait en somme d'une « exemption du monde moderne du verdict du temps ». Il était difficile de résister à une proposition aussi attrayante.

Cependant, par une ruse de la raison, le progrès a conduit, non à la magnifique autonomie promise par la croissance-salut, mais à une nouvelle forme d'hétéronomie. En effet, loin d'aboutir à un raffinement sans cesse croissant des goûts et des plaisirs, l'avancée vers un marché universel a au contraire produit un rétrécissement de l'imaginaire émancipateur et une homogénéisation des modes de vie dans une société de plus en plus soumise au règne de l'abstraction capitaliste.

La production et la consommation de masse et le renouvellement incessant des goûts et des sensations qui les sous-tendent ont produit un changement fondamental dans le rapport au travail, c'est-à-dire la façon dont l'homme se rapporte à la nature. Réifié, réduit à une dimension de pure dépense d'énergie indexée sur un temps homogène et mesuré par la monopolisation des savoir-faire par une élite de gestionnaires, le travail n'a, pour la majorité de l'humanité, plus rien un rapport d'engagement à la nature et au monde. La compréhension des phénomènes naturels par le travail a depuis longtemps cessé de devenir un enjeu pratique, c'est-à-dire quotidien et individuel, un enjeu d'habitation (v. infra), pour devenir un enjeu collectif de pouvoir absolu sur le monde.

Le frottement avec la matière, la résistance que la nature oppose à son dévoilement que chacun rencontrait dans le travail avant que celui-ci dégénère en technique pure, sont littéralement inscrits au passif du bilan des objectifs quantitatifs que la société de croissance s'assigne, alors qu'ils devraient figurer à l'actif (V. infra, chapitre sur la comptabilité). Ils donnent lieu à la recherche constante d'expédients (engrais chimiques, OGM, délocalisations etc.) chargés de contourner et d'éliminer cette résistance, plutôt que de chercher à la dompter, à l'apprivoiser, à la transformer en ressource par l'ingéniosité. Comme le dit Renaud Garcia, avoir un emploi n'est plus faire quelque chose de déterminé, dont on pourrait exposer aux autres les contours et le sens, c'est produire une quantité de travail en occupant un fragment de l'espace-temps capitaliste, comptabilisé comme une charge [72].

Comme l'avait si bien analysé Christopher Lasch, l'expropriation des travailleurs de leurs savoir-faire pratiques par la science du management entraîne une modification des perceptions non seulement du moi (l'aliénation narcissique), mais aussi du monde extérieur au moi. Celui-ci devient « un monde de miroirs, d'images sans substance, d'illusions de moins en moins facile de distinguer de la réalité ». Cet effet de miroir, nous dit Lasch « transforme le sujet en objet » et fait en même temps du monde des objets « une projection du moi ».

Contrairement à ce que l'on entend dire par les critiques de la société de consommation, la culture qu'elle génère n'est pas une culture dominée par les choses, mais par les phantasmes. L'homme contemporain habite un monde dépourvu d'existence objective en-dehors de lui. La nature n'existe pour lui qu'en tant qu'elle frustre ou satisfait ses désirs. Le progrès consiste à faire en sorte qu'elle ne fournisse que des satisfactions, annihilant toute expérience pratique du monde, toute attention à celui-ci.

Voyons maintenant dans un second chapitre comment la science juridique contemporaine a sanctuarisé ce rapport abstrait à la nature en constitutionnalisant la norme fondamentale du marché unique et en transformant la croissance en un impératif catégorique, au point qu'il convient de parler de paradigme croissanciel.

Chapitre II

La constitution de la croissance

Dans un de ses ouvrages majeurs, *La constitution de la liberté*, F.A. Hayek avait entrepris, en s'inspirant des travaux du juriste anglais du XIII[e] siècle Henry Bracton à propos de la Magna Carta, de déterminer les fondamentaux juridiques de réaliser une « étude générale de ce qu'est la liberté et de l'ensemble des relations sociales au sein desquelles elle peut s'épanouir : les relations politiques certes, mais tout autant les relations morales, juridiques, économiques et les nœuds complexes que les unes et les autres forment au sein des sociétés industrielles modernes caractérisées par l'inflation de l'État-Providence. [73] »

Ce faisant, Hayek allait beaucoup plus loin que la façon dont les modernes entendent le mot « constitution », c'est-à-dire la loi écrite fondamentale de l'État, qui précise les compétences et les attributions des institutions politiques et précise, dans un préambule ou dans une charte des droits les limites de son pouvoir et les finalités de son action.

Étrangement, nous vivons sous l'Empire d'une Constitution au sens où Hayek l'entendait. Mais cette constitution non écrite n'institue pas la liberté en tant que fait social total, mais la croissance, et avec elle, ce rapport abstrait vis-à-vis de la nature dont nous avons traité au premier chapitre.

Pour en juger, essayons d'imaginer un instant ce qui arriverait à une communauté locale qui voudrait, de façon quasi-unanime, adopter un mode de vie ressemblant à celui de la communauté Amish dans le comté de Lancaster, situé dans l'État de Pennsylvanie. Il ne s'agirait pas d'imposer par la force un mode de vie décroissant comme une certaine philosophie de l'écologie punitive le revendique de façon purement performative, et sans réfléchir un instant aux choix économiques fondateurs d'un tel projet. Il s'agirait, comme on peut l'observer en visitant le comté luxuriant de Lancaster, pour l'essentiel de la communauté, de vivre selon une conception de la vie reposant sur une interprétation du second commandement de Jésus : « tu aimeras ton prochain comme toi-même. », comme le fondement de l'économie. Pratiquement, comme l'explique Wendell Berry, cela signifie que les Amish n'ont pas remplacé leurs voisins par des machines, et engagent

un débat démocratique sur ce fondement au sein de leur communauté autogouvernée lorsque se pose la question de l'adoption de nouveaux choix techniques [74]. Le résultat n'est pas limité à une interdiction absolue de certaines technologies – et d'ailleurs les Amish cohabitent en parfaite harmonie au sein de leur lieu de vie avec des voisins qui ne vivent pas selon la tradition Amish – ou un usage sans retenue de celles-ci, mais à des règles d'usage accompagnées de multiples exceptions parfaitement compréhensibles par tous les membres de la communauté. Ainsi, utilisent-ils des véhicules à moteur pour acheminer leurs marchandises vers les marchés dans lesquels ils vendent leurs produits en-dehors du comté, et où on peut régler au moyen d'une carte de crédit, mais les déplacements au sein de la communauté se font avec des carrioles à cheval ou à pied. De même, le téléphone y est utilisé, mais exclusivement à des fins commerciales, et il ne doit pas pénétrer le cœur de la maison.

Le fait est que les Amish sont une des seules communautés dans des pays industrialisés de longue date qui fassent de l'acceptabilité des choix techniques un enjeu démocratique convoquant des considérations non seulement de santé physique et mentale, mais aussi des enjeux moraux, philosophiques, religieux et sociaux [75]. Le mode de vie technocritique de la communauté Amish est indissociable de son caractère de communauté autogouvernée.

Dans l'état actuel des choses, la mise en place de ce choix serait matériellement impossible en raison précisément de ce que les relations morales, économiques, juridiques et sociales sont régies par une constitution qui ne dit pas son nom, la Constitution de la croissance, ou une Constitution qui repose sur la norme sociale objective de la construction d'un marché mondial anonyme unique. Cette Constitution rend exclusive à la presque totalité de la Terre une conception de l'économie, fondée sur une consommation et un gaspillage sans fin qui épuisent à la fois la nature et les économies ayant la terre pour fondation, et interdit de permettre l'expérimentation autrement que de façon muséifiée d'une économie qui inverserait les priorités économiques selon une organisation, paraphrasant Wendell Berry, qui prendrait le foyer comme centre de l'organisation économique et donnerait la priorité à la nature, puis à un réemploi des surplus générés par la terre, puis à l'économie manufacturière, puis enfin à l'économie fondée sur la consommation [76].

Nous verrons comment cette Constitution opère avec les exemples du droit international des investissements et des normes comptables et de la façon dont cette Constitution opère au sein du droit de l'environnement, mais commençons par nous poser la question fondamentale de ce qu'est une Constitution.

Que signifie l'acte de constitutionnaliser ?

Dans son livre, *Constitutionalizing Economic Globalization, Investment Rules and Democracy's Promise*, le canadien David Schneiderman soutient la thèse que la mondialisation économique, souvent désignée par l'anglicisme globalisation, revêt les traits d'une supra constitution placée au-dessus des normes à valeur constitutionnelle nationales, dont le cœur serait formé par le régime transnational de protection et de promotion de l'investissement étranger [77].

Tranchant avec les arguments des thuriféraires de la mondialisation qui la présentent comme un phénomène axiologiquement neutre, ne reflétant aucune « théorie d'un bien supérieur » mais procéderait de « la sédimentation harmonieuse d'expériences et de savoirs spécialisés interdépendants », cette thèse nous permet de cerner les traits majeurs de ce que l'on entend par le constitutionnalisme.

Traditionnellement, le constitutionnalisme implique l'idée d'un gouvernement limité afin de garantir les principales libertés de l'individu au moyen d'un contrôle de constitutionnalité des lois et de la séparation des pouvoirs confié à un juge constitutionnel indépendant. Si l'on s'en tient à cette définition stricte du constitutionnalisme, on ne saurait donc en principe parler de constitutionnalisation en-dehors de la sphère des États, faute de l'existence formelle d'un gouvernement mondial ou d'institutions formellement identifiées comme un gouvernement à l'échelle supranationale. Pourtant, c'est bien un « projet de constitution européenne » dont la ratification a été proposée par référendum aux électeurs de plusieurs nations européennes en 2005, puis remisé après le refus des peuples français et néerlandais avant d'être adopté sous la forme du texte remanié du traité de Lisbonne par les parlements nationaux. Ce n'est pas non plus par écart de langage que le président Reagan présentait le projet de l'Alena, qui devait entrer en vigueur le 1er janvier 1994, comme une « nouvelle constitution économique pour l'Amérique du Nord ». Tout comme le Royaume-Uni est une monarchie constitutionnelle sans constitution écrite, la mondialisation serait structurée comme un régime constitutionnel par un ensemble de traités constitutionnels faisant fonctionnellement office de constitution.

La question qui se pose est alors de savoir à quel titre on peut parler à propos de ces textes de normes de valeur constitutionnelle ?

Comparant ces textes aux blocs de constitutionnalité nationaux, Schneiderman, ainsi qu'un certain nombre d'auteurs comme Gunther Teubner [78], privilégient une approche fonctionnelle, et non matérielle du constitutionnalisme. Sont de nature constitutionnelles les textes qui remplissent des fonctions constitutionnelles. La question devient donc de savoir ce que sont ces fonctions.

Schneiderman distingue de ce point de vue deux types de conceptions dominantes du constitutionnalisme. Dans la première, qu'il nomme contraignante, la fonction de la constitution est de soustraire du débat législatif un certain nombre de choix collectifs, de les sanctuariser dans un certain nombre de textes placées hors de portée des représentations nationales. Cette conception n'est pas neuve et trouvait déjà son expression dans la méfiance vis-à-vis des majorités législatives exprimée par exemple dans Le fédéraliste, sous la plume d'Alexander Hamilton, qui voulait que les institutions de la République américaines soient construites de façon à contenir les « passions législatives ». Dans le contexte actuel de la mondialisation, la forme contraignante de la constitutionnalisation trouve son assise théorique dans la théorie du choix public et dans les travaux d'un groupe d'économistes rassemblés sous la bannière de l'économie politique constitutionnelle, qui tendent à voir tout choix politique non renseigné par la procédure de découverte du marché comme indigne de confiance et comme l'objet de capture par une recherche de la rente. Le constitutionnalisme contraignant opère sur les bases définies par Walter Lippmann et résumées par Barbara Stiegler : « étant donné la quantité limitée d'attention qui caractérise toute vie humaine d'une part et la quantité illimitée de problèmes que soulève la Grande Société mondialisée, l'implication des citoyens dans les affaires publiques sera désormais réduite au minimum [79] ». Ce minimum, c'est le repli de l'individu sur son intérêt. Il en résulte, selon Schneiderman, que « le désir de rendre les économies nationales les sujets d'une réglementation uniforme du commerce et de

l'investissement submergent la capacité à expérimenter politiquement et réduisent la citoyenneté à une conception unique et uniforme organisée autour des valeurs du marché » et à « limiter la capacité de communautés auto-gouvernées à intervenir sur les marchés[80] ».

À l'opposé de cette conception du constitutionnalisme, Schneiderman distingue une fonction activante (enabling). Au sein de cette catégorie, il distingue cependant une conception faussement activante du constitutionnalisme, incarnée notamment par le projet de Jürgen Habermas d'inventer une citoyenneté européenne fondée non pas sur la participation au pouvoir, mais sur l'obtention de droits spécifiquement européens. Certes, cette conception repose sur une conception plus exigeante de la démocratie participative que la conception ouvertement contraignante en se donnant pour objet de cultiver une citoyenneté active et responsable et en ne prenant pas pour seul objet la limitation de l'action gouvernementale. Mais la limitation de son objectif consistant à vouloir mettre en place une démocratie purement procédurale par une « politique délibérative » rend ce type de conception faussement activante, car elle n'entame pas la sanctuarisation des règles contribuant à la construction du marché mondial homogène. Cette insuffisance est formulée avec une grande clarté par Pierre Dardot et Christian Laval dans leur critique à l'encontre d'Habermas :

> « [C]e qui échappe complètement à Habermas, c'est la connexion interne entre trois aspects que l'on a tendance souvent à dissocier dans la discussion :
> 1) le « fédéralisme exécutif », qui privilégie l'intergouvernemental (le Conseil Européen) aux dépens du Parlement ;
> 2) la constitutionnalisation de la concurrence, qui encourage la spéculation et engendre l'endettement des États ;
> 3) le refus de reconnaître des droits sociaux comme droits fondamentaux. La forme « expertocratique » déplorée par Habermas ne relève pas d'un « déficit démocratique », superstructurel auquel on pourrait remédier isolément, elle est requise par le contenu social qui fut au point de départ de toute l'entreprise. La primauté de la concurrence et la secondarité des droits sociaux imposent, une fois reconnues, de faire de la Commission et du Conseil des ministres les deux organes chargés de « promouvoir l'intérêt général » : l'indépendance à l'égard des citoyens et du Parlement devient alors logiquement une garantie de la non-intrusion d'intérêts sociaux suspectés à priori de fausser le principe de concurrence ». [81]

C'est à une forme plus exigeante de constitutionnalisme activant qu'aspire Schneiderman en appelant à « démocratiser le constitutionnalisme ». Convoquant Tocqueville, Schneiderman estime qu'une forme constitutionnelle n'est réellement activante que si elle ménage la possibilité aux individus et aux communautés composant le corps politique de faire des « erreurs réparables ». Prenant appui sur la description par Tocqueville de la ferveur démocratique qui caractérisait l'Amérique de la période précédant la guerre de sécession, Schneiderman voit une conception du droit qui « conserve ouvertes les canaux de changement » et élargit le « champ des options face à des circonstances limitative ». [82]

Par exemple, Schneiderman envisage la question de la personnalité des personnes morales sous une lumière différente. Rappelons que c'est en fait vers le milieu du XIX[e] siècle que se mettent en place au Royaume Uni des lois de *General Incorporation* permettant de créer des sociétés anonymes sans agrément préalable et que la France supprimait l'autorisation en conseil d'État par la loi du 24 juillet 1867. Ce faisant, les anciennes sociétés par action, auparavant limitées dans le temps, devenaient non plus des formes de regroupement du capital correspondant à des projets déterminés par l'État, souvent d'ailleurs des projets inavouables, mais des personnes juridiques, et qui plus est des personnes juridiques potentiellement éternelles. En libérant ainsi le capital, les juristes du XIX[e] siècle avaient ainsi créé le Frankenstein juridique que sont devenues les grandes entreprises transnationales, échappant à tout contrôle même des États les plus puissants de la planète. Dans ces conditions, refonder l'idée de personnalité morale des sociétés de capitaux en leur redonnant un caractère limité dans le temps constituerait une garantie d'ouverture du champ des possibles (v. sur ce sujet l'exemple de communautés aux États-Unis au chapitre III). En faisant des personnes morales des personnes mortelles constituées pour des projets définis par la collectivité avec un but bien précis (typiquement la construction d'une infrastructure), l'institution de la propriété deviendrait un outil puissant au service du bien commun et non une sorte de Frankenstein juridique permettant une accumulation de capital telle qu'elle finit par échapper à tout contrôle.

Dans une proximité de pensée avec Schneiderman, le juriste Giacomo Delledonne, dans un article intitulé, *La croissance économique dans l'ordre juridique, Retour sur un débat des Trente Glorieuses*, analysait, à partir des exemples de l'Italie et de l'Allemagne l'influence de la croissance économique sur l'interprétation des normes constitutionnelles[83]. On y découvre notamment que l'allocution phare du colloque annuel de l'association des professeurs allemands de droit public était celle de Hans Peter Ipsen au cours de laquelle il théorisa, dans l'ordre juridique, l'existence d'un « mandat constitutionnel à promouvoir la croissance économique ». Dans cette allocution d'inspiration très ordo-libérale, Ipsen estimait que ce mandat imposait un accroissement et une autonomisation de l'administration par rapport au gouvernement, faisant le constat que constat que « l'État moderne doit désormais faire en sorte par tous ses moyens que la puissance économique (wirtschaftliche Potenz) ne soit pas seulement préservée, mais qu'elle augmente, que son action s'accomplisse dans la rationalité et avec une efficacité suffisante ».

Delledonne fait aussi mention de la réforme constitutionnelle et de la loi de 1967 pour la promotion de la stabilité et de la croissance économique dans laquelle le législateur énonçait quatre objectifs de stabilité conjoncturelle (stabilité des prix, niveau de chômage réduit, balance commerciale à l'équilibre et croissance constante et suffisante de l'économie) afin de souligner la source d'inspiration fondamentale que ces réformes de 1967 ont constitué au moment de la création économique et monétaire des années 1990.

Pour montrer comment cette supraconstitution du paradigme croissanciel et son rapport abstrait à la nature opère, attardons-nous à deux institutions particulièrement illustratives de ce phénomène au cœur de la mondialisation : le droit international des investissements et les normes comptables.

L'arbitrage d'investissement ou la sanctuarisation des droits des investisseurs internationaux [84]

Nous avons vu plus haut qu'un certain nombre de choix collectifs qui sous-tendent le paradigme croissanciel sont soustraits du débat législatif et sanctuarisés dans un certain nombre de textes placées hors de portée des représentations nationales. Ceci est parfaitement exprimé par Antoine Bailleux, en introduction de l'ouvrage collectif *Le droit en transition*, du Séminaire Interdisciplinaire d'études juridiques de l'Université de Bruxelles Saint Louis [85].

Lorsque celui-ci essaie d'évaluer les rapports de force s'établissant, au sein même de nos ordres juridiques, entre ce qui ressortit d'un droit de l'autonomie et d'un droit de la croissance, Bailleux indique que son « [i]ntuition, qui rejoint celle des critiques du modèle croissanciel, est que le droit de la croissance l'emporte le plus souvent sur le droit convivial. La protection de l'autonomie apparait généralement comme l'exception, qu'il convient d'interpréter strictement et qui fait reposer la charge de la preuve sur celui qui l'invoque [86]. »

Et Bailleux ajoute que la protection de l'autonomie « 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 » et que même lorsque les règles de protection de l'autonomie sont consacrées par un traité, elles ne bénéficient guère des garanties juridictionnelles susceptibles d'en assurer l'effectivité. Ce phénomène est parfaitement bien illustré par l'exemple du droit international des investissement en général, et en particulier par l'institution de l'arbitrage d'investissement ou ISDS (*Investor State Dispute Settlements*), dont il convient de retracer la généalogie.

Comme pour tout phénomène, il faut se situer dans le temps long pour bien comprendre la situation actuelle. On peut même remonter à Grotius. Invité à la table des négociations du traité de Westphalie en 1648, conseiller de la compagnie des Indes hollandaise, la VOC – une des premières grandes sociétés par actions – Grotius a fortement contribué à façonner l'idée que la propriété et les obligations contractuelles étaient des règles de droit sans frontières devant être reconnues partout dans le monde mais aussi que le commerce avait besoin de règles communes afin de garantir, aux marchands, le droit de commercer librement au-delà de leurs frontières. Or, qui dit droit dit recours à la violence légitime lorsque celui-ci est bafoué, et on peut ainsi raisonnablement dire que le droit international moderne est né de la nécessité de trouver des ententes entre les États afin de solder les affrontements armés entre les grandes compagnies de navigation, qui exerçaient au loin des fonctions d'administration des territoires conquis.

Traditionnellement, les conflits nés de spoliations véritables ou alléguées à l'encontre des marchands en terre étrangère étaient donc réglées par la protection diplomatique de l'État hôte. Dans le contexte de l'essor des nations européennes, il s'agissait donc de fournir un habillage juridique à l'usage de la force par des nations qui possédaient un avantage militaire considérable sur les pays hôtes de ces investissements. Le meilleur exemple de cette situation est reflété par la conclusion de traités inégaux, dont le plus célèbre, le traité de Nankin, qui mit un terme à la guerre de l'opium. Ces traités instituaient une sorte de libre échange forcé par la menace des armes qui instituaient des zones dans lesquelles les ressortissants des nations militairement puissantes jouissaient de privilèges extraterritoriaux régis selon les règles de la puissance militairement dominante.

Pendant plus d'un siècle après la guerre de l'opium, les frictions liées à l'investissement international ont donc été traitées dans le cadre de la protection diplomatique, le cas échéant au moyen de la constitution de commissions mixtes, composées d'arbitres choisis par les parties et présidées par un « surarbitre » provenant d'une nation tierce. Mais ces commissions mixtes avaient pour objet de trancher un différend entre États afin de trouver une solution alternative à la guerre, le plus souvent sous la forme d'accords d'indemnisation forfaitaires conclus entre les deux États engagés dans le conflit. C'est donc dans ce cadre interétatique qu'ont été réglées rien de moins que les conséquences de la révolution mexicaine, la révolution russe, la réforme agraire au Mexique et même, plus près de nous, les expropriations de ressortissants américains dans le cadre de la révolution iranienne.

En pleine guerre froide, dans la décennie 1950, au moment des troubles, puis des vagues d'expropriation et de nationalisations accompagnant la décolonisation, a germé l'idée d'une sorte de juridiction internationale traitant des questions d'investissement afin de dépolitiser les relations tendues entre les nouvelles nations indépendantes et les anciennes puissances coloniales. L'ISDS est donc né d'une volonté de trouver une solution empêchant le recours à la force dans le cadre de l'indépendance de l'Indonésie ou dans le cadre de situations périlleuses pour les anciennes nations coloniales comme celle causée par l'arrivée au pouvoir du gouvernement de Mossadegh en Iran en 1951. L'ISDS permettait à un investisseur, dans le cadre de la conclusion d'un contrat d'investissement avec l'État hôte, de prévoir le recours directement par l'investisseur devant un tribunal arbitral rendant sa décision en dernier ressort, et dont la sentence serait exécutoire presque partout dans le monde en raison du réseau de reconnaissance et d'exécution des sentences arbitrales de l'arbitrage commercial international, c'est-à-dire du mode de règlement des différends entre les marchands.

Mais c'est une tout autre dynamique qui s'est enclenchée à partir de 1990 à l'occasion d'une affaire AAPL c. Sri Lanka. Cette affaire est doublement intéressante dans la mesure où son contexte factuel est parfaitement représentatif des considérations qui ont conduit à envisager la création du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) en 1966, et où elle inaugure la « révolution silencieuse de l'ISDS ». Rappelons brièvement les faits de l'affaire. La société AAPL était une société britannique de droit de Hong Kong qui avait pris une participation minoritaire dans le capital d'une entreprise du Sri Lanka, Serendib Seafood Ltd, pour la réalisation d'un projet d'aquaculture (élevage de crevettes) dans ce pays. AAPL demandait une indemnisation au Sri Lanka après que le centre d'élevage qu'elle exploitait ait été incendié en janvier 1987 au cours d'une opération militaire montée par les forces sri lankaises contre des rebelles qui s'y étaient réfugiés. Traditionnellement, la compétence du CIRDI n'aurait été justifiée que s'il avait existé une clause d'arbitrage dans un contrat d'État liant AAPL au Sri Lanka, ce qui n'était pas le cas en l'espèce, puisque AAPL s'était bornée à conclure un accord de joint-venture avec une société sri lankaise. Dès lors, le seul recours théoriquement disponible, dans l'état du droit avant AAPL v. Sri Lanka aurait été, pour AAPL, de saisir les juridictions sri lankaises et/ou de demander la protection diplomatique britannique.

Mais AAPL a choisi une autre voix en saisissant le CIRDI en juillet 1987, fondant la compétence du centre sur l'article 8 du traité de protection des investissements qui avait été conclu en 1980 entre le Sri Lanka et le Royaume-Uni. Imputant aux autorités sri

lankaises la responsabilité de la perte de son investissement, AAPL fondait sa réclamation tant sur les dispositions du traité que sur les règles du droit international qui établissaient, à ses yeux, l'obligation qu'a l'État de réparer les dommages que l'investisseur avait subis du fait de l'action ou de l'inaction de celui-ci. Le CIRDI s'est déclaré compétent sur la base du seul traité bilatéral et a condamné le Sri Lanka à indemniser AAPL en se fondant sur une norme de traitement des investisseurs internationaux par l'État d'accueil de « protection et sécurité complète » (*full protection and security*), c'est-à-dire un régime mettant à la charge de l'État la responsabilité de protéger l'investissement, en assurant une protection militaire ou policière.

AAPL c. Sri Lanka est véritablement une des décisions juridictionnelles les plus importantes jamais rendues, en ce qu'elle fait basculer de l'ère du droit international, c'est-à-dire interétatique, au droit global. C'est en effet la première décision qui reconnaît à une personne juridique autre qu'un État la qualité de sujet de droit international public. Ceci devait avoir des conséquences très profondes en ce que cette décision inaugurait ce que l'on peut appeler une responsabilité de l'État hôte du fait de l'exercice de sa souveraineté, même lorsque l'État hôte ne se livre à aucun excès de pouvoir. En effet, c'est à partir d'AAPL que les arbitres ont commencé à multiplier les doctrines comme la doctrine des attentes légitimes, qui peu à peu transformaient la nature du droit international des investissements d'un bouclier contre l'abus de puissance étatique, en une arme destinée à donner aux investisseurs des droits extraterritoriaux exécutoires n'importe où dans le monde. C'est en effet sous couvert de la doctrine des attentes légitimes qu'un certain nombre de formations arbitrales ont reconnu, par exemple, un droit des investisseurs à un « système stable » garantissant à l'investisseur la possibilité de réaliser des bénéfices pendant toute la durée de l'investissement. Certaines formations arbitrales ont même jugé que la doctrine des attentes légitimes donnait même lieu à une obligation des États de garantir aux investisseurs un taux raisonnable de retour sur investissement. Comme le dit l'auteur d'un manuel reconnu dans la matière, d'une préoccupation d'assurer la sécurité de l'étranger, nous sommes passés à la garantie de la rentabilité de l'investissement. Ceci est du reste aggravé par les interprétations pour le moins tirées par les cheveux des principes d'indemnisation inspiré du droit des contrats anglo-américain. Interprétant à la lettre, et sans les tempéraments reconnus par les juges anglo-américains, le principe que les dommages dus dans le cas d'une inexécution contractuelle constituent une exécution par équivalent, c'est-à-dire qu'ils allouent à la partie victime de l'inexécution l'avantage économique espéré du contrat, les tribunaux arbitraux ont eu tendance à adopter une jurisprudence très libérale sur les gains manqués. C'est ainsi, par exemple, qu'un tribunal arbitral *ad hoc* a accordé à un investisseur koweïti une indemnisation correspondant à 90 années de profits espérés pour un projet immobilier annulé à la suite du printemps arabe *avant la pose de la première pierre*. Et dans une affaire en cours, un petit investisseur minier dans le domaine aurifère réclame une indemnisation de *16,5 milliards de dollars* (ce qui correspond à 25 % du budget national colombien) à la Colombie après que l'État colombien a classé la zone d'extraction réserve naturelle et que les juridictions colombiennes ont en conséquence annulé son permis d'exploitation [87]. Il s'agit donc bel et bien d'un procédé visant à sanctuariser les droits des investisseurs, un phénomène d'autant mieux garanti que seul l'investisseur étranger dispose d'un droit d'action devant un tribunal d'ISDS, à l'exception des investisseurs nationaux.

Les obstacles juridiques à la transition écologique

L'arbitrage d'investissement est une institution particulièrement intéressante pour comprendre la nature du droit global, qui consiste à organiser une course au moins-disant, c'est-à-dire au partage le plus inégal des risques entre États hôtes et investisseurs, quitte à violer le tabou suprême, c'est-à-dire à sacrifier le principe de la loi commune en donnant aux investisseurs le moyen, via une instance de véridiction située en surplomb par rapport à toutes les institutions locales ou nationales, d'appliquer des principes assurant la mobilité absolue du capital et de remettre en cause des choix souverains qui viendraient diminuer la rentabilité de l'investissement.

On observe ainsi dans cette transformation de la stratégie d'attirer des investissements étrangers en finalité nécessaire à la survie dans l'économie mondiale un renversement de souveraineté. Le cercle vicieux institué par la dégradation du droit en instrument d'attractivité renverse fondamentalement le rapport du droit au souverain. Dans le modèle de souveraineté avec nous depuis Jean Bodin, le droit était envisagé depuis l'intérêt général, dont la personne du souverain était tenue pour le garant. Dans le type de relations juridiques mises en lumière par le droit international de l'investissement, c'est, pour paraphraser Antoine Garapon, « le consommateur de droit qui devient l'arbitre ultime, et non plus le souverain [88] ». L'ISDS représente un exemple presque parfait pour illustrer ce renversement de souveraineté. Fondé sur la structure en réseau de reconnaissance et d'exécution des différends commerciaux entre marchands constituée par l'arbitrage commercial international, l'ISDS est avant tout concerné par les objectifs d'exécution des obligations contractuelles et la protection des droits de propriété, ces droits sans frontières chez Grotius. Il n'est nullement conçu pour accorder la moindre considération aux questions sociales, environnementales, éthiques et de droits de l'homme qui peuvent se poser à l'occasion des différends entre États et investisseurs. Pour en juger, rappelons que l'ISDS a été utilisé récemment par des investisseurs pour faire pression sur des États du Sud ayant, comme la plupart du reste du monde, pris des mesures de confinement de la population en réponse à la crise du Covid-19 [89].

Cette situation est rendue pire encore par l'évolution des entreprises transnationales, lesquelles se sont transformées progressivement, pour paraphraser Giovanni Arrighi, en « un réseau mondial de production, d'échange et d'accumulation qui n'[est] soumis à aucune autorité étatique et a le pouvoir de soumettre à ses propres lois tous les acteurs du système interétatique, y compris les États-Unis [90] ». Devenue véritablement globales, les entreprises transnationales jouent de leur nature hybride de personne juridique non humaine à laquelle la marche vers le marché mondial unique accorde des privilèges de mobilité considérables et en même temps abusent de l'anthropomorphisme qu'induit leur personnalité juridique pour se voir reconnaître des droits « humains ». Comme certaines personnes au gros patrimoine, elles veulent être à la fois des citoyens de partout (pour les privilèges et les profits) et de nulle part (pour les devoirs civiques et les impôts). S'agissant tout particulièrement de la question de l'investissement, ce qui est frappant est la façon dont les investisseurs jouent dans le registre émotionnel en faisant l'amalgame entre n'importe quelle action gouvernementale susceptible de diminuer leur retour sur investissement et le type d'expropriations souvent accompagnées d'actes de violence d'épisodes associés à la décolonisation, comme la vague de pillage des ressortissants européens installés de longue date au Zaïre de Mobutu au moment de la zaïrianisation au début de la décennie 1970. Ainsi, elle utilise le ressort des droits de l'Homme en assimilant la figure de l'investisseur étranger à celui du demandeur d'asile qui a entre-

pris un voyage périlleux au-delà des mers pour se heurter à un gouvernement replié sur des considérations étriquées, voire carrément xénophobes, au moment où les États déroulent à ces mêmes investisseurs le tapis rouge (y compris des taux d'imposition de 0,005 % d'impôt sur les sociétés). La moindre exigence formulée à l'encontre de cet investisseur au nom de l'autodétermination des peuples, réduit au rang du folklore, est analysée comme une manifestation de fermeture au monde.

Les normes comptables ou la véritable constitution économique de la mondialisation

Précédant de près de cinq siècles la naissance de la société anonyme, qui apparaît dans la seconde moitié du XIXe siècle, la comptabilité en partie double naît en Italie du Nord à l'extrême fin du XIVe siècle. C'est au marchand et banquier Francesco Datini d'envergure multinationale avant l'heure que l'on doit la création de ce système. Motivé par le souci de gérer à distance une empire commercial et industriel composé de multiples entités dans toute l'Europe, les livres de l'Empire Datini font plus que préfigurer le bilan comptable et le compte de résultat modernes. Ils font en effet apparaître un passif composé d'entités personnifiées qui sont des sujets titulaires de droits personnels et de droits réels (créanciers et propriétaires), et un actif composé d'objets-moyens, c'est-à-dire de capitaux concrets à utiliser conçus selon les lignes de la prérogative d'abusus de la propriété moderne (le droit de disposer de la chose de la manière la plus absolue pour reprendre les termes de l'article 544 du code civil). Téléologiquement, le but de ce système d'information consiste à mesurer la part de richesse créée qui peut être consommée sans porter atteinte au capital nécessaire pour la constituer afin de le transmettre à sa descendance [91]. L'objet de la comptabilité en partie double, qui demeure la règle cardinale de nos jours, n'est pas de déterminer l'usage du capital des économistes. Il est de conserver le vrai capital, c'est-à-dire un passif abstrait.

Avant la révolution copernicienne et bien avant Descartes, la révolution comptable initiée par Datini sera codifiée près d'un siècle plus tard dans le traité de Luca Pacioli, *Summa* de *Arithmetica, proportionni et proportionnalita* en 1494. On peut proprement parler de révolution comptable en ce sens que le passage d'une comptabilité en partie simple à la comptabilité en partie double fait apparaître dans le bilan comptable plus d'un siècle avant la naissance de Descartes la *Summa divisio* cartésienne entre le sujet et l'objet, en d'autres termes entre le sujet et la nature. Comme l'explique en effet Alexandre Rambaud, « le bilan clive conceptuellement et visuellement le monde des Sujets, du côté du passif, et le monde des Objets, du côté de l'actif [92]. » Les sujets, poursuit Rambaud sont « du côté des obligations et des propriétaires, là où se posent des questionnements éthiques et de droit sur les comptes, et les objets sont du côté des moyens, là où émergent des enjeux techniques et d'efficacité [93]. »

En outre, cette rupture entre le sujet et l'objet qui préfigure une vision de l'autonomie de l'homme comme maître et possesseur de la nature introduit dans le champ de l'économie une conception chrématistique, c'est à dire relevant de l'illimitation des désirs. S'ensuit une profonde modification du rapport au temps. Édouard Jourdain relie même cette transformation du rapport de l'homme au temps à l'institution du purgatoire. Comme cette dernière, qui « permet de calculer le rapport entre le temps vécu ici-bas et le temps de l'au-delà via tout un système de proportionnalité des peines », la conception comptable du capital comme une somme d'argent abstraite à conserver

introduit un nouveau rapport au temps [94]. Le temps terrestre, par essence limité, doit être mis à profit, au sens propre comme au sens figuré, dans une perspective d'accumulation indéterminée et potentiellement illimitée. En inscrivant du côté du passif un investissement abstrait et indéterminé – et donc potentiellement illimité – déterminé dans un médium, la monnaie, qui n'a pas de finalité, afin de se préserver des aléas de l'avenir, « la comptabilité rend compte d'une réappropriation paradoxale du temps, où les hommes, et non plus Dieu, en deviennent les maîtres afin de décupler leur pouvoir sur les choses. » [95]. Et Jourdain de conclure que le temps du profit devient potentiellement illimité.

C'est là que survient l'une des plus grandes confusions sur la véritable nature du capital. Contrairement à la vision qu'en ont la plupart des grands économistes, d'Adam Smith à Marx, en passant par Henry Ford, Léon Walras ou Gary Becker, le capital ne consiste pas en une conjonction d'actifs concrets financiers, humains ou naturels, dont il conviendrait de planifier l'usage. Porteur d'un véritable dédoublement de la personnalité, la comptabilité en partie double est une institution entièrement consacrée à un objectif de conservation du capital financier. Cinq siècles avant l'apparition de la société anonyme, elle consacre la personnalité morale (comptable) de l'entreprise, en faisant du capital une dette de l'entreprise capitaliste envers le capitaliste. À la différence du capital concret des économistes, le capital abstrait des comptables est traité en comptabilité en partie double comme une fin en soi, et donc inscrit en dette au passif, tandis que les salaires, l'emploi et ce que la nature fournit gratuitement sont traités comme des variables d'ajustement pour augmenter le profit du capitaliste. Comptablement, depuis le XIVe siècle, le travail humain est en effet traité en comptabilité comme une charge du capital financier apparaissant sur le compte de résultats. S'il apparaît au mieux à l'actif du bilan pour être indirectement passé en charge, le travail n'est jamais, énoncent Rambaud et Richard, considéré sur le plan comptable comme un capital, c'est-à-dire comme une fin en soi. D'emblée, le capital humain est donc réifié, appartenant en comptabilité au monde des objets et des moyens, tandis que le capital financier est anthropomorphisé, passé du côté des sujets et des finalités.

A fortiori, le sort de la nature n'est guère plus enviable que celui des humains. Dans la conception comptable qui domine les rapports économiques depuis le XIVe siècle, la nature apparaît en effet comme une ressource à exploiter sans discernement. La seule trace qu'elle laisse dans les écritures comptables est celle du coût d'achat des matières utilisées pour la fabrication des marchandises. Datini et ses confrères, écrivent Jacques Richard et Alexandre Rambaud, sont « les premiers modernes qui traitent systématiquement la nature comme un simple objet. » [96]

En résumé, paraphrasant Rambaud et Richard, nous vivons donc depuis la fin du Moyen Age avec un système comptable conçu comme un redoutable système de conservation permanente du capital financier. Les contemporains de Datini et Pacioli aux XIVe et XVe siècles avaient posé cet axiome central du capitalisme qu'il ne saurait être question de création de valeur sans conservation systématique du capital. Hélas, par capital, ils entendaient exclusivement le capital financier, à l'exception des capitaux humains et financiers. Si la nature est effectivement, comme l'énonce François Ost, « hors-la-loi », elle est avant tout hors-la-loi comptable. Aussi, concluent Rambaud et Richard, tout effort visant à envisager la transition écologique comme une refondation du profit et de la propriété privée est d'emblée condamné si on ne s'attaque pas préalablement au choix fondateur « immoral, injuste et antiéconomique » de la constitution comptable de l'éco-

nomie moderne. Jamais depuis le XIVe siècle cette règle fondamentale de la comptabilité en partie double n'a été remise en question. Certes les normes comptables ont connu des évolutions, notamment autour de l'apparition de la société anonyme, mais toutes les évolutions fondamentales ont porté sur la question de l'évaluation des actifs, jamais sur la véritable composition du passif.

En termes d'évaluation des actifs, l'histoire de la comptabilité a connu trois grades phases depuis la fin du Moyen-Âge. Dans la première, caractérisée par l'ordonnance de Colbert en 1673, puis les réformes napoléoniennes, les actifs de l'entreprise ont été valorisés selon une conception statique du bilan dans laquelle l'entreprise est représentée en valeur actuelle, avec le souci de la valeur de revente des actifs sur le marché, comme si elle allait être liquidée. Il faut en effet se rappeler que jusqu'à la généralisation de la responsabilité limitée des actionnaires de la société anonyme, l'entreprise capitaliste est une création mortelle, liée à un projet bien déterminé.

L'institution des lois de *General Incorporation* dans la seconde moitié du XIXe siècle, qui libéralise largement l'accès aux formes d'exercice en sociétés par action et génère ainsi des entreprises potentiellement immortelles change la donne. Sous l'impulsion notamment d'une loi allemande de 1884, se généralise une conception dynamique du bilan qui valorise les actifs en coûts historiques, c'est-à-dire en retenant tous les actifs qui contribuent au fonctionnement de l'entreprise, qu'ils aient ou non une valeur sur le marché. La valeur de l'entreprise n'est plus déterminée en vue de son éventuelle liquidation, mais en fonction de ses bénéfices et de sa capacité à étaler dans le temps le coût de l'investissement. Une dernière étape, très récente s'est produite après que les entreprises multinationales, devenues une force incontournable et pléthorique au cours des années 1970-1980 se sont affranchies sous la pression de leurs actionnaires de toutes les règles prudentielles qui avaient cours auparavant reposant sur l'idée simple qu'on ne traitait pas en comptabilité un bénéfice espéré comme un bénéfice réalisé. Plus précisément, ce sont trois principes qui ont été battus en brèche selon Jacques Richard qui résume ainsi la levée des tabous derrière la nouvelle révolution comptable liée à l'adoption des normes IFRS : « Premièrement, l'autofinancement est une aberration : les firmes devraient privilégier l'endettement et la distribution systématique des dividendes. Deuxièmement, l'amortissement systématique des actifs et le principe (connexe) de la conservation annuelle obligatoire du capital sont des entraves stupides à la liberté des actionnaires. Troisièmement, la non-comptabilisation des profits potentiels dans les résultats financiers est aussi une aberration puisqu'elle débouche sur un biais informationnel [97]. » Nous reviendrons plus tard sur les normes IFRS, la façon dont elles sont produites, mais commençons par tirer les leçons d'une lecture comptable du capital pour bien cerner comment les juristes en recherche d'une solution à la crise écologique s'égarent en n'accordant pas aux normes comptables l'attention qu'elles méritent.

Reprenant de nouveau les analyses de Jacques Richard et Alexandre Rambaud, cette compréhension débouche sur neuf thèses qui sont autant de réfutations d'idées reçues.

Neuf idées reçues concernant l'architecture juridique de la mondialisation économique

Contrairement à la première idée reçue, ce n'est pas la main invisible des marchés anonyme, les fameuses lois du marché, qui gouvernent le comportement des grandes entreprises, mais bien la main bien visible des comptables qui régulent ce marché avec l'appui du droit commercial des États. Au cœur de cette conception, figure le concept de coût. Depuis le XIVe siècle, il n'intègre que des considérations guidées exclusivement vers la conservation du capital financier qui contribuent à faire du comptable une sorte de figure située au-dessus du marché. Le comptable est en quelque sorte le souverain de l'économie : il est au-dessus du marché comme le souverain est au-dessus des lois.

Une deuxième idée reçue, connexe, dégagée par Rambaud et Richard est que le mythe que l'entreprise mondialisée comme une sorte d'animal sauvage indomptable que l'on ne parviendrait à apprivoiser qu'en lui appliquant des méthodes de séduction, c'est-à-dire de régulation *light*, de type RSE, ne résiste pas à l'analyse. Il existe en effet depuis le début des années 2000 une loi uniforme mondiale aux effets non seulement obligatoires, mais pénalement sanctionnée, qui s'applique scrupuleusement à toutes les entreprises qui publient des comptes consolidés. Cette loi est la loi comptable, telle qu'elle résulte des normes comptables IFRS produites par des organismes privés représentants des grandes entreprises transnationales sont extrêmement détaillées (le code IFRS fait 3 000 pages) et respectées à la lettre par toutes les entreprises qui entrent dans leur champ d'application. Il s'agit, en d'autres termes, d'une vraie loi, aux effets obligatoires, d'application commune, et la raison en est que cette loi est la seule qui ait pour objet la préservation du vrai capital, la finalité ultime du système comptable, alors que les multiples instruments de droit international de l'environnement ou les conventions de l'Organisation internationale du travail ne concernent que des objectifs qui sont, en comptabilité, des moyens, de vulgaires variables d'ajustement. Pour en juger, il suffit de s'interroger un instant, comme le font Richard et Rambaud, sur le décalage béant entre le caractère flasque, mou de l'Agenda 2030 des Nations Unies, qui n'est pas juridiquement contraignant et ne comporte aucune cible scientifique, et le bras séculier qui viendrait s'abattre sur un chef d'entreprise qui annoncerait qu'il fait des efforts pour amortir à 60 % ses machines. Celui-ci serait bien entendu immédiatement dénoncé par ses auditeurs aux pouvoirs publics et encourrait la prison, entre autres vicissitudes.

Nous sommes donc en présence d'un dualisme juridique avec d'un côté des « lois strictes » assurant la conservation du capital financier et de l'autre côté des « lois molles » concernant la conservation des capitaux naturel et humain. En effet, d'un côté la protection de la nature et des humains n'est prise en compte que par des normes flexibles formulées selon des critères vagues et aspirationnels, comme la norme ISO 26000 qui demande aux entreprises de bien vouloir « contribuer au développement durable », ou les multiples instruments de droit international de l'environnement à faible contenu juridique caractérisé par l'empilement de principes très généraux et peu rigoureux dans leur formulation (principe de prévention, de précaution, principe pollueur-payeur). Et de l'autre nous retrouvons la vraie loi comptable, minutieuse, détaillée, d'application conforme, et lourdement sanctionnée. Le droit comptable est bien la preuve qu'il existe

un droit international très dur qui s'applique à toutes les entreprises qui présentent des comptes consolidés, et que, contrairement à l'antienne répétée à l'envi, les grandes entreprises multinationales s'accommodent très bien d'un certain nombre de règles contraignantes appliquées avec une rigueur extrême lorsqu'il s'agit de la conservation du capital et la valorisation spéculative des actifs.

Jacques Richard et Alexandre Rambaud vont même plus loin, en mettant sur le compte de l'amnésie collective vis-à-vis des normes comptables qui frappe la communauté des juristes s'intéressant aux phénomènes juridiques associés à la mondialisation l'égarement dans des théories fumeuses comme celle du droit transnational :

> « [C]ette mise à l'écart du droit comptable conduit certains juristes, notamment ceux qui opèrent dans le champ du droit international, à se méprendre sur l'évolution réelle du droit et à émettre des théories qui paraissent contestables au regard de l'évolution du capitalisme. En effet, en droit privé, la tendance de nos jours est d'estimer que la théorie traditionnelle du droit international privé qui s'est développée depuis le XIX^e^ siècle doit être remplacée par une nouvelle théorie : la théorie du droit transnational. Bien qu'elle présente différentes variantes, elle est basée sur quatre thèses principales. Premièrement, le contexte légal dans le monde serait caractérisé par une liberté de manœuvre de plus en plus grande des grandes entreprises. Celles-ci seraient en position de choisir de plus en plus les normes qui les gouvernent : c'est la thèse du « law shopping ». Deuxièmement, cette liberté de choix conduirait à un pluralisme légal : il n'y aurait plus de hiérarchie dans les cadres légaux qui gouvernent les firmes de taille mondiale, au point que plutôt que de parler de firmes internationales il faudrait les qualifier de transnationales, opérant dans l'absence totale d'une constitution mondiale permettant de cadrer leurs actions. Troisièmement, cette situation serait due au fait que les différents États et même les unions d'États (telles que l'Union européenne) auraient perdu leur pouvoir politique en raison de la croissance du pouvoir économique des grandes firmes transnationales : à la régulation internationale (entre les États) succéderait un désordre de droit transnational. Mais, et c'est la quatrième thèse, ces grandes firmes transnationales, progressivement, seraient capables à elles seules de reconstitutionnaliser le monde. » [98]

Contrairement au discours du droit transnational, ce ne sont pas la mondialisation ni le marché mondial entendus comme des forces abstraites et impersonnelles guidées par des lois mécaniques qui sont la cause des problèmes actuels mais, comme l'expliquent Alexandre Rambaud et Jacques Richard « une certaine mondialisation sous l'égide des lois comptables capitalistes ». Les grandes firmes transnationales n'ont donc nul besoin de « reconstitutionnaliser le monde » puisqu'il existe d'ores et déjà une constitution économique mondiale, qui ne tolère aucun *law shopping*, ni aucune concurrence normative, et dont leurs intérêts constituent le cœur. En outre, cette constitution, fondamentalement immorale, inique et antiéconomique repose sur des normes comptables, dont la compréhension et le maniement sont réservés à une toute petite élite de comptables et d'auditeurs spécialisés.

Cette dernière question nous amène à nous interroger sur le pouvoir constituant derrière la constitution comptable de l'économie mondialisée. Qui la décrète ? Selon quel mandat ? Et sous quel contrôle ?

Identification du pouvoir comptable constituant

Dans l'Union Européenne, c'est au cours de la décennie 2000, et plus particulièrement en 2005 que s'est jouée la seconde révolution comptable, celle qui jette par-dessus bord toutes les règles prudentielles en matière d'évaluation des actifs qui existaient depuis le XIV^e^ siècle. C'est en effet cette année-là que toutes les entreprises cotées de l'Union Européenne ont dû appliquer un jeu de normes unique, les normes IFRS (International Financial Reporting Standards) pour leurs comptes consolidés. Préparées par une petite officine privée, l'*International Accounting Standards Board* (IASB) [99], dont le siège est à Londres, ces normes introduisent la notion de la juste valeur, qui consistent à faire apparaître dans les comptes non pas les coûts historiques (coût d'achat d'une machine), mais la valeur liée à l'offre et à la demande. Composée de 14 membres représentants des grands groupes multinationaux et de cabinets d'audit internationaux, l'IASB est un « corps privé intermédiaire » placé entre le *Financial Accounting Standards Board américain* (FASB) [100], une autre officine privée, américaine, qui établit pour le compte de la *Securities and Exchange Commission* (SEC), les normes comptables américaines *Generally Accepted Accounting Principles* (GAAP) et le reste du monde, non seulement l'Union Européenne, mais aussi la Chine, la Russie etc, afin de dupliquer les GAAP dans les IFRS et partant, paraphrasant Rambaud et Richard de « rebaptiser les normes américaines en normes internationales ».

S'agissant de l'Europe, l'indexation des normes comptables européennes sur les normes américaines avait été préparée dans les couloirs de la commission européenne par une communication de 1995 [101]. Comme l'expose Édouard Jourdain, la commission considérait que les entreprises européennes ayant vocation à lever des capitaux sur les marchés internationaux et à se faire coter sur une place boursière des États-Unis ne satisfaisaient pas aux normes comptables exigées. De ce fait, la commission craignait que les grandes entreprises soient tentées d'adopter de facto les normes comptables américaines. Cependant, le temps politique étant trop long pour satisfaire à ces exigences, il était dès lors plus expédient de s'aligner sur les normes de l'IASC dont le travail était déjà reconnu.

Les États de l'Union européenne ne faisant pas partie à l'époque de l'IASC, ni aujourd'hui de l'IASB, cet alignement a été réalisé au moyen de la création d'un groupe consultatif nommé *European Financial Reporting Advisory Group* (EFRAG), créé en 2001 afin de jouer le rôle de conseiller technique auprès de la Commission pour la validation des normes de l'IASB par l'Union européenne. Le parcours de cette validation est des plus complexes : la norme de l'IASB doit d'abord recevoir un avis conforme de l'EFRAG, puis du SARG (*Standards Advice Review Group*), qui est un comité indépendant. Puis ces avis sont transmis par la Commission à l'ARC (*Accounting Regulatory Committee*) composé de représentants de vingt-huit États membres. Si ceux-ci sont d'accord, ils transmettent à leur tour le texte de la norme au Parlement et au Conseil des ministres de l'Union Européenne. Si ces derniers sont en désaccord, le processus est renouvelé. Ce parcours sinueux semble élaboré pour donner l'apparence d'un processus rigoureux d'adoption de la norme.

Mais il s'agit en réalité d'un écran de fumée, dans la mesure où L'EFRAG n'est au fond qu'une vulgaire chambre d'enregistrement des normes de l'IASB, laquelle se réunit à chaque fois que le normalisateur américain change ses règles. La portée des avis de l'EFRAG est en effet limitée à un avis conforme en tout ou partie d'une norme proposée par l'IASB, mais elle n'a pas le pouvoir d'en modifier le contenu, réservé exclusivement à l'IASB. Comme l'a très bien noté Édouard Jourdain, ce système sinueux d'adoption des normes américaines permet à la fois à l'IASB (et au régulateur américain derrière lui) de faire profil bas en affirmant que c'est l'Union européenne qui détient en dernière instance le pouvoir de normalisation, et l'Union européenne a intérêt à minimiser le rôle de l'IASB pour montrer qu'elle a toujours le contrôle.

En résumé, sur cette identification du pouvoir comptable constituant, laissons le dernier mot à Alexandre Rambaud et Jacques Richard : « L'Europe libérale-socialiste a ainsi accepté que l'IASB soit son seul fournisseur de normes comptables consolidées, qui plus est de normes comptables orientées vers le modèle de la juste valeur, encore plus dangereuses que les normes traditionnelles en usage en Europe pour les comptes individuels. De cette manière, l'Union Européenne a indirectement accepté d'appliquer les normes comptables américaines, et de saborder ses propres normes pour les groupes, ceci au grand soulagement de toutes les grandes entreprises capitalistes et de leurs auditeurs[102]. » Il faudrait enfin ajouter à cela, pour surenchérir sur le caractère constitutionnel de la loi comptable dans la mondialisation, que les normes IFRS ne sont pas seulement appliquées par les institutions européennes. L'Organisation des Nations unies (ONU), le Fonds monétaire international (FMI), la Banque Mondiale et l'OMC. Toutes ces organisations concourent toutes à généraliser l'application des IFRS.

La philosophie de la valeur derrière les normes IFRS

Avant d'envisager des alternatives, il est essentiel de s'attarder sur la notion de « juste valeur » consacrée par les normes IFRS, ce que nous ferons à partir des développements que lui consacre Édouard Jourdain.

Reprenant les termes d'André Orléan, si l'on peut estimer que la comptabilité avant la normalisation comptable néolibérale consacrait encore la valeur fondamentale, la puissance du capital, a la capacité à faire des profits, les normes comptables IFRS consacrent la valeur spéculative, c'est-à-dire celle que le marché estime être celle du titre. Selon ces normes, le marché est en effet une addition de volontés individuelles selon une logique mimétique. Pour reprendre les termes de Jourdain, le marché est érigé par les normes comptables au rang de « collectif mimétique irrationnel ».

Précisant que cette conception est « l'aboutissement d'une conception orthodoxe de la modernité où le propre du sujet isolé est de maîtriser le temps et le risque, ainsi que d'une conception du marché où la finance privé surdétermine l'ensemble des rapports économiques », la juste valeur est définie dans la norme IFRS 13 comme « le prix qui serait reçu pour la vente d'un actif ou payé pour le transfert d'un passif lors d'une transaction normale entre des intervenants du marché à la date d'évaluation ». Ce prix peut être évalué à trois niveaux. S'il existe un marché actif, la valeur de l'actif est évaluée suivant la formule « mark-to-market » ou sur la base d'un modèle en l'absence de marché actif (« mark-to-model »). Dans ce cas, il faut distinguer selon que le modèle utilise des paramètres observables ou non, aboutissant dans ce dernier cas à une évaluation des plus subjectives surnommée « mark-to-myself ».

Comme l'expose Édouard Jourdain, la « juste valeur » trouve son origine dans les travaux de l'économiste américain Irving Fisher[103], pour lequel la valeur de tout capital correspond à « la somme actuelle de son rendement futur » en tant que principe général d'enregistrement de toutes les transactions. Opérant une redéfinition de tous les concepts comptables, le recours à la juste valeur implique une utilisation massive de méthodes actuarielles et de la modélisation mathématique.

Plus pratiquement, l'application des normes IFRS fondée sur la juste valeur oblige à réévaluer chaque année un certain nombre d'actifs, comme les immeubles de placement ou les actifs immatériels (brevets, *goodwill*) en fonction de leur valeur sur le marché et non plus en fonction de leur coût historique. Cheval de Troie de l'introduction des calculs probabilistes dans la comptabilité en partie double, l'adoption de la juste valeur a donc eu pour effet l'accentuation de la volatilité des comptes, des effets procycliques en raison du fait que les valeurs calculées sont dépendantes de la conjoncture du marché, c'est-à-dire des anticipations des investisseurs. Et Édouard Jourdain de conclure que la comptabilité a perdu son « caractère d'extériorité » par rapport aux valorisations données par les marchés financiers. Il s'agit donc d'un asservissement de la comptabilité à l'autoréférentialité des marchés financiers, devenus une sorte de Baal moderne faisant l'objet d'un véritable culte.

En définitive, la juste valeur redéfinit complètement la grande entreprise d'un point de vue comptable. Elle n'est plus une « entité dont la richesse se fonde sur un stock d'investissements devant générer un profit futur (comme c'est le cas avec le coût historique) » ou, selon les termes d'Eve Chiapello une « combinaison originale d'actifs dans un outil de travail[104] ». Elle devient un « panier de marchandises indépendantes » ou, pour Édouard Jourdain « une combinaison de valeurs marchandes qui ont leur vie propre[105] ». Pratiquement, cela signifie que « [l]es actionnaires se trouvent [...] symboliquement en position de coordonner la politique d'acquisition et de revente de morceaux de l'entreprise, c'est-à-dire d'organiser des mouvements de propriété qui renforcent le dynamisme des marchés de valeurs ». Cela signifie qu'en comptabilité, le seul objectif capital de l'entreprise devient la maximisation du profit, opérant du même coup une minorisation comptable de toutes les autres fonctions sociales. Il est donc tout à fait abscons de parler de responsabilité sociale et environnementale des entreprises tant que les normes comptables n'auront pas été revues pour précisément rééquilibrer comptablement les fonctions de l'entreprise. Les normes comptables jouent en effet un rôle de façonnement des esprits qui fait intégrer dans la psyché des acteurs du marché l'idée que le dumping social et environnemental est le prix du progrès, et qu'il ne pourrait y être remédié que par des normes compensatoires décoratives fondées sur de vagues injonctions de nature purement aspirationnelles, et des règles bureaucratiques pléthoriques donnant à l'administration un pouvoir si arbitraire et rempli de tant de dérogations qu'il devient impossible d'en apprécier la portée réelle.

En résumé, les normes de reporting internationales IAS, devenues IFRS, consacrant une évaluation de certains actifs à leur juste valeur, c'est-à-dire en permettant l'enregistrement comptable de bénéfices potentiels, sont directement à la base des taux de rentabilité extravagants de 10 à 15 % exigés par les actionnaires depuis plusieurs décennies, qui mettent la planète et la paix sociale en danger. Pire, elle provoque un clivage grandissant entre les grandes entreprises, qui publient des comptes consolidés sur le principe de la juste valeur, faisant apparaître des profits fictifs, et les PME, qui restent sou-

mises aux règles de la comptabilité en coûts historiques, qui leur fait calculer des profits réels. Cette différence de régime comptable est intenable à terme pour les PME, qui ne pourront voir de salut que dans une inféodation de plus en plus prégnante dans le réseau des entreprises multinationales, avec des conséquences prévisibles sur l'environnement.

Pour conclure sur la théorie de la valeur derrière les normes IFRS, non seulement, celles-ci n'ont pas modifié l'axiome fondamental qui existait en comptabilité depuis le XIV[e] siècle selon lequel seul le capital financier est intégré en comptabilité comme capital, mais elles ont en fait renforcé la prédominance du capital financier sur les capitaux naturel et humain. Paraphrasant Alexandre Rambaud et Jacques Richard, le droit comptable est le « droit fondamental » du capitalisme mondialisé, « un droit qui est à l'origine de la plupart des problèmes humains et écologiques actuels ». Ainsi, « pour changer le monde, il faut avant tout changer le mode de calcul des performances des grandes entreprises ». Nous verrons dans une seconde partie comment peut être envisagée cette contre-révolution comptable (v. infra, chapitre IV).

Mais voyons maintenant comment ce même rapport de forces entre la norme sociale unique du marché mondial et l'objectif de protection de l'environnement opère au cœur même du droit de l'environnement.

La constitutionnalisation du paradigme croissanciel au cœur du droit de l'environnement

Cette logique de constitutionnalisation de la croissance est venue s'inviter jusqu'au cœur du droit de l'environnement, dont les premières manifestations coïncident avec l'apparition à la fin du XIX[e] siècle de la mutation du capitalisme en un système thermo-industriel. Mais il faut attendre les décennies 1960 et 1970 lorsque sont devenus évidents les effets aliénants et destructeurs des équilibres naturels causés par la société de consommation mise en place au cours des trente glorieuses, pour qu'apparaisse véritablement un droit de l'environnement. Toutefois, nous verrons qu'en raison de son ancrage dans le paradigme croissanciel, ce droit a pris une tournure à la fois radicale et schizophrène lorsque, paraphrasant Serge Latouche, avec la mondialisation, la transgression de toutes les limites est devenue l'éthique paradoxale dominante.

Un embryon de droit de l'environnement en réaction à la première révolution industrielle

À l'image des phases suivantes, les premières législations et traités en matière de protection de l'environnement peuvent être classés dans deux rubriques : des législations purement instrumentales visant à conserver les ressources pour favoriser l'essor de l'activité économique à grande échelle et des législations d'inspiration romantique de conservation de la nature sauvage.

Parmi les premières, on peut par exemple relever le Rivers and Harbors Act américain de 1899 qui interdit les émissions de déchets dans les voies navigables afin de ne pas entraver le bon fonctionnement du commerce fluvial entre États, qui était à l'époque le principal moyen de transport de marchandises sur le territoire américain. Ou encore la Convention de Paris du 19 mars 1902 qui protégeait seulement les animaux « utiles » à l'agriculture tout en permettant la destruction d'espèces « nuisibles ».

Les autres premiers textes concernant la préservation de la nature sont plus directement liés à l'apparition d'un mouvement environnementaliste pétri de romantisme. On sent en effet poindre la patte de Thoreau, voire de Rousseau ou de Goethe derrière le *Wilderness Act* américain de 1964 qui définit la nature sauvage « en opposition à ces endroits où l'homme et son propre travail domine le paysage… comme une zone où la terre et la communauté de vie ne sont pas entravées par l'homme, où l'homme est un visiteur qui ne réside pas ». Il convient d'ailleurs de noter que le *Wilderness Act* est adopté le 3 octobre 1864, soit trois mois avant l'adoption du 13ème amendement de la Constitution américaine qui abolit l'esclavage, attestant du lien indéfectible entre la sympathie pour les opprimés et les silencieux.

Cet acte précède une longue liste de lois et traités dans le monde qui consacrent la protection d'espaces sanctuaires et d'« espèces reliques » pour paraphraser François Ost, qui muséifient la nature. Replacé dans le contexte américain, la création des grands parcs nationaux sous l'égide commune de John Muir, le fondateur du Sierra Club, la première grande association de défense de l'environnement, et de Théodore Roosevelt, correspond aussi à la fermeture de la Frontière et la fin du mythe de l'illimitation des ressources qui avait dominé le siècle suivant la déclaration d'indépendance.

Dans la sphère internationale, il faut attendre la décennie 1930 pour voir cette sensibilité environnementaliste faire son chemin dans les traités avec la signature de la Convention de Londres relative à la conservation de la faune et de la flore à l'état naturel en Afrique du 8 novembre 1933. Ancêtre de la convention de Maputo du 11 juillet 2003 sur la conservation de la nature et des ressources naturelles (qui n'est entrée en vigueur qu'en 2016), la Convention de Londres est le premier instrument de droit international qui consacre la notion d'« espèce menacée d'extinction » et à créer des réserves naturelles et des parcs nationaux, en faisant aussi le précurseur de l'Union Internationale pour la conservation de la nature (UICN), créée en 1948.

La naissance du droit de l'environnement contemporain avec l'apparition des effets de la crise écologique

Les années 1960 ont été le point de départ d'une frénésie normative qui nous a donné un droit de l'environnement pléthorique et omniprésent dont le moins que l'on puisse dire est qu'il n'est pas allé de pair avec un ralentissement de la détérioration de la nature. Cela ne saurait cependant surprendre si on prend la peine de décortiquer l'état de schizophrénie dans lequel le droit de l'environnement a évolué.

On a coutume de dire que la réelle naissance d'une conscience écologique occidentale correspond à la publication du livre *Printemps silencieux*, de Rachel Carson en 1962, alertant le public américain sur les dangers que font peser les pesticides de synthèse sur l'écosystème. Dans la décennie qui a suivi, les États-Unis adoptaient dès 1964 le Wilderness Act, puis le *Clean Air Act* (1970), le *Clean Water Act* (1972) et surtout le fameux *National Environmental Policy Act* « NEPA » (1970), considéré comme la première grande loi environnementale occidentale et le pilier du droit de l'environnement aux États-Unis.

1972, surnommée l'année de la terre, est une année particulièrement importante concernant l'essor d'une conscience écologiste avec le coup de tonnerre du rapport du Club de Rome et la conférence de Stockholm, dont sortira la déclaration de Stockholm, le premier texte à envisager une responsabilité envers les générations futures et le texte fondateur de l'écodéveloppement. [106]

C'est aussi la même année qu'est lancée la revue *La gueule ouverte*, « le journal qui annonce la fin du monde » et que paraît le célèbre article de Christopher Stone, *Should Trees Have Standing* (les arbres devraient-ils avoir un intérêt à agir en justice ?) proposant pour la première fois que la nature devienne sujet de droit. [107]

Toujours au cours de la même décennie 1970, a été consacrée l'idée d'un « patrimoine commun de l'humanité ». Ayant émergé pendant les années 1960 dans le contexte de la guerre froide, cette idée était le fruit du Nouvel Ordre Économique International (NOEI) dont les principes ont été rassemblés dans deux résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies du 1er mai 1974. [108]

Mais la naissance du droit de l'environnement aux États Unis dans les décennies 1960 et 1970 s'inscrit aussi dans une séquence historique correspondant à la fin des trente glorieuses, et l'entrée des États Unis dans ce que Giovanni Arrighi a nommé la crise de signal du siècle américain [109]. Cette crise correspond au moment où les États-Unis voient les deux piliers de leur hégémonie, militaire et monétaire, remis en cause par l'embourbement au Vietnam où les États-Unis combattaient seuls, dans un environnement culturellement et politiquement hostile, contrairement aux deux guerres mondiales. Pendant que les États-Unis consumaient leur puissance dans le conflit vietnamien, leurs clients européens et asiatiques devenaient de sérieux concurrents économiques, et les multinationales américaines accumulaient des profits sur les marchés financiers extraterritoriaux, privant le gouvernement de recettes fiscales dont il avait cruellement besoin. En conséquence, la puissance militaire US perdit sa crédibilité et la parité dollar/or prit fin. Pour empirer les choses, l'ONU avait cessé de remplir sa fonction d'instance de légitimation de l'hégémonie américaine pour devenir la caisse de résonnance des griefs des pays non alignés concrétisée dans le NOEI.

C'est pendant cette crise de signal que se construisait tout un arsenal conceptuel de reprise en main de la puissance américaine dont l'aboutissement est le fameux consensus de Washington. Niché au sein de cette réflexion stratégique, toute une doctrine juridique néolibérale était en cours d'élaboration, dont l'un des ressorts centraux est une réflexion de fond sur le péril écologique en en faisant une question de bonne allocation des ressources naturelles, ou plus exactement des droits de propriété sur les ressources naturelles. En droit, cette doctrine s'est traduite par l'ascension des thèses du mouvement *Law and Economics*, dont l'article fondateur, *The Problem of Social Cost*, de Ronald Coase, paru en 1960, a en son cœur le traitement des dommages nés de pollution [110]. L'article de Coase commence en effet par se poser la question de savoir comment résoudre la pollution causée par les usines industrielles aux riverains. Selon Coase, la pollution est une externalité négative, un effet indésirable de l'activité industrielle non pris en compte par le marché, faisant dès lors apparaître une défaillance de celui-ci, que Coase analyse comme une mauvaise allocation de droits de propriété. Analysant les décisions de justice rendues dans des affaires de pollution, Coase en conclut que les solutions retenues par les tribunaux et les cours (mettre à la charge de l'entreprise polluante le coût de la prévention de la pollution et, à défaut l'obligation d'indemniser les riverains selon un principe pollueur/payeur) est conforme aux solutions qu'auraient retenues les économistes recherchant l'efficacité économique. Il en déduit que ces situations de défaillances de marché justifient et encadrent l'intervention de la puissance publique pour réglementer, le plus souvent taxer, des agents économiques dans le sens d'une allocation optimale de droits de propriétés.

Cela pose une limite à l'intervention de la puissance publique, qui n'est autorisée à réglementer que lorsqu'elle constate une défaillance de marché.

Huit ans plus tard, c'est un autre article fondateur de l'écologie de marché qui paraît : *The Tragedy of Commons*, signé par le biologiste Garett Hardin [111]. Enseigné dans toutes les facultés de droit comme un véritable mythe fondateur, une sorte de parabole fondatrice doté d'une aura quasi-biblique, l'article d'Hardin part d'une analyse de la vaine pâture sur les prés communaux pour soutenir la thèse que la liberté d'accès aux ressources communes mène inéluctablement à la surproduction et à l'épuisement des sols et la ruine de tous.

Ces sources sont à l'origine d'une pensée écologique libérale admirablement expliquée par Henri Lepage, selon laquelle la privatisation et la marchandisation de la nature sont perçues comme les meilleures solution pour la conserver, et dans laquelle l'objectif primordial du droit est la bonne allocation des droits de propriété, évaluée à l'aune de l'optimal parétien de la maximisation des richesses, c'est-à-dire la croissance [112]. Ces thèses poussent la neutralité axiologique du libéralisme à sa conclusion extrême en argumentant qu'aucun usage ne doit être privilégié par rapport à un autre et que le rôle du droit est d'arbitrer entre des usages conflictuels en supprimant les externalités négatives, c'est-à-dire en adoptant des règles favorisant la croissance. C'est ainsi qu'est née l'idée de marchés de quotas d'émissions de gaz à effet de serre, comme en atteste le passage suivant tiré du livre de Lepage :

> « La pureté de l'eau d'une rivière n'est qu'une ressource naturelle qui peut être "consommée" pour des usages très divers et souvent conflictuels. Polluer une rivière en l'utilisant comme égout naturel, a pour conséquence que l'on empêche d'autres utilisateurs (le pêcheur du dimanche, le baigneur, le jardinier, le promeneur, l'amoureux de la nature) de tirer tout profit personnel du respect des caractéristiques naturelles de l'environnement. L'usine qui pollue une ressource impose ainsi une "externalité" à ses autres utilisateurs. Mais à l'inverse, lorsque les voisins d'une usine, les riverains d'un cours d'eau, ou les animateurs d'une association locale de défense, par leur action politique, obtiennent des pouvoirs publics que l'on impose à une entreprise de supprimer tous ses rejets sous peines de lourdes sanctions, ceux-ci sont également producteurs d'une "externalité" économique à l'encontre de la firme ainsi contrainte de fonctionner avec des coûts de production plus élevés. Dans ce cas, l'industrie a autant de raisons de considérer que c'est son "droit" d'utiliser les eaux de la rivière comme égout naturel, que les riverains de demander qu'on respecte leur droit d'accéder à une eau non polluée. Il n'y a strictement aucune raison pour que l'intérêt des uns l'emporte sur celui des autres, pour autant que ces derniers ont prêts à payer pour l'usage qu'ils font de la ressource rare ainsi convoitée ». [113]

Devant ce défi, Lepage propose une solution radicale : « tous les utilisateurs doivent payer pour l'usage qu'ils font de l'environnement en fonction de l'intensité de leurs préférences – même si cet usage consiste à laisser l'environnement dans son état naturel ; ce qui ne constitue, après tout, qu'une préférence comme une autre ». [114]

Et Lepage de suggérer que ce résultat peut être atteint par le passage à un système d'appropriation privée s'appuyant par exemple sur la création d'un marché de « droits à polluer » librement négociables et échangeables entre individus ou associations privées [115]. Exactement ce qui a été mis en place en 2005 par l'Union Européenne avec le SEQE-UE, ou marché du carbone. Lepage qualifie cette opération de « création de droits de propriété nouveaux » par la reconnaissance de droits d'usage déjà existants qui deviennent ainsi aliénables et échangeables.

La même logique, poursuit Lepage, peut être appliquée à l'urbanisme, en remplaçant les politiques de planification foncière par l'attribution de «droits de développement» librement négociables générant un marché de « transferts de droits de développement » ou droits d'aménagement transférables. Ce type de règles d'urbanisme est devenu très fréquent aux États-Unis et a été introduit en France par la loi Galley de 1976, aujourd'hui codifié à l'article L. 123-2 du Code de l'urbanisme sous le nom de transfert de coefficient d'occupation du sol (transfert de COS).

Ces explications sur l'état des forces en présence au moment de la construction du droit de l'environnement contemporaine explique pourquoi il s'est développé de façon aussi schizophrénique. Certes, le droit de l'environnement est né de l'objectif de répondre des manifestations de la crise écologiques, mais avec pour finalité d'assurer la poursuite du modèle économique qui en est à l'origine. Il s'agissait, en fait, de naturaliser la croissance, d'en faire un impératif catégorique. Mieux, il s'agissait d'accréditer l'idée que la seule réponse à la crise écologique passe par le salut croissanciel et technologique. Et si nous observons actuellement une floraison de concepts comme la personnalisation des droits de la nature ou l'écocide qui constituent en apparence des freix à la croissance sans entrave, nous vivons toujours sous l'empire des premiers grands textes du droit de l'environnement de la décennie 1970. Qu'il s'agisse des lois américaines adoptées sous la présidence de Richard Nixon à la loi française du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature, tous ces textes participent de la prise en compte de la logique du droit à polluer des effets de la crise écologique pour garantir la poursuite du modèle économique à l'origine de la destruction de la nature.

L'oxymore du développement durable ou le renforcement de la constitutionnalisation du paradigme croissanciel au cœur du droit de l'environnement

L'état de schizophrénie dans lequel opère le droit de l'environnement n'a fait par la suite qu'augmenter en intensité depuis la décennie 1970, au gré de l'aggravation des phénomènes liés à la crise écologique, et de ses manifestations de plus en plus spectaculaire avec la constitutionnalisation de l'oxymore du développement durable. Celui-ci s'est imposé après l'accident nucléaire de Tchernobyl de 1986, avec la remise du rapport de la commission mondiale sur l'environnement et le développement mise en place en 1983 par l'ONU. Remis en 1987, ce rapport, intitulé *Notre Avenir à tous*, et nommé rapport Brundtland, du nom de l'ancienne première ministre norvégienne Gro Harlem Brundtland, est le premier à théoriser l'expression de développement durable, qui demeure le pilier de la politique environnementale des grandes institutions internationales et des États. Défini dans le rapport Brundtland comme «un mode de développement qui répond aux besoins des générations présentes sans compromettre la capacité des générations futures de répondre aux leurs», l'oxymore du développement durable, qui

demeure la matrice dominante du discours environnementaliste dominant toutes les institutions est un concept plastique parfaitement commode pour encastrer solidement la protection de l'environnement dans le paradigme croissanciel. En essence, ce rapport, produit par un aréopage d'experts et de technocrates, soutient pour ainsi dire tout et son contraire. «[L]'économie et l'écologie peuvent interagir de façon destructrice et nous plonger dans le désastre», affirme-t-il, pour soutenir aussitôt que nous avons besoin d'une « nouvelle ère de croissance économique » – le développement durable – dans laquelle croissance économique, respect de l'environnement et pratiques sociales respectueuses de l'être humain iraient de pair. En fait, comme l'explique Gilbert Rist, la notion de développement durable ne signifie pas du tout – le rapport Brundtland l'atteste – un système de production qui peut être toléré par l'écosystème, mais une « invitation à poursuivre le développement, c'est-à-dire la croissance économique » et à maintenir nos modes de vie consumériste. En d'autres termes, pour paraphraser Rist, ce n'est pas la survie de l'écosystème qui pose les limites du développement, c'est le développement qui détermine la survie des sociétés.

Par la suite, les reformulations ont été nombreuses, à commencer par celle de la déclaration de Rio sur l'environnement et le développement de 1992, adoptée après le sommet de la Terre, qui s'inscrit dès son premier principe dans le cadre du développement durable [116]. Jamais ce paradigme n'a par la suite été remis en cause, ni par les déclarations de principe, comme la déclaration de Johannesburg de 2002 sur le développement durable, la déclaration « l'avenir que nous voulons » de Rio en 2012, ni par les conventions comme les accords de Paris sur le climat qui s'inscrit à plusieurs reprises à commencer par son préambule « dans le contexte du développement durable » et constitue une évolution de la politique de l'autorisation conforme et de la taxation verte vers le solutionnisme technologique.

Le développement durable ne visait en fait qu'à offrir un habillage vert à la poursuite de la poursuite du capitalisme mondialisé sous la forme de l'économie verte ou écologie de marché. Avec l'économie verte, le paradigme croissanciel est plus vivant que jamais. Selon ce paradigme reformulé, il s'agirait désormais d'enserrer les services rendus par l'écosystème, rebaptisés services écosystémiques, dans les calculs de valeurs de l'économie marchande afin de libérer de nouveaux gisements de croissance. Plus que jamais, la nature est perçue comme une ressource extractive qu'il faudrait préserver non pas en tant que milieu ou habitat indissociable d'une conception de la vie bonne, mais parce qu'elle est nécessaire au maintien des capacités de production.

En transformant les conditions qui rendent la vie possible en services écosystémiques, l'économie verte rend ces mêmes propriétés de la nature interchangeables avec des fonctions que peuvent remplir la technologie. En calculant par exemple la valeur des services écosystémiques rendus par les pollinisateurs, s'ouvre un marché du drone-abeille qui viendra remplacer les pollinisateurs. L'économie verte n'intègre une perspective écosystémique que pour mieux transformer les relations et les interactions d'une nature vivante en unités quantifiables et transformables en crédits écologiques appropriables et échangeables sur le marché mondialisé.

Il s'agit de donner un prix aux fonctions écologiques rendues gratuitement par la nature. Entamant une fausse rupture avec l'écologie libertarienne prônée par Henri Lepage, il s'agit toujours de déterminer le prix de la destruction de la nature. Comme l'explique Matthias Pétel, «l'économie n'est pas reconnue comme un sous-système de

la biosphère mais au contraire l'objectif est de faire des écosystèmes des sous-systèmes de l'économie marchande.[117]»

Pire encore, les nombreuses critiques de la notion de développement durable relèvent que ce concept plastique peut s'entendre de deux façons. Soit comme une durabilité faible, qui postule la capacité du progrès technique à s'ajuster pour modifier les processus productifs en les rendant de plus en plus propres et de moins en moins destructeurs. Soit, à l'opposé, en tant que durabilité forte qui convoque la notion de facteur limitant signifiant que l'utilisation d'une ressource doit intégrer le seuil de renouvellement de la ressource, signifiant qu'en cas de ressources non renouvelable, l'utilisation de la ressource doit cesser. Or toutes les grandes conventions internationales, à l'image du protocole de Kyoto ou les accords de Paris de 2015 sur le climat, consacrent la durabilité faible, notamment en instituant des mécanismes de compensation ou de financiarisation du vivant par le paiement pour services environnementaux ou services écosystémiques, ou en enjoignant les États à se fixer des objectifs de réduction des émissions de gaz à effet de serre.

En fait, ce que ce bref exposé des thèses en affrontement au moment de la fondation du droit de l'environnement surgi de la naissance de la conscience écologique contemporaine prouve est que le droit de l'environnement est né au cœur du paradigme croissanciel, non en réaction face à lui. Allant plus loin, la traduction juridique de la nouvelle conscience écologique ne s'est pas accompagnée d'une remise en cause de la conception instrumentale de la nature ancrée dans le dualisme cartésien d'un homme comme maître et possesseur de la nature. Tout au contraire, elle a généré une frénésie d'innovations de concepts juridique visant à assurer que le paradigme croissanciel conserve une longueur d'avance sur la [fausse] conscience environnementale. Comme l'écrivait Serge Gutwirth, le droit de l'environnement est «arrivé dans le jeu alors que les cartes étaient déjà distribuées.[118]»

L'accélération définitive de la Grande réinitialisation

De ce point de vue, la schizophrénie est en train d'atteindre de nouveaux sommets avec l'annonce de la quatrième révolution industrielle autour des slogans de la Grande réinitialisation et *Build Back Better*. Présenté comme l'avènement d'un capitalisme des parties prenantes (*Stakeholder Capitalism*), facilité par l'occasion de la crise du Covid, la Grande Réinitialisation est à la fois une nouvelle reformulation ronflante de la croissance verte qui pourrait avoir été écrit par n'importe quel fonctionnaire du Forum Économique Mondial, de l'OMC, du G8, des Nations Unies, de la Banque Mondiale ou du FMI depuis 1990, et une étape supplémentaire dans le déroulement du récit de l'avènement du règne machinal. Un règne qui repose sur la fiction admirablement résumée le collectif Pièces et main d'œuvre, d'un monde conçu sur la fiction que l'on pourrait «détruire le biotope sans affecter ses habitants [et] [r]emplacer le naturel par l'artificiel [...] [sans] effet sur la vie biologique et sociale de l'animal politique (*zoon politikon*), ni sur les règnes animaux et végétaux»[119]. En d'autres termes, la grande réinitialisation postule que l'on ne pourra survivre à l'effondrement qu'en se connectant au technotope, c'est-à-dire en acceptant de s'installer pour de bon dans l'artificiel en aimant nos monstres machiniques. Un projet qui ne peut se concevoir qu'en liquidant définitivement tous les aspects effectivement émancipateurs de la modernité, à commencer par la protection de l'intériorité contre les grandes organisations.

Mais revenons à des considérations plus pratiques en analysant depuis la tranchée la façon dont est présentée la Grande réinitialisation. Selon les termes mêmes du forum économique mondial, elle est une somme de pratiques et de réformes à mettre en place au niveau mondial afin de créer une nouvelle donne économique, environnementale et sociale face à la crise sanitaire. Ce projet a pour ambition de créer un monde futur meilleur: «Il s'agit de rendre le monde moins clivant, moins polluant, moins destructeur, plus inclusif, plus équitable et plus juste que celui dans lequel nous vivions à l'ère pré-pandémique. Ne rien faire, ou trop peu, revient à avancer aveuglément vers toujours plus d'inégalités sociales, de déséquilibres économiques, d'injustice et de dégradation de l'environnement[120]». Cette quatrième révolution industrielle est celle de l'automatisation des machines par l'intelligence artificielle et la généralisation des «énergies vertes» afin de mener à «un monde plus vert, plus juste et plus prospère».

Littéralement, le projet est incontestable. Le forum économique mondial reprend les lamentations du mouvement altermondialiste en vilipendant l'économie mondialisée pour ses effets sur le climat, l'augmentation des inégalités dans et entre les nations et pour la production des maux contemporains du racisme et de la pollution des océans. Sauf que le procédé consiste à offrir en remède aux maux que nous connaissons la cause de ceux-ci en arguant du slogan «Nécessité fait loi» et en alléguant que l''urgence écologique et sanitaire aurait ainsi permis aux forces de l'État de dompter la bête sauvage du capitalisme et d'en faire un animal servile aux intérêts du vivant. Le procédé commence par reformuler en termes humanitaires et étatistes le projet de gouvernance mondiale en soulignant que le Covid a révélé que nous vivons dans un monde en proie à des problèmes globaux, et appelant donc à des organes de résolution des problèmes globaux, mais dont personne n'est réellement en charge. Ainsi, poursuivent Klaus Schwab et Thierry Malleret, «Il ne pourra y avoir de reprise durable sans un cadre stratégique de gouvernance mondiale», appelant les États nations et leurs alliés de la communauté mondiale des affaires à s'unifier pour mieux reconstruire (*Build Back Better*).

Schwab et Malleret envisagent deux avenirs possibles dans le monde né de l'apparition du Covid-19. Selon une première éventualité, les auteurs envisagent pour mieux l'écarter la possibilité que les choses reprennent comme avant, que les conséquences économiques pour le monde soient si graves que les décideurs sacrifient l'objectif d'enrayer la crise climatique à celui de la reprise économique en subventionnant les industries fossiles et les industries les plus «carbonées» tout en encourageant à une orgie de consommation. Selon la seconde éventualité, celle, bien entendu, que promeuvent les auteurs, la crise du Covid se présente comme une sorte de «grand réveil» écologique d'où surgirait une «nouvelle conscience» de l'essentiel de la population mondiale enfin gagnée à la cause climatique par les efforts accumulés des activistes climatiques.

En fait, cette «nouvelle conscience» est une conscience mieux préparée à accepter le déferlement technologique. Et Schwab et Malleret de se lancer dans un inventaire tout à fait intéressant des technologies auxquelles cette nouvelle conscience nous prépare:

- Celle de l'intelligence artificielle, «maintenant partout autour de nous, des drones et de la reconnaissance vocale aux assistants virtuels et aux logiciels de traduction.
- Celle des appareils mobiles, «devenus une partie intégrante et permanente de notre vie personnelle et professionnelle», «nous écoutant et nous localisant, même lorsqu'on ne leur demande pas...
- Celle de l'automatisation et des robots, qui «reconfigurent le fonctionnement des entre-

prises avec une rapidité stupéfiante et des rendements d'échelle inconcevables il y a seulement quelques années.

• Celle de l'innovation en génétique, qui ouvre « la voie à des développements révolutionnaires dans le domaine des soins de santé ».

• Celle de la biotechnologie, laquelle, si elle ne « parvient pas encore à stopper, et encore moins à prévenir une épidémie », mais dont « les techniques biotechnologiques les plus récentes utilisant des plateformes d'ARN et d'ADN permettent de développer des vaccins plus rapidement que jamais.

• Celle de la bio-ingénierie.

La pandémie, soutiennent Schwab et Malleret « accélérera encore plus l'innovation, en catalysant les changements technologiques déjà en cours (comparables à l'effet d'amplification qu'elle a eu sur d'autres problèmes mondiaux et nationaux sous-jacents) et en « suralimentant » toute entreprise numérique ou la dimension numérique de toute entreprise ». [121]

Poursuivant leur ode à la « transformation numérique » le patron du Forum économique mondial et son coauteur déplorent que « certaines des vieilles habitudes [qui réclame des contacts humains non médiatisés par des écrans] reviendront certainement ». Mais ils affirment aussitôt qu'un grand nombre des comportements technologiques qui ont été imposés pendant les confinements deviendront familiers : télétravail, surveillance digitale des employés par leurs employeurs, réunion Zoom, commandes par internet, passeports utilisant les codes QR. Tout ceci, explique Paul Kingsnorth, traduit l'essence de la grande réinitialisation : « la construction d'un avenir à la fois contrôlé, catatonique, dystopique, ennuyeux et sous surveillance[122] ». Un futur, poursuit Kingsnorth, « dans lequel les entreprises transnationales sont libres de construire le monde qu'elles ont toujours désiré : une technocratie de marché sans frontières, interconnectée dans lequel chaque être humain est suivi, répertorié et surveillé et une machine à consommer – tout cela au nom de la santé publique et de la sécurité ». Tout ceci au nom de l'objectif de « sauver la planète ».

Dans ce nouveau contrat social, les gouvernements, que Schwab décrit, à rebours de toute analyse historique sérieuse, comme des facteurs de ralentissement à l'adoption de nouvelles technologies pourraient devenir des instruments d' « accélération spectaculaire » de préparation des populations aux technologies de la quatrième révolution industrielle en raison de leur nécessité. Pendant les confinements poursuivent Schwab et Malleret, « on a soudainement constaté un assouplissement quasi mondial des réglementations, qui avaient auparavant entravé les progrès dans des domaines où la technologie était disponible depuis des années, parce qu'il n'y avait pas de meilleur choix disponible. » Ce qui était impensable, écrivent-ils, « est soudainement devenu possible » en soulignant le caractère irrémédiable du pas franchi vers la télémédecine, la déréglementation des livraisons par drones actée par la *Federal Aviation Authority* américaine et, de façon générale, la « prévalence » du numérique dans notre vie quotidienne, même si cela pose d'éventuels problèmes de cybersécurité.

De façon non moins effrayante, les auteurs mettent l'accent sur le fait que la pandémie, en nous incitant à mettre l'accent sur l'hygiène, inaugurera une ère marquée par une « nouvelle obsession de la propreté », qui entraînera « notamment la création de nouvelles formes d'emballages. » Nous serons, claironnent Schwab et Malleret, « encouragés à ne pas toucher les produits que nous achetons » au point que « [d]es plaisirs simples

comme sentir un melon ou presser un fruit seront mal vus et pourraient même être relégués au passé. [123] »

Il n'est pas besoin de convoquer des théories ou des cabbales grandiloquentes pour percer le secret de polichinelle que la grande réinitialisation est une ode au capitalisme mondialisé présenté sous les oripeaux de clichés de justice sociale et de la novlangue humanitaire dégoulinante de bons sentiments dont raffolent les ONG et les fondations planétaires. Comme l'écrit Paul Kingsnorth, les commandants des vaisseaux arborant le pavillon noir du capitalisme planétaire ont depuis les premières manifestations altermondialistes toujours déguisé leurs expéditions de piraterie sous les habits de « projets de charité alimentés par un désir lennoniste d'unanimité universelle ». [124]

Mais l'aspect nouveau de ce programme tient moins dans la réaffirmation de l'idée que le mode de vie industriel n'est pas négociable. Il tient dans ce que ce monde plus vert, plus juste et plus prospère ne passe plus par un discours prométhéen fondé sur un optimisme béat à base d'extraction de nouvelles sources d'énergie sur la ceinture d'astéroïdes, de promesse de voyages interstellaires, ou que sais-je encore. Il passe cette fois-ci par la peur, la peur au service d'une nouvelle conception de la vie, une vie minimale[125]. La pandémie du Covid-19, l'évènement fondateur du récit de la Grande réinitialisation, sert de puissant accélérateur à l'heuristique croissante de la peur servie depuis deux décennies par la grande peur climatique afin de faire accepter les restrictions et aménagements qui permettront de perpétuer l'avancée du règne machinal. Comme le révèle l'exemple de l'imposition à l'humanité tout entière de la technologie nouvelle et expérimentale des vaccins à ARN messager, malgré son ineffectivité apparente, en agitant la promesse sans cesse déférée de « retrouver la vie normale », il s'agit de réduire la liberté humaine à sa seule fonction animale de « conserver l'espèce », à la « vie nue » réduite à sa seule réalité biologique. [126]

Nous esquisserons dans une seconde partie à quoi pourrait ressembler des institutions juridiques qui fassent de la conjuration de la crise écologique la priorité dans un projet économique renouvelé qui conserve tous les aspects effectivement émancipateurs de la modernité. Mais voyons au travers du roman de Juli Zeh, *Corpous Delicti*, à quoi risque de ressembler la réponse selon les canons de la Grande réinitialisation.

Dans ce roman, Zeh imagine la société allemande en 2057 vivant à l'heure d'un nouveau contrat social formalisé dans un texte intitulé *La Méthode*. Selon *La Méthode*, tout le corps politique repose sur la santé, une santé pensée non pas comme « simple moyenne », mais comme « dépassement de la norme et performance individuelle », qui demande à être conservée et thésaurisée comme un capital jusqu'à « l'âge le plus avancé » [127]. Renaud Garcia voit dans la société vivant à l'heure de la *Méthode*, le parachèvement du dispositif de pouvoir intégral inspiré de la cybernétique. La société s'y présente, « dans son entier, comme un système immunitaire, se cuirassant contre toute émergence de risques sanitaires. » On n'y juge plus, explique Garcia, les individus sur leurs actes, potentiellement imprévisibles, mais sur leurs comportements normés et réduits à leurs déterminants physico-chimiques[128] ».

Formalisant l'union entre le projet de « sauver la planète » par le technologisme prométhéen de la croissance verte, de la technologie verte et autres utopies technolâtres, et la généralisation du « gouvernement des conduites » néolibéral, La Grande réinitialisation annonce la généralisation d'un futur totalitaire, sur l'entrée dans l'âge de la contrainte.

Mais la justification du durcissement coercitif de ce gouvernement des conduites ne repose plus sur les promesses d'abondance et de bien-être déçues du marché unique mondial, mais sur la nécessité de faire face à des menaces planétaires comme le réchauffement climatique. Puisqu'on ne peut pas construire une société mondiale homogène – et la réduction de la conception de la bonne vie qui rend possible ce projet – sur la foi dans le progrès, c'est sur la peur que l'on essaie de la refonder. Exit les rêves nourris par le progrès. À la faveur d'une épidémie qui, quoique sérieuse, aurait dû être une formalité pour une société construite sur des bases communes solide, nous voici mis en demeure de nous extasier devant la perspective de vivre comme des survivants. La peur de grands périls réels ou imaginaires est ce par quoi l'humanité tout entière est en train de connaître son reconditionnement suivant le programme du moi minimal, ou le rétrécissement de la dimension de l'existence à un idéal de protection physique et psychique, un moi parfaitement adapté pour la société de marché mondiale.

Ceci étant dit, voyons dans un troisième chapitre comment les innovations radicales récentes de la science juridique inspirées de la *Deep Ecology* et de la collapsologie contribuent à imposer encore davantage ce moi minimal.

Chapitre III

De la nature objet à la nature sujet

Nous avons vu précédemment comment le non-dit sur la technique a contribué à faire que le paradigme croissanciel s'est constitutionnalisé comme la règle par défaut qui domine le droit, jusqu'au cœur du droit de l'environnement. Pour rendre le tableau plus complet, voyons maintenant comment l'alternative, par le même impensé de la technique, sombre dans le mysticisme et la confusion spirituelle des droits de la nature, et fusionne elle-même avec le prométhéisme technologique.

La plupart des ouvrages ou articles retraçant l'histoire du droit de l'environnement présentent celui-ci comme le produit d'une évolution linéaire partant d'un paradigme anthropomorphique ou anthropocentrique, privilégiant un rapport instrumental à la nature, vers un paradigme écocentré, qui prendrait en compte la logique naturelle « pour elle-même »[129]. Paradoxalement, cette présentation épouse les lignes de la manifestation de la culture du narcissisme qu'est le prométhéisme technologique. Alors que celui-ci pose des dangers de plus en plus pressants au milieu, la marche vers le paradigme écocentré participe de l'autre symbiose narcissique, la symbiose régressive du désir féminin d'union avec la nature. Si le prométhéisme technologique procède d'un oubli de la nature, le mouvement inspiré de la *Deep Ecology* procède d'un oubli de l'homme, qui est aussi une façon de ne pas penser la nature, puisque celle-ci n'existe qu'à travers les représentations que nous nous en faisons. On peut même dire que l'évolution vers un paradigme écocentré partage la conception centrale du progrès du prométhéisme technologique entendu comme un affranchissement de toutes les limites, d'abord villageoises familiales et claniques, puis nationales, voire même globales, avec les rêves de voyage interstellaire et les utopies techno-enthousiastes comme l'université de la singularité de Ray Kurzweil. Alors que le prométhéisme technologique qui sous-tend l'adhésion au paradigme croissanciel place les espoirs d'une transition technologique dans les promesses de la quatrième révolution industrielle, de la croissance verte etc., l'affranchissement des limites prend une autre avec la *Deep Ecology*, ou la collapso-

logie, la forme d'un confusionnisme *woke*. Empreint de mysticisme et de spiritualité, l'affranchissement des limites se tourne vers l'intériorité, avec l'abolition de la différence des sexes, prélude à l'extension du sentiment du semblable à tous les êtres vivants avant, demain, d'intégrer les créations humaines, les artefacts.

Pour bien comprendre les tenants et les aboutissants du paradigme écocentré, il apparaît nécessaire de faire un bref rappel théorique sur ce qu'est la *Deep Ecology* qui le sous-tend.

Le fondement théorique de la *Deep Ecology*

Malgré l'imprimatur croissanciel du droit de l'environnement construit dans la décennie 1970, une partie de la recherche juridique est allée chercher des éléments de réponse à la crise écologique dans l'écologie profonde (*Deep Ecology*). Ce courant de pensée écologiste inventé par le philosophe norvégien Arne Naess prône une rupture avec la vision anthropocentrique de l'écologie « superficielle », qui ne s'attache qu'aux effets – les pollutions – sans questionner les fondements et les valeurs véhiculés par les modes de production et les techniques modernes.

On peut saluer la *Deep Ecology* en ce qu'elle témoigne d'une évolution de la sensibilité écologiste qui sort du paradigme mécaniciste en germe dans le dualisme cartésien. Renouant avec l'élan romantique du « paradis perdu » d'un Milton, d'un Rousseau, d'un Thoreau, d'un Goethe ou d'un Friedrich, c'est sur la fondation de la connaissance scientifique du vivant que la *Deep Ecology* construit son éthique écologiste. Procédant de l'idée que tous les êtres vivants sont rassemblés dans une « communauté biotique » pour reprendre l'expression d'Aldo Léopold, par la relation d'interdépendance entre tous les êtres vivants, la *Deep Ecology* est, selon l'expression de François Ost, une philosophie panthéiste nourrie par un dialogue avec les sciences. Le même Ost en a brillamment décrit l'âme dans *La nature hors-la-loi* (voir encadré ci-contre).

Les obstacles juridiques à la transition écologique

La *Deep Ecology*

Ce mouvement [la *Deep Ecology*] n'est pas l'apanage de la philosophie académique. S'il a aujourd'hui ses penseurs attitrés, tels A. Naess, B. Devall ou G. Sessions, il est aussi alimenté par les travaux de poètes, tels le précurseur H.D Thoreau ou G. Snyder (qui obtint le prix Pulitzer en 1975 pour son ouvrage *Turtle Island*, reliant, sur le mode poétique, le bouddhisme zen, la tradition amérindienne et la *Deep Ecology*), des journalistes activistes tel J. Muir (qui déclara un jour : « s'il advenait une guerre entre les espèces, je me rangerais du côté des ours ! »), des naturalistes tel A. Leopold, des scientifiques comme R. Carson et J. Lovelock, des juristes comme C. Stone, des théologiens chrétiens comme les fondateurs du *Mouvement pour le Onzième commandement* (qui s'énoncerait comme sui : « La Terre appartient à Dieu : tu ne la pollueras pas et tu ne détruiras pas la vie qui s'y développe »), des zélateurs des religions orientale, des utopistes tels A. Huxley ou P. Shepard.

La *Deep Ecology* a sa divinité (Gaïa), ses prophètes (H.D. Thoreau, qui en appelait à une *oversoul*, ou force morale à caractère divin qui imprègne toute la nature, ou encore A. Schweitzer, dont le fameux principe *Reverence for Life* fait figure de devise du mouvement), sa bible (le *Sand County Almanac* d'Aldo Leopold, publié en 1949, dont le chapitre « Land Ethic » exprime pour la première fois l'extension de la communauté éthique à l'ensemble de la biosphère), ses peuples élus (les *native Americans* et, de manière générale, tous les peuples « primitifs » qui ont su vivre en osmose avec la nature), ses haut-lieux (les grands parcs nationaux américains, tels le Yellowstone et le Yosemite, dont la wilderness a été arrachée de haute lutte à l'emprise de la colonisation humaine), ses grands témoins (Heidegger, Marcuse, Ellul) et ses mots d'ordre (« Penser comme une montagne », « Earth First ! », « Live and let live ! », Widening the circle », « Earth wisdom », « Declaration of interdependence », « Liberation of life, of nature, of animals »…) […]

De toute évidence, la *Deep Ecology* inspire un mouvement culturel au sens le plus large du terme. Un mouvement qui repose sur une philosophie (ontologie, épistémologie, axiologie) et un dialogue avec les sciences. Les théories de Darwin, au siècle passé, dans la mesure où *l'Origine des espèces* [1859] supprime tout privilège à l'espèce humaine en la replaçant dans le mouvement évolutif de la vie ; les théories de l'écologie, aujourd'hui dans la mesure où l'écologie fournit la représentation d'une communauté organisée de plantes, d'animaux et d'éléments abiotiques.
Un mouvement qui s'enracine dans un passé mythique (la culture des Amérindiens) et se projette dans un avenir eschatologique (le retour de l'alliance avec la terre, compromise aujourd'hui par l'urbanisation, l'industrialisation et la surconsommation).
Un mouvement qui cultive à la fois la réalisation de soi (recherche d'une autre qualité de vie, alimentation plus saine, méditations religieuses ou parareligieuses, fêtes) et l'action politique (selon les consignes de l'action directe, la démocratie décentralisée, la « tradition minoritaire », et le « biorégionalisme »).

Extrait de François Ost, *La nature hors-la-loi*, pp. 152-4.

En apparence, la *Deep Ecology* se présente donc, pour François Ost, comme la réfutation radicale du dualisme cartésien du sujet et de l'objet au profit d'un « rigoureux monisme ». Poursuivant son analyse, de ce monisme, Ost distingue trois fils conducteurs, correspondant à trois renversements essentiels. Le premier est le renversement de l'objectivisme au subjectivisme incarné par la revendication de faire de la nature un sujet de droit, impliquant qu'elle disposerait d'une dignité propre, fondée sur la reconnaissance de sa valeur intrinsèque.

Le corollaire de ce premier renversement est le passage de l'anthropocentrisme à l'écocentrisme symbolisé par le mot d'ordre d'« élargir le cercle » de la communauté morale à l'univers entier. Avec la *Deep Ecology*, explique Ost, l'homme cesse d'être la mesure de toutes choses. Il est un être vivant parmi la chaîne du vivant, un « terrestre parmi les terrestres » pour reprendre l'expression tout à fait révélatrice de Bruno Latour. Comme un grand 4 août biocentrique, la *Deep Ecology* dépouille l'homme du privilège de la conscience dans un univers mental pour consacrer un égalitarisme écocentrique. Précurseur de cette pensée, Aldo Leopold situait cet avènement d'une « communauté biotique » dans l'histoire du monde comme l'expansion du sentiment du semblable, de la conscience morale, à tous les éléments et à toutes les relations d'interdépendance de la biosphère.

Ce second renversement mène très logiquement à un troisième, qui est le passage de l'individualisme au monisme. Rompant avec la conception lockéenne de l'individu comme atome de base de la société, la *Deep Ecology* fait primer la totalité du système « terrestre » sur l'individu. C'est un nouveau mot d'ordre qui se dégage, nous dit Ost, celui de la « préférence naturelle » [ou plus exactement, comme nous le verrons, de la préférence terrestre] selon laquelle, lorsque survient un conflit entre les droits de l'individu et ceux d'une nature désormais réduite au système Terre, ce sont ceux-ci qui doivent prévaloir afin d'assurer l'intégrité de la communauté biotique.

Voici donc posés, conclut Ost, les trois renversements instituant un confusionnisme qui brouille toute distinction entre l'intérieur et l'extérieur et institue le « règne de l'immanence absolue » où « tout fait sens également, le cours des astres comme la culture, la migration des oiseaux comme les commandements de l'éthique ». Ce confusionnisme, poursuit Ost, fait qu'on ne sait plus véritablement s'il convient de parler de pannaturalisme ou de panculturalisme. La dualité cartésienne, qui faisait abstraction des rapports et des identités, « avec la hiérarchie et l'exploitation en prime », est répudiée au profit de « l'unité sans aucune pensée des différences, avec le confusionnisme et le réductionnisme en prime ».

Il s'agit donc, comme en atteste l'œuvre d'Arne Naess, d'une nouvelle forme de spiritualité reposant sur deux « normes ultimes » : celle de l'autoréalisation au travers de la fusion avec la nature incarnée par la formule d'Alan Watts, « Le monde est ton corps » ; et celle de l'égalité biocentrique prônant un droit égal à la vie de toute chose, dont Naess et G. Sessions ont tiré un certain nombre de principes fondamentaux de la *Deep Ecology* (voir encadré page ci-contre).

Commandements de la *Deep Ecology*

1. La valeur intrinsèque
Le bien-être et l'épanouissement de la vie humaine et non-humaine sur Terre ont une valeur intrinsèque, indépendamment de leur utilité pour l'homme.
2. Diversité
La richesse et la diversité des formes de vie contribuent à la réalisation de ces valeurs et ont en elle-même une valeur intrinsèque.
3. Besoins vitaux
Les humains n'ont aucun droit de réduire cette richesse et cette diversité, sauf afin de satisfaire des besoins vitaux.
4. Population
L'épanouissement de la vie et des cultures humaines est compatible avec une diminution substantielle de la population humaine. L'épanouissement de la vie non-humaine exige une telle diminution.
5. Interférence humaine.
La pression exercée par les interférences humaines dans le monde non-humain est excessive et exponentielle, faisant qu'elle est insoutenable.
6. Changement de politique
Les politiques doivent par conséquent être modifiées. Ces politiques affectent les structures fondamentales de l'économie, de la technologie et de l'idéologie. L'état des choses qui en résultera sera profondément différent de l'état présent des choses.
7. Qualité de la vie
Le changement de paradigme idéologique consiste principalement dans un changement de perspective dans l'appréciation de la qualité de vie (l'homme doit apprendre à vivre dans le respect de la valeur intrinsèque de toute la chaîne du vivant) plutôt que d'adhérer à une conception de la qualité de vie fondée sur une conception quantitative du bien-être matériel. Il s'agit d'inculquer la différence entre le plus et le bon.
8. Obligation de passage à l'acte
Ceux qui adhèrent aux principes précédents ont directement ou indirectement l'obligation de passer à l'acte afin de mettre en œuvre les changements nécessaires.

Juridiquement, la *Deep Ecology* s'est traduite par un certain nombre d'évolutions dans la pensée des juristes, articulées autour de l'idée des droits de la nature. Nous traiterons dans un autre chapitre l'évolution de cette idée et de ses potentialités dans son contexte américain et dans un certain nombre de pays ayant formellement reconnu la personnalité juridique de la nature, mais attachons-nous pour l'instant à montrer comment cette idée a fait son chemin dans la recherche en Europe.

La réception de l'idée des droits de la nature en Europe

Née aux États-Unis avec l'article de Christopher Stone, *Can Trees Have Standing* (v. infra), c'est en Allemagne et en Suisse Alémanique qu'a commencé le mouvement de réception de l'idée des droits de la nature. Plus précisément, c'est dans l'idée de prise en

compte d'un dommage purement écologique que l'idée prend sa source. Ainsi, l'année de la catastrophe de Tchernobyl et de l'accident des usines Sandoz à Bâle entraînant une pollution massive des eaux du Rhin (surnommé « Tchernobâle »), qui suivaient celles de Sévéso, de la marée noire de l'Amoco Cadiz, Klaus Bosselman propose l'introduction dans la constitution de la République fédérale d'Allemagne d'un article proclamant le droit de chacun au libre développement de sa personnalité « dans la mesure où il ne porte pas atteinte aux droits d'autrui ainsi qu'au droit de l'environnement naturel et à l'ordre constitutionne[130] ». Deux ans plus tard, paraît la thèse de J. Leimbacher, disciple du juriste bernois P. Saladin. Constatant l'incapacité du droit de l'environnement à traiter la crise écologique, Leimbacher propose pour la première fois en Europe de faire de la nature un sujet de droit.

Ainsi, la genèse des réflexions concernant l'idée de donner des droits à la nature en Europe est venue non pas de la menace que faisait peser l'extension de la promotion immobilière à des espaces vierges comme aux États-Unis, ou de la protection du rapport à la nature de communautés autochtones comme en Amérique latine, mais de la pollution. Plus précisément, l'Europe est venue à penser à donner des droits à la nature par la responsabilité civile au travers de ce qu'on a appelé la réparation du « préjudice écologique pur ». [131]

C'est en effet la multiplication du rythme des catastrophes écologiques qui a conduit à faire évoluer la réflexion sur le préjudice environnemental, sans que jamais le droit de l'environnement ne parvienne véritablement à devenir une remise en question fondamentale du système économique à l'origine de ces multiples catastrophes.

Devant des épisodes comme les marées noires du Torrey Canyon et de l'Amoco Cadiz, la pollution du Rhin par le pesticide Endosulfan, la catastrophe de Seveso en Italie et celle de Bhopal en Inde, les accidents nucléaires de Three Mile Island, de Tchernobyl puis de Fukushima, l'évidence s'est imposée que les règles de la responsabilité civile et administrative, imposant un préjudice direct, certain et personnel n'étaient pas adaptées à la réparation des dommages environnementaux, qui sont très souvent indirects, diffus et collectifs. Sous l'effet de ces catastrophes, le droit de l'environnement en gestation a entrepris de réparer des préjudices de plus en plus indirects, impersonnels et incertains. [132]

En France, l'idée est introduite par Marie-Angèle Hermitte, qui dès 1988 proposait de constituer la diversité biologique en sujet de droit, et dont l'évolution de la pensée exposée lors d'une conférence au Collège de France, intitulée *Artificialisation de la nature et droit(s) du vivant*, nous paraît tout à fait significative.

Dans un ouvrage collectif intitulé *L'Homme, la Nature et le Droit* [133], Hermitte estimait que le bouleversement causé par les technosciences imposait de « repenser la *Summa divisio* du droit entre les choses et les personnes » autour de la réalisation qu'il convient de « garder les limites nécessaires entre les règnes du vivant et le particularisme des droits humains, tout en prenant en compte "le destin commun de l'homme et de la nature, sujets et objets des technosciences" ». À cette fin, estimant que le sentiment de la nature en tant que fait qui nous environne est une illusion, et qu'il conviendrait de voir la nature comme la réponse active des milieux aux artefacts humains, elle proposait « une approche juridique du vivant », entendu comme « une totalité liant l'expérimentation sur l'homme, les marées noires, les procréations médicalement assistées ou la brevetabilité des micro-organismes, malgré les séparations entre le droit médical, le droit de la filiation et le droit de l'environnement [134] ».

Analysant l'évolution du droit depuis la formulation théorique de la personnalisation juridique d'êtres non humains dans la décennie 1980, Hermitte estime que l'on est passé d'un « droit du vivant » à un véritable « animisme juridique » scientifiquement fondé qui témoignerait d'un ré-enchantement du monde à mesure que la technique juridique saisit dans ses concepts et ses classifications les objets du « vrai monde » décodés par l'observation scientifique des interactions qui le compose.

Distinguant cet animisme en germe dans les droits occidentaux de l'animisme indigéniste qui avait été à la source de la personnalisation juridique de la *Pachamama* en Équateur, en Bolivie, en Nouvelle-Zélande et en Colombie ou de l'animisme à consonance religieuse qui a pu conduire des juges indiens à reconnaître la personnalité juridique de fleuve et de glaciers, Marie-Angèle Hermitte détecte dans l'évolution des concepts dans des textes et de décisions de justice européens une nouvelle forme d'animisme juridique qui convoque toutes sortes de connaissances scientifiques : les savoirs universitaires des technosciences, de l'écologie, des naturalistes, mais aussi le savoir pratique des promeneurs, des pêcheurs du dimanche, des paysans, des apiculteurs, des éleveurs, aussi bien que ceux des peuples autochtones.

Parmi les « innovations » [135] juridiques dans lesquelles Hermitte distingue les fondements de cet activisme juridique, figurent une décision de la Cour de justice de l'Union Européenne (CJUE) du 14 janvier 2016, condamnant la Bulgarie pour avoir amputé une part réduite d'une large zone protégée qui devait conserver son « unité fonctionnelle » pour les oiseaux migrateurs [136]. Plus loin, elle invoque l'affaire de la Centrale à charbon de Morburg, dans laquelle la CJUE a décidé que la directive « habitats » s'appliquait bien qu'elle soit située hors de toute zone protégée, au motif que son système de refroidissement par une prise d'eau dans l'Elbe produit des impacts indirects sur la zone protégée jusque plusieurs centaines de kilomètres en amont en raison des interconnexions entre écosystèmes [137]. Ou encore la loi française de 2016 sur la reconquête de la biodiversité, qui a renforcé l'objectif de coexistence entre humains et non-humains sur les mêmes territoires au moyen de la création de « zones prioritaires de biodiversité », en faisant entrer dans le droit les « principe de solidarité écologique » et de « continuité écologique », et en reconnaissant la valeur des services écosystémiques et des services environnementaux [138]. Selon Hermitte, cette loi française a fait un pas supplémentaire vers le « biocentrisme » en remplaçant le terme d'« espèces animales et végétales » par celui d'« êtres vivants », signalant par-là l'entrée de l'être humain dans le code de l'environnement en tant qu'espèce vivante parmi d'autres.

Concluant son tour d'horizon, Hermitte conclut que le droit de plusieurs pays occidentaux européens a reconnu sur des fondements scientifiques, et non mystiques ou indigénistes, plusieurs traits constitutifs d'un animisme juridique (analogisme, totémisme, naturalisme). Ainsi, elle expose que :

> • Dans une lignée naturaliste, les êtres vivants partagent des déterminants physiques de base (AGTC) tout en conservant pour chaque individu une physicalité propre, en relation avec son milieu (analogisme) ;
> • la nature n'est plus vue comme extérieure à l'homme, qui se retrouve inscrit dans la diversité biologique dont il partage une histoire commune et le destin (sortie du naturalisme) ;
> • les intériorités des humains et des non-humains ont suffisamment de traits et d'intérêts communs pour que tous ces êtres soient sujets de droit, bien qu'ils se distinguent par leurs traits physiques (animisme fondé sur la reconnaissance de subjectivités) ;
> • mais si les différents vivants ont tous une intériorité de même nature, celles-ci ne sont pas exactement semblables (reliquat de naturalisme justifiant des droits différents)
> • enfin, chaque groupe de vivants peut être défendu par des humains attitrés (ONG spécialisées dans la protection d'espèces ou de milieux particuliers), instruments juridiques portant spécifiquement sur une espèce en particulier (baleines) ; avocats de causes ciblées, comme l'identification exclusive aux hêtres de sa forêt (totémisme).

Élaborant sur ces conclusions, Marie-Angèle Hermitte envisage ensuite de se dégager du droit positif pour proposer, « sous la forme d'une « utopie juridique », de « prendre au sérieux les droits du vivant » qu'il deviendrait courant d'utiliser pour évaluer les artificialisations de la nature et pour écarter celles qui ne paraissent pas souhaitables alors que, à ce jour, on ne veut se priver de rien, au sens vulgaire de cette expression ». Pointant les dangers des technosciences, et notamment celui de l'inféodation du milieu naturel à des milieux artificialisés qui rendent des éléments de la nature dépendants d'artéfacts humains produits par l'industrie de masse pour leur survie, Marie-Angèle Hermitte en vient à formuler une utopie juridique fondée sur le rétablissement de relations de bon voisinage entre humains et non-humains, un retour aux propriétés simultanées, aux communs et à l'inappropriable, de gérer les ressources pour qu'elles se renouvellent, de gérer les risques dans une éthique de la relation et non un calcul, de s'appuyer sur les non-humains pour franchir l'obstacle. Tout ça pour ça est-on tenté de dire. Nous voici revenus au point de départ, à l'énoncé d'un programme fait de grands idéaux verbeux sans que jamais ne pointe la question du comment. Comment donner corps à ce programme ? Si ce n'est par l'invocation du Deus Ex Machina technologique ?

L'animisme juridique est donc l'expression dévoyée d'un idéal de décroissance aux antipodes par exemple de celui des Amish. Il est une manifestation de cette symbiose régressive du désir féminin de fusion avec la nature que Lasch avait décrite. Il y voyait l'adoption d'une solution régressive par « une culture qui a poussé trop loin son rêve d'artificialisation de la vie » pour reprendre les termes de Renaud Garcia. Selon cette manifestation de la culture du narcissisme, toute volonté déterminée est

assimilée à une volonté de destruction. En réalité, pour comprendre l'incapacité des juristes à mener de front une discussion qui poserait la question du choix moral de la société technicienne, c'est aux fondements théoriques de la *Deep Ecology* qu'il convient de faire un retour en soulignant leur fonds commun théorique avec le prométhéisme technologique. Comme celui-ci la *Deep Ecology* est en réalité fondée sur une vision cybernétique de la nature, qui apparaît très nettement à l'examen de la reformulation récente de la *Deep Ecology* par la collapsologie.

La collapsologie ou la réalisation du projet cybernétique gaïen

Dans son récent ouvrage, *La collapsologie ou l'écologie mutilée*[139], le philosophe Renaud Garcia jette un regard acéré sur le discours de plus en plus prégnant au cours des deux dernières décennies sur l'effondrement à plus ou moins court terme de la « civilisation » industrielle. Ce discours a même débouché sur l'apparition d'une nouvelle science, la « collapsologie », terme forgé par Raphaël Stevens et Pablo Servigne à partir du titre de l'ouvrage de Joseph Tainter, paru en 1988 : *The Collapse of Complex Societies*, et de celui de Jared Diamond, *Collapse. How Societies Choose to Fail or Succeed*.

Écartant la tentation de voir dans la collapsologie le retour d'une forme de millénarisme apocalyptique qui a existé de tous temps, Garcia analyse cette science de l'effondrement comme l'aspiration à la formation d'une nouvelle conscience présentant des analogies troublantes avec celle que voudrait faire émerger le Forum Économique Mondial avec son projet de Grande réinitialisation. Cette nouvelle conscience, pour paraphraser Garcia, tient à la réalisation de l'imminence d'un péril doublé d'un enjeu global réclamerait ainsi des mobilisations de masse et de « nouvelles alliances » pour « sauver la planète et ménager une transition vers un monde viable ». Devant la réalisation de l'irréversibilité des phénomènes d'effondrement, les affondristes, comme Garcia nomme les collapsologues, prônent l'abandon des illusions, la renonciation aux promesses de l'Histoire et l'union des volontés dans un grand tout planétaire transcendant les frontières idéologiques.

Soulignant l'accueil élogieux qu'a reçue la collapsologie, dont l'un des hérauts, le documentariste et militant Cyril Dion, un des organisateurs de la pétition de l'affaire du siècle a participé à un conseil de défense écologique, ou dont les fondateurs ont été honorés par le journal *Le Monde*, ou encore le fait que la collapsologie a été préparée par la production industrielle de divertissements apocalyptiques donnant à voir la vie après l'effondrement, Garcia pointe la vraie nature de la collapsologie en la qualifiant d'écologie mutilée en raison de son lien ambigu avec la critique de la civilisation industrielle. Selon Garcia, la collapsologie est l'application de la règle d'hygiène intellectuelle énoncée par Jacques Ellul, selon laquelle « dans une société, quand on parle abondamment d'une certaine donnée humaine, c'est-à-dire que celle-ci n'existe pas ».

Cela ne signifie pas, précise Garcia, que la réalité au centre des discussions sur l'effondrement et de la vie humaine après la chute n'existe pas, mais plutôt que la présentation de cette trajectoire comme l'occasion d'une prise de conscience écologique, sous la forme de la collapsologie, est une façon de liquider l'héritage de l'écologie politique, c'est-à-dire sa part irrécupérable par le pouvoir.

Cette liquidation se réalise en posant les collapsologues, dont l'égérie la plus patente est Greta Thundberg, en légataires de l'écologie politique, mais sous la forme d'une acceptation sous bénéfice d'inventaire, c'est-à-dire en refusant toutes les obligations

qu'imposent cet héritage, et en passant sous silence tout ce que cette tradition a produit de meilleur.

En fait, tout comme la grande réinitialisation, la collapsologie présente la seule possibilité de survivre à l'effondrement comme une vie mutilée, expliquant d'ailleurs en quoi les collapsologues – encore une analogie troublante avec le Forum Mondial Economique – sont si peu attentifs aux menaces posées par les technologies numériques et ont été si silencieux sur les effets des restrictions extraordinaires (confinement généralisé de la population, passeports vaccinaux, vaccinations expérimentales obligatoires, accroissement exponentiel des dispositifs de surveillance de la population) imposées au nom de la lutte contre la pandémie. En somme, explique Renaud Garcia, aucun des futurs présentés par le technologisme prométhéen ou par la collapsologie, « que le futur soit radieux ou catastrophique puis résilient, ne permet d'envisager un avenir historique où l'homme s'efforcerait de défendre son autonomie[140] ».

L'un des plus grands reproches que Garcia adresse à la collapsologie est en effet de penser que l'autogouvernement, ou l'organisation sociale en société « permaculturelle », faite de petites communautés « hors-réseau », autoproduisant leur énergie et instituant des axes végétaux coupant les autoroutes pour reprendre les termes de Servigne, d'Yves Cochet et d'Agnès Sinaï, n'est envisageable que dans et par l'effondrement. L'autogouvernement y est perçu comme une impossibilité dans le monde actuel, comme une sorte d'Eden qui ne serait accessible qu'après l'effondrement à quelques initiés. Au contraire, l'autogouvernement n'est envisageable que par une loyauté à l'égard du milieu de vie et des liens qu'on y noue, impliquant une continuité entre le passé, le présent et le futur que l'on entend construire. À la façon du grand Art, on ne saurait construire quelque chose d'impérissable sur le fondement d'une table rase. À l'inverse du survivalisme des effondristes, la philosophe écologiste américain Murray Bookchin, le grand penseur de ce qu'on a appelé le municipalisme libertarien encourageait à « créer une société écologique – non simplement parce qu'elle est souhaitable, mais parce qu'elle est tragiquement nécessaire ». À cette fin, écrivait Bookchin, il devenait nécessaire de « commencer à vivre [maintenant et ici] si nous voulons survivre[141]. »

En fait, la nouvelle conscience que les effondristes voudraient voir se dessiner dans et par l'effondrement convoque un imaginaire cybernétique fait de phantasmes d'une conscience qui se projetterait à l'échelle du globe, d'où le succès des thèses effondristes au sein de la classe professionnelle managériale, dont le propre est qu'elle vit dans un monde de symboles de plus en plus éloigné de tout ancrage dans la vie réelle. Analysant l'influence de penseurs comme Bruno Latour, Teilhard de Chardin ou James Lovelock, Garcia met en lumière le fait que le réseau d'interdépendances mis à l'honneur dès qu'il est question de la question du vivant est en réalité un réseau cybernétique.

Rappelant que James Lovelock, l'initiateur de l'hypothèse Gaia, qui vient à 101 ans en quelque sorte de publier le programme écologique de la Grande réinitialisation[142], est un cynerneticien, Garcia montre comment l'écologie radicale conçoit les hommes comme des « êtres adaptatifs, capables de récolter de l'information et d'emmagasiner de l'expérience et du savoir, de façon à réguler leurs actions réciproques ». Ce monde de la *Deep Ecology*, nous dit Garcia, fait de boucles de rétroaction entre agents porteurs d'une information, repose sur une vision rabougrie et quantitative de la vie sociale – une vie mutilée. « L'idée d'un emballement de la puissance industrielle, détruisant la nature et aliénant les vies humaines » lui est étrangère. Comme le technologisme prométhéen, l'affondriste envisage le « système terre », selon les termes de Daniel Cérézuelle, comme une « planète intelligente dont il convient d'optimiser le fonctionnement », comme un « système cybernétique biologique », c'est-à-dire un gigantesque homéostat (un dispositif autorégulateur avec entrées et sorties) dont seuls quelques ingénieurs détiendraient la clé ».[143]

La révolution du vivant de l'écologie profonde et de la collapsologie n'est donc pas une répudiation de la mégamachine, elle en est une reformulation enrobée dans une sorte de mysticisme New Age. Son objet paradigmatique n'est plus la mécanique horlogère, mais l'ordinateur connecté en réseau, le réseau cybernétique des machines à information. Dans le système cybernétique gaïen, l'individu de la société lockéenne est remplacé non pas par des éléments naturels, mais par le bit en tant qu'élément de base d'un cosmos envisagé en des termes purement informationnels. La Novacène pour Lovelock est « l'ère de la vie électronique dans laquelle le réseau Terre sélectionnera les êtres capables d'assurer sa régulation globale par des supercalculateurs et l'intelligence artificielle ». Les habitants du futur y sont envisagés comme de « futurs systèmes intelligents dotés de 100 000 fois la capacité des humains non augmentés à traiter l'information, pour lesquels l'expérience humaine apparaîtra aussi lente que celle que nous avons lorsque nous regardons pousser l'herbe dans nos jardins[144] ». La planète Terre revue selon les principes de Smart Gaïa, devient une sorte de système nerveux repensé suivant des interactions de propriétés cybernétiques. Comme l'environnementalisme mou que dénonce l'écologie radicale, le projet Gaïa est donc un discours d'adaptation aux basculements technologiques. C'est en ce sens qu'il faut comprendre l'idée de Bruno Latour d'un Parlement des choses, qui rassemblerait des experts, des témoins fiables et des « porte-parole » crédibles en vue de « négocier l'importation de tel ou tel objet technique dans le tout du vivant ». Il ne s'agit pas de recueillir le consentement à de nouvelles techniques, mais de conditionner, d'adapter des humains pensés comme des terminaux passifs à devenir dépendants de ces nouvelles innovations technologiques, jusque dans la sphère la plus intime. Il s'agit, comme l'avait écrit Lasch d'un programme qui consiste à nous déposséder de nos sens, de les inféoder à la machine et à l'appareil bureaucratique au cœur de la création et du contrôle de l'infrastructure technologique du monde au motif de leur capacité sans commune mesure avec nos pauvres sens de nous connaître nous-même. Il s'agit en somme d'un programme d'interdiction de la connaissance empirique. De toute connaissance qui ne soit pas médiatisée par des technologies contrôlées par des grandes organisations.

Garcia relie tout ceci au projet teilhardien de la noosphère où les pensées individuelles fusionneraient en un tout organique pour constituer une couche spirituelle recouvrant la planète. Comment en effet ne pas voir une analogie frappante entre la novacène de Lovelock, la personnalisation de la nature et le projet teilhardien de « spiritualiser le monde matériel » dans la noosphère ?

Tout d'un coup, l'animisme juridique prôné par Marie-Angèle Hermitte prend un aspect très différent. Prendre les droits du vivant au sérieux, rétablir des relations de bon-voisinage ne serait donc qu'une nouvelle incantation d'accepter le déferlement technique, une technique enfin lavée de ses pulsions destructrices. À la façon dont Herbert Marcuse qui en appelait au potentiel libérateur de la technologie pour libérer Eros par l'abolition technologique du travail, le renoncement de toute activité déterminée en germe dans l'animisme juridique proposé par Hermitte propose un remède narcissique,

la symbiose narcissique avec la nature, en remède à cette autre manifestation de la culture du narcissisme qu'est le solipsisme technologique.

Fin analyste de Marcuse, Lasch avait dénoncé l'impasse d'un tel choix proposé à l'espèce humaine dans ces termes :

> « Là où l'idéologie dominante engloutit la pratique dans une culte de la technique la « contre-culture » rejette et prône à la fois, sans discrimination, la renonciation de la volonté et des buts comme unique échappatoire à la technologie prométhéenne. Décriant l'inventivité humaine, qu'elle n'associe qu'aux technologies industrielles de destruction, elle définit l'impératif primordial de notre époque comme un retour à la nature. Elle ignore le besoin plus important de restaurer le monde intermédiaire de l'activité pratique, qui lie l'homme à la nature en la qualité de cultivateur soigneux, et non pas dans une union symbiotique qui se contente de nier la réalité de la séparation de l'homme d'avec la nature[145] ».

Et Lasch de poursuivre en posant les jalons de ce que pourrait être une éthique écologique affirmant la possibilité d'une vie en paix avec la nature qui reconnaisse que l'homme en est séparé :

> « Si elle fixe des limites à la liberté humaine, la nature ne définit pas la liberté ; pas plus qu'elle ne nous offre, d'elle-même, un foyer. Notre foyer, c'est la Terre, composée d'un environnement merveilleusement salubre, mais aussi du monde durable des objets humains et des associations humaines. L'accusation suprême portée contre la civilisation industrielle n'est pas simplement d'avoir ravagé la nature, mais surtout d'avoir sapé la confiance en la continuité et la permanence du monde artificiel en nous entourant de biens jetables et d'images fantastiques de marchandises. La confusion qui règne autour de la distinction entre pratique et technique est intimement liée à celle qui caractérise la relation de l'homme à la nature. Les êtres humains font partie d'une chaîne d'évolution complexe, mais la conscience de soi – la capacité à observer le moi d'un point de vue extérieur au moi – distingue l'humanité de toute autre forme de vie et génère un sentiment de pouvoir sur la nature ainsi qu'un sentiment d'aliénation par rapport à elle. Dépendante de la nature et en même temps capable de la transcender, l'humanité oscille entre une fierté transcendante et un sentiment humiliant de faiblesse et de dépendance. Elle cherche à résoudre cette tension en réalisant son autarcie complète mais aussi en rêvant d'une union symbiotique avec la source de vie primordiale. La première méthode la conduit à tenter d'imposer sa volonté à la nature par le biais de la technologie, et de se rendre absolument indépendante par rapport à la nature ; la seconde la conduit à renoncer complètement à sa volonté.[146] »

C'est donc à l'armature d'un droit qui participe de l'éthique écologique esquissée par Lasch que l'on cherchera à formuler dans une seconde partie. Un droit qui prenne en compte que l'individualité – une notion obsolète pour la *Deep Ecology*, l'animisme juridique et la collapsologie – est constituée par la prise de conscience de la place contradictoire de l'homme dans la nature. Une individualité, surenchérit Lasch qui s'exprimerait non par la rationalité instrumentale, mais par la conscience critique de la nature divisée de l'espèce humaine, par une conscience coupable impliquant la « douloureuse prise de conscience du fossé qui sépare les aspirations humaines des limites humaines ».

C'est à l'esquisse d'institutions juridiques qui prenne pour fondement un rapport aux choix techniques renseignés par l'éthique proposée par Lasch que la seconde partie sera consacrée.

Les Institutions juridiques d'une société écologique et autogouvernée

La crise du Covid-19 nous place de façon très pressante à la croisée des chemins. Plusieurs avenirs peuvent en sortir. Soit un renforcement avec un usage de mesures de contraintes sans précédent de ce que l'on peut appeler sans exagération un ordre technosécuritaire incarné par La grande réinitialisation. La lecture du livre de Klaus Schwab et Thierry Malleret indique à cet égard très clairement que le monde dystopique fait de confinements, de traçage de contacts, de passeports vaccinaux, d'inoculation à des échelles planétaires de traitements de thérapie génique expérimentaux, de surveillance généralisée de la population mondiale n'est qu'une répétition générale de l'extension sans précédent de mesures de contrôle, de surveillance et de contrainte au nom de l'objectif climatique. C'est un monde tel que celui imaginé par Juli Zeh dans son roman Corpus Delicti, qui se profile. Accepter le totalitarisme technosécuritaire au nom de l'objectif de « sauver la planète ».

Mais un autre futur est possible, qui passe par le questionnement de choix techniques qui sont non seulement à l'origine de la destruction du milieu propice à l'épanouissement de la vie humaine, mais sont en outre incompatibles avec un idéal d'autogouvernement. C'est à l'étude d'institutions juridiques fondatrices d'une société écologique qui reconnaisse la place particulière qu'occupe l'homme dans la nature que cette seconde partie est consacrée et introduise au cœur du droit un questionnement démocratique des choix techniques. Cela passe par une revue de concepts centraux de la modernité, qu'il s'agit non pas de déconstruire ou abolir (la personnalité morale des sociétés, la limitation de responsabilité, la propriété, la responsabilité, la comptabilité), mais de réadapter dans le sens d'un programme économique vraiment articulé sur la valorisation de la nature, mais aussi de nouveaux droits fondamentaux, ou de nouvelles institutions tels que les communs de l'attention proposés par Matthew Crawford.

Chapitre IV

Les potentialités émancipatrices des droits de la nature en tant qu'outil d'affirmation du droit à un non-développement

Contrairement à la mythologie d'importation qui fonde l'idée des droits de la nature en Europe, la façon dont l'idée a germé aux États-Unis est une parfaite illustration de l'éthique écologiste envisagée par Christopher Lasch. Une éthique au service de communautés autogouvernées et en réaction directe à la logique industrielle. À cette fin, repartons de la genèse de l'idée des droits de la nature telle qu'elle a été formulée pour la première fois en 1972.

Cette idée est apparue pour la première fois dans un article du professeur de droit Christopher Stone paru en 1972 dans la *Southern California Law Review*[147]. Envisagée au cours d'un cours de droit devant des étudiants médusés, Stone réalisait que pour que cette idée folle puisse devenir du droit, il fallait que trois conditions cumulatives soient réunies. Premièrement, il fallait qu'une action en justice puisse être intentée au nom d'un aspect de la nature, c'est-à-dire qu'une entité naturelle se voit reconnaître un intérêt à agir en justice. Deuxièmement, il fallait reconnaître l'idée d'un dommage écologique pur, permettant qu'un pollueur puisse être condamné pour avoir causé un dommage non pas à un individu ou des intérêts de groupes d'individus identifiés, mais à une entité naturelle (une rivière, une vallée, un paysage, une forêt ou un glacier etc.). Et troisièmement, il fallait que des décisions de justice puissent être rendues qui bénéficient à une telle entité naturelle, conférant une reconnaissance juridique au préjudice écologique.[148] Contacté par la grande association de défense de l'*Environnement Sierra Club*, fondée en 1892 par nul autre que John Muir, afin de lui fournir un nouvel argumentaire susceptible de faire basculer la Cour suprême dans un contentieux bien précis, Stone a proposé l'idée de personnalisation d'éléments de la nature. Le *Sierra Club* venait en effet d'être déclaré irrecevable à solliciter une injonction visant à faire échec à la construction par Walt Disney d'une sorte de Disneyland des sports d'hiver dans la Mineral King Valley, située dans les montagnes de la Sierra Nevada, un lieu chéri par John Muir, au motif d'une absence de dommage direct et personnel de ses membres, et partant d'une absence d'intérêt à agir. Bien que le recours du *Sierra Club* fondé sur les thèses de Stone ait échoué

devant la Cour suprême des États-Unis, la stratégie de Stone et du *Sierra Club* s'est au final avérée payante. En effet, au terme d'un long combat juridique devant les juridictions californiennes et d'un renversement de l'opinion, Disney a fini par abandonner son projet, la vallée a été intégrée dans le Parc national de Sequoia, puis placée en 2009 dans le *National Wilderness Preservation System*, le plus haut degré de protection contre tout projet de promotion immobilière. Mais la victoire était complète dès 1972, dans la mesure où l'idée de donner des droits subjectifs à la nature trouvait un allié de choc du juge William O. Douglas, dont l'opinion dissidente est demeurée bien plus célèbre que la décision de la majorité. [149]

Comme le révèle l'exposé de l'affaire de la Monument King Valley, la question de la personnalité juridique de la nature s'est posée dans des circonstances factuelles propice à la prévention de dommages à l'environnement, dans le cas de remèdes préventifs. Illustrant tout ce qu'il y a de plus libérateur dans la tradition de *common law*, Stone posait en termes très pragmatiques la question de la personnalité juridique de la nature, selon une logique pragmatique qui vise à faire précéder la recherche d'un remède à un dommage à la création d'un droit subjectif (*no remedy, no right*), signifiant qu'il n'existe de droit qu'en présence d'un intérêt juridiquement protégé donnant lieu à un droit d'action pour obtenir un remède (pas d'intérêt, pas d'action). D'emblée, l'article de Stone dépassait la question du dommage économique pur pour rechercher directement une institution juridique permettant d'attaquer en son cœur la logique industrielle.

À la différence des juristes européens, souvent trop enclins, paraphrasant James Scott, à penser « comme des États », Stone identifiait une carence dans les dispositions de protection de la nature existant depuis la création des grands parcs nationaux à la fin du XIX[e] siècle et dans les grands textes environnementaux adoptés au début des années 1970. Ceux-ci, notamment le NEPA, imposaient des obligations aux investisseurs sous la forme d'études d'impacts environnementaux, mais Stone estimait qu'assigner le rôle de protection de la nature aux seuls pouvoirs publics mus par l'impératif catégorique de la croissance, était une garantie trop fragile pour contrer la dynamique de destruction méthodique des communs naturels par l'industrie, des communs déjà fortement fragilisés par leur transformation en propriété publique et par le régime de cession très peu encadré de la propriété publique à des propriétaires privés (v. infra). Il fallait donc que la nature trouve une voix autonome sous la forme de tiers (en l'occurrence, des associations de protection de la nature), qui en seraient les gardiens (*custodians*), à la façon dont les parents ou les tuteurs sont les gardiens des droits des incapables mineurs ou majeurs. La démarche de Stone s'inscrivait de plain-pied à la fois dans la logique de la conquête de droits pour des catégories exclues, plaçant la proclamation des droits de la nature dans la continuité de celle des sans-droits qu'ont été les esclaves, les femmes, ou le mouvement des droits civiques des années 1960, et dans celle de la protection des communs. Son approche était guidée par une démarche stratégique plus qu'ontologique, visant à placer la considération de conservation de la nature sur un plan d'égalité par rapport à la logique de développement industriel, ce qui implique de la part de Stone une intuition très fine sur le rapport du forces entre la croissance industrielle et les considérations écologiques. Selon Stone, il était en effet envisageable que des règles soient adoptées qui étendent la classe des personnes habilitées à demander réparation pour la pollution des rivières au-delà de celles des détenteurs d'intérêts économiques lésés, ou encore que les juges, dans la pesée des intérêts concernant des projets de développement dans des

zones vierges de tout développement industriel doivent penser au-delà de la lésion d'intérêts économiques voire même d'impacts esthétiques pour l'homme et prendre en considération une préoccupation pour l'environnement menacé en tant que tel. [150] Mais attribuer un droit subjectif à la nature garantissait selon lui le développement à terme d'un droit plus équilibré, avec en son cœur un rééquilibrage de la charge de la preuve plus en faveur de la nature-milieu. « [l]es juges qui pourraient se référer sans réticence aux « droits de l'environnement » seraient encouragés à faire croître un corpus juridique viable – simplement par l'effet de la disponibilité de l'expression » écrit Stone. [151] Au fond, la logique au cœur de l'argumentation de Stone peut se lire comme un plaidoyer en faveur d'une praxis instituante, d'une libération de la créativité juridique pour équilibrer le droit de la croissance et le droit de l'autonomie. De ce point de vue, l'article de Stone et son plaidoyer en faveur de conférer à la nature la qualité de sujet de droit peut être interprété comme une façon de garantir à l'homme l'effectivité d'un droit subjectif à un environnement sain et naturel face à la dynamique destructrice du progrès. Stone n'en faisait par pour autant une pierre philosophale. Soulignant une fois encore que sa trouvaille des droits de la nature servait des fins stratégiques de rééquilibrage du rapport de forces au sein du droit entre la croissance et la protection de la nature, il est d'ailleurs lui-même revenu sur la personnalisation de la nature dans un article de 1985. [152]

C'est en ce sens que l'article de Stone mérite d'être salué comme fondateur, car bien qu'à ce jour, les juridictions américaines n'aient toujours pas reconnu que des entités naturelles, des aspects ou des fonctions de la nature disposent en propre d'un droit subjectif en faisant authentiquement des sujets de droit [153], sa révolution conceptuelle a donné lieu à une multitude d'initiatives et d'expérimentations qui ont porté au-delà des frontières des États-Unis.

Le meilleur exemple des effets vertueux de l'esprit de praxis instituante dans laquelle se plaçait Stone peut être illustré par le développement depuis la publication de son article de *Legal Defense Funds* (fonds de défense juridique) spécialisés dans la défense de l'environnement. Le plus intéressant de ces fonds est le *Community Environmental Legal Defense Fund* (CELDF), qui a pris une place particulière dans le combat pour les droits de la nature.

Comme l'indique l'énoncé de sa mission figurant sur son site (cf. encadré p.76), le CELDF s'est spécialisé dans la représentation de communes désireuses de lutter contre la destruction de leur environnement afin de « construire des communautés durables en assistant les habitants à faire valoir leurs droits à l'autogouvernement et aux droits de la nature ». Liant la protection de la nature à l'autogouvernement, le CELDF s'attaque aux sources de la structure qui constitutionnalise le paradigme croissanciel et fait de toute volonté de vivre en-dehors de ce paradigme une impossibilité juridique.

Mission du Community Environmental Legal Defense Fund (traduction libre)

Le Fonds de Défense des communautés écologiques (Community Environmental Legal Defense Fund (CELDF) a pour mission de construire les fondations d'un mouvement en faveur des droits des communautés et des droits de la nature afin de promouvoir des droits démocratiques, sociaux et environnementaux - une construction partant de la société vers les étages étatique, fédéral et international.
Notre mission est de construire des communautés durables en proclamant le droit des peuples à faire valoir leur droit à l'autogouvernement et les droits de la nature.
Démarré comme une association traditionnelle de défense des droits du public visant à la protection de l'environnement, le CELDF a cherché à protéger les communautés de projets comme des incinérateurs et des décharges à l'origine de dommages environnementaux.
En chemin, nous avons rencontré des obstacles mis en place par l'alliance entre les gouvernements et les grandes entreprises. Ces obstacles incluaient les « droits » constitutionnels revendiqués par les grandes entreprises et l'autorité préemptive des gouvernements des États – lesquels conspirent pour invalider l'autorité décisionnelle des communautés.
Le CELDF a appris que quelle que soit le degré d'énergie déployée pour faire cesser des projets entrainant des dommages environnementaux, notre propre gouvernement avait agi de concert avec les grandes entreprises pour mener à terme ces projets.
In fait, nous avions participé contre notre gré à la mise en place d'une infrastructure juridique, qui – plutôt que de se concentrer sur la protection des peuples, des travailleurs, des communautés, et de l'environnement – avaient en fait pour finalité une croissance, une extraction, et un développement sans entrave.
Cette structure est à terme condamnée à s'effondrer, et a, de facto, rendu illégal tout projet durable.
Par conséquent, nous reconnaissons que, quel que soit le péril auquel une communauté est confrontée (exploitation des gaz et du pétrole de schiste, puits d'injection, fermes-usines, pipelines, OGM, extraction d'eau, ou tous périls assimilés), les obstacles que nous rencontrons dans notre volonté de faire cesser ces projets – et de les remplacer par la mise en place de projets énergétiques, agricoles et de préservation de nos ressources en eau, et par des systèmes vertueux – étaient les mêmes.

Fondé en Pennsylvanie, le CELDF a commencé par travailler avec des communautés de l'État du *Rust Belt* qu'il aidait à contester en justice des permis de projets nuisibles à l'environnement, puis il a peu à peu étendu son réseau et ses activités au point de devenir un mouvement en faveur des droits de la communauté et de la nature. Le CELDF prône aujourd'hui une seconde révolution américaine qui élèverait les droits des individus, des communautés et de la nature au-dessus des droits des entreprises multinationales et de l'autorité « préemptive » des États et de l'État fédéral.

Parmi les multiples initiatives soutenues par le CELDF, soulignons le mouvement engagé en 2006 par la commune de Tamaqua en Pennsylvanie, qui est la première communauté humaine à avoir consacré l'idée de droits subjectifs à la nature en tant que telle, comme soutien aux droits de communautés humaines à s'autogouverner.

Située dans la partie de la Pennsylvanie le long du massif des Appalaches, la localité de Tamaqua, autrefois le site d'une intense activité minière, avait été transformée en décharge à ciel ouvert de déchets de toute nature. Devant une baisse des revenus due au déclin de l'industrie minière en Pennsylvanie, les propriétaires des fosses minières ont

transformé les localités pennsylvaniennes comme Tamaqua en décharges de déchets non plus seulement miniers, mais aussi provenant d'autres sources, comme les hôpitaux, les déchets de dragage de rivière et de cendres volantes en provenance d'États comme New York et le New Jersey. Le tout produit des boues hautement toxiques qualifiée de « biosolides » ou boues d'épuration, qui étaient distribuées, souvent gratuitement, à des agriculteurs comme fertilisants, contribuant encore davantage à la destruction des sols. Ce faisant, souvent avec des connexions mafieuses, les autorités avaient généré une activité hautement lucrative sur le dos des communautés rurales de Pennsylvanie comme Tamaqua. Le ruissellement de ces déchets s'infiltrait dans les cours d'eau environnant pour finir par rejoindre la rivière Schuylkill qui borde Philadelphie.

Après avoir appris qu'une des sociétés minières exploitant une des décharges, envisageait d'entreposer des cendres volantes, un très gros vecteur de dissémination de particules fines dans l'atmosphère, un groupe de citoyens locaux rassemblant un millier de personne et se faisant appeler L'armée pour un environnement propre, que l'on croirait tout droit sorti du *Gang de la clé à molette*, le grand roman d'Edward Abbey[154], est venu chercher le concours des juristes du CELDF. Avec le maire de Tamaqua de leur côté, et l'assistance des juristes de CELDF, les habitants de Tamaqua sont parvenus à faire adopter une ordonnance (en annexe 1) dont le préambule est ainsi rédigé :

> **« Une ordonnance pour protéger la santé et le bien-être général des citoyens et de l'environnement de l'arrondissement de Tamaqua en interdisant aux sociétés commerciales de déverser des boues d'épuration, en interdisant aux personnes physiques de constituer des sociétés dans le but de déverser des boues d'épuration, en donnant les moyens d'assurer le test de dépistage de boues d'épuration avant l'acquisition de terres, en destituant les sociétés commerciales de tout pouvoir constitutionnel dans l'arrondissement, en reconnaissant et en rendant effectifs les droits des résidents dans la défense des écosystèmes des communautés naturelles. »**[155]

Les dispositions les plus importantes de l'ordonnance sont les suivantes :

Section 7.5 : Sur le territoire de la commune de Tamaqua, les sociétés commerciales impliquées dans le déversement de boues toxiques, de déchets de dragage ou tout autre type de déchet selon la section 271.1 du titre 25 du Code de Pennsylvanie ne sauraient être qualifiées de personnes morales telle qu'elle résulte des constitutions des États-Unis et de la Pennsylvanie ou en application des lois et règlements des États-Unis, de l'État de Pennsylvanie ou de la commune de Tamaqua, et ne sauraient jouir des droits conférés aux personnes morales en application de ces constitutions et lois et règlements. En outre, aucune société commerciale impliquée dans l'activité de déversement de boues toxiques, de déchets de dragage ou tout autre type de déchet selon la section 271.1 du titre 25 du Code de Pennsylvanie ne saurait bénéficier des protections de la clause contractuelle et de la clause de commerce de la Constitution des États-Unis ou de dispositions similaires dans la Constitution de Pennsylvanie.

Section 7.6 : Est déclaré illégal tout acte d'une société commerciale ou de ses dirigeants, cadres, propriétaires ou gérants qui interfèrerait avec l'existence ou l'épanouissement de communautés naturelles ou d'écosystèmes, ou qui causerait des dommages à ces communautés naturelles et écosystèmes. La municipalité de Tamaqua, ainsi que

tout résident, dispose d'un droit d'action afin de solliciter des remèdes déclaratoires, injonctifs et compensatoires pour des dommages causés aux communautés naturelles et aux écosystèmes abrités sur le territoire de la commune, sans considération de la relation de ces communautés naturelles et écosystèmes avec des résidents de la commune ou de la commune elle-même. Les résidents de la commune, les communautés naturelles, et les écosystèmes seront considérées comme des « personnes » pour les besoins du respect des droits civils de ces résidents, communautés naturelles, et écosystèmes.

Section 7.7 : tous les résidents de la commune de Tamaqua ont un droit fondamental et inaliénable à un environnement sain, qui inclut le droit à un air, une eau, des sols, une flore et une faune non pollués. Tous les résidents de la commune possèdent un droit fondamental et inaliénable à l'intégrité corporelle, qui comprend le droit de ne pas souffrir de préjudices causés par l'invasion de leurs corps par des produits polluants.

Section 12.2 : tout résident de la commune a intérêt et qualité à agir en exécution des droits civils reconnus par la présente ordonnance, ou en application des droits fondamentaux reconnus par le droit fédéral et le droit de l'État, pour des violations des droits des communautés naturelles, des écosystèmes et des résidents de la commune, selon les termes des sections 7.6 et 7.7 de la présente ordonnance.

Section 14 : droit des résidents à l'autogouvernement : le fondement présidant à la préparation et l'adoption de la présente loi se trouve dans le droit fondamental et inaliénable du peuple à s'autogouverner, et partant dans la garantie de ses droits à la vie, la liberté et la poursuite du bonheur. Toute tentative d'avoir recours à d'autres unités ou niveaux de gouvernement pour préempter, amender, altérer ou invalider cette ordonnance, ou partie de ladite ordonnance, requerra la tenue de réunions publiques par le conseil municipal afin d'explorer l'adoption d'autres mesures étendant le contrôle local et la capacité des résidents de protéger leur droit fondamental et inaliénable à l'autogouvernement.

L'année suivante, la localité de Tamaqua a adopté une seconde ordonnance interdisant tout déversement de déchets par les sociétés commerciales.

Dans la foulée, d'autres localités voisines subissant les mêmes problèmes ont voulu répliquer l'exemple de Tamaqua, puis le mouvement s'est propagé à d'autres États et à d'autres portions du territoire américain. À ce jour, plusieurs centaines de communes ont adopté des dispositions limitant les droits des sociétés commerciales sur leur territoire et plusieurs douzaines de communautés, dont une trentaine ont été assistées par le CELDF, ont accordé des droits subjectifs à la nature ou à des écosystèmes et. La plupart de ces localités ont adopté de telles réglementations pour se prémunir contre l'exploitation des gaz de schiste, la plus importante étant Pittsburgh, qui est la plus grande ville à ce jour à avoir banni l'extraction des gaz et pétroles de schiste. L'ordonnance adoptée à Pittsburgh rejette aussi la « préemption » par l'État des réglementations locales et interdiction des projets de l'industrie exploitant l'énergie fossile en instituant une interdiction de toute extraction de gaz naturel sur le territoire de la municipalité de Pittsburgh. [156]

Sans doute le trait le plus saillant de la démarche des communautés du *rust belt* n'est pas tant l'attribution de la personnalité juridique à des éléments de la nature que l'attaque dirigée contre le bénéfice de la personnalité juridique des sociétés commerciales. C'est d'ailleurs sur ce fondement que la presque quasi-totalité des batailles juridiques entre les communautés auto-gouvernées du *rust belt* et les pouvoirs préempteurs sont concentrés.

Plus récemment, le CELDF a assisté des groupes de citoyens dans plusieurs États, dont le Colorado, le New Hampshire et l'Oregon, visant à intégrer dans leurs constitutions, le plus souvent via la méthode du référendum d'initiative populaire, des articles garantissant le droit des communautés locales à l'autogouvernement. Ces initiatives font d'ailleurs écho aux regrets formulés par Thomas Jefferson au soir de sa vie, lorsqu'il soulignait que les institutions américaines ne contenaient aucune reconnaissance formelle de « républiques élémentaires ». Toutes ces propositions contenaient des éléments de langage visant à garantir le droit de définir quelle entité bénéficie de la reconnaissance de la personnalité juridique, y compris la nature (voir encadré ci-dessous).

Projet d'amendement constitutionnel de l'État d'Oregon

Article 47 Droit de la communauté locale à l'autogouvernement

1. Dans la mesure où tout pouvoir dérive du peuple, et ou tout gouvernement libre procède de son autorité, et est institué pour leur paix, leur sécurité et leur bonheur, et où le peuple dispose à tout moment du droit d'amender, de réformer ou d'abolir son gouvernement s'il devait devenir destructeur pour ses droits fondamentaux et son bien-être, le peuple a un droit inaliénable et fondamental à l'autogouvernement de la communauté locale, dans chaque conté, ville, localité ou toute autre municipalité.
2. Ce droit doit inclure le pouvoir du peuple souverain, et le pouvoir du gouvernement qu'il s'est donné, d'adopter et d'exécuter des lois locales protégeant la santé, la sécurité et le bien-être général en reconnaissant ou en établissant les droits de personnes naturelles, leurs communautés locales, et de la nature ; et afin de garantir ces droits, d'avoir recours à des interdictions ou autres moyens juges nécessaires par la communauté, y compris des mesures destinées à établir, définir, altérer ou éliminer les droits concurrents, les pouvoirs, les privilèges, les immunités ou les devoirs des sociétés anonymes ou toutes autres entités commerciales opérant ou cherchant à opérer dans la communauté.
3. Les réglementations locales adoptées en application de l'alinéa (2) primeront sur la volonté de préemption ou d'invalidation par le droit de l'État, le droit fédéral ou le droit international, et elles ne pourront faire l'objet de limitation ou de préemption en application de l'article IV, section 1(5), article VI, ou l'article XI, section 2 de la présente Constitution, ou des lois amendées de l'Oregon 203.035, à la condition que :

(a) Lesdites réglementations locales ne restreignent pas les droits fondamentaux des personnes naturelles, de leurs communautés locales, ou de la nature garantis par la Constitution de l'Oregon, la Constitution des États Unis, ou le droit international ; et
(b) Lesdites réglementations locales ne réduisent pas le niveau de protection des personnes naturelles, de leurs communautés locales, ou de la nature existant en vertu du droit de l'État, du droit fédéral ou du droit international.

Toujours sur le territoire américain, ce mouvement a connu un nouveau succès récent avec l'initiative de groupes de citoyens de la ville de Toledo, dans l'Ohio, qui sont parvenus, au terme d'un long combat judiciaire, à l'adoption par la voie d'un référendum d'initiative populaire, de la *Lake Erie Bill of Rights* le 26 février 2019 [157]. Il s'agissait de la première reconnaissance formelle de personnalité juridique aux États-Unis au profit d'un écosystème spécifique. Cette adoption a fait l'objet d'une intense couverture médiatique louant cette initiative populaire visant à reconnaître à un lac le droit légal « d'exister, de prospérer et d'évoluer naturellement [158] ». Mais les médias ont très peu commenté le fait que, comme les initiatives des municipalités comme Tamaqua ou les projets d'adoption d'amendements constitutionnels portés dans l'Oregon, le New Hampshire ou le Colorado, le cœur de la *Lake Erie Bill of Rights* l'était constitué par un droit local à l'autogouvernement et comportait une reconnaissance d'un droit fondamental individuel et collectif à l'autogouvernement local, un droit à l'auto-exécution contre les « pouvoirs publics et privés » des droits inaliénables et fondamentaux reconnus aux résidents, et des mesures visant à refuser la reconnaissance du statut de personne morales aux entités commerciales qui violeraient les dispositions de la déclaration. Cette adoption a immédiatement entraîné une levée de boucliers de la part de nombreuses entreprises multinationales opérant aux abords du lac Erie, des autorités de l'État de l'Ohio et un juge de district fédéral saisi par un agriculteur a invalidé la déclaration en février 2020 en la déclarant contraire à la constitution américaine au motif que les droits environnementaux reconnus par la déclaration et le droit à l'autogouvernement dans leur communauté locale étaient trop vagues. [159]

Sortant du territoire des États-Unis, les droits de la nature ont été reconnus par un nombre croissant de pays et de localités, dont certaines ont bénéficié de l'assistance du CELDF, comme l'Equateur, qui est la première nation au monde à avoir reconnu les droits de la nature dans sa constitution en 2008. La constitution équatorienne reconnaît effectivement en son article 10, alinéa 2, la qualité de sujet de droit de la nature, la *Pachamama* (la Terre-Mère), introduite dès le préambule de la Constitution dans les termes suivants : « Nous célébrons la nature, la *Pachamama*, dont nous sommes partie intégrante » [160]. La Constitution définit la nature ou *Pachamama*, comme le milieu où « se reproduit et se réalise la vie » et lui reconnaît le « droit au respect absolu de son existence et au maintien et à la régénération de ses cycles vitaux, de ses fonctions et de ses processus évolutifs » (art. 71), précisant qu'il s'agit d'un droit à la « restauration [...] indépendante de l'obligation faite à toute personne d'indemniser les individus et les collectifs qui dépendent des systèmes affectés » (art. 72) et que l'État a l'obligation de garantir ces droits en prenant les « mesures de précaution et d'interdiction à l'égard des activités qui peuvent entraîner l'extinction des espèces, la destruction des écosystèmes ou l'altération permanente des cycles naturels. » (art. 73). Plus loin, le même article interdit « [l]'introduction d'organismes et de matériels organique et inorganiques qui peuvent altérer de manière définitive le patrimoine génétique national.»

Or comme le rappelle Pauline Milon, il ne faudrait cependant pas y voir que la nature dispose des mêmes droits que les êtres humains. L'invocation de la dimension mythique de la *Pachamama* sert une critique du modèle de développement occidental dont l'extension est imposée par les investisseurs internationaux afin de garantir le droit des communautés autochtones à vivre conformément au *sumak kawsay* ou « bien-vivre » (*buen vivir*). Comme dans les localités américaines, l'expérience de l'Equateur, conseillé par

les mêmes juristes que les communautés rurales conservatrices du rust-belt comme Tamaqua et Grant Township et les villes de Pittsburgh et Toledo repose donc sur un désir de placer le rapport de la communauté humaine à son environnement à la base de l'autodétermination des peuples contre l'acteur qui la menace le plus, c'est-à-dire le réseau mondial des entreprises transnationales. Le droit reconnu à la nature au respect absolu de son existence est le corollaire du droit des peuples à l'auto-détermination. Dans un premier temps, celui-ci a été pensé par les élites des mouvements d'indépendance, puis par les nouveaux États souverains contre les pouvoirs coloniaux, ou paraphrasant Hervé Juvin, comme un droit de se défaire, de se départir, de se déconstruire vis-à-vis du joug colonial, c'est-à-dire un droit au développement. [161] Il est aujourd'hui pensé comme le droit des peuples à choisir le capital – et le mode de vie qui va avec – qu'ils entendent associer à leur développement et une limite du pouvoir de leur propre gouvernement représentatif de les engager sans consentement ou sur la base d'un consentement vicié par contrat ou par traité avec des investisseurs et avec d'autres nations, c'est à dire, selon les termes d'Hervé Juvin, un droit de demeurer, de préserver, de transmettre. En d'autres termes, il s'agit d'un droit des communautés auto-gouvernées au non-développement, ou plus exactement à un autre développement. [162]

Il n'est d'ailleurs pas surprenant que la première nation à s'être dotée d'une telle arme conceptuelle au sein même de sa constitution contre le réseau mondialisé de l'investissement international soit un pays d'Amérique latine, c'est-à-dire un de ceux qui sont les plus directement et les plus longuement menacés par le pouvoir sans frontière de ce réseau. Pionnière des décolonisations, l'Amérique latine a en effet quitté le joug européen pour immédiatement être confrontée à la domination des intérêts capitalistiques des industriels américains et de la diplomatie états-unienne. La reconnaissance des droits de la nature dans la constitution équatorienne, puis la loi constitutionnelle bolivienne de 2010 (Loi de la Terre Mère) doivent être lus comme étant dans la continuité de l'inscription dans les constitutions mexicaine, argentine, bolivienne, nicaraguayenne et cubaine au moment des révolutions du XIX^{e} siècle de la doctrine Calvo postulant qu'en droit international, les étrangers n'ont pas de droits plus importants que ceux des citoyens et que la juridiction compétente dans un conflit international lié à l'investissement est celle du pays d'accueil.

À cet égard, une disposition particulièrement intéressante de la réforme constitutionnelle bolivienne de 2010 est celle qui consacre un droit à la diversité de la vie qui s'entend du « droit à la préservation de la différence et de la variété des êtres peuplant la Terre Mère, sans être modifiée artificiellement ou de manière artificielle ». Et de façon encore plus marquante que dans la constitution équatorienne, la réforme bolivienne relie la reconnaissance de droits de la nature au « bien-vivre » (*buen vivir*) en l'inscrivant dans un contexte économique : « le modèle économique de la Bolivie est pluriel et vise à améliorer la qualité de vie et le *buen vivir* de toutes les boliviennes et tous les boliviens ».

Pauline Milon conclut d'ailleurs que le lien entre développement et respect des droits de la nature inscrit dans les expériences équatorienne et bolivienne « est loin d'une approche strictement écocentrique débarrassée de tout utilitarisme » et qu'elle ne saurait être interprétée comme une reconnaissance de la valeur intrinsèque de la nature, avant de conclure que « [c]ela nous conduit à penser que la nature est plus l'objet d'une responsabilité qu'aurait l'humanité à son égard. » [163]

D'autres nations et régions se sont engagées sur le sentier tracé par l'Équateur et la Bolivie. Ainsi, en 2014 la Nouvelle Zélande a reconnu la personnalité juridique à un fleuve (le Whanganui) et un parc national (le Te Urewera). Il s'agissait dans les deux cas d'accords entre le gouvernement néo-zélandais et des communautés autochtones maories spoliées par les autorités néo-zélandaises qui transforment les tribus autochtones en tuteurs, ou gardiens du fleuve et de la forêt.

Là encore, la question de la valeur intrinsèque de la nature est stratégique, et non ontologique, comme l'énonce Pauline Milon :

> **« Si ces mesures évitent la 'mise sous cloche' de la nature, comme c'est le cas de la logique conservatoire, [elles vont] plus dans le sens de la protection des droits des peuples autochtones que vers un droit de la nature pour elle-même » qui « n'exclut cependant pas une protection de cette dernière par le contrôle de l'usage que peut en faire l'homme ». [164]**

En 2017, le parlement néo-zélandais a en effet adopté une loi reconnaissant à la rivière Whanganui le statut « d'entité juridique naturelle ». Ce cours d'eau coule sur des territoires où vivent des communautés maori engagées depuis des décennies dans un conflit avec l'État néozélandais à propos de la propriété sur ces terres. Dans ce cadre, les Maoris ont fait des propositions pour donner un statut particulier à cette rivière sacrée à leurs yeux, car assimilée dans leur cosmogonie comme un de leurs ancêtres.

Normalement, dans nos systèmes juridiques occidentaux, il est impossible d'attribuer la personnalité juridique à une entité comme une rivière, car le statut de personne est réservé aux humains en tant qu'individus ou aux regroupements d'humains, comme les collectivités territoriales, les associations ou les entreprises. Les éléments de la Nature sont conçus de leur côté comme des objets et c'est bien dans ce cadre qu'intervient le droit de propriété pour instituer une relation unilatérale entre des sujets humains et des objets non-humains. L'annonce de l'adoption de cette loi en Nouvelle-Zélande a d'ailleurs suscité un certain nombre de railleries dans les milieux juridiques occidentaux, considérant que cette personnification de la rivière relevait d'une forme d'anthropomorphisme ou d'animisme, dénuée de base rationnelle.

Pourtant, lorsqu'on examine avec attention le texte même de la loi, on constate rapidement que les choses sont bien plus subtiles, au point d'être difficilement traduisibles dans nos catégorisations hermétiques. En effet, la personnalité juridique n'a pas été attribuée à la rivière en tant que telle, si l'on entend par là le cours d'eau au sens géographique, mais à une entité particulière dénommée dans la loi *Te Awa Tupua*, existant à la fois sur les plans physique, culturel et spirituel, représentant le lien indissoluble unissant les communautés maoris et les éléments biophysiques de la rivière. Te Awa Tu Pua est ainsi l'expression d'une relation d'inséparabilité entre humains et non-humains sur un territoire donné, conçu comme un milieu de vie dont la santé et le bien-être doivent être préservés.

Il ne s'agit donc pas avec ce texte de conférer des droits à la « Nature », comme certains commentaires ont pu le dire un peu rapidement, car le concept même de Nature – en tant qu'entité séparable des humains – est étranger la vision du monde des Maoris. La rivière est ici conçue comme une entité relationnelle et non comme un objet et c'est une relation (ou plutôt un tissu de relations) qui reçoit une protection juridique à travers

le mécanisme de la personnification. Les Maoris refusaient également qu'on leur donne la propriété sur ces terres, à travers un découpage du territoire en lots individuels répartis comme des propriétés privées entre les membres de la communauté. Une telle issue n'aurait pas été compatible avec la vision cosmogonique des Maoris pour qui les humains appartiennent davantage à la terre que celle-ci ne leur appartient.

L'État néozélandais n'a donc pas opéré un transfert de propriété au profit des communautés maoris, mais a déclaré ces terres inappropriables et inaliénables, en mettant en place des mécanismes institutionnels pour permettre aux communautés maories d'exercer la gestion effective de ces territoires. Un binôme de représentants légaux (dénommé l'aspect humain de la rivière) – l'un désigné par les Maoris, l'autre par l'État néo-zélandais – a par ailleurs été instauré et servir de porte-paroles à *Te Awa Tupua*.

Ferhat Taylan, un des commentateurs de ces évolutions, explique qu'avec cette loi, ce n'est pas un bien commun qui a été institué, ni même un lieu au sens classique du terme, mais un milieu commun. Dans cette perspective, le Commun n'est plus une chose séparée des humains ; ce n'est plus un bien assimilée à une ressource et susceptible d'appropriation ; c'est un milieu commun reconnu comme une entité relationnelle constituée par des liens à protéger entre humains et non-humains. Cette question du milieu commun peut se rattacher à ce que Pierre Dardot et Christian Laval appellent le « principe politique du Commun », cette idée selon laquelle les communautés directement intéressées par une question donnée sont légitimes pour la prendre en charge directement sur le mode de l'auto-gestion démocratique.

Cette conception du milieu commun est différente à la fois des *Commons Pool Resources* d'Elinor Ostrom et des *beni comuni* italiens. Avec ces derniers, on sortait d'un rapport purement instrumental pour aller vers une relation essentielle entre des humains et des choses nécessaires à la réalisation de leurs droits fondamentaux. Mais on restait dans une relation fléchée dans un seul sens, ce qui n'est pas le cas avec cet exemple de la rivière Whangunui. Pour reprendre des analyses de Bruno Latour, on est ici en présence d'une relation réciproque d'engendrement, dans laquelle les humains produisent la rivière autant que la rivière les produit. Ce qui se traduit par l'insertion dans la loi de cette formule traditionnelle Maori : « Je suis la rivière et la rivière est moi ».

Enfin, en février 2019, c'était au tour de l'Ouganda d'adopter une nouvelle loi environnementale reconnaissant à la nature la personnalité juridique, qui est aussi une façon de s'opposer au modèle de développement occidental.

Activisme judiciaire

Ces reconnaissances constitutionnelles ou législatives des droits de la nature ont donné lieu à des tentatives de le faire reconnaître par la voie judiciaire.

Ainsi, en 2017, la Cour de justice de l'État d'Uttarakhand, d'où le Gange prend sa source, attribuait une personnalité juridique à ce fleuve sacré, à son affluent la rivière Yamuna, puis à d'autres éléments naturels. [165] Dans cette affaire, le demandeur était un résident qui demandait l'arrêt de constructions illégales dans la vallée du Gange et relevait les carences de l'État de l'Uttar Pradesh dans la constitution du conseil de gestion du Gange (*Ganga Management Board*). Relevant l'intense pollution de la rivière, et reconnaissant que le Gange et le Yamuna ont une signification particulière pour les hindous, la Haute Cour de l'État de l'Uttarakhand a jugé que la seule façon de protéger adéquatement le Gange et le Yamuna était de reconnaître qu'ils sont des personnes juridiques.

Le fondement de cette reconnaissance était la doctrine de *common law* de la *Parens Patriae* permettant à l'État d'intervenir en tant que tuteur d'une personne menacée en la personne du premier secrétaire de l'État de l'Uttarakhand et de l'avocat général. Un mois plus tard, la même Cour étendait la même protection à deux glaciers, le Yamunotri et le Gangotri, invoquant en outre à l'appui de sa décision le devoir moral de protéger l'environnement et l'écologie.[166]

Cependant ces deux arrêts jugement ont été annulés par la Cour suprême indienne (Haute cour fédérale) à la demande de l'État d'Uttarakhand, estimant que les devoirs de protection mis à sa charge étaient potentiellement illimités et ingérables.

À peu près au même moment que les deux arrêts de la Cour de l'État de l'Uttarakhand, la Cour constitutionnelle de la Colombie reconnaissait le 2 mai 2017 la personnalité juridique au fleuve Rio Atrato, nommant une commission pour tenir le rôle de gardienne du fleuve.[167]

Pour résumer, la question des droits de la nature, partie d'un article de doctrine d'inspiration très proche de la tradition écologiste américaine initiée au XIX^{e} siècle par John Muir a évolué vers une dynamique de droit des communautés autogouvernées, puis de droits des communautés autochtones visant à s'opposer à priori à des projets d'infrastructures, des projets extractifs, des projets touristiques etc. Le point commun entre les communautés du rust belt, les communautés indigènes de Bolivie et d'Equateur, les tribus maories de Nouvelle -Zélande et les habitants des provinces de l'Uttar Pradesh et de l'Uttarakhand est celle de la préservation de modes de vie condamnés par la libre circulation complète des capitaux.

Chapitre V

De la propriété domination à la propriété habitation

L'étude approfondie des expériences concrètes de personnalisation juridique de la nature ou d'éléments de la nature fournit des enseignements très féconds dans la perspective d'une contre-révolution juridique. Mais contrairement à ce qu'énoncent un certain nombre de commentateurs occidentaux proclamant que la reconnaissance de la personnalité juridique de la nature ou d'éléments de la nature est une révolution juridique en ce qu'elle proclame l'avènement d'un « paradigme écocentré », il apparaît plutôt que le trait véritablement révolutionnaire de ces expérimentations ne se situe pas dans l'acte de reconnaissance d'une personnalisation de la nature, mais dans le bousculement de l'institution de la propriété par des mouvements localement centrés revendiquant le droit à l'autogouvernement. Car les combats des habitants du rust belt, des maoris ou des hindous de la vallée du Gange et du Yamouna contre les forces centralisatrices de l'État fédéral et de l'économie nationale et mondialisée opposent deux conceptions de la propriété, qui transcendent la nature privée ou publique de la propriété. Deux conceptions qui avaient été mises en lumière par Simone Weil, dans L'enracinement, dont il convient de rappeler que le sous-titre était Prélude à une déclaration des devoirs envers l'être humain, dans un passage reproduit intégralement, tant il est programmatique (voir encadré page suivante).

Simone Weil ou la propriété comme besoin de l'âme

La propriété privée La propriété privée est un besoin vital de l'âme. L'âme est isolée, perdue si elle n'est pas dans un entourage d'objets qui soient pour elle comme un prolongement des membres du corps. Tout homme est invinciblement porté à s'approprier par la pensée tout ce dont il a fait longtemps et continuellement usage pour le travail, le plaisir ou les nécessités de la vie. Ainsi un jardinier, au bout d'un certain temps, sent que le jardin est à lui. Mais là où le sentiment d'appropriation ne coïncide pas avec la propriété juridique, l'homme est continuellement menacé d'arrachements très douloureux.
Si la propriété est reconnue comme un besoin, cela implique pour tous la possibilité de posséder autre chose que les objets de consommation courante. Les modalités de ce besoin varient beaucoup selon les circonstances ; mais il est désirable que la plupart des gens soient propriétaires de leur logement et d'un peu de terre autour, et, quand il n'y a pas impossibilité technique, de leurs instruments de travail. La terre et le cheptel sont au nombre des instruments du travail paysan.
Le principe de propriété privée est violé dans le cas d'une terre travaillée par des ouvriers agricoles et des domestiques de ferme aux ordres d'un régisseur, et possédée par des citadins qui en touchent les revenus. Car de tous ceux qui ont une relation avec cette terre, il n'y a personne qui, d'une manière ou d'une autre, n'y soit étranger. Elle est gaspillée, non du point de vue du blé, mais du point de vue de la satisfaction qu'elle pourrait fournir au besoin de propriété. Entre ce cas extrême et l'autre cas limite du paysan qui cultive avec sa famille la terre qu'il possède, il y a beaucoup d'intermédiaires où le besoin d'appropriation des hommes est plus ou moins méconnu.

La propriété collective La participation aux biens collectifs, participation consistant non pas en jouissance matérielle, mais en un sentiment de propriété, est un besoin non moins important. Il s'agit d'un état d'esprit plutôt que d'une disposition juridique. Là où il y a véritablement vie civique, chacun se sent personnellement propriétaire des monuments publics, des jardins, de la magnificence déployée dans les cérémonies, et le luxe que presque tous les êtres humains désirent est ainsi accordé même aux plus pauvres. Mais ce n'est pas seulement l'État qui doit fournir cette satisfaction, c'est toutes espèce de collectivité.
Une grande usine moderne constitue un gaspillage en ce qui concerne le besoin de propriété. Ni les ouvriers, ni le directeur qui est aux gages d'un conseil d'administration, ni les membres du conseil qui ne la voient jamais, ni les actionnaires qui en ignorent l'existence, ne peuvent trouver en elle la moindre satisfaction à ce besoin.
Quand les modalités d'échange et d'acquisition entraînent le gaspillage des nourritures matérielles et morales, elles sont à transformer.
Il n'y a aucune liaison de nature entre la propriété et l'argent. La liaison établie aujourd'hui est seulement le fait d'un système qui a concentré sur l'argent la force de tous les mobiles possibles. Ce système étant malsain, il faut opérer la dissociation inverse.
Le vrai critérium, pour la propriété, est qu'elle est légitime pour autant qu'elle est réelle. Ou plus exactement, les lois concernant la propriété sont d'autant meilleures qu'elles tirent mieux parti des possibilités enfermées dans les biens de ce monde pour la satisfaction du besoin de propriété commun à tous les hommes.
Par conséquent, les modalités actuelles d'acquisition et de possession doivent être transformées au nom du principe de propriété. Toutes espèce de possession qui ne satisfait chez personne le besoin de propriété privée ou collective peut raisonnablement être regardée comme nulle.
Cela ne signifie pas qu'il faille la transférer à l'État, mais plutôt essayer d'en faire une propriété véritable.

Extrait : *L'enracinement*, in S. Weil, *Œuvres*, Paris, Gallimard, 1999, pp. 1048-9.

L'exemple de Simone Weil, dont la pensée reflétait la façon dont elle a mené sa trop courte existence, fournit un guide du rôle que doit jouer la recherche juridique et en sciences sociales, qui doit consister non pas à faire office de stratèges de haut-niveau, ou de cerveaux idéologiques de causes idéologiques et abstraites comme « la justice climatique » ou l'hypothèse Gaïa, mais de tenir un rôle de chroniqueurs et d'historiens des prouesses désintéressées des groupes politiques, sociaux ou professionnels afin que les paroles d'une « révolte jaillie au fond de quelques âmes fidèles et isolées » puissent « avoir à l'oreille de [chacun] l'accent proche, intime, chaleureux, tendre d'une voix d'ami. »[168]

C'est cette conception de la propriété comme besoin vital de l'âme, comme sentiment d'appropriation en butte contre une propriété juridique qui s'en est éloignée que les mouvements du rust belt, de la vallée du fleuve Wanganhui, de celle du Gange ou de l'Atrato défendent. Pour peu qu'on prenne le temps d'en analyser autrement que superficiellement leurs contextes, il y a des rapprochements évidents à faire entre ces mouvements et une multitude de mouvements en butte contre le développement de la « civilisation thermo-industrielle », comme les zadistes, la lutte du Larzac ou les gilets jaunes de Commercy, dont est absente la revendication de donner une personnalité juridique à la nature ou à des éléments naturels. Tous ces combats témoignent avant tout de la défense d'un lieu, ou plus exactement d'une façon d'habiter ce lieu, et non d'une « personne ». La révolution juridique qui pointe derrière ces mouvements géographiquement situés n'est pas celle de la reconnaissance de la nature en tant que sujet de droit, c'est celle de la reconnaissance juridique du lieu, en tant que celui-ci est un milieu. C'est celle d'une conception de la propriété du territoire contre celle de la carte, d'une propriété enracinée, fondée sur une façon d'habiter la terre contre une propriété désincarnée fondée sur l'impératif de « développement ».

Ces observations sont à rapprocher des travaux de la juriste française Sarah Vanuxem sur la propriété-habitation. Celle-ci convoque la conception procédurale des choses du droit romain qui pense les choses à partir de la signification juridique du litige les impliquent, et des pratiques juridiques anciennes, comme celles des propriétés simultanées, pour réinterpréter radicalement les textes sur la propriété du code civil. Cette relecture aboutit à une doctrine de la propriété-habitation, une conception de la propriété parfaitement adaptée pour répondre à la crise écologique et aux ravages de la propriété-domination.

Critique moins vis-à-vis de l'idée de la personnification juridique d'entités extérieures aux humains que du statut de pierre philosophale dont elle jouit auprès de la communauté épistémique des juristes en recherche de nouvelles armes conceptuelles pour renouveler la matière du droit de l'environnement, c'est au cœur du code civil, plus précisément à l'article 542 que Sarah Vanuxem trouve le fondement d'un renouvellement de la propriété. Tombé dans les limbes de la mémoire juridique, l'article 542 définit les biens communaux comme « ceux à la propriété ou au produit desquels les habitants d'une ou plusieurs communes ont un droit acquis», ce que les juges contemporains interprètent comme une disposition accordant aux personnes morales des communes la propriété individuelle des communaux. Selon Vanuxem, ce n'est pas ce qu'avaient envisagé les rédacteurs du code, qui avaient entendu ménager au sein du code, à côté de l'article 544, qui fonde la conception absolue et exclusive du droit de propriété – la propriété domination –, une propriété épousant les formes de la conception des choses publiques romaines. Il faut en effet rappeler que les romains ne concevaient pas les

choses publiques, comme les temples, les édifices, les théâtres, comme appartenant à la cité, à l'État, c'est à dire des propriétés individuelles publiques, mais comme des choses appartenant à la « généralité, la collectivité ou universalité des citoyens », et transcendant les générations (v. supra, partie 1). La différence est énorme car elle confère un statut d'indisponibilité des ressources bien mieux protégé, non seulement au profit des générations présentes, mais aussi aux générations futures, que si ces biens intègrent le patrimoine d'une personne morale de droit public.

Allant plus loin, Vanuxem situe l'origine de l'article 542 du code civil dans une loi du 10 juin 1793, qui prévoyait que « tous les biens communaux sont et appartiennent de leur nature, à la généralité des habitants ou membres des communes ou des sections de communes dans le territoire desquelles ces communaux sont situés», une loi qui était le produit de luttes paysannes contre le danger bien réel d'accaparement des terres qu'un triomphe sans partage du courant individualiste et physiocratique poussant à l'appropriation privée de la révolution bourgeoise faisait peser sur les campagnes. Dans l'esprit de compromis entre la République des idées portée par la Révolution et la société de l'Ancien régime qui caractérisait la codification napoléonienne, l'article 542 incarnait la volonté du législateur de préserver au sein du code la conception coutumière des propriétés simultanées reposant sur une multiplicité d'usages du même lieu, à laquelle était très attachée les milieux ruraux. Selon Vanuxem, le code consacrait donc deux manières d'être propriétaire : « la captation suivie de la domination », prolongement dans l'état civil du régime des choses sans maîtres, ou *res nullius*, et l'« accès suivi de l'habitation », incarné par la conception romaine des *Res publicae*, prolongeant dans l'ordre de la cité les « res communes » de l'état de nature.

Cette dernière forme de propriété trouve aussi une assise dans le droit coutumier germanique au travers des propriétés simultanées héritées du droit franc, qui favorisaient la multiplicité des usages des choses pérennes, comme la terre (v, supra). Et Vanuxem de rappeler que cette forme de propriété n'avait pas complètement disparu, puisque le législateur français a adopté en 2013 une loi de modernisation du régime des sections de commune qui vise à les faire disparaître au motif que, étant d'une « complexité moyenâgeuse » et une source intarissable de contentieux, elles constitueraient un frein au développement local. Transférant ainsi à la commune la propriété de l'universalité des habitants de la localité des biens tels que les bois ou les forêts, et en interdisant la création de nouvelles sections communales, la loi de 2013 est le dernier acte des enclosures. [169]

De ce point de vue, la loi française de 2013 s'inscrit, en termes d'effacement d'une longue histoire des communs, dans la droite lignée de la destruction d'un trait de plume de la banque des semences irakienne par *Coalition Provisional Authority*, c'est-à-dire, le gouvernement d'occupation américain de l'Irak après la capture de Bagdad en 2003. Celui-ci avait en effet pris un certain nombre de décrets, les « décrets Bremer », définis comme des « instructions et directives – y compris des amendements au droit irakien en vigueur – doté d'une force contraignante vis-à-vis du peuple irakien sous la forme de sanctions pénales ou d'un effet direct sur la façon dont les affaires irakiennes sont réglementées » [170]. La mesure la plus symbolique à cet égard était le décret N° 81 sur la propriété intellectuelle, qui, en imposant l'utilisation de semences correspondant aux normes sévères de la convention UPOV (*Union for the Protection of New Varieties of Plants*), rendait illégal le système de production de semences existant, fonctionnant de

façon informelle et non régulée, et ayant pour base les graines de semences conservées dans les fermes où l'innovation est gratuite et où l'échange de semences se faisait au sein des communautés paysannes. En imposant ainsi aux paysans irakien l'utilisation de variétés « protégées », d'un trait de plume, le régime américain d'occupation conférait aux groupes agro-alimentaires l'exclusivité du marché des semences et, comme l'explique Wendy Brown, mettait fin à rien de moins que dix mille ans d'histoire de l'agriculture au cœur même du croissant fertile où s'est produit la révolution agricole. [171]

Au travers de l'article 542, c'est donc tout un gisement d'expériences et de pratiques immémoriales concernant le rapport entre les hommes et les choses et entre les hommes eux-mêmes qui tout d'un coup reviennent à la vie, ou reprennent de la vigueur à la faveur des nouveaux périls posés par la crise écologique. Cette redécouverte de l'article 542 permet ainsi à Sarah Vanuxem, sans en passer par une réforme ronflante du code civil, de dépasser par la catégorie du milieu la dialectique entre le dualisme cartésien incarné dans le droit moderne par la *Summa divisio* entre les personnes et les choses et le monisme rigoureux de la *Deep Ecology*, conduisant à vouloir faire entrer toutes entités naturelles dans la catégorie des personnes. Trouvant inspiration dans le code civil lui-même, Vanuxem démontre magistralement que les choses et les personnes se rejoignent dans le milieu.

En d'autres termes, Vanuxem incite à concevoir les choses non plus seulement comme des objets de droit, mais comme des milieux, comme un foyer. Rappelant le double sens pronominal du verbe « s'approprier », perdu dans le discours juridique, elle souligne que l'appartenance d'un lieu s'accompagne aussi d'une appartenance à un lieu. Être propriétaire, c'est n'avoir qu'une place au sein d'une chose, qui est elle-même un lieu de rassemblement, comme l'avait formulé Heidegger. Ainsi, par exemple, le titre que l'on a à habiter la maison dont on est propriétaire confère un droit d'habiter un lieu qui est en lui-même une forme de communauté avec ceux qui l'ont habité, ceux qui l'ont construit, qui l'ont entretenu, mais aussi avec les éléments naturels qui en sont inséparables (la lumière du soleil qui l'illumine, le paysage qui l'enserre, les arbres qui l'ombragent, les cours d'eaux qui l'irriguent etc.). Le titre de propriété confère un droit à habiter la chose, un rapport privilégié avec elle qui confère à son propriétaire des devoirs d'en respecter l'âme et l'histoire. Avec la propriété habitation, toute propriété, privée ou collective, trouve ainsi sa source dans le commun, et non dans le passage du néant à la propriété privée caractérisé par l'acte originel d'appropriation vis-à-vis de la communauté négative primitive d'un Grotius ou d'un Pufendorf, où rien n'appartenait à personne, ou dans l'acte de soustraction par le travail productif de la communauté positive de Locke, pour lequel la terre appartient originellement à tous.

Rejoignant les initiatives de communautés autogouvernées comme celles des habitants du *rust belt* des États-Unis qui entendent faire primer un droit d'habiter non invalidé par le droit hors sol de nuire d'opérateurs régionaux, nationaux, ou le plus souvent mondialisés, un droit sanctuarisé par la conception des droits de propriété des autorités préemptives étatiques et fédérales, la théorie de la propriété-habitation s'inscrit parfaitement dans l'émergence du mouvement des communs. Plus précisément, elle s'inscrit dans la droite lignée des travaux de la Commission Rodota en Italie, qui définit les biens communs comme « des choses fonctionnellement utiles à l'exercice des droits fondamentaux et au libre développement de la personne » ou du « principe politique du commun » tel qu'il est formulé par Pierre Dardot et Christian Laval. Indissociable de l'auto-or-

ganisation ou auto-institution de la société, ils définissent le commun comme « un lien vivant entre une chose, un lieu, une réalité naturelle (un fleuve, une forêt) ou artificielle (un théâtre, un édifice public ou privé, un service, une entreprise, une place), et l'activité du collectif qui le prend en charge, le préserve, l'entretient ou en prend soin. » [172]

Nous retrouvons encore dans ces façons d'habiter l'idée exprimée par Christopher Lasch d'une démocratie fondée sur la petite propriété privée. Mais à une propriété plus proche de celle de la propriété-habitation que les droits de propriétés des investisseurs sanctuarisés par le droit du marché profond. Par propriété privée, Lasch entendait en effet la possession d'un lopin de terre, d'une petite boutique, d'un savoir-faire, dans laquelle il distinguait « le fondement matériel de la vertu civique ». La propriété nourrissait la vertu car elle inculquait aux hommes un sens des limites et une conscience d'être les usufruitiers soigneux de la création. Un rapport entre vertu et propriété que Tocqueville avait identifié dans sa description d'un peuple de « petits propriétaires ardents et inquiets » qui vivaient « dans une aisance également éloignée de l'opulence et de la misère » et mettaient à leurs biens « un prix immense ». Ce faisant, le penseur de l'égalité des conditions soulignait à la fois le lien qui existe entre les mœurs démocratiques et le bien-être matériel tout en introduisant un élément de mesure formulé en termes d'inégalités économique. Encore trop voisins de la pauvreté pour en ressentir « ses rigueurs » et séparés d'elle par un « petit patrimoine sur lequel ils fixent leurs craintes et leurs espérances », les petits propriétaires constituent, selon Tocqueville, les parfaits défenseurs de la démocratie, comme l'ont montré les seuls mouvements qui ont tenté de s'attaquer directement au processus de prolétarisation, qui avaient tous en commun d'être des mouvements de petits propriétaires, comme celui des petits fermiers, artisans, commerçants et ouvriers qualifiés de la seconde moitié du XIX^{e} siècle. À la fois trop inquiets et trop occupés par l'immersion dans leur ouvrage et le bien-être qu'ils en retirent pour prôner la révolution permanente, l'âpreté de leur passion pour la propriété les destine à devenir les défenseurs les plus ardents et les plus dévoués de la démocratie lorsque celle-ci est menacée par la démesure du gigantisme économique.

Le ressac de la Démocratie fondée sur la propriété est parfaitement illustré par un arrêt célèbre de la Cour suprême des États Unis de 1942 dans l'affaire Wickard v. Filburn. Il y était question d'un éleveur de l'Ohio, Roscoe Filburn, qui cultivait du blé à la seule fin de nourrir ses bêtes et qui s'était vu infliger une pénalité pour dépassement des quotas de production institués par l'*Agricultural Adjustment Act* de 1938, une des grandes lois du New Deal. Filburn a contesté en justice la constitutionnalité de cette loi, au motif que le Congrès fédéral ne peut réglementer que le commerce entre États. Mais contre toute attente, la Cour suprême a validé l'action de l'administration. D'une part, raisonnait-elle, la quantité de blé que Filburn cultivait avait pour effet de réduire d'autant celle qu'il aurait autrement acquise sur le marché national du blé. Et d'autre part, elle soutenait que, bien qu'insignifiante prise isolément, si cette activité venait à être imitée par des milliers d'autres agriculteurs, l'effet sur le commerce entre États deviendrait substantiel, justifiant ainsi la compétence du congrès fédéral pour réglementer l'activité en question. Quel étrange paradoxe qu'un arrêt enseigné à des générations d'étudiants en droit comme une décision aux conséquences émancipatrices confère au congrès fédéral un pouvoir de taxer l'autoconsommation des produits de sa propre terre. Parfaite parabole du sort réservé à la petite propriété dans la grande société héritée du New Deal, cet arrêt illustre que le droit contemporain organise, et de façon effroyablement punitive,

la dépendance vis-à-vis d'organisations à grande échelle et d'un marché de plus en plus unifié avec au final un choix de vie de plus en plus réduit, incompatible avec l'idéal d'autonomie qui repose sur la petite propriété privée.

Rappelant le sort réservé aux sections de communes par le législateur français de 2013, il révèle aussi le danger qu'il y a à voir dans l'État un protecteur du besoin de propriété et dans la grande propriété collective un rempart contre l'accumulation privée. De ce point de vue, le grand drame du capitalisme ne réside pas tant dans l'affrontement entre propriété privée et propriété publique que dans celui de la disparition progressive, par le double effet de la révolution scientifique et de la révolution juridique qui l'a accompagnée, de la catégorie des biens qui, par leur nature même, appartenaient à tout le monde, c'est-à-dire les biens communs. On voit donc, là encore, qu'il n'existe pas une, mais *des* propriétés.

Chapitre VI

Une contre-révolution comptable

Si l'on a vu, avec Sarah Vanuxem, que l'on peut repenser la propriété en exhumant de la longue histoire consignée dans des instruments comme le code civil français des potentialités écologiques, il en va différemment du cadre comptable. Véritable « grammaire de l'économie » qui constitutionnalise la propriété domination, les normes comptables représentent un immense chantier si l'on veut véritablement construire les bases juridiques d'une autre économie[173]. Comme le répètent à l'envi Jacques Richard et Alexandre Rambaud, les normes comptables sont la « véritable constitution économique mondiale au service des intérêts privés des dirigeants des grandes entreprises et de leurs actionnaires ». Il suffit de bien définir l'objet comptabilité pour s'en rendre compte. Selon la définition qu'en donnent Jacques Richard et Alexandre Rambaud, la comptabilité en partie double est un système d'information qui permet de suivre en permanence la conservation de son capital et la mesure de ses profits réels. Cette définition est importante dans la mesure où elle permet de faire tomber une première idée reçue, qui touche même les plus grands économistes, consistant à traiter le capital comme un actif, comme une ressource, alors qu'en termes comptables, le vrai capital est une dette envers le capitaliste à rembourser intégralement et sans terme défini, qui est inscrite au passif du bilan. Il est donc essentiel que l'objet « capital » soit traité par les juristes, non pas à partir du capital des économistes, en tant qu'actif concret, mais sous sa définition comptable, comme un passif abstrait, c'est-à-dire en d'autres termes une dette de l'entreprise vis-à-vis du capitaliste.

Ceci étant posé, on comprend ainsi que l'arme comptable s'avère être un atout décisif dans la manche du droit croissanciel. Toutefois, cette arme peut être retournée contre celui-ci en repartant du constat que les risques associés à la crise écologique sont inassurables (v. infra, chapitre sur la responsabilité). Faire apparaître des risques inassurables dans des écritures comptables, c'est-à-dire incorporer la prise en compte de l'externalité environnementale dans les normes comptables au même titre que le risque de perte du capital, pourrait s'avérer un allié puissant afin de graver dans le droit la question de l'acceptabilité des risques technologiques. En effet, si le traitement comptable d'une activité parvient à refléter qu'elle comporte trop d'externalités négatives pour être profitable, l'investissement ne peut se faire. Mais dans l'état actuel des normes comptables, qui ne reflètent nullement la prise en compte des capitaux naturel et humain, le droit comptable traite la destruction de l'environnement comme un effet d'aubaine.

Il convient d'ailleurs de se rappeler, comme l'ont fait remarquer Jacques Richard et Alexandre Rambaud, qu'aucune tentative de remplacer le capitalisme n'a véritablement abouti, car aucune n'a envisagé de s'attaquer au système comptable. Ainsi l'Union soviétique avait-elle conservé le système comptable en partie double, dans lequel le seul capital à conserver était celui de l'État. C'est aussi le talon d'Achille de l'économie sociale et solidaire qui, par son non-dit sur les normes comptables cherche à faire du social dans une économie qui a pour norme le dumping social et environnemental.

Ayant posé que les normes comptables sont la véritable constitution, contraignante et minutieuse, d'une économie mondialisée qui repose sur le paradigme croissanciel (v. supra, chapitre II), on ne peut qu'être étonné qu'elles soient absentes de la plupart des travaux juridiques concernant l'environnement, alors qu'elles sont pourtant au cœur de l'entreprise. Il apparaît donc utopique de vouloir avancer dans la voie d'une responsabilité sociale et environnementale des entreprises ou dans celle d'un entreprenariat social sans passer par la redéfinition comptable des concepts de capital et de profit (qui implique notamment de recevoir juridiquement la notion de propriété).

Depuis le XIV[e] siècle, c'est le capital financier qui a été exclusivement valorisé dans toutes les comptabilités alors que les économistes classiques admettent eux-mêmes que trois capitaux sont indispensables pour la bonne marche de l'économie : le capital naturel, humain et financier. Il serait donc logique d'intégrer ces trois capitaux à égalité dans les normes comptables.

Pour changer le système des normes comptables et le mettre au service d'une conception non chrématistique de l'économie, reposant sur l'institution politique de limites, il convient d'intégrer le capital naturel et le capital humain au passif du bilan (comme l'est actuellement le capital financier qui est ainsi mieux protégé que les deux autres). Contrairement à ce qu'avancent les critiques écologistes du capital naturel, un concept certes récupéré et galvaudé par les écologistes fonctionnarisés tenants de la croissance verte et du développement durable, intégrer en comptabilité le capital naturel sur un plan d'égalité par rapport au capital financier apparaît comme un préalable indispensable pour, non seulement, instituer un contrôle démocratique des normes comptables, mais plus fondamentalement, pour donner à l'écologie un vrai projet économique. En obligeant en effet les entreprises à prendre en compte comptablement, au passif du bilan, la dégradation de l'environnement et les besoins humains, une telle contre-révolution comptable représente un ingrédient absolument nécessaire de la conjuration d'une subjugation humaine de la nature par l'abstraction capitaliste. En d'autres termes, repenser comptablement le capital (comme un passif), et non pas économiquement (comme un actif concret), comme le font à la fois les partisans de la croissance verte et les critiques du capital naturel est la seule façon valable de poser la véritable question : « À quoi tenons-nous ? ».

C'est à cette question qu'ont tenté de répondre Alexandre Rambaud et Jacques Richard en essayant de construire un système comptable nommé CARE/TDL (*Comprehensive Accounting in Respect of the Ecology / Triple Depreciation Line*) qui traite les

capitaux humain et naturels comme le capital financier, c'est-à-dire comme une dette à rembourser. Il s'agit en d'autres termes d'utiliser les outils comptables élaborés pour la conservation du capital financier afin de les transformer en une arme utilisée au service de la conservation des capitaux humain et naturel.

Cette réponse passe par la question de l'amortissement du capital, qui est une technique permettant d'intégrer en comptabilité l'usure d'un bien en vue de son remplacement. Réduit à son épure, le droit comptable postule que le paiement de dividendes ne peut intervenir qu'une fois qu'il est acquis que le capital financier nécessaire au renouvellement des moyens de production est conservé. La question posée est dès lors pourquoi il n'existe pas d'amortissement systématique et de rétention systématique de fonds venant diminuer les profits pour tenir compte de la dépréciation du capital humain et naturel. Le système CARE/TDL consiste donc à étendre au capital humain et naturel la contrainte de l'amortissement, introduisant une triple ligne d'amortissement.

Cette méthode repose sur un certain nombre de propositions résumées dans les développements suivants.

Alexandre Rambaud et Jacques commencent par définir le capital comme « "chose", matérielle ou non, offrant une potentialité d'usage, et reconnue comme devant être maintenue sur une certaine période de temps déterminée à l'avance [174] ». Cette définition, poursuivent Rambaud et Richard, « implique que toutes les catégories qui vont composer un (vrai) capital devront être considérées comme des dettes de conservation de quelque chose et non, comme c'est généralement le cas dans la littérature économique, comme des actifs ou des ressources à utiliser. [175] » De cette définition, qui intègre le capital naturel et le capital humain aux côtés du capital financier, les auteurs déduisent un principe d'interdiction de compensation des différents types de capitaux entre eux et au sein des différents capitaux, formalisé par un bilan comportant trois lignes de passif imperméables, c'est-à-dire non compensables entre eux. Ainsi, précisent-ils, une dette inscrite au capital global naturel (v. infra) ne pourra être annulée par une hausse de capital financier. Le principe de compensation jouerait aussi à l'intérieur des 3 capitaux, avec des exceptions pour le capital financier (remplacement d'un équipement), signifiant par exemple que l'on ne pourrait pas compenser la destruction des poissons par l'élévation du nombre de porcs d'élevage.

La notion de capital étant définie, Rambaud et Richard s'efforcent ensuite de répondre à la question que toute société démocratique doit se poser : « A quoi tenons-nous ? » en recherchant à déterminer les choses qui méritent d'être conservées systématiquement. Le fait de se poser cette question conduit immanquablement n'importe quelle société à rejeter le dogme comptable existant depuis le XIVe siècle, et considérablement renforcé au cours des dernières décennies selon lequel seul le capital financier est capital pour fonder et préserver une société démocratique reposant sur une conception partagée de la vie bonne.

Partant, Rambaud et Richard proposent de retenir au moins trois capitaux à conserver systématiquement, que sont le capital naturel, le capital humain et le capital financier.

Le corollaire nécessaire de l'institution d'une comptabilité tenant compte des trois capitaux est de reconnaître que, parmi ceux-ci, le capital naturel, défini comme « des choses, vivantes ou non, sans lesquelles la possibilité d'une vie humaine sur terre serait inexistante ou mise en danger », est à la base des deux autres, en tant que c'est à partir

de lui qu'on peut fonder une société échappant véritablement à la chrématistique en reconnaissant des limites au pouvoir-être des hommes.

Étant posé que la représentation comptable de la réalité doit conduire à voir les capitaux humain et naturel selon le prisme d'une dette de conservation, l'étape suivante consiste à essayer de comprendre ce que sont réellement ces capitaux afin d'en faire, en termes comptables, non plus des ressources ou des moyens économiques offrant des perspectives de profits et des services, fussent-ils écosystémiques, mais des fins en soi. S'agissant du capital naturel, expliquent Rambaud et Richard, « le but principal est d'étudier comment le renouvellement permanent des structures et du fonctionnement des cycles biologiques est assuré de façon à permettre la conservation de la biodiversité, celle-ci étant la base de la vie sur Terre [176] ». Il ne s'agit donc pas, précisent-ils, de rechercher des contraintes utilitaristes pour éventuellement conserver le capital naturel mais de « conserver le capital naturel [...] pour produire de la valeur et non l'inverse ! ». La même démarche appliquée au capital humain conduit à « considérer les êtres humains comme des personnes en soi qui ont la possibilité d'assurer leur conservation pour mener une vie correcte, et non comme des travailleurs destinés à fournir des services et des profits à une entreprise [177] ».

Cette inversion entre les fins et les moyens requiert de réaliser des études par des écologues et des personnes (agriculteurs biologiques, riverains, responsables d'ONG etc.) reconnus pour leur aptitude à prendre soin de la nature et par leur connaissance des problèmes liés à sa conservation. Privilégiant la conservation du capital existant sur le capital détruit, ces études ontologiques seront menées selon une démarche radicalement opposée à celle de l'analyse cybernétique des fonctions environnementales visant à apprécier la capacité des êtres humains et de la nature à fournir des biens et services pour la satisfaction des consommateurs et les profits des entreprises.

À leur tour, ces études ontologiques doivent servir à préparer des normes et des standards de conservation des capitaux naturel et humain. Par exemple, en matière de capital humain, il s'agit de déterminer un niveau de rémunération suffisant pour mener une existence digne, et en matière de capital naturel, de déterminer des seuils au-delà desquels l'environnement court un risque de perte de résilience. Ces deux exigences anéantiraient purement et simplement la délocalisation qui est par essence déterminée par un choix délibéré de dumping social et environnemental, que l'OMC ne prend nullement en compte pour la simple raison qu'elle ne consacre précisément qu'une seule forme de capital à conserver systématiquement, c'est-à-dire le capital financier.

À la différence des dispositifs actuels qui subordonnent la réalisation d'un investissement à des études d'impacts sociaux et environnementaux perçues par les investisseurs comme une contrainte bureaucratique de plus sur le chemin de la réalisation d'un investissement, et traitent les dépassements avérés par des sanctions civiles, pénales et administratives à-posteriori affectant rarement les centres de décision et les actionnaires, l'intégration en comptabilité de seuils de résilience ou de standards de rémunération permettant une existence digne s'attaque directement à la question du profit. Selon ce schéma comptable, qui suit l'impératif catégorique de conservation du capital financier, il ne saurait être question de verser des dividendes qu'une fois que l'on est assuré de la conservation du capital humain et environnemental et dans le cas où des dividendes sont versés en violation de cette règle, d'exposer les responsables de ces versements, à une obligation de restitution, et le cas échéant, à des sanctions pénales,

comme dans le cas des grands scandales impliquant des fraudes comptables, comme les affaires Enron, Carillion et Wirecard. Intégrer les capitaux humains et capitaux au passif du bilan implique que les décisionnaires derrière des scandales comme le Rana Plaza, la plateforme Deepwater Horizon ou l'*Erika* seront aussi lourdement sanctionnés que les auteurs et les complices de schèmes pyramidaux comme l'affaire Madoff ou des scandales de fraudes comptables comme les affaires Enron, Carillion, Wirecard etc. Le traitement comptable des dommages collatéraux humain et environnementaux permet donc de traiter à la source la fameuse « faute lucrative ».

L'intégration des capitaux humain et capitaux en comptabilité pourrait donc être intégrée dans un grand mouvement de réforme de l'audit du capital financier qui revient sur la table à chaque fois que se produit un scandale comptable de grande ampleur comme l'affaire Carillion en janvier 2018 [178] ou l'affaire Wirecard en 2020 [179].

Non seulement, cette réforme de l'audit financier pourrait voir remis en cause le modèle des « big Four », qui a prouvé, encore et encore, qu'il était incorrigible, mais elle se situerait dans la création d'un grand service public de l'audit environnemental, social et financier.

Cette réforme donnerait naissance à une véritable « compliance écologique », dans la mesure où, à l'image de la conservation du capital financier, chaque entité économique serait tenue, pour établir son nouveau bilan écologique et humain, d'effectuer une comparaison régulière entre la situation actuelle du capital humain et du capital naturel dont elle est responsable et les normes de conservation locale, régionale et nationale définies sur la base des études ontologiques précédemment évoquées.

Dans le cas d'écarts constatés entre la situation du capital humain et naturel et les normes en vigueur, les entités concernées auront l'obligation de déterminer et de budgéter les mesures les moins couteuses possibles afin de remettre ces capitaux naturel et humain en état de résilience ou de prendre les mesures nécessaires afin d'identifier et de remédier aux causes à l'origine de leur dégradation. Alexandre Rambaud nomme le calcul de ces budgets la détermination de la « valeur d'existence » de ces capitaux, et la somme de ces budgets forment ce que Rambaud et Richard nomment le capital naturel global de l'entreprise, c'est-à-dire la dette écologique globale de l'entreprise, enregistrée sous le nom de « capital naturel » au passif du bilan. [180]

Dans ce calcul, l'optimum en matière de capital écologique est d'aboutir à une absence de dette écologique, concevable dans le cas d'une ferme écologique dont le stockage de carbone dans le sol et la régénération du sol qui l'accompagne dépasserait l'empreinte carbone associée à sa consommation énergétique.

Passant du côté de l'actif du bilan, le coût d'usage des actifs correspondant à ces trois capitaux donnera lieu à trois types d'amortissements auxquels correspondront trois types de charges séparées au compte de résultat constatant des diminutions respectives des trois capitaux. Cette prise en charge des coûts humain et écologique mènerait ainsi inéluctablement à la détermination de nouveaux prix les reflétant, que les entreprises seraient obligées de facturer, mettant ainsi un terme au dumping social et écologique qui figure au cœur du système comptable actuel. Selon cette logique, la récupération sur investissement serait réinvestie dans les capitaux naturel, humain et financier usés.

On voir donc que ce système correspond à une complète redéfinition du profit, dans la mesure où il découle de la moindre usure des actifs, qui inclue des actifs pouvant être régénérés, comme les sols, et dans l'économie des coûts des mesures liées à l'entretien

de ces actifs. Il s'agira donc, expliquent Rambaud et Richard d'un « profit qualifiable d'écologique et d'humain dans la mesure où il ne peut apparaître qu'après conservation des trois types de capitaux retenus dans la méthode CARE ». Ce nouveau type de profit résultant de l'activité en commun des trois types de capitaux, et dont l'utilisation pourra être déterminée librement par la nouvelle assemblée générale annuelle, « sera considéré comme un profit commun aux trois capitaux » [181]. La conséquence évidente d'une telle redéfinition du profit est évidente si on l'applique par exemple à la comparaison d'une agriculture biologique régénératrice gourmande en travail humain et économe en énergie fossile, par rapport à l'agriculture industrielle gourmande en énergie fossile et économe en travail humain. Dans ce cas précis, la règle des trois capitaux qui s'attaque directement au droit d'aubaine généré par le dumping social et environnemental inverse la profitabilité.

Enfin, il s'agirait d'une véritable contre-révolution comptable en matière de gouvernement d'entreprises. Dès lors que chaque type de capital a ses propres charges d'amortissement, et que les charges du capital humain notamment ne sont plus comptabilisées comme des charges du capital au compte de résultat, l'apparition au passif non plus d'un seul capital, mais de trois implique ipso facto trois catégories d'apporteurs de capitaux devant être représentés à égalité dans le gouvernement de l'entreprise et disposant ainsi d'un même pouvoir dans le choix des dirigeants. Dans le cas du capital naturel, ces représentants pourraient être des scientifiques indépendants de la société commerciale, des riverains, des ONG environnementales etc. Rambaud et Richard vont encore plus loin dans la représentation du capital en proposant que les représentants du capital financier incluent non seulement les actionnaires, mais aussi les créanciers, la masse des fournisseurs et tous ceux qui mettent à la disposition des entreprises des actifs matériels et immatériels (État, régions, tribus, etc.)

On voit ainsi comment le traitement comptable des externalités humaines et environnementales viendrait considérablement impacter toutes les branches du droit. En intégrant directement la prise en compte de ces externalités dans les obligations comptables des entreprises, une telle révolution comptable rendrait presque obsolète le modèle actuel de prévention des dommages environnementaux confié à une bureaucratie pléthorique, mais néanmoins insuffisante pour traiter d'un dommage aussi diffus, fragmenté et polymorphe. Et on pourrait espérer qu'il parvienne à redonner à la responsabilité sa vraie place, avec en son cœur une responsabilité pour faute, et jusque dans le droit des faillites.

Le dommage écologique et la préservation des conditions de la vie sur terre pour les générations futures pourraient ainsi être mieux pris en en compte avec un traitement comptable qui fait apparaître d'emblée au capital le prélèvement sur la nature. Ce faisant, l'intégration en comptabilité du capital écologique permettrait de mettre en adéquation les exigences technologiques et la réalité écologique à partir de la règle simple que seuls les projets écologiquement sains sont non seulement souhaitables, mais à priori rentables. Il s'agirait ainsi d'une traduction en droit de l'impératif catégorique que c'est à la technologie de s'adapter, pas à l'environnement.

Chapitre VII

La responsabilité

Dans un article datant de plus de vingt-cinq ans, François Ost faisait de la responsabilité "le fil d'Ariane" d'un droit de l'environnement envisagé comme un labyrinthe dont le minotaure est le spectre de son ineffectivité[182]. Pour remédier à ce qu'il percevait dans la crise écologique comme une nouvelle « crise de la responsabilité » comparable à celle de la fin du XIXe siècle posée par les accidents du travail et l'état de dangerosité générale liée à l'entrée dans la société industrielle, Ost faisait le souhait qu'à la responsabilité -imputation, tournée vers le passé, c'est-à-dire vers la réparation des dommages, le droit de l'environnement vienne ajouter une « responsabilité mission » tournée vers l'avenir et pensée comme une responsabilité pour le milieu[183]. Une responsabilité dont le modèle est celui des de la responsabilité parentale qu'assument les parents vis-à-vis de l'enfant qu'ils ont mis au monde ; une responsabilité comportant à la fois des prérogatives et des charges sanctionnées par des mécanismes de déchéance de l'autorité parentale. À la différence de la première, qui demeure pensée avec en point de mire la désignation d'un patrimoine individuel, la seconde prend pour cible les pouvoirs publics chargés de prendre en charge la pérennité du milieu, notamment en prenant en charge la responsabilité de léguer aux générations futures une planète offrant des potentialités au moins équivalentes à celle dans laquelle nous l'avons trouvée.

Dans un article beaucoup plus récent, le même Ost souligne une très nette accentuation du thème de la responsabilité-mission ou « logique des devoirs », dans le fait par exemple que six articles du projet de Pacte mondial pour l'environnement sont consacrés aux « multiples formes de la responsabilité » : le devoir de prévention (art. 5), celui de précaution (art. 6), le devoir de réparation des dommages (art. 7), le principe pollueur-payeur (art. 8), le devoir de résilience (art. 16) et le principe de « responsabilité commune mais différenciée » (art 20 et Préambule). À ceux-ci, il convient d'ajouter l'inscription du « préjudice écologique » dans le Code civil français (art. 1246) révisé après sa reconnaissance par la Cour de cassation française dans l'affaire *Erika*.

Ces développements résument assez bien l'ensemble de la littérature qui recherche dans l'institution de la responsabilité une réponse (n'est-ce pas le sens de la responsabilité, qui étymologiquement vient de *respondere* [répondre]) à la crise écologique. C'est ce qu'on retrouve notamment sous la forme de l'incantation à l'adoption d'une « éthique planétaire », ou dans un « constitutionnalisme sociétal » pour reprendre l'expression de Günther Teubner, construite autour des idées de responsabilité et de coresponsabilité afin de gérer les interdépendances entre les personnes, les sociétés et entre l'humanité et la biosphère[184]. Une « éthique planétaire » qui est au cœur des principaux projets de déclarations internationales sur l'environnement comme le projet de pacte international relatif aux droits de l'environnement, ou celui de pacte mondial de l'environnement ou la déclaration universelle des responsabilités humaines élaborée par le réseau L'Alliance pour des sociétés responsables et durables[185]. C'est aussi cette même demande d'une éthique planétaire et cette « responsabilité mission » des pouvoirs publics que l'on retrouve au cœur du contentieux climatique, devant lequel la place du défendeur est occupée par des pouvoirs publics jugés négligents dans leur rôle d'assurer l'effectivité d'engagements internationaux et de législations protectrices de l'environnement.

Toutefois, un mot est cruellement absent de ces multiples instruments, celui de techniques, sauf pour lui accoler les adjectifs « novatrices » ou pour en appeler à l'incantation de techniques respectueuses de l'environnement. Cette absence révèle que l'essentiel du discours environnemental centré autour de l'institution de la responsabilité prolonge le parti-pris d'une vision selon laquelle la technique est neutre sur le plan moral et que le salut réside dans la technologie prométhéenne mise au service de la survie de la planète. Même l'autre face de la culture du narcissisme, que Christopher Lasch appelait le gnosticisme New Age, ou l'assimilation de toute volonté déterminée à une volonté de domination et de destruction, est essentiellement absent de ces instruments résolument ancrés dans le paradigme croissanciel. Lorsque ce que ce qui est qualifié péjorativement de sensibilité décroissante s'invite dans les débats, le cas échéant dans le cadre de la justice climatique, c'est toujours sous la forme du wokisme, pour dénoncer la destruction de la nature comme le produit d'une forme de domination patriarcale, comme le prolongement vis-à-vis du milieu des schémas de domination exercés contre les femmes, les minorités raciales ou ethniques, etc.[186] ; jamais dans le cadre d'une véritable pensée technocritique qui viendrait questionner la sacro-sainte neutralité axiologique de la technique et introduire l'exercice d'un raisonnement discriminant entre les techniques qui favorisent une attention au monde, et celles qui nous en détournent.

La crise du Covid-19, dans laquelle nous sommes plongés depuis près de vingt mois nous amène à jeter un regard critique sur ces incantations qui se condamnent à demeurer ainsi par l'oubli de la technique. Précisons notre propos. La crise du Covid est sans doute le plus grand accident technique de l'histoire. Elle est un évènement qui, devant l'ampleur véritablement mondiale des victimes directement affectées, devant l'impensé des causalités techniques et la suspension sans terme défini des libertés fondamentales, ne trouve d'équivalent que dans les deux guerres mondiales. Or cette crise du Covid demeure essentiellement présentée comme la manifestation d'une menace naturelle et, quoique l'explication au départ proposée comme inattaquable, celle de la manifestation d'un risque zoonotique, ait aujourd'hui cédé beaucoup de terrain au profit de la thèse de l'échappée du laboratoire de Wuhan, la question de l'origine technique du virus demeure très largement absente des débats. Pire, elle continue d'être entourée dans les

rares mentions dont elle fait l'objet dans le débat médiatique d'un parfum de souffre complotiste, et ni le docteur Anthony Fauci, directeur de la *National Institute of Allergy and Infectious Diseases* (NIAID), ni Peter Daszak, le président d'*Eco Health Alliance* n'ont été soumis à des investigations poussées de la part des pouvoirs publics, en dépit de l'accumulation d'informations pour le moins confondantes sur les liens de ces organisations avec des recherches sur les coronavirus menées au laboratoire de Wuhan, entre autres, des recherches dont il devient de plus en plus difficile de dissimuler qu'elles comportaient des expériences de gain de fonction [187]. L'ampleur de la crise du Covid et les profondes transformations que les mesures qui ont été adoptées pour y faire face font peser sur la presque totalité de la population mondiale commandent que l'opacité soit levée partout où elle peut l'être sur les origines de ce virus. Or cette opacité ne provient pas que de la résistance du régime chinois.

Quelle que soit l'explication de la transmission de ce virus à la planète, celle hautement probable, de l'échappée d'un virus manipulé au terme d'expériences de gain de fonction, ou celle, hautement improbable, de la manifestation d'un risque zoonotique, la crise du Covid aurait dû conduire à de bien plus grandes interrogations techniques dans le cadre des questionnements sur les causes de l'apparition du virus que ce à quoi nous avons assisté. Qu'il s'agisse d'un lien de causalité directe entre une technique bien identifiée (le gain de fonction) et une pandémie mondiale ou de causalités indirectes entre l'apparition du virus et sa transmission à la planète et des facteurs enchevêtrés, proliférants et imbriqués liés à une multiplicité d'activités humaines (urbanisation galopante, ampleur et rapidité des flux de marchandises et de personnes, destruction du milieu et réduction des limites entre la vie sauvage et les centres de vie humaine les plus urbanisés etc.), le lot commun des manifestations de la crise écologique, la crise du Covid aurait dû être l'occasion d'un grand coup de projecteur planétaire sur l'hubris technique. Non seulement, elle constitue un acte manqué sur ce plan, mais elle a, qui plus est, donné lieu à l'amplification, associée à des moyens de coercitions complètement inédits dans des pays qualifiés jusqu'alors, à tort ou à raison, d'États de droit, de la déploration de la perte de confiance des populations dans la « Science ».

C'est ainsi que les explications essentielles sur les causes du Covid-19 ont été complètement supplantées par la fabrication du consentement des masses mondiales à une campagne de vaccination utilisant une technique complètement nouvelle, administrée à une population inégalée dans son ampleur, au terme d'un processus de réduction considérable des dispositifs de pharmacovigilance et accompagnée de phénomènes de censure touchant en premier lieu la communauté des chercheurs déviant de la solution unique des vaccins, notamment dans l'utilisation de traitements médicamenteux tombés dans le domaine public et largement accessibles, y compris pour les populations les plus démunies de la planète.

À l'issue de ce processus, avec parfois des écarts de seulement quelques mois, nous avons vus les tenants de cette nouvelle éthique planétaire s'inviter dans le débat sur la pandémie pour dire tout et son contraire et devenir les partisans les plus fervents d'une dictature techno-sécuritaire, dont les vaccins à ARN messager sont devenus en l'espace de quelques mois rien de moins que l'équivalent technologique du salut planétaire. À titre d'exemple tout à fait édifiant, voici ce que Pierre Calame, l'organisateur entre autres, des assises du climat, interrogé par le quotidien *Ouest France*, répondait en mai 2021 sur les conséquences de la crise du Covid-19 sur le climat.

Le Covid au secours du climat ?

Ah si le climat était une banque, soupirent les militants d'« Agir pour le climat », il serait déjà sauvé : ils font référence à la manière dont la crise financière de 2008-2009 a bousculé l'orthodoxie financière amenant à injecter des flots de liquidités, jadis impensables, pour éviter l'implosion du système.
Ah, si le réchauffement climatique était un rétrovirus pourrait-on ajouter aujourd'hui ! Oubliés les déficits publics, le plafond de la dette, les risques inflationnistes de la planche à billets. Mais l'effet le plus spectaculaire concerne l'innovation technique. Il fallait cinq ans pour produire un nouveau vaccin. Le délai a été réduit à un an. L'ARN messager restait une technique confidentielle de laboratoire, le voilà à la base de milliards de doses de vaccin. Les mastodontes pharmaceutiques sont renvoyés au rôle d'auxiliaires dans la production de vaccins. Le télétravail, dont on parlait depuis des décennies, se généralise soudain.
Tout ce que l'on disait impossible devient soudain possible. C'est bien cela la leçon. Quand une menace insidieuse, à long terme, concernant tout le monde sans que personne ne soit responsable en particulier, comme c'est le cas du réchauffement climatique, se transforme en menace immédiate pour l'ensemble du système, les dogmes les mieux établis s'envolent, les capacités d'invention radicale se révèlent. Voilà les vraies leçons de la pandémie pour le climat : l'explosion des dogmes, la mobilisation des énergies, la diffusion de l'innovation.

P. Calame, *Ouest France*, 20 mai 2021

Jamais sans doute une montagne n'aura-t-elle accouché d'une telle souris. La plus grande catastrophe technologique de l'histoire de l'humanité, qui aurait dû entrainer des questionnements profonds sur le rôle des techniques dans le déchainement des effets de la crise écologique et son prolongement sanitaire, conduit par un tour de passe-passe à cimenter le mariage de la carpe de l'État et du lapin Pfizer, à l'avènement du capitalisme responsable, à la glorification de la crise en tant que mode de vie et au renforcement de la foi aveugle dans la technologie prométhéenne au nom de la « diffusion de l'innovation ». Et voilà que dans sa foulée, le Prince Charles annonce à la conférence de Glasgow sur le climat (COP 26) que nous avons besoin d'une « vaste campagne de type martial pour canaliser la force du secteur privé global avec des billions à sa disposition. » Il suffisait d'un virus surgi de nulle part, du risque parfait, pour soudainement transformer comme par enchantement les principaux contributeurs de la crise écologique en serviteurs de la cause écologique ramenée à sa seule dimension climatique.

Il convient de s'arrêter sur les propos de Pierre Calame, tout à fait significatifs d'un nouveau rapport au risque dans les cercles de décision et le militantisme de la cause climatique, une cause qui a subsumé toutes les autres manifestations de la crise écologique [188]. En posant que la résolution des problèmes entrainés par la crise écologique ne trouvera pas de solution tant que les « menaces insidieuses, à long terme, concernant tout le monde sans que personne ne soit responsable en particulier », ne se transformeront en « menace immédiate pour l'ensemble du système », afin que « les dogmes les plus

établis s'envolent » et que les « capacités d'invention radicale se révèlent », la démarche de Pierre Calame s'inscrit dans la pire forme d'heuristique de la peur qui soit. Calame réinjecte en effet dans sa vision des risques que court la société humaine une dimension métaphysique dans des termes rappelant l'hérésie gnostique, la forme la plus archaïque et régressive de religion. En faisant en effet du mal à la fois quelque chose d'omniprésent dans la société, mais dont la cause est extérieure à elle, qui serait consubstantiel aux origines de la société, tout comme les gnostiques le situaient, non dans la Chute et la nature faillible de l'homme, mais dans la création du monde, Calame réalise la pire des synthèses entre deux âges de la responsabilité : celui du droit civil et du droit naturel moderne qui a régné au XIX[e] siècle, et celui qui lui a succédé sous la forme de ce que François Ewald a nommé l'ère des risques, ou l'ère assurantielle. Cette ère a été inaugurée au moment de la crise de la responsabilité, lorsque la société libérale a découvert que l'industrie la mettait aux prises avec une forme de mal complètement inédit, le mal social. Ce mal est défini par François Ewald, dans son ouvrage l'État providence comme la réalisation devant la multiplication des risques provoqués par l'entrée dans la société industrielle, d'un mal qui résulte du « cours normal, régulier des activités ». Devant l'apparition d'un tel mal, il convenait non plus tant de le conjurer par la responsabilité-imputation que d'en répartir la charge par la constitution d'un droit de l'accident rendu possible par l'institution juridique de l'assurance, un droit devenu la matrice du processus de sécurité sociale et de l'État providence, dont le principe consiste en fait à faire de l'État une assurance contre les risques de la société.

Cela a fonctionné plutôt bien jusqu'à la crise écologique. Avec celle-ci sont en effet apparus de de nouveaux risques, des risques inassurables, qui menacent non plus seulement des vies humaines, mais la vie humaine dans sa globalité et dans sa capacité de reproduction. Ces nouveaux risques ont fait éclater les mécanismes de gestion des risques par la solidarité, comme les accidents du travail avaient fait éclater un siècle plus tôt la responsabilité pour faute.

Nous nous retrouvons donc devant le défi d'inventer de nouveaux mécanismes de solidarité permettant de faire face collectivement et équitablement à des risques qui prennent la forme d'évènements dépassant par leur ampleur, leurs enchainements causaux complexes, les techniques actuarielles héritées de l'ère assurantielle. Soit que ces risques se manifestent, rarement, mais de plus en plus fréquemment, sous la forme d'évènements irrésistibles exorbitants (l'accident technologique majeur) à rapprocher des catastrophes que rencontrait Candide, soit qu'ils se manifestent, le plus souvent sous la forme de dangers latents tout aussi irrésistibles, mais opérant comme des poisons lents (les pollutions et contaminations imperceptibles), et peuvent même se présenter sous la forme de remèdes.

Comment réagir face à ces nouveaux risques ? Pour commencer à poser des éléments de réponse, il apparaît essentiel de commencer par restituer la façon dont les sociétés humaines ont géré leur rapport à la sécurité via l'institution de la responsabilité depuis les débuts de la modernité. De ce point de vue, l'œuvre de François Ewald apporte un éclairage décisif, dont nous nous efforcerons de présenter les grandes étapes depuis l'institution de la responsabilité aquilienne, gardienne du partage de la société libérale (I), à l'ère assurantielle entamée pour conjurer l'état d'accidentalité généralisée de la société industrielle (II), jusqu'à l'implosion de celle-ci devant la facture à payer présentée par la crise écologique (III).

I. La responsabilité aquilienne, gardienne du partage d'une société sans victime

Trouvant son origine dans les travaux de Grotius, l'institution juridique de la responsabilité est née d'une volonté de conjurer non pas le mal de l'accident, mais celui de la guerre. Le danger que la société libérale née de la paix de Westphalie voulait conjurer par l'articulation entre la propriété, la souveraineté et la responsabilité est la guerre, et plus précisément la guerre civile. Dans le nouvel ordre qui se met en place après le traumatisme des guerres de religion, la règle de justice ne peut être que négative. Le droit a en en effet pour but assigné, non pas d'énoncer positivement ce qui est juste, mais de garantir la coexistence pacifique d'une société d'individus raisonnables selon le principe qu'il n'existe pas d'accord possible sur la recherche du bien. Dans cette société du moindre mal, pour reprendre l'expression de Jean-Claude Michéa, la seule leçon de morale, écrit Rousseau « qui convienne à l'enfance, et la plus importante à tout âge, est de ne jamais faire de mal à personne. Le précepte même de faire du bien, s'il n'est subordonné à celui-là, est dangereux, faux, contradictoire. Qui est-ce qui ne fait pas du bien ? Tout le monde en fait, le méchant comme les autres ; il fait un heureux aux dépens de cent misérables ; et de là viennent toutes nos calamités. Les plus sublimes vertus sont négatives »[189]. Le rôle assigné au droit dans cette société obsédée par la relégation de la question du salut des âmes dans la sphère privée tient, selon François Ewald, dans la recherche du critère de juridicité qui permettra de décider quelles obligations peuvent faire l'objet d'une contrainte qui vienne s'inscrire dans une conception de l'harmonie en rupture avec la conception ancienne et médiévale. Selon cette nouvelle représentation de l'harmonie, l'homme ne vient plus s'insérer dans un ordre cosmique, dont la signification est donnée par la conception que se fait la cité du bien commun ou de la négociation de la vie terrestre en vue de l'au-delà. Il doit plus simplement veiller, en faisant usage de sa raison, à ce que sa conduite individuelle ne vienne pas perturber l'accord pacifique des différentes activités humaines.

Central pour assurer la paix, le droit est néanmoins minimal, comme le résume la formule d'Ewald selon laquelle, dans le « diagramme libéral », « vivre ne donne aucun droit » tandis que « le droit protège ce que l'on fait de sa vie ». Il en résulte que, contrairement à l'idée reçue selon laquelle la société libérale serait profondément amorale, voire immorale, le droit libéral restreint volontairement son champ pour laisser à la morale l'essentiel de la régulation des activités humaines, droit et morale se renforçant mutuellement. La société libérale, écrit Ewald, est une société fondamentalement morale, et ce n'est que parce qu'une grande partie des rapports demeure régie par l'empire de la morale que le droit peut se contenter, selon l'expression de Jean-Claude Michéa, de ne mettre en commun que le « minimum existentiel vital ».

C'est dans ce contexte que se met en place l'institution cruciale de la responsabilité civile pour faute ou responsabilité subjective. Bien qu'étymologiquement, comme le rappelle Ricœur, la responsabilité trouve son origine dans le verbe *Respondere*, qui signifie répondre, c'est davantage dans le terme d'imputation qu'il faut en localiser le principe fondateur. Définie comme le fait de « mettre sur le compte de quelqu'un une action blâmable, une faute, donc une action confrontée au préalable à une obligation ou à une interdiction que cette action enfreint », le principe de responsabilité fait office de régulateur social dans une société enfin débarrassée de la question du salut des âmes et pacifiée par le règne de la raison[190].

Incarné sous sa forme la plus épurée dans l'article 1382 du Code civil de 1804 : « tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer. » Le principe de responsabilité pour faute assure la fonction structurante, selon François Ewald, d'assurer le juste partage entre les deux grands impératifs de ne reporter sur personne d'autre que soi le poids de son sort et de la coexistence des libertés. Ce partage, expose Ewald, s'exprime sous la forme du commandement suivant : le droit ne peut me contraindre qu'à réparer le tort d'autrui, non à lui faire du bien, avec le corollaire, que les relations « positives » restent du domaine de la morale. Ce faisant, le principe de responsabilité opère sur une crête en permanence : d'un côté il faut faire que personne ne puisse reporter la charge de ce qui lui arrive sur une autre, et de l'autre, il faut que toute infraction au principe de coexistence pacifique soit sanctionnée afin que les hommes trouvent en eux-mêmes le principe de rectification de leur conduite. La faute est le chas d'aiguille par lequel une obligation morale doit passer pour se transformer en une obligation juridique.

Toutefois, c'est par la technique que ce principe de responsabilité s'est assez vite retrouvé inadapté à sa fonction d'organiser le partage libéral. Reflétant, comme le souligne Simon Charbonneau, « les réalités sociales d'une époque où les moyens mis à la disposition des hommes étaient finalement modestes et où les dégâts causés par les activités humaines obéissaient à des mécanismes finalement assez simples [191] », le principe de responsabilité, procédait de l'idée spéculative, inséparable de l'état des techniques précédant la révolution industrielle géothermique, qu'une société naturellement guidée par l'intérêt, et non plus par l'obsédante question du salut des âmes, ne devait pas « normalement » produire d'accidents. Pour les juges et les jurisconsultes qui ont façonné la responsabilité civile pour faute au cours de la première moitié du XIXe siècle, cette institution s'inscrivait dans la croyance selon laquelle elle avait vocation réparer tous les dommages sociaux. La société libérale naissante se pensait en effet comme une « société sans victimes », c'est-à-dire, comme le rappelle Ewald, une société dans laquelle le malheur ne donne aucun droit sur rien.

Cela étant posé, il serait faux de penser que la société libérale qui naît au XIXe siècle n'aurait nullement reconnu que la coexistence des libertés génère une forme de mal qui doit être combattue sur un plan moral. Cependant, le mal sanctionnable juridiquement ne peut consister seulement en des maux pitoyables, comme la souffrance ou la pauvreté. Selon le « diagramme libéral » d'une société peuplés d'individus « sans prétexte et excuse », ces maux convoquent le sentiment de pitié mais leur cause, l'inégalité, est justifiée par la raison. Elle est le produit d'un manque de prévoyance des individus qui en subissent la charge, et les maux qui en découlent ne peuvent dès lors être adressés que par des institutions morales de charité ayant pour but le perfectionnement moral des sociétaires qui en sont les bénéficiaires. En particulier, ces institutions morales sont chargées d'inculquer cette vertu cardinale qu'est la prévoyance, qu'Ewald qualifie de « vertu corrélative de la liberté par laquelle l'homme sort de l'immédiateté de l'état de nature ». Seule l'injustice, c'est-à-dire la faute résultant d'une conduite violant la coexistence pacifique des activités, réclame une intervention sociale sous la forme de la responsabilité pour faute. Dans ce contexte, le but de l'État n'est pas d'assurer la sécurité des existences, mais la sûreté, l'un des quatre droits sacrés et inaliénables de la déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, c'est-à-dire la garantie des droits.

Mais très vite, un phénomène nouveau vient modifier les équilibres relativement

récents de cette nouvelle société. Alors que les paysans chassés des campagnes par les Enclosures viennent se masser dans les villes et offrir une main d'œuvre abondante et bon marché à l'industrie naissante, une autre cause de mort violente et de dommage corporel que la guerre commence à envahir le quotidien de la classe laborieuse, sous la forme des accidents d'atelier et d'usine, en même temps qu'apparaît le phénomène de la pollution, alors appelée nuisances. À cette dangerosité des nouvelles formes de travail et de la vie économique vient en outre s'ajouter la réalité des conditions d'habitations et d'hygiène de ces populations de plus en plus concentrées dans les villes. La forme caractéristique de la pauvreté de l'époque précédente, la mendicité, qui reposait sur l'inoccupation, cède la place à une nouvelle forme d'indigence économique, qui trouve sa cause directement dans le travail : le paupérisme.

Or c'est précisément dans son rapport à ce double défi d'une nouvelle forme de dangerosité généralisée et de cette nouvelle forme de pauvreté générée par la société industrielle que la société libérale est entrée dans la crise de son principe de responsabilité. Avec le surgissement de l'accident non plus comme le fruit d'une maladresse fautive ou d'un cas fortuit, mais comme un évènement régulier produit par la vie collective, la société libérale a dû faire le constat que l'accroissement des richesses et le développement technique liés à l'industrie génèrent une insécurité normale. En d'autres termes, il est apparu très vite que la société industrielle est une société normalement dommageable, une société où les dommages naissent de son fonctionnement régulier, et non d'un dysfonctionnement momentané. L'industrie faisait ainsi réapparaître la régularité du mal de l'état de nature des guerres de religion. Toutefois, à la différence de ce dernier, le nouveau visage du mal ne provenait plus de la quête d'un accord sur une conception commune du bien, mais de la coexistence des activités et de la complexité croissante de la société qui en est le corollaire. En d'autres mots, le mal surgi de l'industrie était devenu social, faisant apparaître le besoin de forger de nouvelles formes de conjuration.

En outre, au même moment, et sous l'effet des mêmes forces techniques, s'effondrait le rêve que l'industrie naissante favoriserait la résorption de la pauvreté d'elle-même. Bien au contraire, rappelle Ewald, la pauvreté s'étendait et prenait avec le paupérisme une forme encore bien plus massive, multidimensionnelle et irrésistible que la mendicité. Une forme de pauvreté qui, de surcroît, devenait épidémique et héréditaire. Avec le paupérisme, l'inégalité, qui reposait sur une conduite imprévoyante selon le diagramme libéral, trouvait sa cause, non plus dans l'arbitraire de la nature ou dans les faiblesses morales des individus, mais dans les principes d'organisation et de fonctionnement de la société, et plus particulièrement dans ses deux piliers, la propriété et la liberté, et dans le principe organisant leur coexistence, la responsabilité.

Pour sauver l'institution de la responsabilité, le premier réflexe des juristes a été d'aller puiser des éléments de réponse dans une tradition juridique classique beaucoup plus ambivalente par rapport à la technique. Comme le rappellent en effet François Jarrige et Thomas Le Roux, les sociétés européennes avant 1800 se montrèrent, dans un premier temps, très préoccupées par les effets délétères de l'industrie, qu'il s'agisse de la question des pollutions, alors appelées nuisances, ou des accidents [192]. Toutefois, le traitement de ces deux types de maux a suivi une évolution différente, contribuant à faire des premières des dommages sans victimes et des seconds des indemnisations sans responsabilité. S'agissant des pollutions, les pays de tradition juridique continentale ont très vite évincé, dès le début du XIXe siècle, l'institution de la responsabilité au profit

d'un traitement administratif des pollutions, qui procédait - déjà - d'une marchandisation de l'environnement, tandis que la multiplication des accidents du travail, et de ceux liés aux nouveaux modes de transport (la barbarie ferroviaire) acheminait la responsabilité vers sa crise à la fin du siècle. Finalement, le traitement des deux phénomènes des pollutions et des accidents en viendra à refléter la même incapacité de l'institution de la responsabilité pour faute à répondre aux défis posés par la révolution industrielle et le besoin d'une objectivisation des dommages associés au développement économique.

En matière de pollutions, comme on l'a vu précédemment, le droit des nuisances qui dominait les sociétés de l'Ancien Régime, tant de *common law* que de tradition continentale, privilégiait la santé publique par rapport au développement économique en bannissant hors des zones d'habitation les activités, les fabriques et les ateliers insalubres. Comme l'expliquent François Jarrige et Thomas Le Roux, pour les polices sanitaires de l'ancien régime, l'amélioration technique n'était pas encore envisagée comme un moyen de conjurer les pollutions. Mais au cours de la première moitié du XIX[e] siècle, la donne a changé avec l'avènement de la nouvelle théodicée libérale qui faisait du développement économique le gage du progrès social, et le développement corrélatif de zones pionnières et de régimes dérogatoires. Se développe alors une vogue pour l'hygiénisme industriel qui inverse les priorités entre la lutte contre le malsain et l'insalubre et la croissance. La pollution devenait ainsi le prix du progrès et se sont ainsi multipliées des législations industrielles tentant d'acclimater les dangers du progrès industriel. Dans ce contexte, les modes locaux de régulation de la pollution reposant sur le droit des nuisances, et partant sur la responsabilité, ont cédé le pas devant de nouvelles logiques qui faisaient du progrès technologique la solution du problème des pollutions. Quoiqu'encore ancrés localement, le conseil de salubrité de la ville de Paris créé par Chaptal en 1802, ou le *Board of Health* créé à Londres en 1796 participaient de ce déplacement d'une gestion policière et judiciaire des pollutions vers une gestion scientifique et administrative du problème. Comme l'explique François Jarrige, ces institutions jouèrent davantage le rôle de soutien aux industriels et à leurs technologies polluantes que celui d'organes de contrôle et de régulation des risques [193]. L'étape fatidique est survenue avec le décret napoléonien de 1810 sur les « manufactures ou ateliers qui répandent une odeur insalubre ou incommode ». Diffusé sur le continent européen en même temps que le code civil, le décret de 1810 introduisait dans le droit les normes de sécurité et acclimatait le risque industriel en faisant de l'amélioration technique sous contrôle administratif la réponse privilégiée aux nuisances causées par l'industrie. Toutefois, seules les pollutions qui causaient des dommages connus à la santé humaine étaient considérées. Le poids de la dégradation diffuse de la nature et des dangers que les dommages environnementaux faisaient peser sur le vivant et sa reproduction a été largement occulté et mis en sommeil jusqu'à la prise de conscience de la crise écologique dans les dernières décennies du XX[e] siècle.

En revanche, les dommages corporels causés par le développement du machinisme industriel ont d'emblée posé un casse-tête aux juristes et ont, beaucoup plus que les pollutions, transformé la façon dont est pensé le problème de la sécurité. Comme le relève en effet François Ewald, par sa régularité et sa nature de produit de la vie collective, l'accident moderne cessait d'être un évènement attribué au hasard, à la fortune, à l'aléa pour devenir un évènement prévisible, assurable, calculable, qui obéit aux lois de la statistique. Par rapport à l'accident comme fruit du hasard, l'accident moderne écrit Ewald, « a une objectivité propre qui le fait échapper à l'analyse traditionnelle des comportements en termes de prudence ou de vigilance individuelle. [194] ». L'accident est sorti du « colloque singulier de l'homme avec les choses » pour devenir le produit de la « multitude imbriquée » des rapports des hommes avec les autres. Il devenait ainsi l'expression même de l'« être ensemble ». Le système de gestion des causalités hérité de la responsabilité civile pour faute était ainsi devenu inopérant devant l'apparition du mal social.

Comme en matière de pollutions, les juristes ont d'abord envisagé, au cours d'une très courte parenthèse, des solutions incriminant directement les techniques responsables. Soulignons ainsi qu'en 1838, le législateur prussien avait envisagé d'une façon assez radicale et technocritique la responsabilité pour risque, reposant non plus sur la faute, mais sur la dangerosité de l'activité en posant que tout accident ferroviaire, quelle qu'en soit la cause, serait imputable à l'exploitant. Il s'agissait néanmoins incontestablement d'un compromis impossible et d'un forçage de la notion de faute qui postule une évaluation de la conduite individuelle, par rapport à une obligation préexistante. On ne pouvait en effet, comme l'exprime Ewald, d'un côté asseoir le progrès sur l'industrie, et de l'autre en faire une activité fautive.

Le reste du siècle verra donc l'institution de la responsabilité être guidée par le fatalisme technologique et tenter de forcer ses principes pour acclimater le caractère normal des dommages de l'industrie. La responsabilité a donc connu deux grands mouvements qui sont venus la bouleverser. Celui de l'objectivation d'une part, c'est-à-dire de l'essor de la responsabilité sans faute, et celui de la socialisation des dommages, c'est-à-dire la dilution de leur charge au sein de la collectivité. Sous l'effet de ces deux forces, la responsabilité, écrit Philippe Rémy, est devenue un « simple support de l'assurance » consistant à canaliser le poids de l'indemnisation vers celui qui, avant le dommage, était le mieux placé pour l'assurer, c'est-à-dire l'exploitant. [195]

II. La première crise de la responsabilité, ou la réalisation de la société comme assurance sous l'impulsion du droit des accidents

Comme le montre François Ewald, la première crise de la responsabilité et sa résolution par les législations sur les accidents du travail, instituant un régime de responsabilité objective des propriétaires d'usine, n'est pas seulement une réforme technique. Préfigurant les grandes lois instaurant des assurances sociales, puis le processus de sécurité sociale, l'objectivisation des dommages résultant d'accidents du travail consiste selon Ewald en une modification du diagramme libéral, reposant sur la responsabilité, en un diagramme social, reposant sur la solidarité. De garant des libertés, et de leur coexistence pacifique, l'État devient un assureur contre les risques de la société.

Cela modifie considérablement le contrat social primitif. En effet, le nouveau rapport de la société aux risques qu'elle produit normalement et la transformation de l'État en un mécanisme d'assurance implique une façon complètement nouvelle de traiter le citoyen moderne, non plus comme un individu muni de droits, mais comme un ensemble de données. Elle implique un profond changement de la nature du droit qui cesse d'être de borner l'activité du gouvernement pour devenir une technique de gestion de la société. Comme l'expose Ewald, la crise de la responsabilité avait en effet eu pour effet de déplacer la finalité du corps politique de permettre la coexistence pacifique d'une société d'individus jouissant de droits inaliénables vers celui de la gestion de populations.

Ewald va jusqu'à faire de l'accident moderne le « type d'objet » constitutif de cet « être abstrait » qu'est la société. L'accident avait cessé de devenir un « évènement périphérique » ou annexe dans nos sociétés au point que ce serait par le même « geste épistémologique que se sont constituées, en corrélation, les notions d'accident comme mal à répartir, et de société, non plus comme élément naturel de vie d'un animal sociable, ni comme organe de défense, de protection ou de garantie, mais comme titulaire d'une richesse collective produite au concours d'une multiplicité, plus ou moins ordonnées, d'activités individuelles. »

La conjuration du mal social entraînait donc une profonde révolution juridique caractérisée par un nouveau rapport à autrui. Puisqu'il devenait normal, l'accident perdait son caractère d'évènement, c'est-à-dire de cas fortuit provenant des conditions naturelles ou de fautes d'imprudence, de négligence ou d'ignorance et devenait une modalité du rapport à autrui avec la conséquence que l'individu cessait d'être une fin en soi – axiome fondamental du droit civil - pour devenir un agrégat de données statistiques. L'irruption de l'accident moderne, poursuit Ewald, implique « une sorte de conversion intellectuelle, un nouveau mode de jugement : c'est lorsque l'on juge des dommages selon la règle de normalité qu'ils deviennent des accidents ». Selon ce « nouveau mode de jugement », l'attribution des biens et des maux individuels était envisagée non plus en émettant un point de vue moral sur la conduite des individus en société, mais sur le fondement d'une répartition sociale d'un bien commun, dont le sujet n'est plus l'individu mais la société, comme si, écrit Ewald, « les individus, et ce qui leur arrive, étaient parties d'un tout, la société, elle-même objectivée comme le sujet dudit bien commun ». Faire de la société le seul sujet de droit : tel était au fond le projet à forte potentialité totalitaire au cœur de ce nouveau contrat social reposant sur la conjuration du mal social. Une conjuration qui passe par sa répartition, sa dilution à des seuils acceptables par les technologies juridiques de l'assurance et de l'État providence.

Le terme de seuil introduit une autre dimension essentielle de ce « nouveau régime social de vérité ». Construit sur de « nouvelles manières pour les hommes de s'identifier, de gérer la causalité de leurs conduites, de penser leurs rapports, leurs conflits et leur collaboration, de définir leurs obligations mutuelles », le combat contre le mal social modifie considérablement le rapport du tout et des parties en devenant un « combat de chacun contre tous et de chacun pour tous ». Aux causalités discrètes et séparées de la responsabilité civile succèdent un « système de causes entrecroisées ou tout est en permanence cause et effet », où nous devenons tous des risques les uns pour les autres, le risque étant devenu une forme de lien social, où « tout contribue à tout [196] ». Cette nouvelle gestion des causalités abolit ainsi l'idée même d'une égale réciprocité entre les sociétaires, qui est centrale dans le droit civil. Avec le nouveau régime de vérité des droits sociaux, l'évaluation obéit en effet désormais au principe de la conservation des équilibres vitaux, déplaçant la valeur des valeurs de la liberté vers le vivant. La conséquence est de taille. En effet, le régime du droit civil, fondé sur la coexistence des libertés, postulait que personne d'autre que le sujet individuel ne pouvait décider souverainement ce qui est son propre bien. Déplacer la valeur des valeurs de la liberté de l'individu souverain aux équilibres sociaux revenait à confier à une « instance totalisante » le pouvoir exorbitant de décider au nom de tous ce qui est le bien de chacun.

Dans ce combat, une institution juridique tient un rôle déterminant, celle de l'assurance, faisant dire à Ewald que l'ère du risque est une ère assurantielle. Ewald fait en effet

de l'assurance l'outil par lequel le risque en vient à désigner le « mode d'être collectif de l'homme en société ». Institution née au Moyen Age pour rendre possible l'expédition maritime en assurant une protection contre le risque naturel, l'apparition des accidents au XIX[e] siècle et l'extension corrélative de la notion de risque ont contribué à faire de l'assurance l'institution par laquelle la société a pu entrer en cohérence avec elle-même après la découverte que l'industrie la rend normalement dangereuse. Par ses techniques d'évaluation du risque, l'assurance fournit à la société l'instrument de la négociation permanente qu'elle doit entretenir avec elle-même en permet en effet à la société de prendre la décision éminemment politique de décider de ce qui est un risque accepté. Dans le contrat social solidariste par lequel les hommes ont décidé d'aménager leur société sous la forme d'une assurance mutuelle contre les risques de la société, l'assurance, expose Ewald, remplit trois fonctions essentielles :

1. une fonction épistémologique, signifiant que l'assurance fournit le schéma de rationalité pour penser les problèmes sociaux ;
2. une fonction technique de socialisation des dommages ;
3. l'assurance fait office de modèle politique en permettant à la société de se donner des objectifs.

C'est donc par sa médiation que la société s'auto-institue en sujet sociologico-juridique d'obligations selon un processus dont le point d'aboutissement est la sécurité sociale, entendue non comme une institution, mais comme un processus, un système, dont Ewald énonce très justement qu'elle est un programme de coïncidence de la société avec elle-même. Correspondant en effet à la poursuite, la rationalisation et l'accomplissement des politiques d'assurances sociales formulées à la fin du XIX[e] siècle, le processus de sécurité sociale amplifie le passage d'une sécurité « civile » des individus à une sécurité « sociale » détachée d'un rapport de responsabilité juridique [197]. Il s'agit d'ailleurs d'un processus qui dépasse la sphère des nations, comme en atteste le fait que la société des nations a été conçue comme une assurance mutuelle contre la guerre, et celui du projet rooseveltien d'un « One World », qui projetait de faire de l'ONU l'instrument de l'extension à la planète du *New Deal*.

Cependant, comme le rappelle Ewald, la substitution de l'assurance à la responsabilité comme mode de régulation sociale ne résout pas la recherche d'une norme objective, d'un droit des droits. Privé de la référence du droit naturel moderne, c'est vers l'économie que le droit se tourne pour rechercher la norme sociale objective, ou plus exactement dans la construction du grand marché mondial anonyme, comme réalisation de l'utopie d'une « économie pure », où toutes les valeurs sont déterminées par l'économie [198]. Paradoxalement, si la société libérale naturalisait l'intérêt comme guide d'action pour les hommes, le droit social objective l'économie en tant que norme sociale produite par et dans la société, sans référence extérieure.

Enfin, pour en terminer avec l'assurance, le passage d'une société organisée autour de la responsabilité vers une société du risque implique une révolution de l'information. La technologie du risque, explique Ewald « porte avec elle l'exigence de savoirs de plus en plus infinitésimaux sur les individus ». Elle appelle le développement de systèmes d'information et machines capables de computation des nombreuses données qu'elle collecte. Les « sociétés du risque vivent d'informations, de toutes les informations possibles ; elles en sont insatiables ; aucune marque, aucun signe n'est pour elles indifférent ; l'informatique assure leur prélèvement et leur distribution, comme le cœur fait circuler

le sang à travers les organes. » En d'autres termes, les politiques du risque « appellent l'informatisation de la société comme une nécessité organique, comme condition de leur possibilité[199] ».

Ces éclaircissements sur les profondes transformations du contrat social entrainées par la première crise de la responsabilité paraissent nécessaires pour bien comprendre comment envisager la réponse à la crise écologique, comme l'entrée dans une nouvelle génération de risques.

III. La crise écologique, ou l'entrée dans l'ère des risques inassurables

Les défis posés par la crise écologique avaient été remarquablement analysés par François Ewald, dès 1986. Voici comment il posait le problème :

> **Le risque est partout, autant qu'il y a d'assurances, privées, nationalisées ou sociales. Précisément, nous sommes à l'âge où le risque échappe à l'assurance, sa terre natale. D'un côté, on nous parle de « risque technologique majeur », risque exorbitant que son caractère exceptionnel empêche de figurer dans une statistique et dont l'ampleur rappelle les anciennes catastrophes (Amoco Cadiz, Seveso, Three Miles island…). De l'autre, on nous rappelle que le risque concerne aussi l'infiniment petit de la substance insoupçonnable qui sert à produire tel ou tel aliment, qui habite imperceptiblement l'air que l'on respire. L'assurance n'est plus elle-même qu'une des applications d'une technologie qui sert beaucoup plus généralement à penser les rapports de l'homme et de la nature, à son milieu et à son environnement. On est entrés dans l'ère d'une sophistique du risque : connaissant par avance le risque que l'on est, que telle ou telle activité peut faire courir à soi-même ou aux autres, on se demande à partir de quel taux, de quel seuil le risque est, comme on dit « acceptable[200] ».**

Ce qui non seulement pose des problèmes d'évaluation particulièrement complexes et délicats quant à la détermination des seuils d'acceptabilité (pratiquement, un risque est acceptable quant il est accepté), mais aussi fait des problèmes de choix technologiques, industriels ou énergétiques des problèmes immédiatement politiques, appelant l'institution de procédures collectives de décision telles que la population concernée puisse avoir au moins l'illusion d'avoir accepté en connaissance de cause la menace d'un risque, à la fois virtuel et bien réel. Double conséquence, la réalisation du sinistre ne renvoie plus tant à la « faute » d'un individu – on parlera d'ailleurs plutôt d'erreur » - qu'à la responsabilité collective liée à la prise de décision ; avec une telle extension de la préoccupation de sécurité, toute décision, sur quelque objet qu'elle porte, tend à devenir publique et politique, et la sphère de la vie privée, même si elle ne disparaît pas, doit intégrer, comme un de ses constituants essentiels, sa dimension collective. Décidément, l'écologie a tout son avenir devant elle. »

On ne saurait mieux poser les problèmes posés par la crise écologique et fournir un meilleur guide d'évaluation de l'échec complet des dispositifs adoptés pour en conjurer les effets. Non seulement, nous sommes très loin d'avoir trouvé des modes de résolution « des problèmes particulièrement complexes » posés par la détermination des seuils d'acceptabilité, comme en attestent la gestion par l'arbitraire le plus brutal de la crise du

Covid-19 et le type de gestion du changement climatique à l'origine du soulèvement des gilets jaunes. Mais en outre, nous n'avons pas l'embryon de « procédures collectives de décision » associant les populations concernées sur les questions d'acceptabilité des choix technologiques, industriels ou énergétiques, procédures qui nécessiteraient préalablement des procédures collectives d'information fiables concernant les risques.

C'est à l'esquisse d'une réponse à ces carences que les développements suivants seront consacrés.

Avant de nous plonger dans une recherche de solutions dans les termes formidablement posés par Ewald, voyons quelles sont les propositions sur la table pour réinventer la responsabilité à l'ère de la nouvelle génération de risques posés par la crise écologique. Ces solutions, nous le verrons sont essentiellement une politique de gestes radicaux qui visent à traiter par un retour de la faute des risques encore plus inadaptés à ce régime de responsabilité que les accidents à l'origine de la première crise de la responsabilité. En vérité, ce à quoi nous assistons est une théâtralisation de la responsabilisation des acteurs les plus puissants de la planète et paradoxalement un transfert du risque posé par le déferlement technique vers les populations les moins bien parées pour s'en prémunir (III.1). À l'inverse, nous proposons, en nous appuyant notamment sur les travaux de Simon Charbonneau, un radicalisme du contenu, qui ne peut être qu'un contenu technocritique (III.2).

III / 1. L'éthique planétaire, ou la mise en musique juridique d'une politique de gestes radicaux

Comme l'expose magistralement Ewald, la crise écologique, pensée en termes de responsabilité et de risques, pose la crise du contrat social selon une parfaite dialectique. En l'espace de deux siècles, la modernité est passée du dogme d'un progrès qui produirait une société sans victimes à une société où les mécanismes d'absorption des victimes qu'elle produit normalement sont en situation de banqueroute devant l'ampleur inédite des dommages de la crise écologique. Des dommages qui viennent en outre s'ajouter à la faillite des mécanismes de redistribution dans les pays développés arrivé au point qu'on pourrait parler d'un resurgissement de la question sociale très nettement apparent dans des mouvements comme celui des Gilets jaunes[201]. Nous nous retrouvons donc dans une société privée par l'ampleur des dommages qu'elle s'inflige quotidiennement de l'instrument de sa mise en cohérence avec elle-même. Les risques liés à la crise écologique sont tels qu'ils ont cessé de pouvoir être répartis par les mécanismes de la solidarité. Il n'y a pas de sécurité sociale envisageable pour pouvoir répartir les dommages transcendant toutes frontières territoriales et de temps liés à la crise écologique… Ou alors, il faudrait une caisse de sécurité sociale mondiale… et dès lors un gouvernement mondial ! Faisant face à une répartition impossible, nous sommes dans l'incapacité de répondre à la crise écologique avec les dispositifs assurantiels qui se sont mis en place à partir de la première crise de la responsabilité et culminant dans l'État social, lequel est lui-même en faillite dans la gestion des risques sociaux.

Pire, comme le souligne François Jarrige, la notion de risque d'un côté légitime la technocritique, mais contribue en même temps à des apories et des impasses. Jarrige observe en effet que la montée des risques technologiques à la fin du XX^{e} siècle s'est produite au même moment que la contestation de la prise en charge des risques sociaux. Dans un contexte de mondialisation, poursuit Jarrige, où la sécurité sociale est perçue

comme un coût, comme une variable d'ajustement dans l'investissement international (là où elle est assurée, la marge de profit diminue), la montée des risques technologiques joue un rôle idéologique qui consiste à refouler les questionnements sociaux, politiques et moraux, comme on l'a parfaitement vu à l'occasion de la crise du Covid. Les nouveaux risques chassent les anciens d'une façon qui tend à rendre acceptable la fragilisation des systèmes de sécurité sociale et la précarisation généralisée du marché du travail en insistant sur la vulnérabilité croissante de nos sociétés.

En d'autres termes, les préoccupations concernant la fin du mois deviennent un luxe quand il s'agit d'empêcher la fin du monde. Quoi de mieux, en effet, que des crises inéluctables pour faire appel à la responsabilité de l'individu pour orchestrer le retrait des mécanismes de protection contre les risques apparus au XIX[e] siècle et leur remplacement par des ersatz de protection sociale comme le revenu minimum universel et l'*helicopter money* des banques centrales. Pire, lorsque survient un accident technique, la recherche des responsabilités produit toujours le même résultat, sous la forme d'une incrimination de la défaillance humaine ou organisationnelle dans l'utilisation des techniques. La solution est toujours à rechercher dans le perfectionnement technique qui évacue les hommes du problème afin de renforcer la maitrise du risque technique.

Or la réponse dialectique proposée dans des cénacles comme les conférences sur le climat et le militantisme climatique incarné par des figures comme Pierre Calame est précisément la pire des synthèses dialectiques envisageables. Nous la formulerons en nous référant à la définition qu'en donne Mireille Delmas-Marty :

> **« À l'humanité émancipée des Lumières, le changement climatique ajoute une humanité « interdépendante », en interaction avec l'écosystème Terre dont elle n'est qu'une simple composante et non la propriétaire. Aux principes venus des droits « de l'homme », la lutte contre le changement climatique ajoute un principe de solidarité écologique, invitant à penser un humanisme pluriel et évolutif. Une telle mutation appelle de nouveaux récits pour renouveler l'imaginaire des peuples. Car seule une veritable « insurrection de l'imaginaire permettra de penser l'universel sans le réduire, comme nous l'avons fait pendant des millénaires, ni à nos propres intérêts, collectifs ou individuels, ni à nos seuls systems de pensée. Si l'on admet qu'à la différence des communautés nationales fondées sur la mémoire et l'histoire, la communauté mondiale sera fondée sur l'anticipation et le destin commun, il reste à savoir vers quel destin nous nous dirigeons.**
> **Reconnaître les interdépendances pourrait conduire à une refondation anthropologique, si l'émancipation de l'individu, héritée de l'humanisme des lumières, était complétée de nouveaux droits de solidarité. Une telle évolution ne saurait voir le jour sans un nouveau récit. Ce ne serait ni le récit des droits de l'homme, ni celui du marché et de sa main invisible (y compris dans la version chinoise des Nouvelles routes de la soie), ni le récit post-humaniste de l'homme augmenté, ni même le récit-catastrophe de l'effondrement de la planète. Ce serait une combinaison de ces récits pour obtenir en définitive le récit-aventure d'une mondialité apaisée, par opposition à la mondialisation sauvage.**
> **En conclusion, adaptation juridique, recomposition politique et refondation anthropologique devraient nous rendre modestes. Nous avions appris que la Terre n'est pas le centre du système solaire, qui lui-même n'est pas le centre du monde. Nous découvrons à présent que l'humanité n'est pas le centre de l'écosystème Terre, mais une simple composante. Il est vrai qu'il s'agit de la seule composante " responsable " car douée, si l'on en croit la DUDH, de raison et de conscience. Alors, oui, le changement climatique est bien une chance pour l'humanité s'il lui apprend à se gouverner avec suffisamment de sagesse pour que la terre demeure habitable par les vivants, humains et non humains, et reste la demeure commune des générations présentes et futures. »**

Derrière cet enrobage verbeux et sirupeux, ce « récit-aventure d'une mondialité apaisée », cette synthèse des synthèses consiste à incriminer tout ce que la société libérale et tout ce que l'État social avaient d'estimable (une méfiance envers la concentration du pouvoir politique et économique pour la première et la réalisation que l'industrie génère des dangers normaux qui menacent la paix sociale s'ils ne sont pas répartis équitablement pour le second), et au contraire à glorifier tout ce qui leur confèrent des virtualités totalitaires (la foi aveugle dans un progrès linéaire culminant dans l'idéal croissanciel et la technologie prométhéenne pour la première et l'intégration de l'individu dans l'organisme total pour le second). Nommée justice sociale, ou *Stakeholder Capitalism*, la synthèse proposée, qui consiste à transcender l'inassurabilité des dommages de la crise écologique par le transfert de la charge des dommages de la collectivité aux individus, masque plus la crise écologique qu'elle ne la résout. En réalité, la multiplication d'incantations, comme la libération des « dogmes les plus établis s'envolent » (dont font partie les expérimentations des banques centrales de *quantitative easing* et d'*helicopter money*) afin que les « capacités d'invention radicale se révèlent » consiste à investir le discours de la croissance en le parant de vertus émancipatrices et d'équité.

Derrière l'activisme climatique pour conjurer les conséquences de l'anthropocène, se dessine en fait la poursuite coute que coute du développement prométhéen en organisant la séparation de ceux qui en tirent les bénéfices et en transférant l'entière charge des dommages à ceux qui sont les plus démunis pour y faire face. La crise du Covid est venue lui apporter un nouveau développement. Derrière le retour de l'État, annoncé depuis l'entrée dans la crise de 2008, nous n'assistons pas au retour de la forme d'État relativement doux du compromis fordiste, mais à sa transmutation en un État rabattu sur sa seule puissance afin d'imposer des moyens de contraintes sans précédent au nom de la norme sociale objective, enfin débarrassée de ces limites encombrantes que sont les droits individuels garantis par les États. Comme l'expose magistralement le collectif grenoblois *Pièces et main d'œuvre*, après l'âge du contrôle, que nous avons dépassé, et celui de la surveillance, dans lequel nous vivons, c'est dans l'âge de la contrainte que nous entrons, particulièrement depuis le début de la crise du Covid-19 [202].

Avant de nous interroger sur des solutions susceptibles d'introduire dans le droit une dimension technocritique, c'est-à-dire de faire que le droit intègre une interrogation sur le rapport que nous entretenons avec les technologies que nous utilisons, attachons-nous plus précisément à analyser quelles sont les réponses envisagées pour fonder un droit de l'environnement pour le XXI[e] siècle à partir de l'institution de la respon-

sabilité. Réduit à son épure, le discours ambiant, organisé autour de la criminalisation de l'écocide, de la responsabilité aquilienne des États pour leur inaction dans la lutte contre le dérèglement climatique, de la reconnaissance du préjudice écologique pur, ou de la responsabilité sociale et environnementale, semble indiquer un retour de la faute, et particulièrement de la faute des acteurs les plus puissants, comme les entreprises transnationales et les États les plus riches de la planète. Mais en réalité, nous assistons, faute d'une dimension technocritique, à la mise en place de mécanismes qui risquent au mieux de demeurer des écrans de fumée insusceptibles d'enrayer les phénomènes de la crise écologique, et au pire de renforcer la collusion entre les entreprises transnationales, les organisations supranationales, les États et les multiples entités à but non lucratif pour cimenter encore plus le déferlement technique, ainsi que l'a prouvé la crise du Covid et sa solution technologique unique.

Un parfait aperçu est donné de ce que nous pourrons nommer les solutions en matière de responsabilité d'un droit de l'environnement croissanciel, dans l'ouvrage collectif *Prendre la responsabilité au sérieux* paru à la veille de la conférence de Paris sur le climat [203]. Dans l'introduction, Alain Supiot précise que prendre la responsabilité au sérieux « conduit à entendre le principe de responsabilité dans un sens large, comme obligation de prévenir ou réparer les conséquences dommageables de ses agissements, sans préjudice du point de savoir s'il s'agit de responsabilité civile ou pénale, délictuelle ou contractuelle, pour faute ou pour risque. » Et Supiot de poursuivre son introduction en passant en revue un certain nombre de pistes plus ou moins intéressantes, sans jamais poser la question de traiter en droit de l'acceptabilité des choix techniques.

Partant du constat d'Ewald, selon lequel la construction institutionnelle de l'État social inaugurée avec la première crise de la responsabilité est aujourd'hui de nouveau complètement ébranlée par la « globalisation » et l'apparition d'une nouvelle génération de risques, Supiot veut voir dans la responsabilité l'institution déterminante du retour à la « justice sociale », dont il distinguait l'expression dans le préambule de la déclaration de l'OIT de 1919 et sa réaffirmation dans la convention de Philadelphie en 1944 [204].

Sur la base d'un des diagnostics les plus justes sur la nécessité de refonder le droit sur un traitement réel et non plus fondé sur les « marchandises fictives » de la nature, du travail et de la monnaie, et partant de traiter le problème à la racine en reconnaissant la nécessité d'un pluralisme juridique reflétant la diversité des civilisations, Supiot s'égare en cours de route en plaçant tous ses espoirs dans l'État, la forme la plus aplanissante des diversités en raison de son caractère éminemment technicien.

Par oubli du rôle joué par la technique dans la situation dans laquelle nous nous trouvons, Supiot, pourtant un des plus fins esprits en termes d'analyse des phénomènes juridiques, en vient à fonder ses espoirs dans la reconnaissance des droits de la nature, dans le devoir de vigilance, dans les récentes réformes du droit des sociétés en Inde et en Chine, ou dans les lois américaines organisant la responsabilité personnelle des dirigeants dans le domaine comptable et financier comme la loi Sarbanes-Oaxley de 2002 adoptée après le scandale Enron, dont le moins que l'on puisse dire est qu'elle n'a pas tenu ses promesses.

En réalité, il suffit de voir comment la loi Sarbanes-Oxley a précisément été transformée en un instrument permettant de jeter en pâture quelques subalternes qualifiés de « fruits pourris » et jeter ainsi un écran de fumée sur les vraies responsabilités structurelles au cœur non pas seulement du capitalisme, mais de la technocratie, pour doucher ces espoirs. Essayons de ramasser les différentes pistes envisagées en les regroupant sous un certain nombre de rubriques.

Les obstacles juridiques à la transition écologique

La responsabilité aquilienne climatique des États ou la théâtralisation judiciaire de la cause climatique

Tranchant nettement avec la doctrine de la séparation des pouvoirs et de sa protection par la séparation de la sphère du juridique et du politique incarné par la doctrine américaine des « questions politiques », l'un des phénomènes juridiques les plus en vogue est l'invocation d'une responsabilité pour faute des États vis-à-vis de personnes représentants la société civile pour leur omission à lutter contre le changement climatique.

Marquant l'obsession pour la question climatique au détriment des autres manifestations de la crise écologique, il s'agit d'une parfaite expression des « responsabilités-mission » identifiées par François Ost. La responsabilité aquilienne des États repose sur l'existence d'un devoir de diligence (*duty of care*) des États dans le cadre du contentieux climatique. Devenant un ensemble hétérogène très fourni, on a pu parler de « contentieux climatique » lorsque l'arène judiciaire a été utilisée pour s'opposer à des projets d'aménagement climaticides (exploitation pétrolière en mer de Barents, discutée devant une juridiction norvégienne sur plainte de Greenpeace ; projet d'aménagement d'une troisième piste à l'aéroport de Vienne, …), pour mettre en cause la responsabilité de l'État coupable de retard dans la mise en œuvre de ses obligations climatiques internationales (affaire Urgenda, affaire Juliana aux États-Unis, klimaatzaak en Belgique,…), ou afin de « reformater les droits environnementaux dans une perspective intergénérationnelle » (les affaires américaines menées depuis 2011 à l'initiative de l'association *Our Children's Trust* sur la base d'un *constitutional right to a healthy climate system*) [205]. Comme l'expose François Ost, le point commun entre ces différentes initiatives se situe dans l'émergence de la figure nouvelle de « victimes climatiques » (qui regroupe des enfants aux États-Unis, des grands-mères en Suisse, des paysans au Pakistan, ou des habitants d'États insulaires du Pacifique menacés par la montée des océans…) et dans l'imposition de nouvelles obligations positives à charge des États par des juges audacieux.

Ainsi, le contentieux climatique, national et international, prend la forme d'un ensemble de méthodes d'activisme judiciaire très diversifiées de la société civile (à l'exemple des *citizen suits* aux États-Unis), visant à tester la capacité de concepts et des procédures juridiques expérimentaux à servir la cause de la justice environnementale.

Dans l'Union européenne, l'affaire la plus emblématique est l'affaire Urgenda aux Pays-Bas. Dans cette affaire, l'État néerlandais a été condamné par l'institution judiciaire à réduire d'au moins 25 % d'ici 2020 les émissions de gaz à effets de serre. Pour parvenir à cette décision, le juge néerlandais s'est livré à un raisonnement pour le moins peu orthodoxe. En premier lieu, il a considéré que le dommage posé par l'insuffisance des moyens déployés par l'État dans la réduction des gaz à effet de serre n'était pas l'élément fondant un droit à réparation, mais un simple indice permettant d'apprécier l'existence d'un devoir de diligence, et donc d'une obligation légale préexistante à la charge de l'État, en d'autres termes, l'indice d'une faute.

Ce faisant, le juge reconnaissait une responsabilité préventive des États. Mobilisant au passage le principe de précaution, le juge créait ainsi à la charge de l'État un devoir de diligence à endiguer une menace dont la matérialité est établie sur la base des rapports du GIEC et du Programme des nations unies pour l'environnement afin de consi-

dérer que des mesures d'atténuation doivent être entreprises dès à présent et en priorité par rapport aux mesures d'adaptation, pour des raisons de rapport coût/efficacité.

Dans le cadre de la procédure, le principal argument formulé par l'État néerlandais consistait à soutenir qu'un tel devoir porterait atteinte au principe de la séparation des pouvoirs en raison de la nature éminemment politique des choix étatiques en matières climatique. Cette nature ferait échapper ces choix à l'appréciation du juge. À cette question, les juges néerlandais ont répondu que le droit néerlandais ne possède pas une séparation stricte (« full ») des pouvoirs entre la fonction exécutive et la fonction judiciaire et que si chaque pouvoir a sa propre mission, il a aussi des responsabilités. La fonction judiciaire aurait ainsi pour mission de régler les différends et d'encadrer les actions des organes politiques de l'État dans le cadre d'un contrôle de légalité qui ressemble à s'y méprendre à un contrôle d'opportunité dopé exorbitant, dans lequel elle fait entrer la tâche de trancher sur les demandes de protection des citoyens contre les actions ou omissions des autorités gouvernementales en application des lois adoptées par le gouvernement néerlandais. Concluant son raisonnement, la Cour néerlandaise a alors estimé que la demande d'Urgenda de rappeler à l'ordre le gouvernement sur son insuffisante mobilisation dans ses engagements internationaux de réduire les gaz à effet de serre entrait parfaitement dans ses missions judiciaires et que la politique climatique des Pays-Bas nécessitait ainsi un contrôle du juge, ménageant pour l'État une marge suffisante de liberté, puisqu'il conserverait son entière liberté sur la façon dont il entend se conformer au standard de diligence fixé par les juges.

S'agissant du contenu de ce devoir de diligence, les juges néerlandais ont estimé que l'État avait un « sérieux » devoir de diligence, évalué selon les rapports du GIEC à la poursuite d'un objectif chiffré de réduction des gaz à effet de serre d'au moins 25% en 2020 par rapport à 1990, soit 5% de plus que les objectifs assignés aux États membres par l'Union Européenne. Dans l'exécution de ce devoir, le juge néerlandais impose à l'État de faire preuve d'une diligence de « haut-niveau », laquelle se traduit par l'obligation d'un cadre d'action adéquat et efficace pour réduire les émissions de gaz à effet de serre des Pays-Bas, à charge pour l'État de mettre en place en exécution de ce cadre des actions de réduction aussi vite et autant que possible.

Enfin, la décision Urgenda innove en matière de remèdes. Les condamnations prononcées par le juge néerlandais n'étaient pas des condamnations à verser des dommages-intérêts pécuniaires à Urgenda, mais une injonction aux autorités publiques des Pays-Bas de contribuer à réduire d'au moins 25% d'ici 2020 les émissions de gaz à effets de serre.

La décision Urganda s'inscrit dans un mouvement plus général réclamant la reconnaissance juridique d'une responsabilité aquilienne des États bien représenté par l'idée de « responsabilités communes mais différenciées » des États introduite dans la déclaration de Rio de 1992 et reprise par les thèses de Mireille Delmas-Marty. Trouvant son origine dans le Nouvel ordre économique international défendu par les pays non alignés dans la décennie 1970, puis formulé dans la déclaration de Rio de 1992, le principe des responsabilités communes mais différenciées repose sur une historicisation de la dette écologique des différents États et une contextualisation des contributions des États à la réduction des émissions de gaz à effet de serre. La contextualisation se ferait, pour reprendre les termes de Delmas-Marty en fonction de critères économiques sociaux comme le « coût économique acceptable », la lutte contre les exclusions et la vulnérabilité géographique. En réalité, le principe des responsabilités communes mais différenciées, solidement arrimé au développement durable, repose davantage sur un droit différencié au développement que sur un traitement des causes de la crise écologique. Pire, il s'agit avant tout d'une entreprise théorique d'incrimination du rôle de l'espèce humaine prise en tant qu'organisme intégral dans la crise écologique avec des exemptions de responsabilité suivant une hiérarchisation des catégories victimaires. On retrouve ce caractère symbolique dans les procès climatiques, dont l'objectif n'est pas tant « d'engager une responsabilité au sens juridique du terme », que de « porter la question climatique au prétoire, [...] comme une étape préalable à leur objectif réel : établir la responsabilité des actions humaines sur le climat »[206]. En d'autres termes, le but de la responsabilité climatique des États coïnciderait non pas à l'établissement de responsabilités juridiques, mais en quelque sorte à la multiplication de prononcés de responsabilités symboliques de type Urgenda à l'adresse des États afin de remédier à l'apathie des opinions publiques sur la cause environnementale en transférant la pression d'*accountability* d'un peuple introuvable sur les grandes questions sociétales auxquelles la société fait face vers les juges.

Participe très nettement de cette tendance la mise en place la mise en place de tribunaux d'opinion qui, selon les termes de François Ost, « jouent un rôle heuristique d'expérimentation aux confins du droit, de l'éthique et du politique ». Ces « vrais faux tribunaux », poursuit Ost, ont pour fonction première d'attirer l'attention sur des vides juridiques correspondant à « des préjudices jadis innomés et des victimes hier encore invisibles ». Ceci étant fait, ils contribuent ensuite à fournir à donner une grande publicité à des entreprises de *naming, blaming, claiming* (nommer les préjudices, identifier les responsables et réclamer réparation ou sanction), qui sont « comme l'antichambre du prétoire, le brouillon de plaintes en bonne et due forme ». Ils opèrent ainsi comme « creusets de nouvelles attentes de justice, génératrices de nouvelles représentations juridiques », espérant transformer l'indignation en « source matérielle du droit » et appliquer une version théâtrale de contenus normatifs vers lesquels on souhaite faire évoluer la société mondiale (droit des communaux globaux, droits de la terre, *soft law*, comme les principes directeurs relatifs aux droits de l'Homme et aux entreprises des Nations Unies de 2011, appliqués dans le procès Monsanto).

En outre, il est espéré que ces tribunaux d'opinion feront émerger une praxis instituante dans les collectifs d'avocats, militants et transnationaux, qui permettrait de faire évoluer un [simulacre] de litige particulier en « cause significative » susceptible de faire jurisprudence, et de faire évoluer la doctrine dans le sens d'une plus grande prise en compte des enjeux sociétaux, et de prêter à des organisations scientifiques comme le GIEC, dans leur rôle d'« éveilleur[s] de l'opinion publique » le prestige du rituel judiciaire.

On peut formuler plusieurs objections envers ces pratiques. Tout d'abord, si on peut indéniablement se réjouir que les États se voient rappelé leurs promesses en matière de protection de l'environnement, le danger de telles décisions tient dans d'autres considérations écartées un peu vite par la décision des juges néerlandais. Cette objection, chère à Alain Supiot, n'est autre que celle de l'autonomie de la forme juridique, une autonomie bafouée successivement par son inféodation à des idéologies scientistes (dans l'expérience des pays totalitaires) et à celle de la norme objective de la construction du marché mondial homogène (dans le cadre du néolibéralisme). Avec le transfert de la pression d'*accountability* des États vers les tribunaux sur les grandes causes du moment, le brouillage entre la sphère du politique et du juridique risque de rendre toute revendication politique justiciable des tribunaux.

On peut aussi formuler un doute sur l'argument selon lequel le contentieux climatique serait la matérialisation d'un mouvement de bas-en-haut. En effet, dans la mesure où il est essentiellement une arène symbolique visant à conférer à des revendications préparées essentiellement par des associations de protection de l'environnement afin de mobiliser l'opinion publique, ou de manufacturer un sentiment d'indignation, on peut se demander s'il ne fait pas partie de l'arsenal de manufacture du consentement des masses à un projet préparé par des experts, fussent-ils des experts en écologie. Or la grande fracture sociale que l'on retrouve partout dans le monde, et de façon plus prononcée dans les pays développés est entre ce que Robert Reich avait nommé une classe d'analystes de symboles ou classe professionnelle managériale, obsédée par l'objectif de se connecter aux communautés de succès, et une classe pour laquelle la crise est devenue un mode de vie. À force de mettre en scène la réponse à la crise écologique via des instances purement symboliques, le risque déjà matérialisé est celui d'un monde partagé entre une classe ayant la conscience obsédante de la crise écologique comme une grande cause abstraite et qui parvient, malgré tout, à s'en protéger, et une classe qui la perçoit avec méfiance, comme une stratégie d'asservissement, mais en subit chaque jour plus intensément les effets. De ce point de vue des groupes comme Extinction Rébellion, qui rassemblent la jeunesse boboïsée des métropoles, les rejetons de la classe professionnelle managériale, participent de cette théâtralisation de la radicalité que Christopher Lasch avait déjà analysée dans les groupes de l'ultra-gauche américaine de la fin de la décennie 1960 et de la décennie 1970, comme les *Weather Underground* [207].

Et enfin, cette obsession de prononcé symbolique révèle une tendance à la théâtralisation des institutions, dont Christopher Lasch avait fait une des manifestations les plus frappantes de la Culture du narcissisme. Les institutions de la justice suivraient en cela une reconfiguration semblable à celle qu'a connu depuis bien longtemps la presse. Tout comme cette dernière, en se professionnalisant et en se faisant l'outil de manufacture du consentement des masses à un projet préparé par des experts, avait relégué le public à un rôle de spectateur passif, transformer la justice en un espace de mobilisation de l'opinion public participe d'une dégradation du droit en spectacle dans lequel « l'expérience directe des évènements joue un rôle moindre comme source d'information et comme élément de jugement, par rapport à l'information symboliquement médiatisée concernant ces mêmes évènements ». [208]

Une telle théâtralisation ne peut que renforcer l'atmosphère d'irréalité qui entoure désormais toutes les institutions et mener à l'agrandissement de la méfiance envers une institution dont le rôle est d'être un tiers garant. Pire, si la prémisse du contentieux climatique est de mobiliser l'opinion en mettant en spectacle un droit comme *De Lege Ferenda* (le droit comme on voudrait qu'il soit), cela contribue à accréditer que l'opinion publique est incapable de se mobiliser si elle n'est pas manipulée par des illusions. L'ensemble contribue ainsi à réduire la participation citoyenne à une manufacture d'illusions, l'illusion d'un progrès sans fin et sans limite, l'illusion d'une apocalypse à très brève échéance. Ces mêmes opinions qu'on voudrait mobiliser risquent de finir par se perdre dans un halo d'illusion. [209]

La promotion du *Stakeholder Capitalism* et de la responsabilité sociale et environnementale

De toutes les idées les plus dangereuses sorties du confusionnisme ambiant entre la mondialisation néo-libérale et de la crise écologique, la responsabilité sociale et environnementale et ses dérivations conceptuelles (responsabilité sociale des entreprises, responsabilité sociétale des entreprises, *Stakeholder capitalism*, buts économiques et sociaux etc.) occupent une place de choix.

Pour en traiter, repartons une fois encore de l'introduction d'Alain Supiot à l'ouvrage collectif *Prendre la responsabilité au sérieux*. Supiot y établit un parallèle entre l'apparition de ce concept et celle de l'institution du patronage au XIXe siècle, selon laquelle les entrepreneurs devenus conscients des dangers pour la concorde sociale posés par le développement des accidents industriels, avaient entrepris dans un premier temps de prendre en charge les dommages causés par leurs employés sous la forme de l'institution du patronage, institution ressortant entièrement d'une obligation morale des patrons vis-à-vis de leurs employés [210]. Comme Ewald l'a montré dans le détail, cette prise en charge motivée par l'objectif d'accumuler un pouvoir d'assujettissement, a fini par provoquer l'autonomisation d'une série de conflits, entre le social et l'économique (entre la politique de sécurité ouvrière et les exigences de l'industrialisation), entre le juridique et le politique (les pratiques de la responsabilité menant à la guerre sociale) qui n'ont trouvé leur résolution que dans la « mise en cause du diagramme libéral de la responsabilité » au cœur de la crise de la responsabilité et l'avènement de l'ère du risque et de l'État social avec les lois sur la responsabilité objective en matière d'accidents du travail.

La téléologie de la RSE procède de la spéculation que, à l'image de la façon dont le patronage a ouvert des voies qui ont entrainé la transition d'un diagramme libéral réglé par la responsabilité au diagramme de la solidarité réglé par l'assurance et l'État social, la RSE finira par s'autonomiser, devenir contraignante et constituer le fondement d'une refondation sociale. Tout comme la séquence ouverte avec le patronage a conduit à la légalisation d'obligations morales et au déplacement de la frontière entre ce qui ressort de la morale et du juridique, un brillant avenir est promis à la RSE, entendue comme l'avant-garde d'une révolution juridique similaire à celle de l'État social. Prendre la responsabilité au sérieux, explique Supiot impliquerait donc de donner force aux engagements volontaires des entreprises. Toutefois, contrairement à de nombreux thuriféraires béats de la RSE, Supiot apporte un tempérament de taille à cette prophétie. Selon lui, le grand angle mort de la RSE procède de ce qu'elle est pensée dans le paradigme d'un ordre juridique régi par la loi, alors que nous nous trouvons dans un régime de gouvernance par les nombres dont la particularité est précisément de renverser le règne de la loi commune en lui substituant un régime de liens d'allégeance, rappelant celui des dépendances féodales.

Pour Supiot, l'effacement des frontières du commerce associé à la mondialisation a entrainé une modification fondamentale de la structure des grandes entreprises, qui n'opèrent plus sous la forme d'une construction hiérarchique, nécessairement située territorialement, qui intégrait tous les processus de production, mais de structures réticulaires organisées en réseaux d'entités juridiques et économiques en réseau. Cela entraîne un avantage évident, en ce que la fiction de la personnalité morale permet de « découpler les lieux de pouvoir économique et les lieux d'imputation de la responsabilité ». Mais d'un autre côté, cette structuration en réseau des entreprises transnationales

contient en germe une fragilité de ces acteurs en ce qu'elles ne contrôlent plus directement les conditions de fabrications, avec la double conséquence qu'elles perdent à long terme leurs compétences techniques au profit de leurs « vassales » et s'exposent au risque réputationnel d'un scandale humanitaire ou écologique comme ceux du Rana Plaza ou de la plateforme pétrolière Transocean. Dans ces cas, poursuit Supiot, l'écran de la personnalité morale leur est de peu de secours devant la rage de l'opinion publique mondiale. Supiot voudrait ainsi voir dans la résurgence de liens d'allégeance un défi et une opportunité. Certes, admet-il, cette organisation sociale sous forme de liens d'allégeance contient en germe le ferment de la décomposition de l'État, et, au final, d'un cataclysme social et écologique comparable aux guerres de religion, avec en prime la perspective d'une planète rendue invivable pour l'espèce humaine. Mais tout comme l'État social avait pu s'engouffrer dans la brèche ouverte par le déplacement du tracé entre le juridique et la morale par l'institution du patronage, Supiot voudrait aussi voir dans l'institution de la responsabilité un remède aux « liens d'allégeance du modèle de la tenure-service » en faisant naître de nouveaux devoirs juridiques d'attention, mêlant surveillance et protection, des nouveaux pouvoirs suzerains. Il en est ainsi des devoirs de diligence ou de vigilance qui ont essaimé au sein de la RSE, et ont reçu onction législative, à l'image de la loi française de 2017 relative au devoir de vigilance des multinationales (voir encadré ci-dessous).

La loi française de 2017 relative au devoir de vigilance des multinationales

Inspirée des Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'Homme (UNGP), La loi française relative au devoir de vigilance des multinationales (Loi n°2017-399) adoptée en 2017 crée une obligation juridiquement contraignante pour les multinationales d'identifier et de prévenir les atteintes aux droits humains et à l'environnement. Concernant les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes et l'environnement, la loi française sur le devoir de vigilance se distingue en raison de son effet extraterritorial, qui permet de fonder des poursuites à l'encontre de toute société établie à l'étranger employant au moins 10 000 salariés à l'étranger, et à son application aux activités de la société-mère (ou donneuse d'ordre).
Les entreprises visées par la loi ont l'obligation légale d'établir, de rendre public et de mettre en œuvre de façon effective un plan de vigilance, lequel doit faire l'objet de rapports annuels de mise en œuvre qui doivent être rendus publics et inclus dans le rapport annuel des sociétés.
Ce plan de vigilance doit indiquer les « mesures de diligence raisonnable » que l'entreprise a mis en place afin d'identifier et de prévenir tous les risques liés à ses activités. Parmi ces mesures, on peut distinguer une cartographie des risques destinée à leur identification, leur analyse et leur hiérarchisation, des procédures d'évaluation régulière de la situation des filiales, des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels elle entretient une relation commerciale établie, au regard de la cartographie des risques, des actions adaptées d'atténuation des risques ou de prévention des atteintes graves, un mécanisme d'alerte et de recueil des signalements relatifs à l'existence ou à la réalisation des risques, établi en concertation avec les organisations syndicales représentatives dans ladite société, et un dispositif de suivi des mesures mises en œuvre et d'évaluation de leur efficacité. La sanction vient soit d'une carence dans la préparation d'un plan de vigilance et de rapports de suivi, soit d'une inexécution des obligations continues dans le plan de vigilance.

Selon Supiot, cette loi inaugurerait une forme d'institutionnalisation du Tiers garant à la relation entre donneurs d'ordres et fournisseurs en assortissant le devoir de vigilance de contraintes et de l'ouverture d'une action en responsabilité extraterritoriale. Supiot distingue d'ailleurs le nouveau paradigme du Tiers garant dans l'Organisation Internationale du Travail (OIT) dans le cadre de l'accord conclu par les entreprises européennes après la catastrophe du Rana Plaza au Bangladesh. À partir de cette reformulation du Tiers garant, Supiot voudrait distinguer « le cadre où repenser les fonctions de l'État, lequel ayant perdu le monopole de l'organisation des solidarités doit devenir le garant de l'articulation de la solidarité nationale avec les solidarités civiles et les solidarités internationales qui se tissent au sein des réseaux d'allégeance. Garant en dernier ressort, capable de faire prévaloir vis-à-vis de tous l'intérêt général et la démocratie sur les intérêts particuliers et les puissances financières ou religieuses. »

Cet espoir suscite plusieurs objections de taille. Tout d'abord, le danger réputationnel mobilisé par les tenants de la RSE est très surévalué par rapport à la matérialité des dommages écologiques. S'il est indiscutable que des catastrophes spectaculaires comme celles de l'effondrement du Rana Plaza ou de l'explosion de la plateforme pétrolière Transocean dans le golfe du Mexique peuvent mobiliser l'opinion publique contre les entreprises donneurs d'ordre et les conduire à accepter d'endosser des responsabilités en espèces sonnantes et trébuchantes, ce danger est moindre pour l'essentiel des dommages associés à la crise écologique. La plupart des dommages auxquels nous faisons face sont des effets latents de processus qui s'étendent sur le long terme, comme le problème des risques liés à la diffusion des molécules chimiques, des radioéléments, des microorganismes génétiquement modifiés non seulement dans notre environnement, mais aussi dans les aliments que nous consommons et dans les objets que nous utilisons. D'ailleurs, à en juger par exemple par le montant des fonds collectés par le fonds d'indemnisation des victimes du Rana Plaza (*Rana Plaza Donors Trust Fund*), de 30 millions de dollars pour indemniser les 1138 victimes et leurs familles, dont seulement un peu moins de 19 millions avaient été décaissés, le prix à payer pour les entreprises touchées par de tels scandales est une goutte d'eau des profits générés par ces sociétés. [211] Et même de l'avis du collectif du Rana Plaza, le bilan le plus flatteur concerne l'adoption par le Parlement français de la loi de 2017 sur le devoir de vigilance. De même, l'indemnisation au terme de l'accord de transaction intervenu entre BP et les 100 000 victimes de la marée noire consécutive à l'explosion de la plateforme Transocean dans le golfe du Mexique s'est élevée à la somme de 7,8 milliards de dollars, une somme impressionnante certes, mais en-deçà de nombreuses amendes infligées par le Département de la justice américain comme l'amende de près de 9 milliards de dollars convenue entre le DOJ et BNP Paribas au titre de la violation par la banque française de programmes de sanctions économiques américains concernant Cuba, l'Iran et le Soudan.

En outre, la RSE fait face à la même objection du brouillage des fonctions que la responsabilité aquilienne des États pour manquements à son devoir de gérer les conséquences de la crise climatique. Tout comme cette dernière brouille la distinction entre le juridique et le politique en transformant le juridique en instrument de manufacture de l'indignation des opinions publiques, la RSE donne à des institutions qui sont des machines à accumuler du pouvoir un mandat moral. Plus précisément, elle revient à donner le bénéfice de la limitation de responsabilité, le super-pouvoir des personnes morales, à des entreprises agissant dans des sphères dépassant depuis fort longtemps

leur raison d'être économique. Il ne s'agit donc nullement d'un réencastrement de l'économique dans le social comme l'espère Supiot, mais d'une poursuite du désencastrement de l'économique, qui viendrait non plus seulement brouiller la distinction entre le droit et la politique, mais fusionner les trois ordres normatifs du politique, du juridique et de la morale, c'est-à-dire la réflexion portant sur le devenir souhaitable de nos sociétés. Comme le rappelle en effet Vivek Ramaswamy dans un livre récent, la raison originelle du marché entre la société et le capital conclu au moment des lois de *General Incorporation* au XIXe siècle visant à accorder au capital le bénéfice de la limitation de responsabilité était d'enfermer celles-ci dans « la cage du capitalisme ». [212] Dans ce partage, la limitation des entreprises à l'objectif de maximiser la valeur actionnariale n'était pas tant de protéger les actionnaires contre les managers que de protéger le reste de la société contre la créature de Frankenstein que ne manqueraient pas de devenir ces machines à accumuler du capital si elles venaient à se voir investie d'une responsabilité morale. En d'autres termes, dans le marché entre la société et la bête fauve du capital, la responsabilité limitée était la contrepartie concédée par la société à l'outil de son développement, et la limitation de la maximisation de la valeur actionnariale était la contrepartie du capital, la garantie envisagée contre sa tentation d'investir d'autres champs pour devenir un « fait social total ». S'il est donc un champ à investir, ce n'est pas celui de donner à ces créatures échappées d'une cage trop faible pour les contenir un espace de vie encore plus grand, mais d'en limiter le pouvoir d'influence en reconsidérant la façon de les cantonner à des objectifs précis que s'assigne la société par la sanction de la privation de l'arme de la responsabilité limitée et de l'avantage de la personnalité morale. Ce sont précisément ces armes que les communautés du Rust-Belt avaient déployées dans les ordonnances locales mentionnées supra.

Même sous l'Empire des lois de General Incorporation, il existait des doctrines juridiques prudentielles abandonnées comme celle de l'*ultra vires*, qui permettait de priver les actionnaires d'une personne morale de la protection de la responsabilité limitée si la personne morale dans laquelle ils détiennent du capital dépasse le mandat social qui est le sien. Comme l'explique Rawasmamy, la limitation de la fonction des sociétés commerciales au seul objectif de maximisation des bénéfices était une invention américaine destinée à remplir les mêmes fonctions que le mandat social strictement limité de la société commerciale. Tout comme le mur de séparation entre l'Eglise et l'État avait pour objet de séparer la politique de la théologie, le mandat de maximisation de la valeur actionnariale avait pour finalité de séparer les activités liées à l'innovation et à l'entreprenariat d'autres organisations sociales comme les églises et les gouvernements locaux.

C'est d'ailleurs dans cette voie que Supiot s'avance dans ses développements en recherchant dans des techniques permettant de lever le voile de la personnalité morale les bases d'une nouvelle séparation des choses sacrées, c'est-à-dire les choses incalculables comme le statut des personnes et la survie de la communauté politique, autrefois prises en charge par l'État dans le cadre du paradigme de la loi, et le domaine des échanges entre particuliers. Parvenir à lever le voile de la personnalité morale des entreprises pour faire cesser « la dissociation des lieux de pouvoir et des lieux d'imputation de la responsabilité » est en effet une aspiration indispensable pour prévenir le transfert du poids des risques d'une activité sur ceux qui sont dans l'incapacité de les prévenir et sont les plus fragilisés par eux. Mais ces propositions sont immédiatement noyées dans le mirage de la responsabilité pénale des personnes morales, qui mène sur la pente naturelle de la politique des *settlement* ou des deals de justice qui permet au mieux aux centres de décisions de s'acquitter de sommes relativement modiques aux régulateurs comparés aux dommages irréversibles causés par les agissements desdites entreprises pendant des années. Au pire, ces *settlement*s risquent même de devenir de véritables circuits de collusion entre les entreprises transnationales, l'administration, les partis politiques, les entités du secteur non lucratifs, et même les institutions de la justice en engraissant un secteur à but non lucratif qui sert de relais d'influence à des partis comme le parti démocrate américain, et contribue à donner l'image d'un contre-pouvoir aux entreprises multinationales dont elles ne sont souvent que le prolongement. [213]

Plutôt que d'incriminer le principe de maximisation de l'actionnariat, une piste infiniment plus prometteuse pour faire du capital un outil du devenir de nos sociétés seraient de reconsidérer cette autre fiction apparue au XIXe siècle des lois de *General Incorporation* qui transformaient les sociétés commerciales en des êtres dotés de l'immortalité. Le bénéfice exorbitant de la personnalité morale et de la limitation de responsabilité devrait ainsi être assorti d'un terme et d'un mandat, celui de financer un projet que la société s'assigne, avec un degré de contrôle suffisant.

La reconnaissance du préjudice écologique pur

Dans le même ordre d'idée que l'impasse de la responsabilité pénale des personnes morales, un remède juridique à la crise écologique usé jusqu'à la corde par l'écologie croissancielle est celui de l'indemnisation du préjudice écologique pur.

Indissociable de la question des droits de la nature (v. supra), la réparation du « préjudice écologique pur » a été comme une question obsessionnelle depuis les grandes lois des années 1970. À mesure que se multipliaient les catastrophes écologiques de grande ampleur comme les marées noires du *Torrey Canyon*, de l'*Amoco Cadiz*, la pollution du Rhin par le pesticide Endosulfan, la catastrophe de Seveso en Italie et celle de Bhopal en Inde, les accidents nucléaires de Three Mile Island, de Tchernobyl puis de Fukushima, l'évidence s'est imposée que les règles de la responsabilité civile et administrative, imposant un préjudice direct, certain et personnel n'étaient pas adaptées à la réparation des dommages environnementaux, qui sont très souvent indirects, diffus et collectifs. Sous l'effet de ces catastrophes, le droit de l'environnement en gestation a entrepris de réparer des préjudices de plus en plus indirects, impersonnels et incertains.

À l'origine, le droit de l'environnement n'accordait de réparation qu'en présence de préjudices économiques et moraux causés à des personnes identifiées. Il pouvait s'agir de préjudice corporels sanctionnant des dommages aux personnes (par exemple les maladies causées aux personnes impliquées dans les opérations de nettoyage à la suite de marées noires), des préjudices matériels sanctionnant des dommages aux biens (par exemple les pertes commerciales des marins-pêcheurs du fait d'une pollution maritime), des préjudices moraux sanctionnant des dommages aux activités (par exemple l'atteinte à l'image de marque des collectivités territoriales du fait d'une pollution côtière entraînant une baisse de la fréquentation touristique).

Sont venus s'ajouter aux préjudices individuels la volonté de réparer le dommage écologique entendu dans un premier temps comme un dommage collectif dégradant les éléments naturels (eau, air, niveau sonore) au sens des conséquences dommageables de ces dégradations dans l'utilisation que l'homme fait de ces ressources [214]. Il s'agissait de reconnaître, en plus d'intérêts économiques de propriétaires lésés par la destruction

de la nature, que l'homme a un intérêt collectif à la protection de la nature. Cet intérêt collectif est pris en charge par les autorités publiques dans le cadre de leur pouvoir de police administrative, et par les associations de protection de la nature qui remplissent un certain nombre de rôles pratiques, comme la dissémination de l'information et la formation du public, la consultation, la gestion d'espaces naturels protégés, la fourniture d'expertise et de contre-expertise et l'engagement d'actions contentieuses. En France, certaines associations agréées spécialement habilitées par le législateur peuvent même se constituer parties civiles pour défendre un intérêt collectif et ainsi contraindre le ministère public à engager des poursuites. [215]

Mais un pas de plus a été franchi dans la réparation du préjudice indirect et de moins en moins personnel avec la question de l'indemnisation du préjudice écologique pur, c'est-à-dire la réparation de dommages à ce qui n'est pas commercialement évaluable, aux éléments de la nature non appropriés ou appropriables ou, pour reprendre l'expression de Francis Caballero, de dommages causés directement au milieu pris en tant que tel, indépendamment de ses répercussions sur les personnes et les biens. [216]

Au travers de cette notion, il s'agissait d'envisager cette fois-ci des atteintes à une globalité, à un milieu ou une biosphère pris dans leur dimension de réseaux vivants dans lequel interagissent des écosystèmes, eux-mêmes le produits de multiples interactions d'espèces vivantes. Le dommage écologique pur, antichambre des droits de la nature, procède donc d'une reconnaissance de la valeur intrinsèque de la nature, de ses intérêts propres, et non plus seulement des intérêts économiques et collectifs de l'homme.

On peut avancer que c'est ce type de dommage qui a reçu consécration dans la directive européenne 2004/35/CE du 21 avril 2004 sur la responsabilité environnementale. Celle-ci emploie l'expression de « dommage environnemental » qu'elle définit comme une « modification négative mesurable d'une ressource naturelle ou une détérioration mesurable d'un service lié à des ressources naturelles qui peut survenir de manière directe ou indirecte. » Toutefois, l'emploi de l'expression de ressource naturelle et de « service lié à des ressources naturelles » place ce texte plutôt dans la logique d'une valeur instrumentale. Transposée en France par la loi n°2008-757 du 1er août 2008 relative à la responsabilité environnementale, dite loi LRE, cette directive a donné lieu à l'introduction dans le Code de l'environnement français (art. L 161-1 et s.) d'un régime spécial de police administrative organisé autour de l'objectif d'une réparation exclusivement en nature des dommages (aux sols, aux eaux, aux espèces et habitats protégés et aux services écologiques) causés à l'environnement à la charge de l'exploitant.

Confié au préfet, ce pouvoir de police lui permettant de prendre des mesures de prévention ou de réparation en nature repose sur une présomption de responsabilité à la charge des exploitants d'activités présumées dangereuses (qui font l'objet d'une énumération dans la directive et ne concernent que les dommages aux espèces et habitats protégés, et dont sont exclus les dommages résultant d'un conflit armé, d'une pollution à caractère diffus, ou ceux résultant d'un régime spécifique de responsabilité en vertu d'une convention internationale), tandis que les exploitants des autres activités sont soumis à une responsabilité pour faute prouvée.

Mais c'est véritablement avec l'affaire de l'*Erika* que le préjudice écologique pur reçoit une véritable reconnaissance juridique. C'est d'ailleurs cet arrêt qui servira de base à l'introduction dans le code civil (art. 1246 et s.) de la réparation du préjudice écologique pur dans les principes de droit commun de la responsabilité civile par la loi pour la reconquête de la biodiversité du 8 août 2016.

Dans l'affaire *Erika*, les juges de la Cour d'appel de Paris ont défini le préjudice écologique comme « un préjudice objectif, autonome, qui s'entend de toute atteinte non négligeable à l'environnement naturel, à savoir, notamment, à l'air, l'atmosphère, l'eau, les sols, les terres, les paysages, les sites naturels, la biodiversité et l'interaction entre ces éléments, qui est sans répercussion sur un intérêt humain particulier et affecte un intérêt collectif légitime » (CA Paris, 11e chambre correctionnelle, 30 mars 2010, n° 08/02278, p. 427). Par la suite, la loi relative à la biodiversité définit le préjudice écologique comme celui « consistant en une atteinte non négligeable aux éléments et aux fonctions des écosystèmes ou aux bénéfices collectifs tirés par l'homme de l'environnement ».

Ce faisant, la Cour de cassation et le législateur français venaient trancher un conflit en doctrine entre les partisans de la reconnaissance du préjudice écologique entendu comme un droit subjectif et ceux prônant la reconnaissance d'un préjudice objectif à la nature. Pour les premiers, il s'agissait de reconnaître un droit subjectif découlant de la violation du droit d'usage commun que chacun exerce sur la nature en vertu de l'article 714 du Code civil ou du droit à un environnement sain intégré dans la Constitution française par la Charte de l'environnement de 2004. Pour les seconds, il s'agissait de reconnaître un droit détaché de celui qui en demande la réparation, ce qui demandait un effort conceptuel visant à reconnaître l'accession de la nature à la communauté morale en lui reconnaissant un statut de victime.

Immanquablement, la reconnaissance d'une action en réparation d'un préjudice écologique pur pose la question de l'allocation de la réparation, dont le destinataire ne peut être que des personnes parlant au nom de la nature (associations de protection de l'environnement, ministère public). Une façon d'éluder partiellement ce problème est celui, adopté par le législateur français ou par le législateur américain dans l'*Oil Pollution Act*, consistant à privilégier la réparation en nature, c'est-à-dire la restauration de l'environnement dans son état initial ou un état proche. Ceci étant rarement possible, la loi française prévoit d'allouer des mesures complémentaires permettant de fournir un niveau de ressources naturelles ou de services comparables à celui qui aurait été atteint si le site avait été rétabli dans son état initial. Et venant compléter la réparation en nature, ou réparation primaire, la loi prévoit une réparation compensatoire ayant pour objet de réparer les pertes intermédiaires de ressources naturelles et de service survenant entre le dommage et la date à laquelle les réparations.

Ce n'est donc qu'à titre subsidiaire, en cas d'impossibilité de fait ou d'insuffisance des mesures de réparation que le juge pourra accorder des dommages-intérêts qui devront être affectés à la réparation de l'environnement.

Toutefois, comme en témoignent d'ailleurs les multiples limitations insérées dans la directive de 2004, cette reconnaissance apparaît au mieux comme un écran conceptuel destiné à masquer la difficulté de réparer les dommages causés à l'environnement et au pire comme une privatisation de l'environnement par les associations de protection de l'environnement.

Outre les objections formulées supra à la reconnaissance de la personnalité juridique de la nature, reconnaître un régime de réparation d'un préjudice écologique pur n'élude pas la nature des dommages matérialisant le risque écologique qui ont le persistant mauvais goût d'être par définition irréparables, comme l'a fort justement souligné Ewald :

> « [L]es risques écologiques sont des risques dont le dommage associé est proprement irréparable. L'intoxication alimentaire liée aux poissons pollues de Minimata, les pollutions de Seveso ou de l'Amoco Cadiz ne sont rigoureusement pas réparables. Non pas seulement parce que leur ampleur dépasse les capacités financières de n'importe quel organisme d'indemnisation, mais parce qu'ils sont inévaluables dans la mesure où ils portent sur la vie et sa reproduction. Bien sûr, on peut (et on doit) prévoir des dispositifs destinés à couvrir le risque, mais l'indemnisation qu'ils pourront allouer sera de toute façon sans commune mesure avec la réalité du sinistre. L'indemnité en question ne réparera pas le dommage causé ; elle est plutôt de la nature d'un secours, d'une assistance, d'une mise à disposition d'un capital social destiné à permettre le rétablissement de l'activité. Elle s'inscrit dans une logique, non plus de la responsabilité, mais plutôt d'une solidarité élargie, à l'échelle nationale et internationale, où la notion de faute n'a plus de sens. Et lorsque le législateur impose, comme en matière nucléaire, une garantie légale à la charge de l'exploitant, elle n'est jamais qu'une manière de gérer une responsabilité collective. Cela d'autant plus que l'on est dans l'ordre de l'irréparable et de l'irréversible. Le sinistre, ici, n'est plus de l'ordre d'une violence instantanée et ponctuelle que l'on peut éliminer ; il transforme la vie elle-même, le milieu, les équilibres biologiques. Il est, paradoxalement, créateur ! » [217]

Non seulement, comme on l'a vu, la reconnaissance du préjudice écologique pur ne répond pas à la question centrale de la nature irréparable et inévaluable des dommages associés au risque écologique, mais sa nature, comme l'expose Ewald, est de permettre aussi vite que possible le rétablissement de l'activité, c'est-à-dire le même mécanisme entropique qui conduit au dommage en premier lieu. La même leçon peut être appliquée à la reconnaissance du crime d'écocide.

La reconnaissance du crime d'écocide

Dans le prolongement du préjudice écologique pur et de la reconnaissance du statut de victime de la nature en tant que personne, on retrouve le projet d'incrimination du crime d'« écocide » et le concept voisin de « sûreté de la planète ».

Le crime d'écocide est défini comme les « crimes les plus graves commis contre l'environnement qui, en temps de paix, comme en temps de conflit armé, portent atteinte à la sûreté de la planète [218] ».

Né dans la décennie 1970 sous la plume du botaniste et militant pacifiste américain Arthur Galston pour condamner les effets de l'utilisation par les troupes américaines de l'agent Orange lors de la guerre du Vietnam, l'écocide a vraiment resurgi dans la décennie précédente, notamment à l'occasion de l'initiative citoyenne européenne « End Ecocide on Earth » qui a porté un projet d'amendement du statut de Rome de la CPI pour

faire entrer dans son mandat la répression de l'écocide, y compris en temps de paix. [219]

Devant le constat d'une inapplication ou d'une difficulté à mobiliser les textes du droit international humanitaire afin de protéger l'environnement, de nombreuses voix ont réclamé la reconnaissance d'une incrimination autonome d'écocide afin de faire accéder la « sûreté de la planète » au rang de valeur commune protégée sur la scène internationale.

Parmi les projets les plus sérieux, on retiendra notamment le projet de Pacte Mondial pour l'environnement et le rapport remis par Laurent Neyret au garde des sceaux français en 2015 qui définit l'écocide comme un « acte intentionnel commis dans le cadre d'une action généralisée ou systématique et qui porte atteinte à la sûreté de la planète », et qui serait applicable en temps de paix comme en temps de guerre. Relevant de la catégorie des crimes internationaux les plus graves, le crime d'écocide se verrait ipso facto appliquer le régime spécifique des crimes supranationaux, emportant son caractère d'imprescriptibilité et la reconnaissance d'une compétence pénale universelle.

Il a aussi été envisagé de créer un Procureur international de l'environnement pour venir au soutien des poursuites engagées par les États nationaux, et même de confier le jugement des écocides à une Cour pénale internationale de l'environnement, ou encore de créer une sorte d'Interpol de l'environnement nommé groupe de recherche et d'enquête pour l'environnement (GREEN) compétent pour constater les crimes environnementaux.

L'écocide a aussi été porté comme revendication des tribunaux sur le climat mis en place par Oxfam en 2009, qui sont des tribunaux d'opinion, et du tribunal pour les crimes contre la nature et le futur de l'humanité, fondé à Quito en 2012 sur la base d'un appel lancé lors de la conférence Rio+20, auquel se sont rallié des personnalités comme Edgar Morin, Eva Joly, Alfredo Pena-Vega et Michel Prieur, entre autres.

Comme le révèlent les déclarations de la juriste française Valérie Cabannes, le crime d'écocide, s'il venait à dépasser le barrage de l'opposition des industries extractives, risquerait fort d'être une de ces mesures purement symboliques en raison de la concentration excessive sur l'objectif de fonder un chef de responsabilité pénale des personnes morales, dont on a souligné l'impasse… à moins qu'il ne s'agisse d'instituer un mode de dotation des associations de protection de l'environnement au travers d'une politique d'amendes et de « deals de justice ».

Que dire de cet énorme foisonnement conceptuel autour de la responsabilité

En fait, derrière l'extrême foisonnement de créations conceptuelles destinées à adresser le besoin de répondre d'urgence à la crise environnementale, le plus souvent d'ailleurs réduit à sa seule dimension climatique, on peut dire que peu de choses ont changé depuis l'article écrit par François Ost en 1994 sur « le droit de l'environnement envisagé comme un labyrinthe dont le minotaure est le spectre de son ineffectivité ». Voici d'ailleurs ce que disait le même Ost dans une conférence en 2019 intitulée Quel droit de l'environnement pour le XXI[e] siècle :

> « Face au péril écologique, la situation actuelle est paradoxales. D'un côté, nous avons assisté depuis cinquante ans à une multiplication de textes. Mais cinquante ans après la déclaration de Stockholm, la situation a empiré : des seuils d'irréversibilité ont été dépassés et d'autres sont en

> passe de l'être. Cette crise fait aujourd'hui peser un risque systémique sur toutes les institutions (guerres de l'eau, rareté de l'eau). Personne n'ignore le degré relatif d'effectivité des principes environnementaux (par ex., l'article 15 du Pacte Mondial pour l'Environnement rappelle qu'il faut des normes efficaces).
> En même temps, nous observons une radicalisation des analyses par les spécialistes et une diversification des propositions, de sorte que la situation actuelle est caractérisée par une juxtaposition de textes et d'objectifs virtuellement contradictoires. »

Et Ost de conclure :

> « Nous vivons dans un non-dit fondamental, celui des limites du capitalisme de marché et de l'idéologie de la croissance. Il est impossible de traiter comme infinies les ressources d'un monde fini [220] ».

Toutefois, même François Ost, qui reconnaît que le droit de l'environnement se condamne à l'ineffectivité s'il ne s'attaque pas à l'imaginaire croissanciel, évite de prononcer le mot qui fâche, celui des techniques. Certes, des innovations conceptuelles comme les droits de la nature, la reconnaissance du crime d'écocide, la responsabilité aquilienne des États du fait de leur inaction dans le traitement de la crise climatique signalent que nous avons évolué en l'espace de quelques décennies de l'idée que les nuisances, les accidents et les pollutions sont un inconvénient normal du voisinage industriel. Mais paradoxalement, pour reprendre l'expression de Simon Charbonneau dans son livre de 1990, nous demeurons par l'oubli de la technique soumis à « l'idée implicite est que notre société est engagée historiquement sur la voie de l'industrialisation et de l'urbanisation. [221] »

Bien davantage, et le Covid en a apporté la preuve éclatante, nos références juridiques demeurent, du fait du non-dit de la technique, malgré l'explosion conceptuelle du droit de l'environnement, tout aussi désemparées aujourd'hui qu'en 1990 devant la nécessité de « concevoir la réparation des dommages subis par les générations futures et comment faire face au dommage irréparable, autant de questions auxquelles il faudra bien un jour commencer à répondre [222] ».

III.1) Les propositions de Simon Charbonneau

Simon Charbonneau est sans doute le seul juriste en droit de l'environnement à s'être aventuré à formuler des propositions abordant de front la question de la technique au travers de l'institution de la responsabilité.

Dans son ouvrage datant de 1990 intitulé *La gestion de l'impossible*, Charbonneau formulait très simplement que la généralisation de la responsabilité fondée sur le risque opérée à la fin du XIX[e] siècle sous couvert de l' « alibi de la protection des victimes » trouvait en fait sa véritable raison d'être dans la volonté de graver dans le marbre de la loi « la valeur inattaquable de l'entreprise technicienne ». L'éclipse de la faute au profit du risque participait en effet du courant culturel moderne incitant à une « dissolution principielle de la libre responsabilité des actes d'un sujet ». La faute, écrit Charbonneau, « serait inconsciemment éliminée en matière de dommages d'origine technologique car elle porte

intrinsèquement en elle la dimension de la condamnation morale [223] ». En d'autres termes, la généralisation de la responsabilité pour risque et l'indemnisation automatique vers laquelle elle tend Toute référence à la faute en matière d'accident ou de pollution pose en effet immanquablement la question de « la légitimité même de la Technique et de la Science comme fondements idéologiques de notre société ».

Et Charbonneau de prôner une redécouverte de la faute constituée par le défaut de maitrise de la technique. En guise d'introduction à ses solutions, voici comment Charbonneau posait le problème :

> « [A]vec les progrès de la sécurité et de la prévention des pollutions, la probabilité d'occurrence de l'évènement redouté diminue, mais les dommages potentiels aggravés par la puissance des techniques utilisées peuvent s'avérer irréparables pour l'environnement. Comment introduire la faute dans une telle problématique qui, dès le début, a été celle de l'énergie nucléaire mais qui par la suite s'est étendue à la chimie et aux biotechnologies ? Jusqu'à présent, il n'y a eu sur cette question aucun débat entre les juristes mêmes spécialisés et les réponses existantes tournent autour d'un aménagement de la responsabilité pour risque. L'ampleur des dégâts que peut engendrer les dérapages de la Technoscience ne peut bien entendu se contenter d'une réponse juridique aussi pauvre. La responsabilité pour risque est certes fort bien adaptée aux catastrophes naturelles, mais il n'en est pas de même des catastrophes technologiques qui sont forcément l'œuvre de l'homme lui-même. Nul ne peut dans ce cas invoquer la fatalité car il y a, à l'origine, une prise de risque décisive. Se pose alors le problème du risque inacceptable qui a été pris avec ou sans le consentement de la population. Compte tenu des dérives actuelles de la Technique et des enjeux qui en découlent, on peut imaginer une restauration de la faute permettant de rester fidèles aux fondements moraux de la responsabilité. La faute résiderait alors dans la faillite même du système technique car compte tenu de la gravité des conséquences potentielles, les victimes étaient en droit d'attendre une sécurité proche de la perfection. Autrement dit, en matière de risque technologique, la réparation devrait être fondée sur la présomption de faute de l'inventeur, du producteur, de l'exploitant et l'autorité administrative chargée du contrôle, tous participant au respect de l'obligation de sécurité. La puissance actuelle des techniques mises au point et en œuvre est telle que, plus que jamais, la responsabilité de l'homme se trouve engagée vis-à-vis des générations actuelles et à venir. L'anonymat des grandes organisations publiques ou privées qui sont à l'origine du développement de ces techniques dangereuses pour l'humanité comme pour l'environnement ne doit pas faire illusion : il y a bien eu des prises des décision au niveau de la recherche comme de la gestion de ces techniques, des hommes ont dépensé de l'énergie et de l'argent pour en arriver là ; il est normal qu'ils répondent de leurs actes devant la justice : le risque ne doit pas effacer la faute.

> Bien entendu, il doit y avoir dans ce raisonnement un paramètre modulateur, c'est celui de l'acceptation du risque. Dans l'hypothèse du risque imposé à la population, celle-ci n'ayant pas été amenée à se prononcer en connaissance de cause, hypothèse la plus fréquente à l'heure actuelle, la faute constituée par le défaut de maitrise de la technique sera dans ces conditions relativement facile à prouver devant le juge. Par contre, dans l'hypothèse où il y a bien eu prise de risque délibéré de la part des victimes, il est évident que la problématique change du tout au tout [...] Dans cette dernière hypothèse, qui est celle d'une prise de risque individuelle ou collective délibérée, la responsabilité pour risque retrouve tout son sens : la faute perd en partis sa raison d'être. C'est pourquoi si au départ le risque a été accepté clairement ou non par les intéressés me semble essentiel pour déterminer le fondement de la responsabilité intervenant dans le processus de réparation des dommages d'origine technique. Dans la majorité des cas, la Technique engage les populations dans une voie dangereuse sans aucun débat contradictoire préalable' c'est pourquoi aujourd'hui la faute en tant que concept juridique doit être repensée et restaurée afin que la responsabilité de l'homme fondée sur la « liberté de la volonté » ne soit pas vidée de son sens. [224] »

Nullement incompatibles avec un certain nombre d'armes conceptuelles proposées par les spécialistes de droit de l'environnement comme la consécration de l'écocide, le constat de Charbonneau a l'avantage d'intégrer à la réflexion sur les solutions juridiques à la crise écologique une réflexivité du droit qui lui manque sur les techniques que nous utilisons. À la différence des mécanismes de responsabilité envisagés par les nouveaux concepts de droit de l'environnement qui finissent tous au mieux par se noyer dans le mirage de la responsabilité pénale des personnes morales et constituent un prolongement du « droit de polluer », moyennant l'acquittement d'une réparation-taxe conditionnement la délivrance d'un permis de polluer, déjà en germe dans les fondements juridiques du droit de l'environnement, Charbonneau veut faire du droit un outil orienté vers la question de l'acceptabilité du risque technique.

Comme l'a révélé la crise du Covid, et la façon dont a été presque complètement occultée la question de son origine très probable, dans le défaut de maitrise de la technologie du gain de fonction, le problème auquel nous faisons face n'est pas l'absence de conscience des périls que font peser une action humaine sur l'environnement présentée de façon abstraite rappelant la vision gnostique du péché originel. Il est celui de la conscience, qui présuppose la connaissance, des effets réels des techniques que nous employons sur la possibilité de la vie humaine sur terre, et partant du seuil acceptable de l'utilisation de ces techniques au regard de l'objectif de permettre la reproduction de la vie. Comme l'expose Charbonneau, malgré un droit de l'environnement pléthorique, la gestion du risque technique, comme le démontre si besoin en était la presque complète ignorance dans laquelle est maintenue l'opinion mondiale sur la technique du gain de fonction demeure complètement opaque et les citoyens sont toujours placés devant le fait accompli sans avoir participé à autre chose qu'un simulacre de débat public préalable à la prise de décision. Celle-ci, poursuit Charbonneau, demeure le pré-carré des experts de l'administration, de l'industrie et de la recherche qui négocient entre eux pour établir les normes aux plans nationaux, européen et international. Les risques demeurent défini paramètre par paramètre sans une prise en compte réelle des phénomènes de synergie qui peuvent induire des pollutions spectaculaires et imprévisibles.

Pire, soulignait Charbonneau en 1990, des secteurs essentiels au système industriel moderne comme celui de la recherche scientifique échappent à tout encadrement juridique, ou peuvent être contournés par le *law shopping* de la mondialisation, comme l'a encore montré l'exemple du gain de fonction. La recherche demeure encastrée dans les circuits économiques et des recherches sont menées chaque jour sans réels garde-fous juridiques, et partant sans aucun contrôle démocratique. De ce point de vue, le Covid a considérablement aggravé la situation en instituant une censure mondiale du débat scientifique de tout ce qui dévie de l'orthodoxie sanitaire reposant autour du triptyque confinement/masques/vaccins.

Faisant le constat que, depuis la déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen de 1789, les agressions contre l'homme ont changé de nature, et ne résident plus tant dans le pouvoir politique, Charbonneau faisait du premier défi auquel nos sociétés font face celui du « développement autonome de la Science, et de sa fille, la Technique », qui « ne concerne plus seulement la vie biologique, mais touche maintenant à ses fondements spirituels, avec la naissance de l'informatique et des manipulations génétiques. » [225] Ainsi, vingt-trois ans avant la réforme constitutionnelle de 2004 et l'ajout à la Constitution de la V^e^ République du droit à un environnement sain, Charbonneau mettait en garde contre la vacuité d'une telle déclaration, au motif qu'un tel droit, formulé de manière trop générale, passerait à côté des racines du mal. Tout comme les réformateurs de la première moitié du XX^e^ siècle avaient entrepris de donner aux droits sociaux, comme la seconde génération des droits figurant dans le préambule de la Constitution de 1946, un statut constitutionnel sans remettre en question le travail industriel, Charbonneau doutait de la formulation d'un seul droit à « répondre à la plurivocité des menaces nées du développement technique et économique [226] ». En lieu et place de ce droit, Charbonneau avait formulé la nécessité de trois nouveaux droits fondamentaux répondant chacun à une catégorie spécifique de problèmes posés par la société technicienne. Ces droits sont respectivement le droit au moratoire sur les innovations techniques à haut risque social et écologique (A), le droit à la contre-expertise (B), et le droit aux racines (C).

A. Le droit au moratoire sur les innovations techniques à haut risque social et écologique

Mettant en garde contre un ensemble de critiques simplistes auxquelles nous sommes devenus habitués dès qu'est envisagé l'idée d'une limite au déferlement technique, Charbonneau indique que ce droit n'a pas vocation à condamner la technique, mais à placer une limite sur son développement autonome, afin de redonner à l'homme le contrôle sur une réalité qui lui échappe. Il entendait faire de ce droit un droit opposable par les individus et les collectivités aux pouvoirs publics dont l'essentiel est le bouleversement des habitudes de penser et d'agir héritées de la première Révolution industrielle consistant dans un « mécanisme sociologique redoutable de diffusion automatique des découvertes scientifiques et techniques [227] ».

Charbonneau fondait ce droit sur une notion de « dommage irréparable » qu'il empruntait à la jurisprudence du Conseil d'État français en matière de sursis à exécu-

tion des décisions administratives. Une notion que Charbonneau étendait à une nouvelle échelle par une référence à une « atteinte au patrimoine de l'humanité » afin de prendre en considération le fait que le dommage écologique transcende les frontières temporelles et spatiales en portant atteinte non plus seulement à des communautés particulières, mais aussi aux générations à venir.

Le droit au moratoire pourrait s'exercer en amont, au stade de la recherche fondamentale ou appliquée afin de poser les dangers de dommages irrémédiables qui peuvent le cas échéant résulter de recherches, ou en aval, au stade de la mise au point de techniques industriels et d'équipements collectifs. À ce stade, il s'agirait de donner une voix à des catégories socioprofessionnelles menacées d'obsolescence. Encore une fois, il s'agit d'empêcher l'engagement dans des voies techniques irréversibles, d'empêcher l'engagement dans un développement technique autonome devenant finalement incontrôlable.

Dans son régime, Charbonneau bornait ce droit par une limite prudentielle en envisageant que l'intérêt à agir en vertu de ce droit soit limité aux victimes du progrès technique (individus mis au chômage par l'adoption de nouvelles techniques, particuliers menacés dans leur cadre de vie par l'implantation d'équipements sans équivalent etc.).

Anticipant le reproche de l'indétermination sur les conséquences humaines ou écologiques, Charbonneau envisageait de limiter la possibilité d'un moratoire à des situations où le doute est « trop fort ou certains risques trop importants pour la génération actuelle ou celle à venir », et dans le cas d'ignorance complète sur les dangers, à priver de la possibilité d'avoir recours à un moratoire. Il ne s'agirait dès lors nullement d'un droit destiné à brider la recherche, mais d'introduire un droit fondamental à avoir un débat démocratique en amont des choix technologiques ouvert sur des choix technologiques, un droit fondamental qui ne pourrait être envisagé sans la reconnaissance d'un autre droit fondamental, que Charbonneau nommait le droit à la contre-expertise.

B. Le droit à la contre-expertise

Afin de prémunir contre la substitution de la norme technique à la norme juridique et à la hiérarchisation des fonctions entre l'homme de science et l'homme de droit, Charbonneau envisageait un droit fondamental à la contre-expertise.

Comme l'a en effet abondamment démontré la crise du Covid-19, le recours à l'expert est impératif dans tout problème de gestion technique, mais ce recours comporte de fortes potentialités de détournement à des fins politiques. Or ce recours à l'expert n'est pas suffisamment encadré par le public, à l'image de l'usage de la procédure du « débat public », prévue par l'article L.121 et suivant du Code de l'Environnement français. Organisé sous l'égide de la Commission Nationale du Débat Public (CNDP), ce débat intervient en effet alors que les prises de risque collectif avaient déjà été autorisées ou acceptées. De même, l'article du décret d'application de la loi du 10 juillet 1976 sur la protection de la nature, qui confie l'étude d'impact environnementaux au maître d'ouvrage demeure inchangé dans le code de l'environnement.

Pour remédier à cette poursuite de la politique du fait accompli dans le débat technique, Charbonneau envisageait un droit à la contre-expertise indépendante qui serait envisagé comme le prolongement des droits de la défense au domaine scientifique et technique. À cette fin, Charbonneau envisageait des institutions de contre-expertise indépendantes qualifiée par lui de « magistrature technique » dotées de la personnalité

morale et d'un budget autonome qui assureraient la charge de services d'études et de laboratoires chargés de contrôler la validité des études d'impact et autres documents scientifiques produits par l'administration et l'industrie. Ces institutions pourraient être saisies à la manière d'une juridiction sur des questions allant des conditions de travail aux risques de surveillance. Il s'agirait de simplement dépasser le stade de l'information des parlementaires ou des administrations sur les choix technologiques représentés entre autres, par l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques (OPECST) en France ou l'*European Parliamentary Technology Assessment* (EPTA), qui est un réseau d'organismes consultatifs d'évaluation des choix technologiques ou encore le défunt *Office of Technological Assessment* américain, qui a existé entre 1974 et 1995 avant d'être dé-financé par le congrès américain. Il s'agirait de créer de véritables services publics de contre-expertise technique dont le risque capture par les réseaux d'experts encastrés dans les circuits économiques pourraient être contenus par la proclamation qu'ils reposent sur la proclamation d'un droit fondamental à la contre-expertise technique.

C. Le droit aux racines

Enfin, Charbonneau proposait une reformulation du droit à l'autodétermination qu'il nommait droit aux racines. Il l'entendait comme un droit invocable par les populations autochtones menacées par des projets d'équipement ou de restructuration, qu'il s'agisse par exemple de fermetures d'usines locales, du départ d'agriculteurs en ville ou de la fermeture de services publics en milieu rural.

Un tel droit aux racines pourrait aujourd'hui trouver une utilité particulière en tant que droit fondamental des communautés locales à choisir le capital qu'elles entendent associer à leur développement. Corollaire de l'autogouvernement et des revendications portées par les communautés du *Rust Belt* (v. supra), un tel droit pourrait constituer un rééquilibrage des droits des communautés vis-à-vis de ceux des investisseurs internationaux (v. supra) en situation de se placer hors de l'emprise des droits nationaux, ou au contraire de bénéficier des mêmes protections que celles qui devraient être réservées aux individus.

Chapitre VIII

Le devoir de réparer comme remède à l'obsolescence programmée

Au détour d'une conversation avec un marin américain en 1831, Tocqueville avait saisi le lien profond entre la foi dans le progrès et l'obsolescence programmée : « Je rencontre un matelot américain, et je lui demande pourquoi les vaisseaux de son pays sont construits de manière à durer peu, et il me répond sans hésiter que l'art de la navigation fait chaque jour des progrès si rapides que le plus beau navire deviendrait bientôt presque inutile s'il prolongeait son existence au-delà de quelques années. » [228] Plus d'un siècle et demi avant la théorisation par les gourous de la Silicon Valley de la « disruption », la « mauvaise qualité » en tant que corollaire de la foi dans le progrès entendu comme une « succession de ruptures et de discontinuités », comme l'affirme Matthew Crawford, était donc déjà intériorisée par l'homme de la rue américain. [229]

Cette prédisposition de longue date à l'obsolescence programmée dans la psyché de l'homme moderne fait prendre conscience du caractère désinvolte de l'initiative du législateur français en 2015 lorsque celui-ci a créé un délit d'obsolescence programmée codifié à l'article L441-2 du Code de la Consommation. En faire un délit revient à réduire le champ de vision sur la pratique en camouflant en effet pervers de la société de croissance un des principes qui la sous-tend ontologiquement, celui de l'obsolescence économiquement planifiée des objets et des hommes. L'obsolescence programmée n'est pas un complot ourdi en silence par des esprits mal intentionnés, mais un des principes cardinaux sur lesquels repose non seulement la production de presque tout ce qui entoure l'homme contemporain, mais aussi la manufacture des désirs des consommateurs.

Car si l'obsolescence programmée des vaisseaux de la marine américaine était déjà aussi naturelle que l'air qu'il respirait pour l'américain ordinaire de 1831, elle est par la suite devenue un principe codifié du fonctionnement du capitalisme de consommation au moins depuis les années vingt avec le sloanisme. Du nom d'Alfred Sloane, le fondateur de General Motors, le sloanisme est venu supplémenter les innovations du management scientifique et du fordisme dans la production par l'institution d'un certain nombre de principes fondateurs du marché de masse à la consommation. Il instituait notamment le changement annuel de modèle, l'amélioration constante des produits, l'association du produit à un statut social et codifiait l'obsolescence programmée sous le nom d'obsolescence dynamique. Il s'agissait d'inculquer un appétit de changement illimité chez le consommateur en produisant une insatisfaction vis-à-vis des modèles passés en comparaison des nouveaux. Comme l'avait analysé, entre autres, Christopher Lasch, de la même façon que la socialisation taylorienne et fordienne de la production avait rendu les gens dépendants du marché de l'emploi et redéfini le travail comme le moyen de se procurer des satisfactions extérieures à lui, le sloanisme avait pour objet de resocialiser les individus en consommateurs. En vertu de ces principes, tout comme l'employé salarié est resocialisé comme un rouage d'un mécanisme de production qu'il ne contrôle pas, le consommateur est conditionné par des normes comportementales déterminées en-dehors de lui, notamment par la propagande publicitaire, afin de fétichiser des marchandises qu'il n'a pas produites, dont il ne sait pas comment elles l'ont été et dont il parvient même à perdre de vue les raisons pour lesquelles il les désire.

Il s'ensuit un véritable changement de paradigme dans le rapport à la norme, qui n'a plus pour objet, comme l'avait analysé Günther Anders, de fabriquer un monde, mais de naturaliser l'obsolescence généralisée qu'implique le fonctionnalisme machinique de la société de croissance. [230] Comme on peut l'observer avec l'inquiétant phénomène de masse des *hoarders* aux États-Unis [231], ou avec la récupération par Netflix du phénomène Marie Kondo [232] l'obsolescence programmée est au cœur d'une conception de l'économie qui ne peut continuer à prospérer que si les produits qu'elle génère sont économiquement planifiés pour être désuets. La production organise le « meurtre sciemment prémédité » de ses produits » parce qu'il faut entretenir l'illusion que le monde humain s'effondrera s'il cesse d'être asservi à une économie dont le propre est de croître comme un feu, comme une sorte de Baal demandant de plus en plus de sacrifices. Ce Baal moderne, c'est la société technicisée à outrance, où l'homme qui consomme des produits qui ne lui procurent plus aucune expérience pratique, est au fond dépossédé de tout sentiment véritable d'appropriation en raison d'une « livraison de produits qui nous privent et nous rendent incapables d'expérience [233] ».

Le fait de consommer des produits interchangeables et éphémères conçus pour faire échapper l'homme à tout rapport pratique avec la nature, redéfinit profondément la liberté humaine. Celle-ci n'est plus une liberté active entendue comme un engagement actif avec le monde extérieur mais elle est redéfinie comme une liberté passive consistant à s'en protéger. Il s'agit d'un rapport narcissique au monde au sens où l'entendait Freud selon lequel le narcissique s'exclut symboliquement du monde pour ne pas s'y confronter. De ce point de vue, l'obsolescence des objets opère un constant rappel de la propre obsolescence de l'homme et de sa conclusion logique qu'être libre dans le monde socialement agnostique de la société de croissance pour paraphraser de nouveau Anders, c'est accepter, sans ménagement possible, la condition d'obsolescence. L'impératif catégorique de l'obsolescence entretient en effet présent dans la psyché de l'individu contemporain que, comme les produits qu'il consomme, il n'est qu'un homme parmi d'autres, dont la valeur tient dans sa résignation, voire son enthousiasme, à sa condition éphémère, ou plus exactement à l'idée qu'il est né à la seule fin de mourir. L'humanité qui traite le monde en tant que « monde-à-jeter » selon l'expression d'Anders, se traite elle-

même comme une « humanité-à-jeter ». La mort n'est plus entendue comme la conclusion de la vie, mais comme le but vers lequel elle tend, d'où l'obsession contemporaine pour la repousser sans cesse, fût-ce en sacrifiant ce qui fait qu'une vie vaut d'être vécue comme on l'a vu avec la grande peur du Covid. Paradoxalement, la quête d'immortalité du projet transhumaniste et posthumaniste transforme la mort en un projet de vie, potentiellement éternel.

Au vu de la centralité dégagée par Anders de l'obsolescence dans l'économie croissancielle, y a donc un côté pour le moins paradoxal dans l'initiative du gouvernement français consistant à pénaliser l'obsolescence programmée par la loi sur la transition énergétique pour la croissance [sic] verte. Cette loi qui prétend promouvoir l'idée d'une économie circulaire est en fait un exemple de plus de ces législations décoratives chargées de jeter un voile pudique sur l'une des tendances lourdes d'un modèle économique croissanciel en présentant le malaise qu'il génère comme trouvant sa source dans des écarts isolés de conduites de mauvais acteurs sanctionnables par des mesures de circonstance pratiquement inapplicables. Cette méthode n'est pas nouvelle. Présenter comme des méthodes déviantes, comme le fruit de l'action d'esprits maléfiques agissant dans l'ombre une pratique pourtant universelle, constitutive d'un système, est précisément l'expression même du camouflage chez Günther Anders, qui ne signifie pas l'abdication devant la tâche d'expliquer des phénomènes opérant dans l'invisible mais « des amplifications qui étouffent la voix de la vérité [234] ». Il s'agit d'un mode de gouvernement éprouvé des régimes en train de vaciller sur leurs bases. Pénaliser l'obsolescence programmée, c'est-à-dire la soumettre au régime impossible du fardeau de la preuve pénale, est un peu comparable à ces assemblées décrites par Tocqueville dans L'ancien régime et la Révolution, « composées tout entières de propriétaires exempts de la taille, lesquels entendaient bien continuer à l'être, [qui] n'en peignaient pas moins des couleurs les plus noires les maux que cette taille infligeait aux pauvres. » Et Tocqueville de poursuivre : « Ils composaient de tous ses abus un tableau effroyable dont ils avaient soin de multiplier à l'infini les copies [235] ».

Comme l'expose Anaïs Michel dans un article récent, la problématisation de l'obsolescence programmée impose de quitter la ligne de fracture binaire entre producteurs responsables et consommateurs victimes pour l'analyser comme un phénomène plus global, trouvant sa source non seulement dans le comportement des producteurs, designers, publicitaires, mais aussi de ceux qui les vendent, les achètent et les utilisent. [236] Le terme même d'obsolescence programmée, organisée, ou planifiée serait à cet égard trompeur, dans la mesure où il escamoterait le rôle des autres acteurs économiques que le producteur, notamment le consommateur. Elle lui préfère donc le terme d'obsolescence « prématurée » qui permet de couvrir toutes les facettes du phénomène d'obsolescence des produits et services. Nous lui préférons encore davantage les termes d'obsolescence programmée ou économiquement planifiée, qui traduisent mieux que le terme de « prématurée » les fondamentaux cybernétiques de notre système économique. La doctrine qui s'est penchée sur le sujet en a distingué au moins cinq types distincts qui peuvent être cumulatifs. Le premier est l'obsolescence matérielle, qui inclut les cas de produits munis d'un dispositif électronique bloquant la durée d'utilisation d'un produit au bout d'une durée d'utilisation bien précise [237], ceux fabriqués volontairement avec une composante plus fragile [238], ou encore les produits pour lesquels les pièces détachées sont virtuellement inaccessibles [239]. Une seconde forme d'obsolescence programmée est l'obsolescence technologique par l'incompatibilité ou la non-disponibilité des pièces de rechange et accessoires ou le constant renouvellement des systèmes d'opération qui finissent par rendre toutes les fonctionnalités d'un smartphone inutilisables [240]. Une troisième forme est celle de l'obsolescence économique, lorsque le prix de réparation ou d'entretien dépasse le prix du remplacement. Une quatrième forme est celle de l'obsolescence réglementaire qui consiste, comme son nom l'indique, à limiter la durée de vie de certains biens par la réglementation. Celle-ci peut être liée à des changements technologiques (par exemple le changement du parc des téléviseurs avec le passage de l'analogique au numérique) ou de sécurité (interdiction ou limitation de certaines substances dangereuses). Dans cette rubrique, on trouve même une obsolescence écologique, qui pousse le consommateur à renouveler un appareil sous prétexte qu'il consommera moins. Et enfin, on observe une obsolescence psychologique ou d'évolution, consubstantielle de l'accélération des phénomènes de modes, qui tend à rendre les produits peu attrayants ou insatisfaisants aux yeux des consommateurs.

Dans le détail, la loi française est problématique à maints égards. Dans son contexte tout d'abord, dans la mesure où elle s'insère dans le cadre d'un Programme National de Prévention des Déchets 2014-2020, qui s'inscrit lui-même dans l'intégration dans le droit français de l'article 29 de la Directive 2008/98/CE en matière de déchets, justifié par les articles 4 et 22 de la Directive 2012/19/UE. Réduire l'obsolescence programmée à une question de réduction des déchets n'aborde le phénomène d'obsolescence des produits que sous l'angle de la valeur d'usage, et occulte complètement sa dimension propédeutique de préparation des conditions mentales à un monde jetable.

Dans la définition donnée des pratiques incriminées ensuite. L'article L 441-2 du Code de le Consommation définit la pratique d'obsolescence programmée comme étant « le recours à des techniques, par lesquelles le responsable de la mise sur le marché d'un produit vise à en réduire délibérément la durée de vie pour en augmenter le taux de remplacement ». Comme l'expose Anaïs Michel, le choix des mots « obsolescence programmée » et « délibérément », et les limitations par rapport au texte initial pour lequel avait opté l'Assemblée Nationale [241] font présumer que l'intention du législateur a été de limiter le champ d'application de l'article aux seuls cas d'obsolescence matérielle des produits.

Et dans son régime de preuve enfin. Selon l'article L 441-2 du Code de la Consommation, il incombe en effet au consommateur de rapporter la preuve 1) de la réduction de la durée de vie du produit, 2) de l'intention délictueuse du professionnel, et 3) du mobile consistant en l'augmentation de la fréquence de remplacement du produit. Il lui incombe donc, en premier lieu, de démontrer de manière objective la durée de vie moyenne, ou durée de vie normative définie par les autorités normatives comme l'ADEME en la comparant à leur durée de vie réelle, ou « durée d'usage », ce qui implique un recours à de lourdes expertises couteuses en plus de l'accès à des informations auxquelles le consommateur n'a en général pas accès. Si le consommateur ou une association de consommateurs parvient à surmonter cet obstacle, il doit ensuite rapporter la preuve de l'élément moral du professionnel, c'est-à-dire de sa connaissance de la mauvaise qualité du produit, qui n'est pas moins un chemin encombré d'embûches, particulièrement en l'état d'une conception de la preuve en justice qui devient de plus en plus littérale, reposant sur la recherche du « smoking gun » (pistolet fumant) et rejetant de plus en plus la méthode du faisceau d'indices, accusée de convoquer la subjectivité des

juges dans un monde en demande de plus en plus croissante d'objectivité incontestable. Enfin, le plaignant ou les autorités de poursuite doivent rapporter la preuve du mobile de la pratique, c'est-à-dire qu'ils doivent rapporter la preuve d'une stratégie commerciale ayant spécifiquement pour objet d'augmenter le taux de remplacement du produit. Dans la mesure où il s'agit de la stratégie commerciale inavouée de la fabrication de tous les produits de consommation consistant en une réduction constante des coûts de production pour offrir au consommateur des produits au plus bas coût possible, cette preuve apparaît bien impossible à rapporter. En conclusion, le législateur français a créé un délit concernant potentiellement tous les produits manufacturés en série qui ne peut fonder des poursuites qu'à l'encontre de professionnels qui seraient assez fous pour avouer publiquement la mise sur le marché de produits délibérément conçus pour être de mauvaise qualité à la seule fin d'augmenter leur fréquence de replacement. On ne saurait trouver de meilleur exemple de camouflage au sens qu'en donne Anders. [242]

Le législateur français n'est pas le seul à s'être intéressé à la question qui est abordée par l'objectif n°12 du Sommet du développement durable de 2015 consacré aux modes de production et de consommation responsables [243]. L'Union Européenne n'est pas non plus en reste dans son plan d'action sur l'économie circulaire de 2015, [244] dans son projet Horizon 2020 [245] et dans son plan d'action pour le pacte vert européen, qui prévoit de d'examiner la nécessité d'un «droit à la réparation» et luttera contre l'obsolescence programmée des appareils, en particulier dans le domaine de l'électronique [246]. Embrayant le pas à ce plan d'action, le Parlement Européen a adopté une résolution le 25 novembre 2020 comportant de nombreuses recommandations détaillées en vue d'un dispositif juridique de lutte contre l'obsolescence programmée [247]. Ces recommandations comportent pour l'essentiel des obligations d'information précontractuelle et d'étiquetage renforcées prenant en compte la durée de vie des produits et leur réparabilité et d'alignements de la durée des garanties juridiques sur la durée de vie des produits. Mentionnons encore la Directive Ecoconception [248], les écolabels, la Directive sur la garantie des biens de consommation [249] et la Directive sur les pratiques commerciales et déloyales [250], qui ont toutes été envisagées par des commentateurs comme offrant des moyens de lutter contre l'obsolescence prématurée [251]. Selon Anaïs Michel, en application de la Directive de 2005 sur les pratiques commerciales et déloyales, un professionnel qui adopte une stratégie commerciale rendant ses produits prématurément obsolètes s'expose « incontestablement » à des sanctions sur le fondement de la directive selon le système en cascade à 3 échelons prévu à son article 5 [252]. C'est d'ailleurs sur le fondement de la loi intégrant cette directive dans l'ordre juridique italien que l'autorité italienne de la concurrence a considéré que les pratiques utilisées par Apple et Samsung dans la mise en œuvre des mises à jour de leurs smartphones, qui entrainent une diminution de la performance et de la rapidité des appareils, étaient trompeuses et agressives, entrainant à terme la nécessité pour le consommateur de remplacer le produit. [253] Toutefois, le montant ridiculement faible des amendes infligées à ces géants de l'industrie électronique (respectivement 10 et 5 millions d'Euros), l'absence de mention à l'annexe I de la directive de 2005 de l'obsolescence programmée parmi les pratiques proscrites et dans les lignes directrices de 2016 relatives aux pratiques commerciales déloyales, et le caractère fragmenté, vague et évasif des termes consacrés aux dispositifs de lutte contre l'obsolescence programmée dans les textes européens et nationaux, témoignent du fait qu'il s'agit d'un objectif de politique européenne de faible priorité.

Lutte contre l'obsolescence programmée et droits des consommateurs

6. [Le Parlement] demande à la Commission de mettre au point, en consultation avec l'ensemble des parties intéressées, une vaste stratégie assortie de mesures permettant de distinguer les catégories de produits et de tenir compte des évolutions du marché et des technologies, afin de soutenir les entreprises et les consommateurs et de s'engager dans des modes de production et de consommation durables; fait observer que cette stratégie devrait inclure des mesures pour:
a) préciser les informations précontractuelles à fournir sur la durée de vie estimée (à exprimer en années et/ou cycles d'utilisation et à déterminer avant la mise sur le marché du produit au moyen d'une méthode objective et normalisée fondée sur les conditions réelles d'utilisation, les différences concernant l'intensité d'utilisation et les facteurs naturels, entre autres paramètres) et sur la réparabilité d'un produit, en gardant à l'esprit que ces informations devraient être fournies de manière claire et compréhensible afin d'éviter toute confusion et toute avalanche d'informations pour les consommateurs, de sorte que ces exigences constituent l'une des principales caractéristiques d'un produit, conformément aux directives 2011/83/UE et 2005/29/CE;
b) élaborer et introduire un étiquetage obligatoire, afin de fournir aux consommateurs des informations claires, immédiatement visibles et faciles à comprendre sur la durée de vie estimée et la réparabilité d'un produit au moment de l'achat; souligne qu'un tel système d'étiquetage devrait être élaboré en associant toutes les parties intéressées, sur la base de normes harmonisées, transparentes et fondées sur la recherche, à la suite d'analyses d'impact qui en démontrent la pertinence, la proportionnalité et l'efficacité dans le cadre la réduction des incidences environnementales négatives et de la protection des consommateurs; estime qu'un tel étiquetage devrait notamment inclure des informations sur la durabilité et la réparabilité, comme un score de réparation, et pourrait prendre la forme d'un indice de performance environnementale tenant compte de multiples critères tout au long du cycle de vie des produits, en fonction de la catégorie de produits; […]
c) renforcer le rôle de l'écolabel de l'Union afin d'améliorer l'assimilation par l'industrie et de sensibiliser les consommateurs;
d) déterminer quelles catégories de biens sont les mieux à même d'être équipés d'un compteur d'utilisation, sur la base d'une analyse coût-efficacité environnementale, afin d'améliorer les informations fournies aux consommateurs ainsi que la maintenance des produits, d'encourager l'utilisation à long terme des produits grâce à une réutilisation facilitée et d'encourager les modèles commerciaux de réutilisation et d'occasion;
e) évaluer, dans le cadre de la préparation de la révision de la directive (UE) 2019/771, comment aligner davantage la durée de validité des garanties juridiques sur la durée de vie estimée d'une catégorie de produits, et en quoi une prolongation de la période d'inversion de la charge de la preuve en cas de non-conformité pourrait inciter davantage les consommateurs et les entreprises à opérer des choix durables; demande que cette analyse d'impact examine les effets possibles de ces extensions potentielles sur les prix, la durée de vie prévue des produits, les systèmes de garantie commerciale et les services de réparation indépendants;
f) étudier, dans le cadre de la préparation de la révision de la directive (UE) 2019/771, la possibilité de renforcer la position des vendeurs par rapport aux fabricants, en introduisant un mécanisme de responsabilité conjointe entre le fabricant et le vendeur dans le cadre de la garantie légale;
g) lutter contre l'obsolescence prématurée des produits, en étudiant la possibilité d'ajouter à la liste figurant à l'annexe I de la directive 2005/29/CE les pratiques qui raccourcissent de fait la durée de vie d'un bien pour en accroître le taux de remplacement et limiter ainsi indûment la réparabilité des biens, y compris les logiciels; insiste sur la nécessité de définir clairement ces pratiques sur la base d'une définition objective et commune, en tenant compte de l'évaluation de toutes les parties intéressées, comme les établissements de recherche et les organisations de consommateurs, d'entreprises et de défense de l'environnement;
7. souligne que les biens comportant des éléments numériques requièrent une attention particulière et que les éléments suivants devraient être pris en compte dans le cadre de la révision de la directive (UE) 2019/771 qui doit être menée d'ici 2024:
a) les mises à jour correctives, à savoir les mises à jour de sécurité et de conformité, doivent se poursuivre pendant toute la durée de vie estimée du dispositif, en fonction de la catégorie de produit,
b) les mises à jour correctives doivent être distinctes des mises à jour évolutives, qui doivent être réversibles, sachant qu'aucune mise à jour ne doit jamais réduire les performances ou la réactivité des biens,
c)les consommateurs doivent être informés par le vendeur, au moment de l'achat, de la période pendant laquelle les mises à jour du logiciel fourni lors de l'achat des biens sont susceptibles d'être fournies, d'une manière qui soit compatible avec l'innovation et les évolutions futures éventuelles du marché, ainsi que de leurs spécificités et de leurs incidences sur la performance des dispositifs, afin de garantir que les biens restent conformes et sûrs.

Dispositif de lutte contre l'obsolescence programmée dans la Résolution du Parlement européen du 25 novembre 2020 Vers un marché unique plus durable pour les entreprises et les consommateurs

En ancrant délibérément la lutte contre l'obsolescence programmée comme un nouveau développement du droit de la consommation, les producteurs de normes se condamnent à ancrer la lutte contre l'obsolescence programmée au sein du paradigme croissanciel, comme en atteste le titre même de la loi française dans lequel est inséré le délit d'obsolescence programmée. En proclamant dans toutes les déclarations de principe la nécessité « de trouver un équilibre entre l'allongement de la durée de vie des produits, la transformation des déchets en ressources (matières premières secondaires), la symbiose industrielle, l'innovation, la demande des consommateurs, la protection de l'environnement et la politique de croissance »[254], les institutions européennes s'assignent des objectifs contradictoires. Faire figurer la croissance, un terme jamais défini, jamais élucidé, et seulement flanqué d'adjectifs en forme d'oxymore comme la croissance verte, ou croissance durable, témoigne d'une volonté de ne pas s'interroger sur le caractère ontologique de l'obsolescence dans le modèle économique croissanciel.

Une volonté véritable de lutter contre l'obsolescence des produits ne saurait s'exprimer que dans des cadres juridiques reflétant le désir d'en finir avec un modèle économique « croissanciel » fondé sur l'obsolescence, en attaquant le problème à la source, c'est à dire dès l'autorisation de la mise sur le marché, une voie totalement absente des textes les plus ambitieux en la matière. Un dispositif juridique pourrait parfaitement être envisagé qui postule une durée de vie la plus longue possible pour toute une gamme de produits, allant des smartphones aux appareils électroménagers en passant par les automobiles qui consisterait à privilégier une durabilité fonctionnelle au renouvellement constant des fonctionnalités.[255] L'encouragement à la création et à l'investissement dans des entreprises fabriquant des produits durables, réparables et évolutifs pourrait être rendu attractif par les réformes comptables suggérées plus haut, ainsi que par d'autres mécanismes incitatifs afin de rediriger l'épargne vers un secteur industriel de la durabilité et son corollaire consistant dans un marché de la réparation. Il est évident qu'un tel projet constitue un changement révolutionnaire du modèle économique du marché à la consommation tel qu'il existe, mais la crise écologique impose de se poser la question du choix incompatible entre la perpétuation d'un modèle industriel fondé sur l'obsolescence économiquement planifiée des objets et des hommes et la transition vers un projet économique économe en ressources et en données et traitant l'espèce humaine comme une fin en soi, et non comme une matière extractive.

Du droit à la réparation au devoir de réparer

Les développements qui précèdent font apparaître un lien indéfectible entre la nécessité absolue pour le droit de se saisir du problème de l'obsolescence économiquement planifiée des produits et le droit à la réparation.

Popularisée par le mouvement du DIY (*Do It Yourself*), l'expression « droit à la réparation » qui a maintenant fait son chemin jusque dans le Plan d'action de l'Union Européenne pour la nouvelle donne verte européenne, est d'abord apparue aux États-Unis.

Le mouvement *Right to Repair* est né aux États-Unis dans le secteur industriel dans lequel est apparu le sloanisme. Entretenant une passion fusionnelle pour l'automobile en tant que symbole de *l'American Way of Life*, les États-Unis connaissent un grand nombre de bricoleurs et de réparateurs-créateurs de voitures symbolisé par la culture du *Hot-rodding* qui consiste à reconfigurer des véhicules selon les désirs de leur propriétaire. L'État du Massachusetts a été la première localité au monde à adopter une loi garantissant le droit des propriétaires de véhicules un droit à la réparation.[256] Cette loi était cependant d'une ambition tout à fait limitée, dans la mesure où elle ne traitait pas des multiples logiciels intégrés dans les automobiles contemporaines et où elle se bornait à exiger des fabricants qu'ils fournissent ou commercialisent à l'attention des réparateurs indépendants et des propriétaires « les mêmes diagnostic et informations aidant à la réparation, y compris les actualisation techniques et aux fins de réparation que celles qu'ils communiquent à leurs concessionnaires[257] ». C'est sans doute ce manque d'ambition qui explique pourquoi les grands groupes automobiles ont signé un accord étendant à la totalité du territoire américain les protections garanties par la loi du Massachusetts.

En revanche, ce mouvement a gagné deux autres segments importants de réparateurs indépendants et de consommateurs de produits manufacturés : celui des tracteurs agricoles et des smartphones, paradoxalement pour les mêmes raisons, qui en ont fait principalement un mouvement à forte connotation technologique. Avec la multiplication des logiciels intégrés, dont la propriété est réservée au fabricant, équipant les tracteurs, les équipementiers comme le leader mondial des machines agricoles, John Deere, ont adopté des restrictions comparables à celles des fabricants vendant des logiciels et des produits lourdement équipés de logiciels.

L'une de ces techniques particulièrement problématiques est celle des logiciels nommés *Technological Protective Measures* (« TPM »), dont jusque très récemment le fait de les contourner était constitutif de violation de copyright (copyright infringement), y compris aux fins de réparer l'appareil.[258] Les équipementiers agricoles sont même allés encore plus loin que les fabricants de Smartphones, puisqu'ils ont contraint les agriculteurs ayant acquis un de leurs équipements de signer des contrats de licence d'utilisateur final *End User License Agreement* (« EULA »), qui sont des contrats standards entre l'éditeur d'un logiciel et le consommateur qui limitent les droits de l'utilisateur. En l'occurrence, le contrat d'adhésion de John Deere contenait des stipulations interdisant toute réparation et modifications aux équipements agricoles, signifiant que seuls les concessionnaires et membres du réseau intégré de distribution John Deere étaient autorisés à réparer les équipements Deere. C'est une chose que de protéger la propriété intellectuelle d'un éditeur de logiciel, c'en est une autre que d'utiliser cette protection légitime pour empêcher la réparation d'un tracteur agricole ou une automobile par son propriétaire ou un réparateur non intégré au fabricant en le grevant de véritables servitudes immatérielles.

Avec la massification de l'utilisation de smartphones et complexification croissante de l'électronique grand public, le mouvement « Right To Repair » est très vite devenu de façon prédominante un mouvement de « Digital Right to Repair » dirigé essentiellement contre les fabricants de smartphones comme Apple et Samsung entre autres. Ceux-ci ont en effet rivalisé d'« innovations » destinées à empêcher la réparation, en utilisant par exemple des «vis de sécurité» justifiant des outils spéciaux non commercialisés ou en collant le contenu interne de l'appareil… La complexification démesurée est également visée, en ajoutant nombre de fonctions peu utiles ou en électronisant des parties où cela n'a que peu de sens. Tout cela freine la réparation avec des succès beaucoup moins rapides qu'en matière automobile, compte tenu de l'intense lobbying d'Apple notamment, qui a fait dérailler des projets de législation d'origine parlementaire préparés avec le concours de l'association The Repair Association (« TRA »), notamment dans les États de Californie, de New York, du Massachusetts, du Dakota du sud et du Minnesota.

Le droit à la réparation a aussi fait son chemin sur le continent européen. Ainsi, le 4 juillet 2017, le Parlement Européen a adopté une résolution sur une durée de vie plus longue des produits invitant la Commission à promouvoir la réparabilité des produits. [259] Sur la base de cette résolution, des travaux ont été menés en vue de l'adoption d'une directive qui ont mené à l'adoption par la commission le 1er octobre de 10 règlements d'exécution en matière d'écoconception concernant respectivement les réfrigérateurs, les lave-linge, les lave-vaisselle, les dispositifs d'affichage électroniques (y compris les téléviseurs), les sources lumineuses et appareillages de commande, les alimentations électriques externes, les moteurs électriques, les réfrigérateurs disposant d'une fonction de vente directe (par exemple les réfrigérateurs dans les supermarchés et les distributeurs automatiques de boissons fraîches), les transformateurs électriques et les matériels de soudage. [260] Toutefois, compte tenu de la pression des fabricants sur les États membres, lesdits règlements se bornent toutefois à disposer que les pièces de rechange soient disponibles sur une « longue période après l'achat » (7 ans pour les appareils de réfrigération [10 ans pour les joints de porte], 10 ans pour les lave-linges et lave-linge séchants ménagers, 10 ans pour les lave-vaisselle ménagers, 7 ans pour certaines pièces pour lesquelles l'accès peut être limité aux réparateurs professionnels). En outre, les règlements imposent aux fabricants un délai de livraison n'excédant pas 15 jours ouvrables et une obligation de garantir la disponibilité à l'attention des réparateurs professionnels d'informations permettant la réparation et l'entretien des appareils.

Plus récemment, le droit à la réparation a fait son chemin dans le plan d'action de la Commission pour l'économie circulaire qui fait partie de la « Nouvelle Donne » européenne. Le plan d'action prévoit à court terme une législation européenne garantissant un démontage et un remplacement facile des composants clés des smartphones et ordinateurs portables ainsi que l'adjonction aux obligations d'étiquetage énergétique existantes d'un indice de la réparabilité. Ce plan d'action a été complété par la nouvelle résolution du Parlement Européen du 25 novembre 2020 comportant nombre de propositions intéressantes en matière de lutte contre l'obsolescence programmée et de garantie du droit à la réparation (voir encadré ci-contre).

Stratégie de réparation

10. demande que les informations suivantes concernant la disponibilité des pièces détachées, les mises à jour logicielles et la réparabilité d'un produit soient rendues disponibles d'une manière claire et facilement lisible au moment de l'achat: durée estimée de disponibilité à partir de la date d'achat, prix moyen des pièces détachées au moment de l'achat, délais de livraison et de réparation approximatifs recommandés, et informations sur les services de réparation et d'entretien, le cas échéant; demande, en outre, que ces informations figurent dans la documentation relative au produit et s'accompagnent d'une synthèse des pannes les plus fréquentes et de la marche à suivre pour y remédier ;
11. invite la Commission à établir un «droit de réparation» des consommateurs pour faire en sorte que les réparations deviennent systématiques, rentables et attrayantes, en tenant compte des spécificités des différentes catégories de produits, dans la droite ligne des mesures déjà prises concernant plusieurs appareils ménagers conformément à la directive sur l'écoconception:
a) en donnant aux acteurs du secteur de la réparation, y compris aux réparateurs indépendants, ainsi qu'aux consommateurs, un accès gratuit aux informations nécessaires en matière de réparation et d'entretien, notamment des informations sur les outils de diagnostic, les pièces détachées, les logiciels et les mises à jour nécessaires pour procéder aux réparations et à l'entretien, tout en gardant à l'esprit les impératifs de sécurité des consommateurs, sans préjudice de la directive (UE) 2016/943 ;
b) en encourageant un processus de standardisation des pièces détachées favorisant l'interopérabilité et l'innovation, tout en respectant les obligations en matière de sécurité des produits ;
c) en fixant une période minimale obligatoire pour la fourniture de pièces détachées qui tienne compte de la durée de vie estimée du produit après la mise sur le marché de l'unité finale, ainsi que des délais de livraison maximaux raisonnables en fonction de la catégorie de produits, conformément aux règlements d'exécution en matière d'écoconception adoptés le 1er octobre 2019, qui devraient être étendus à une gamme plus vaste de produits ;
d) en veillant à ce que le prix des pièces détachées soit raisonnable et donc rentable par rapport au prix du produit dans son ensemble, et à ce que les réparateurs indépendants et agréés, ainsi que les consommateurs, aient accès sans obstacle injustifié aux pièces détachées nécessaires,
e) en encourageant la réparation plutôt que le remplacement, grâce à l'extension des garanties ou à la remise à zéro de la période de garantie pour le consommateur choisissant cette option lors de la préparation de la révision de la directive (UE) 2019/771 et à la lumière d'une analyse coût-efficacité tant pour les consommateurs que pour les entreprises, ainsi qu'en veillant à ce que les vendeurs informent systématiquement les consommateurs de l'option de réparation et des droits de garantie y afférents ;
f) en évaluant comment faciliter les réparations grâce à l'instauration, au niveau de l'Union, d'une garantie légale pour les pièces remplacées par un réparateur professionnel dès lors que les marchandises ne sont plus couvertes par une garantie légale ou commerciale, dans le cadre de la préparation de la révision de la directive (UE) 2019/771 ;
g) en encourageant les États membres à mettre en place des mesures d'incitation, telles qu'un «bonus constructeur», qui promeuvent la réparation, notamment après l'expiration de la garantie légale, à l'intention des consommateurs entreprenant certains travaux de réparation par l'intermédiaire de réparateurs agréés ou indépendants.

Résolution du Parlement Européen du 25 novembre 2020

Tout louables que soient ces propositions, elles apparaissent marginales en termes de redéfinition du modèle économique qui demeure ancré dans le paradigme croissanciel et partant, dans l'obsolescence programmée. Comme les conseils de la consultante en rangement Marie Kondo, les mesures destinées à lutter contre l'obsolescence programmée et à garantir le droit à la réparation conservent une téléologie croissancielle tournée vers l'alimentation du Baal croissanciel. Si l'on veut vraiment modifier le rapport aux objets, il faut que les cadres juridiques qui encadrent la production et la consommation nourrissent un rapport aux objets inscrit dans le temps long faisant, comme l'exprime le philosophe Matthew Crawford, dans un article intitulé Réparer les réparateurs, que les objets qui nous entourent promeuvent « la continuité fondamentale du monde [261] ».

Dans cet article, Crawford présente le réparateur comme un être culturellement inadapté à notre monde jetable en raison d'un « attachement trop profond » à ce qui existe déjà. Aux antipodes à la figure de l'innovateur démiurgique représentée par le « disrupteur impatient », qui ne perçoit dans les formes établies que des obstacles devant être balayés pour ouvrir de nouvelles possibilités, le réparateur « se met au service de choses qui existent déjà », ce qui n'est pas sans rappeler le rapport aux objets consacré par le droit romain, qui ne faisait pas la différence entre la personne et l'objet. En se faisant l'interprète de l'intention du concepteur de l'objet et de la fonctionnalité inhérente de la chose, le réparateur fait littéralement parler les objets. Il est porteur d'une conception de l'écologie qui est avant tout une écologie de l'attention.

Bien encore davantage, penser une économie de la réparation et l'inscrire dans les cadres juridiques fondateurs d'un autre rapport à l'économie recèlent des trésors pour le progrès technique. Rappelant le rôle joué par Harry Ricardo[262], le véritable inventeur du hot rodding, dans l'essor du moteur à explosion, Crawford soutient que le travail de réparation, en ce qu'il fonde une théorie de l'innovation fondée non pas sur la rupture et la discontinuité, mais sur la compréhension en profondeur de ce qui existe déjà, a joué un rôle dans le progrès matériel comparable à celui joué par l'apprentissage dans le progrès des arts. Crawford rappelle en effet ces observations de Ricardo, dans son livre *Le moteur à combustion interne à haute vitesse* : « Chaque nouvelle ligne de développement commence par une période d'expérimentation et de tâtonnement, au cours de laquelle un large éventail de modèles se développe. Par un processus d'élimination, cet éventail est très vite réduit à un ou deux survivants ; dans le choix final d'un de ces survivants, la chance tient souvent un rôle aussi important que le mérite. Nous aimons trop attribuer à quelques individus particuliers le monopole du génie inventif. Les graines d'invention mûres abondent partout, et ce n'est qu'une certaine combinaison de besoins, de circonstances et, peut-être plus que tout, la chance, qui détermineront lesquelles germeront. » Et Ricardo de poursuivre qu'à partir du moment où une conception, qui n'est pas forcément la meilleure, s'est imposée, les gens s'y accrochent et « alors toute l'attention du monde de l'ingénierie est concentrée dessus, avec pour conséquence que [celle-ci] est perfectionnée, pas à pas, sans que l'on s'en rende compte. » Selon Crawford, c'est cet attachement à des choses qui ne sont pas optimales qui est à l'origine des plus grands bonds en avant technique, lorsque les « graines d'invention mûres » de Ricardo se mettent à germer « autour de formes établies, permettant à un corps d'expertise commune de se développer. » Ainsi, conclue Crawford à rebours du prométhéisme technologique de la Silicon Valley, c'est la tradition, en ce qu'elle organise la transmission de la connaissance, qui est la source des plus grands progrès techniques. Elle assure un « lieu d'émulation dans l'excellence » qui permet d'acheminer des communautés entières vers de nouveaux lieux inattendus.

Le droit à la réparation doit donc être pensé non pas comme un accessoire, mais comme le cœur d'une nouvelle économie fondée sur l'attention au monde.

Chapitre IX

Vers une nouvelle génération de droits fondamentaux

Ce dernier chapitre est consacré à un certain nombre de pistes intéressantes qui pourraient s'inscrire dans le cadre juridique d'une société écologique et autogouvernée telle que nous l'avons esquissée aux chapitres précédents. Voyons le droit de l'autonomie du séminaire d'études interdisciplinaires d'études juridiques de l'Université de Bruxelles Saint Louis. Dans le cadre d'un programme de recherche intitulé le droit en transition, sous-titré La science juridique dans une société de l'après-croissance, les chercheurs du séminaire interdisciplinaire d'études juridiques de l'Université de Bruxelles Saint Louis, par la voix d'Antoine Bailleux, sont parvenus à une vision assez voisine des analyses de Daniel Schneiderman sur la constitutionnalisation (V. supra Chapitre I). Mais l'équipe du SIEJ avance des pistes beaucoup plus prospectives en se donnant pour but de formuler des institutions juridiques désencastrées de la croissance.[263]

Partant du postulat difficilement contestable que nos sociétés seraient engagées dans une période de « stagnation séculaire », caractérisée par une croissance quasi-nulle, les chercheurs bruxellois se sont lancés le défi de réfléchir, en juristes, à la question de la post-croissance[264]. Cette réflexion les a amenés à reformuler l'analyse de la façon dont les normes juridiques agissent sur le devoir-être de nos sociétés en substituant à la division droit public/droit privé, devenue inopérante à cette compréhension, celle du droit de la croissance et du droit de l'autonomie. Les étapes du raisonnement conduisant à cette reconfiguration méritent d'être explicitées.

Rompant avec ce qu'Antoine Bailleux appelle le « positivisme non réfléchi », qui sépare l'espace normatif en deux sphères, avec en amont la sphère politique, traçant les choix de société de la collectivité souveraine et en aval, la sphère juridique, chargée de la mise en musique technique de ces choix et du respect de l'application des règles en découlant, les chercheurs de Bruxelles estiment que la crise écologique doit être l'occasion d'assigner un nouveau rôle aux juristes. Investissant le champ de la Ratio-Legis, celui des raisons de la loi, l'équipe bruxelloise entreprend de définir la fonction civique

que doivent remplir les juristes comme celle de « donner aux revendications de justice plus ou moins maladroitement exprimées par la société civile [...] le meilleur habillage possible, de façon à ce que ces revendications puissent être entendues, défendues et départagées dans les différents forums ou le droit rencontre le pouvoir institutionnalisé, qu'il s'agisse d'un cénacle parlementaire ou d'une salle d'audience [265] ».

Suivant cette méthode, les juristes du SIEJ ont examiné les différents discours critiques de la société croissancielle et revendications nées de la crise écologique. Se posant la question de ce que la demande insatisfaite d'une transition écologique signifie en termes de devoir-être pour l'homme, ils ont dégagé un idéal de justice défini comme « le droit de chacun 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 [266] ».

Précisant ce qui est entendu par dignité, Bailleux explique qu'il ne s'agit pas de « la définition négative des textes de droit de l'homme comme le minimum irréductible d'humanité qu'implique la vie sociale d'individus atomisés », mais une notion « plus positive et conquérante », renouant avec la conception aristotélicienne de la vie bonne. Il s'agit, écrit Bailleux, de « rend[re] justice aux potentialités de l'être qui en est pourvu ».

Assignant à l'espèce humaine une responsabilité particulière qui englobe tout le vivant, Bailleux et son équipe font dès lors leur la conception d'une nature habitat ou d'une nature milieu développée par des auteurs comme Sarah Vanuxem [267], qui postule que l'homme ne peut en effet mener une existence digne qu'à la condition que son habitat vivant soit en mesure de vivre en adéquation avec ses possibilités.

Une fois posée cette conception positive d'une existence digne de toute la chaîne du vivant, nos juristes entreprennent d'en préciser le contenu. Puisque la dignité est définie par la possibilité de croître au sens spinozien du terme, de « persévérer dans son être », la vie digne postule l'autonomie définie par emprunt à Ivan Illich et Christian Arnsperger comme « la capacité du sujet humain à détenir dans ses propres mains les ressources qui permettent de jouir de telle valeur d'usage » et ce, « à travers une hétéronomie minimale – c'est-à-dire compatible avec le maintien, voire avec la croissance – d'un réseau relationnel convivial [268] ». En d'autres termes, la bonne vie implique un environnement social, politique, économique et juridique garantissant l'épanouissement de nos qualités physiques et mentales. Ces dernières nous confèrent en effet une capacité d'autonomie immédiate, mais elles ne nous sont guère utiles sans l'amplificateur d'autonomie de l'échange et de la coopération, qui multiplient les potentialités de l'homme.

Cependant, comme l'avait perçu Ivan Illich, passé un certain seuil, l'amplificateur d'économie se retourne contre l'autonomie, voire institue des formes d'hétéronomie dont il est d'autant plus difficile de s'extraire qu'elles sont naturalisées, intériorisées dans la psyché humaine. Il y a en effet une immense différence de nature, et non pas seulement de degré, entre le potentiel émancipateur des individus d'une société reposant sur le principe de l'association volontaire, telle que Tocqueville l'a observée aux États-Unis au XIX^e siècle, et le monde plat du marché mondial homogène de la mondialisation [269]. L'association volontaire émancipe, promeut une diversité illimitée de façon d'organiser la communauté humaine fondées sur une multitude de conceptions de la vie bonne. Elle forme la base de ce que les juristes du SIEJ nomment un droit de l'autonomie. À l'opposé, la crise écologique, les troubles sociaux et le mal-être généralisé qui se manifestent quotidiennement dans nos existences montrent que le marché mondialisé et son partenaire inséparable, l'État technocratique, aliènent. Ils oblitèrent l'imaginaire, interdisent l'expérimentation au nom d'une conception unique et uniforme d'une conception minimale de la vie bonne répondant à l'objectif, paraphrasant Illich, de la fourniture de la plus grande quantité de produits et services au plus grand nombre de gens. Illich qualifiait cette forme d'existence de « vie nue enserrée dans un ensemble de mesure chiffrées ». Contrairement à l'association volontaire, qui participe du paradigme résolument moderne de l'autonomie, le droit de la croissance, c'est-à-dire celui qui prend pour horizon inéluctable le marché mondial, postulant nécessairement un État mondial, anéantit toute revendication d'autonomie. Nous venons de le constater avec éclat avec la transmutation de la croissance-salut dans l'heuristique de la peur née du Covid.

Tentant de distinguer, dans les catégories juridiques existantes, ce qui pourrait ressortir des catégories du droit de la croissance et de l'autonomie, les chercheurs bruxellois énoncent qu'il ne saurait véritablement être question d'autonomie sans une reconnaissance préalable de l'état de vulnérabilité fondamentale de la personne humaine. L'autonomie de l'individu, nous disent-ils « ne semble se concevoir que sur fond de reconnaissance de sa vulnérabilité première. Le petit homme ne peut rien advenir sans les soins, l'éducation, la langue, l'affection qui lui seront progressivement donnés. » Observée avec acuité chez le nouveau-né, le lien de dépendance de l'homme vis-à-vis de ses congénères et du monde qui l'entoure est une dimension fondamentale de la vie humaine. Or le paradigme croissanciel, en flattant au contraire une sorte de sentiment de toute-puissance grâce à l'amplificateur d'autonomie du marché, et l'accès via son intermédiaire, à des objets fantasmés rompant tout engagement avec le monde, oblitère cette dimension. Pire, il nourrit une « culture du narcissisme », comme l'avait diagnostiqué Christopher Lasch, qui fait que l'individu contemporain développe vis-à-vis du monde fantasmatique qui l'entoure des stratégies de défense (notamment l'illusion solipsiste de l'omnipotence) comparables à celle de l'enfant en bas-âge lorsque celui-ci réalise qu'il est séparé de son environnement et que les êtres qui l'entourent n'existent pas que pour satisfaire ou de frustrer ses désirs. L'individu à l'ère du paradigme croissanciel se protège inconsciemment contre le sentiment de dépendance vis-à-vis de structures à très grande échelle échappant complètement à son contrôle (les chaînes logistiques de la mondialisation, l'agriculture industrielle), susceptibles de rompre à tout moment, en développant une sorte d'illusion d'un progrès technologique illimité. [270]

Sortir du paradigme croissanciel implique ainsi une reconnaissance de notre dépendance fondamentale vis-à-vis de nos congénères et de notre environnement, plutôt que l'illusion solipsiste de forces impersonnelles éternelles venant nous bercer de l'illusion de notre toute-puissance. La reconnaissance de vulnérabilité fondamentale de la personne humaine est une façon de reconstruire un lien vivant, un lien émancipateur entre les hommes, entre l'espèce humaine et son environnement, et entre les générations. En forçant à son oubli, le paradigme croissanciel organise une amnésie collective de la responsabilité particulière de l'espèce humaine vis-à-vis de son environnement.

Une fois posée ce principe de justice, celui d'une vie digne d'être vécue, sous le double signe de l'autonomie et de la vulnérabilité, et son corollaire, la distinction entre droit de l'autonomie et droit de la croissance, l'école de Bruxelles Saint Louis se lance dans un travail de classification des différentes branches de la science juridique et une « cartographie des rapports de force » entre les deux catégories.

Certains corps de règles fondamentales participent à cet égard de la protection de l'autonomie immédiate : infractions relatives aux atteintes aux personnes, prohibition

de l'esclavage, égalité de traitement, principe de l'État de droit et des droits fondamentaux. Y participent aussi à une échelle collective le principe de souveraineté, la non-ingérence dans les affaires intérieures et la prohibition du recours à la force.

D'autre part, les juristes bruxellois identifient un autre ensemble de règles encadrant le processus d'amplification de notre autonomie par l'échange marchand : droit de propriété, vente, liberté contractuelle, droit des sûretés, incrimination du vol et des autres atteintes aux biens inscrits, règles relatives au dol ou à l'abus de confiance, ainsi que les règles du droit du travail relatives à la protection de la rémunération qui assurent une « capacité minimale de consommation ».

Mais ajoutent-ils, le droit moderne comporte un grand nombre de corps de règles qui n'ont plus seulement pour objet de permettre ou sécuriser l'échange marchand, mais d'en étendre l'empire à des activités qui en étaient soustraites. Certaines ont partie liée à la production, comme la propriété intellectuelle, qui étend la marchandisation aux œuvres de l'esprit, le droit bancaire, qui favorise l'investissement et la politique agricole commune, qui fixe des conditions d'accès au marché dictées par un objectif de productivité. D'autres favorisent l'échange et la consommation (libéralisation des services publics par le biais des impératifs de libre circulation et de libre concurrence, assimilation de l'activité publicitaire à l'exercice de la liberté d'expression, droit de la consommation).

Nous concevons fort bien le droit dans son rôle de protection de notre autonomie contre les menaces directes que le pouvoir et la violence font peser sur elle, mais nous percevons beaucoup moins bien son rôle de protection des menaces indirectes que le paradigme croissanciel fait peser sur notre autonomie. Tout le monde conçoit en effet que le travail forcé est une atteinte à notre autonomie immédiate, mais envisager les effets pervers de la croissance en termes d'autonomie demande un effort supplémentaire de distinction de forces impersonnelles sur nos existences. Les phénomènes comme l'augmentation exponentielle de l'obésité, liés à des modes de vie de plus en plus sédentaires et à une alimentation faible en nutriments responsable elle-même à la source d'une dégradation des capacités physiques et mentales de l'espèce humaine sont analysés comme de mauvais choix de vie individuels, qui peuvent être corrigés par des conseils d'experts et de thérapeutes, non comme des signes du retournement de la promesse d'autonomie contre une espèce humaine fondamentalement vulnérables. Le même phénomène est observable avec l'augmentation des signes d'atrophie des sens causés par la multiplication du temps passé devant des écrans, traité comme une addiction. Ou l'on voit bien que le droit de l'autonomie doit aussi être un droit de la vulnérabilité vis-à-vis de l'hybris technologique au lieu d'être le bras armé d'une croyance béate dans les vertus émancipatrices de l'« innovation ». Comme l'explique François Ost, « le projet moderne entend construire une surnature à la mesure de nos désirs et de notre volonté de puissance [271] ». C'est à cette surnature que doivent s'intéresser les juristes pour la rendre compatible avec une existence humaine.

Certes, ces menaces indirectes que le paradigme croissanciel fait peser sur notre autonomie sont, dans une certaine mesure, intégrées dans un certain nombre de disciplines juridiques, comme le droit de l'environnement, le droit de la culture, la protection des données à caractère personnel, les règles relatives à la limitation du temps de travail, les services d'intérêt économique général, les règles d'ordre public sur les choses hors commerce. Mais même ces matières, comme nous le verrons plus loin, sont au mieux pensées dans un rapport d'exception par rapport au droit de la croissance, et pour l'essentiel, et au pire, paraphrasant Ost, comme les alibis d'une société qui s'acharne à mettre la nature en coupe réglée.

En effet, l'examen des rapports de force entre ces règles de protection contre les atteintes indirectes à notre autonomie que font peser le paradigme croissanciel et le droit de la croissance montre que les premières sont dans un rapport d'infériorité par rapport aux secondes. La protection de l'autonomie, comme l'écrit Antoine Bailleux, apparaît ainsi comme l'exception, une exception d'interprétation stricte faisant poser la charge de la preuve sur celui qui l'invoque. Les premières sont le plus souvent protégées par des règles de droit national, voire local, qui se trouvent par définition en situation d'infériorité par rapport aux normes internationales du libre marché, lesquelles disposent de garanties juridictionnelles supérieures, comme l'ISDS (v. infra).

De même, les juristes bruxellois interrogent la monopolisation du droit par les juristes. S'il faut se garder de l'exploitation démagogique d'un droit simplifié à l'extrême, la redéfinition d'une division du droit entre droit de la croissance et de l'autonomie ouvre un nouveau champ aux juristes.

L'extrême procéduralisation et technicisation du droit ont eu pour conséquence de modifier le rapport aux autres et aux choses. En plus de traduire dans le langage du droit les orientations que s'assigne la société, le rôle du juriste doit impliquer la responsabilité en retour d'en assurer la lisibilité ou la traduction dans le sens d'un minimum d'autonomie juridique, un rôle de « dévoilement des principes de justice universels derrière le vernis de complexité [272] ».

En poussant plus loin le raisonnement, on pourrait envisager de faire de l'exigence de traduction de chaque norme juridique en sens commun un critère de justice érigé en principe général du droit , un principe que n'aurait pas renié Portalis. Un tel travail pourrait apprendre aux juristes à sortir de leur gangue technicienne pour questionner l'adéquation des normes techniques qu'ils manient quotidiennement à des objectifs émanant la société. À tout moment, le rôle des juristes devrait ainsi inclure un rôle de « dévoilement des principes de justice universels » derrière le vernis de la complexité, et de traduction de revendications émanant de la société dans le langage du droit technique.

Ce faisant, les juristes gagneraient en légitimité en cessant d'être perçus comme des savants toujours du côté du manche ou comme les uniques interprètes d'une science occulte pour paraphraser Laurent Cohen-Tanugi [273], pour devenir des artisans, des intermédiaires légitimes entre la société et les instances qu'elle se donne pour les représenter. C'est indubitablement comme cela que se pensaient un John Adams ou à fortiori un Abraham Lincoln, à l'opposé des multinationales du droit et leurs armées de moines-juristes maniant avec dextérité la novlangue du droit global.

Armés d'un principe de justice réorganisant le travail sur le droit autour de la distinction entre le droit de l'autonomie et le droit de la croissance, les travaux du SIEJ proposent deux axes de recherche action. La première consiste à « lever des verrous, c'est-à-dire rouvrir des espaces de liberté là où le droit semble ériger une frontière infranchissable. » Et la seconde implique, partant d'un « espace de liberté » de « meubler cette discrétion, d'exercer ce libre-arbitre dans une direction particulière ».

Plus précisément, la première consiste à réinterpréter le droit de la croissance en substituant le droit de mener une vie digne d'être vécue sous le double signe de l'autonomie et de la vulnérabilité à celui d'une vie digne envisagée comme la fourniture de

la plus grande quantité de produits et services au plus grand nombre de gens, créant ainsi des « espaces régulatoires », ou des « écluses sociales et environnementales guidées par un souci d'autonomie[274] ».

Par exemple, Bailleux se demande si le droit de l'OMC et de l'Union Européenne ne pourraient pas être réinterprétés comme laissant un espace à la mise en place de droits anti-dumping destinés à freiner l'importation de produits en provenance d'États tiers qui ne répondent pas à certains standards sociaux et environnementaux, ou s'ils sont ontologiquement incompatibles avec l'introduction dans les marchés publics de conditions relatives à l'origine ou au débouché local des produits et des services.

S'agissant des droits de l'Homme, Bailleux se demande si les textes constitutionnels et conventionnels sur la liberté d'expression impliquent nécessairement de reconnaître la publicité comme un droit fondamental dérivant de la liberté d'expression, et si les textes fondamentaux s'opposent à la reconnaissance de la personnalité juridique à des entités non humaines autres que les personnes morales.

Une autre proposition particulièrement intéressante consiste à réviser les droits instaurant une égalité de traitement en matière socio-économique comme impliquant une égalité d'autonomie envisagée en termes de modes de vie et non seulement d'égalité strictement financière.

Dans la même catégorie, Bailleux envisage une réinterprétation du droit européen dans le sens d'une autorisation de commercialisation des semences issues de variétés anciennes de plantes, la légalisation des monnaies complémentaires « locales », la reconnaissance d'une circonstance d'objection de croissance et la reconnaissance de régimes de transpropriation ou de communs dans le droit de la propriété.

À côté de cette « contrainte relativisée », Bailleux envisage une « liberté meublée », qui consiste à canaliser une liberté en prenant en compte la mission du droit de protéger l'autonomie et la vulnérabilité. Cette canalisation pourrait par exemple conduire à reconnaître que l'autonomie des générations futures relève de l'ordre public, de sorte qu'un contrat qui la menacerait pourrait être déclaré nul, même d'office, par le juge. En matière de propriété, il pourrait ainsi être envisagé d'élargir les conditions de l'abus de droit.

Il s'agit là de pistes éminemment intéressantes pour une recodification à droit constant et pour refonder le rôle qu'occupent les juristes dans la société. Mais on peut regretter que l'école de Bruxelles soit demeurée relativement timide sur les rapports qu'entretiennent la technique avec l'autonomie de la personne humaine. À aucun moment, l'école de Bruxelles ne remet en cause la question de la neutralité de la technique vis-à-vis de l'autonomie. Un pas que franchit, en revanche, le philosophe américain Matthew Crawford, en proposant de faire de l'attention un commun à protéger.

Le projet de communs de l'attention de Matthew Crawford

En conclusion de son livre au titre éloquent, *Contact,* Comment nous avons perdu le monde et comment le retrouver, le philosophe américain Matthew Crawford proposait l'institution de communs de l'attention.

Crawford a construit toute son œuvre sur le rapport aux techniques qui nous entourent en distinguant entre des techniques qui nous émancipent en augmentant notre capacité d'attention au monde et des techniques qui nous aliènent en nous faisant perdre le contact avec lui. C'est ainsi qu'il en venait, dans un premier livre remarqué, *L'éloge du carburateur,* à soutenir la thèse que le travail manuel du mécanicien, du réparateur, par l'attention qu'il implique vis-à-vis de ce qui existe déjà, est intellectuellement plus stimulant qu'un grand nombre de tâches qualifiées d'intellectuelles. Ces tâches, rassemblées par David Graeber sous le nom de Bullshit Jobs, consistent selon Crawford à manipuler des abstractions, et partant, à nous faire perdre l'attention au réel, une perte dans laquelle Simone Weil distinguait l'action propre du démon.

Dans *Contact*, son livre exclusivement consacré à l'attention, Crawford fait le constat que nous vivons avant tout une crise de l'attention dont la manifestation est la distraction que tout le monde ressent devant le déferlement d'images et de sons produits en série. Selon Crawford, nous nous égarons en voyant dans cette distraction un problème purement technologique là où il faudrait voir une question fondamentale de philosophie politique. « Dans cette société saturée de technologies construites pour accaparer notre attention, écrit Crawford, le problème auquel nous devons répondre est celui de la mise à nu de nos vies mentales intérieures. Mise à nu qui rend possible de traiter notre intériorité comme une ressource extractive par les "architectes du comportement de masse" que sont les entreprises de la Silicon Valley. »

Afin de remédier à cette crise de l'attention, et retrouver le contact avec le monde passe donc par la reconquête de notre environnement « attentionnel ». À cette fin, Crawford élabore un concept de « communs de l'attention » ou « communs attentionnels » fondé sur une attente de justice dans notre activité de mise en commun de nos ressources attentionnelles. Complément du principe de précaution, ces communs attentionnels auraient pour but de préserver notre attention de ce qui est silencieux, et recouvert par le bruit des stimuli technologiques.

Or ce qui est silencieux, et mérite d'être préservé à tout prix, c'est notre capacité à l'émerveillement et la gratitude vis-à-vis de ce qui est. En d'autres termes, ce qui nous donne de la joie. À cet égard, Crawford distingue entre des objets qui stimulent un érotisme de l'attention, c'est-à-dire un engagement avec le monde, et des choses, ou plutôt des distractions, qui nous en détournent. À la différence de Marcuse qui voyait dans toute volonté déterminée un vecteur de domination, et entérine ainsi paradoxalement la neutralité de la technique, Crawford distingue entre une volonté déterminée tournée vers un engagement actif avec les objets qui nous entourent et une forme de volonté tournée vers des objets matériels et immatériels qui vise à nous éloigner de tout frottement avec la nature.

L'apport décisif de la réflexion de Crawford tient au lien entre les objets et les technologies que nous manions et la nature du corps politique dans lequel nous vivons, qui congédie l'idée selon laquelle les techniques que nous utilisons sont axiologiquement neutres. Le contact permanent avec des objets à faible coefficient de frottement avec le monde, des objets de plus en plus virtuels dans lequel le travail humain tend à disparaître de la vue crée en effet un monde de citoyens abstraits, et partant un monde qui entretient avec la nature un rapport abstrait, propice à la réduire à une source d'extraction. À l'inverse, expose Crawford, le sentiment d'admiration que confère le spectacle ou le produit de quelqu'un qui exerce une activité de transformation de la matière qui requiert une attention à celle-ci (comme le mécanicien ingénieux, le cuisinier, le boulanger, le tailleur, le paysan etc…) génère un sentiment d'humanité vis-à-vis de celui-ci. Un sentiment sans commune mesure avec celui que l'on peut ressentir devant un produit fabriqué par l'agriculture à grande échelle ou par une chaîne de production anonyme disséminée aux quatre coins de la planète, ou à

fortiori devant la présence ubiquitaire de l'analyste de symboles sans référent ou de celle de l'occupant laborieux des bullshit jobs qui ont envahi notre quotidien avec le lot de contraintes bureaucratiques que la justification de ces emplois au nom de la politique de l'emploi nous apporte. « Seules de belles choses ou de belles ouvrages, conclut Crawford nous mènent vers un monde au-delà de soi. »

Ayant posé la nécessité de communs de l'attention, voyons maintenant comment cette idée pourrait être rendue opératoire. Une des pistes envisagées par Crawford est celle d'un devoir de réparation, que nous avons esquissé au chapitre précédent. Envisager des objets durables, réparables, est en effet un moyen de préserver une attention à ce qui existe déjà, d'habituer l'occupant du monde contemporain à un monde durable, en même temps que de limiter la production de déchets.

Une autre piste passe par la réfutation du mythe selon lequel l'industrie du numérique serait une industrie propre. En effet, selon Mathieu Amiech, internet est en passe de devenir le plus important poste de consommation électrique dès 2030, dépensant autant que la totalité de l'électricité consommée en 2008 sur la planète[275]. Une économie de plus en plus numérique et virtuelle s'accompagne de la multiplication de *data centers*, qui nécessitent de lourds systèmes de climatisation encourageant le réchauffement de l'atmosphère, de la multiplication des appareils électroniques très gourmands en métaux rares. Et rappelons qu'il était estimé en 2012, que dix milliards d'emails étaient expédiés chaque heure dans le monde, une activité équivalant à la production d'énergie de quinze centrales nucléaires, soit l'équivalent de quatre mille vols aller-retour entre Paris et New York[276]. On peut dès lors être légitimement surpris de la disproportion entre le discours ubiquitaire lors des grands rassemblements comme la Cop 26 incriminant la production de méthane par les élevages de Bovin et le silence quasi-total lors de ces évènements sur l'empreinte énergétique du numérique. Si l'on envisage sérieusement un monde sorti de la consommation de protéines animales, rompant avec les pratiques alimentaires de nos plus lointains ancêtres, comment se fait-il, comme l'expose Renaud Garcia, que personne ne « songe à dire haut et fort qu'il faut arrêter net l'expansion d'Internet et abandonner le mode de vie connecté, pour donner une moindre chance à une poursuite de la vie sur Terre ? ».

Ce non-dit sur la gabegie énergétique de la société du tout numérique doit venir compléter les avertissements répandus sur le totalitarisme technosécuritaire qu'elle contient : obsolescence des relations sociales et intimes, destruction des métiers et de tout ce qui n'est pas quantifiable, gestion des populations par des technologies de surveillance, risque massif de piratage et d'accident technologique majeur découlant d'une cyber attack etc…

Ceci étant posé, le commun de l'attention devrait déboucher sur un nouveau type de droit fondamental que l'on pourrait nommer le principe de précaution technologique, ou préférence pour l'option low tech. Ceci pourrait être réalisé en menant des sortes d'études d'impact pour les adoptions de systèmes de gestion informatique d'infrastructures, de services publics montrant au minimum que l'adoption dudit système est qualitativement neutre ou bénéficiaire en termes d'effets sur l'environnement, l'emploi et présente des garanties de sécurité. À défaut, une solution plus *low-tech* devra être retenue. Un tel principe de précaution rappelle encore une fois combien de telles règles peuvent être imbriquées dans un cadre juridique qui intègre

des règles de comptabilité publique et privée prenant en compte le triple *bottom line* (v. supra), des institutions comme le droit au moratoire sur les innovations techniques à haut risque social et écologique ou le droit à la contre-expertise selon les propositions de Simon Charbonneau (v. supra). On pourrait ainsi ajouter une mission aux services de contre-expertise visant à se doter de services de recherches visant à collecter, centraliser et disséminer les recherches sur les effets qualitatifs des différentes technologies sur la ressource de l'attention, et à prendre en compte les effets captateurs d'attention dans l'adoption des technologies.

Le cas échéant, dans les cas avérés de danger pour la santé physique, physiologique et mentale des technologies, des avertissements pourraient être accolés sur lesdites technologies, comme elles l'ont été depuis des décennies sur les produits de l'industrie du tabac et sur les alcools. Un exemple significatif nous est offert par l'industrie des jeux vidéos. En mai 2019, l'OMS a fait entrer le trouble du jeu vidéo (*Gaming Disorder*) dans sa 11ème révision de la Classification internationale des maladies (CIM-11). Selon l'OMS, cette pathologie se caractérise par une perte de contrôle sur le jeu, une priorité accrue accordée au jeu, au point que celui-ci prenne le pas sur d'autres centres d'intérêt et activités quotidiennes, et par la poursuite ou la pratique croissante du jeu en dépit de répercussions dommageables. On peut ainsi légitimement se demander pourquoi des avertissements sur les effets sur la santé des consoles et jeux vidéos n'apparaissent pas sur l'emballage ou dans les communications précédant l'achat. À en juger par la progression spectaculaire de l'industrie des jeux de hasards sous couvert de la liberté de l'investissement et du caractère inattaquable de la circulation sans entrave du capital[277], cela pourrait s'avérer un bien faible remède. Mais il pourrait en être différemment si ces avertissements, voire des mesures plus restrictives vis-à-vis des investissements sont associés à la préservation des communs de l'attention, des communs eux-mêmes ramenés à une question de souveraineté et d'autogouvernement. Protéger l'attention pourrait ainsi être consacré en droit international de l'investissement au même titre que la protection de la santé publique. À son tour, cette question soulève celle du règlement des différends liés à l'investissement abordée plus haut (v. supra).

Ces exemples visant à essayer d'entrevoir comment la consécration juridique de communs de l'attention peut être envisagée ont pour effet de donner à voir à quoi pourrait ressembler un cadre juridique propice à la transition écologique. Sans renier les effets authentiquement émancipateurs de la modernité héritée des Lumières, nous voyons comment des règles juridiques sans liens apparents entre elles peuvent être fédérées dans des principes à valeur constitutionnelle qui viennent non pas détruire l'édifice juridique sur lequel est construit la modernité, mais le compléter d'une façon qui fasse de la cause écologique un véritable projet économique, comme l'envisage Wendell Berry (v. supra, introduction).

Conclusion

Nous voici parvenus au terme de ce voyage dans les rapports entre le droit, l'histoire et l'écologie. L'écriture des lignes qui précèdent a été bouleversée par l'irruption dans nos vies de la crise du Covid-19 et l'effet de sidération que celle-ci exerce sur la capacité des esprits à penser ce qui nous arrive. Comme indiqué en introduction, la catastrophe industrielle du Covid-19 agit comme un puissant révélateur de forces et de tendances profondes déjà à l'œuvre depuis au moins des décennies. D'aucuns, comme Paul Kingsnorth, s'inspirant des travaux de Patrick Deneen [278], voient dans cette crise le terme du grand récit libéral et un évènement comparable à l'effondrement de la grande théodicée chrétienne [279]. Le même Kingsnorth a même produit un essai d'anticipation de ce que pourrait nous réserver les décennies à venir :

> Les comptes faits, tout le monde pouvait voir ce qui allait arriver : au moins dix milliards d'âmes humaines d'ici la fin du siècle, réclamant de la nourriture, de l'eau, de l'espace et le bénéfice des avantages triomphants de « l'économie mondiale » conquérante, dans laquelle les puissances occidentales cajolaient, menaçaient ou attiraient le reste du monde depuis l'aube de l'ère des empires. Désormais, cette économie englobait tout, partout et tout le monde sur Terre. Il n'y avait pas d'échappatoire, même sur les plus hauts sommets ou dans les forêts les plus profondes, à ses produits, à sa vision du monde ou à sa connectivité 15G. La planète entière, des acajous aux employés de bureau, était maintenant une « ressource », à convoiter et à harnacher pour la croissance nécessaire et bénéfique de la machine mondiale.
> Cependant, cette croissance venait avec des effets secondaires : changement climatique, fonte des glaces, destruction massive des écosystèmes, forêts rasées et le taux d'extinction des espèces le plus élevé depuis soixante millions d'années ; sans compter la polarisation sociale et de massives inégalités économiques. Tout le monde savait tout ceci depuis la fin du XX[e] siècle, mais l'humanité entière s'était laissé bercer par l'illusion que tout ceci trouverait une solution. Après tout, le Forum Économique Mondial n'était-il pas sur le coup, ainsi que Bono et la fille suédoise, et tous ces hurluberlus déguisés en dinosaures ou ceux-ci qui s'attachaient aux piliers des ponts. Ce petit bruit de fond faisait partie du décor depuis si longtemps que personne n'y prêtait plus attention.
> Mais cela ne marchait pas : tout était parti dans une mauvaise direction depuis que le rapport Les limites de la croissance du Club de Rome avait prédit, dès 1972, ce qui se profilait. Dans la décennie 2020, il était devenu inconfortablement évident que les prévisions du rapport – raillées ou ignorées au moment de sa parution par le gratin du beau monde – étaient extraordinairement justes. L'emballement de la consommation mondiale avait généré une explosion de la demande de matières premières, qui étaient épuisées alors que les continents et les écosystèmes subissaient une dégradation du fait de leur usage humain, menant à une inflation galopante, à des troubles sociaux et politiques, à l'éclatement des écosystèmes et à un effondrement civilisationnel imminent [...]
> Même les plus ardents défenseurs du progrès et du développement pouvaient lire les inscriptions sur les murs. Quelque chose de radical devait être tenté. Les verts de la vieille école, ceux qui en réponse au rapport du Club de Rome avaient prêché des solutions chimériques sous la forme de la « décroissance », d'une vie simple, d'agriculture biologique ou de la cueillette des tiges d'orties, n'avaient aucun message audible dans un monde caractérisé par une forte demande, avec des consommateurs occidentaux insistant sur leur droit à une connexion Wi-Fi à bas-coût. De toute façon, tout le monde en avait marre des leçons de morale de ces gens-là. Les écologistes adultes – ceux qui portaient des costumes et écrivaient des rapports sur le besoin regrettable mais réaliste d'énergie nucléaire et de géo-ingénierie – ne le savaient que trop bien. Les solutions devaient être à grande échelle, brave et globales.
> À la fin, alors que l'addition se faisait payer sous la forme d'incendies gigantesques, de périodes de sécheresse, de fonte des glaces et de rupture des chaînes d'approvisionnement, un choix tragique se présentait : soit un ambitieux plan pour Sauver la planète, soit la décente dans la barbarie. C'est ainsi que les médias le vendaient, et puisque cette issue avait été anticipée de longue date, personne ne s'en émouvait. Nous étions désormais tous des prisonniers de la machine : tous dépendants de ses largesses pour accomplir les actes les plus simples de l'existence : manger, dormir et travailler. À mesure que la situation s'aggravait – et les choses empiraient très vite – l'appétit grandissait pour les solutions audacieuses, fermes et d'ampleur planétaire. Et depuis la pandémie de Covid-19, tout le monde s'était habitué à obéir aux autorités et à se soumettre à des technologies de surveillance omniprésentes afin de prévenir le désastre collectif.
> C'est ainsi que l'Empire mondial est advenu, sans accuser le moindre

> retard. Les entreprises, les ONG puissamment dotées, les États et les blocs régionaux, entrainant dans leur sillage une cohorte de médias et d'intellectuels, ont fait advenir leur Green New Reset, ou Green New Deal, ou peu importe le nom qu'ils donnaient alors à leur projet. Et ils l'ont fait avec une facilité déconcertante. Ce nouveau monde serait progressiste, inclusif, ouvert, durable, non sexué, et, surtout, intensément rentable. L'assimilation continue de tous les écosystèmes, cultures, perspectives et modes de vie qui entreraient en conflit avec le progrès serait assuré par le truchement de la neutralité carbone. La machine mondiale durable – intelligente, interconnectée, en mode de surveillance perpétuelle, toujours en mouvement – engloberait tout et tout le monde, produisant des avantages en cascade pour tous. Le rêve occidental de toujours serait enfin réalisé : le monde deviendrait un. Un marché, un ensemble de valeurs, une façon de vivre, une façon de voir.

Ces quelques paragraphes de l'essai de Kingsnorth résument admirablement la situation dans laquelle nous sommes entrés. La promesse d'abondance du progrès qui avait accouché du mythe de la mondialisation heureuse et le programme de la fin de l'histoire débouche sur le mythe de substitution de l'organisation technocratique et cybernétique de la planète comme seul remède à la convergence des crises. L'heuristique de la peur du slogan « sauvons la planète », personnalisée par Greta Thundberg, s'installe dans la continuité de celle qui soutenait la société de croissance, exprimée dans un discours de l'ancien premier ministre britannique Edward Heath :

> « L'alternative à la croissance n'est pas, comme certains semblent le supposer, une Angleterre tranquille de petites villes reliées par des trains à vapeur avançant doucement avec leur panache de fumée à travers de vertes prairies, mais des bidonvilles, des routes dangereuses, des usines délabrées, des écoles exigües, des vies rabougries. »

Après cinq décennies de croissance faible, et d'intensification de l'enlaidissement du monde, de la misère sociale et spirituelle, nous voici sommés d'accepter qu'au choix tragique entre la croissance et l'effondrement, à l'espoir sans cesse différé de la prospérité partagée en échange de la foi dans la croissance, succède celui de la survie conditionnée par l'obéissance aux mêmes prophètes de malheur. Un prométhéisme technologique succède à un autre : au choix technologique entre l'abondance promise par la civilisation thermo-industrielle et la rudesse des sociétés agraires, succède celui entre le transhumanisme et la mort. Mais comme le montre très bien Kingsnorth, les promesses du nouveau monde dans lequel nous entrons procèdent de la même injonction : l'asservissement à la dépendance technologique, la soumission sans réserve au règne de la machine. Peu importe que la machine paradigmatique ait évolué de la mécanique horlogère vers la machine informationnelle, la connexion au technotope, qui conditionnait hier les dividendes du progrès, devient aujourd'hui un enjeu de survie.

Pour nous libérer de cette trajectoire fatale, il est urgent de nous défaire du piège admirablement expliqué par le collectif Pièces et main d'œuvre, selon lequel la destruction systématique de la possibilité d'une vie humaine décente sur terre serait le produit

d'un anthropocène, qui voudrait incriminer l'espèce humaine, toute l'espèce humaine, pour la destruction de son milieu. Cette grille de lecture de la crise écologique nous entraîne vers la condamnation de toute volonté déterminée et à l'impasse narcissique du mysticisme, de la fausse spiritualité et du pouvoir de la personne. Le collectif grenoblois appelle aussi à nous défaire du mythe du capitalocène des néo-bolchéviques, qui ne voudraient voir dans la crise écologique que les effets du capitalisme libéral ou, dans sa version woke et intersectionnelle, celle du suprématisme blanc, du mâle blanc hétérosexuel. Ce à quoi nous assistons est un technocène. Comme le relève Pièces et main d'oeuvre, il est en effet tout à fait significatif que les inventeurs du mot même d'anthropocène, le biologiste Etienne Stoermer et le prix Nobel de chimie Paul Crutzen, en situent le point de départ non pas à l'apparition de l'homo sapiens, ni à celle en Italie du Nord des premières institutions capitalistes, mais en 1784, date du perfectionnement de la machine à vapeur et point de départ de la seconde révolution industrielle, la révolution thermo-industrielle.

À rebours des explications des origines de la crise écologique par le péché originel de la naissance de l'anthropos ou celui du capital, le collectif pièces et main d'œuvre soutient à fort juste titre que ni le capital, ni la technologie n'auraient été capables, pris séparément, de faire apparaître des forces productives à ce point destructrices en même temps que de générer une explosion démographique de cette ampleur. C'est des noces du capital et de la science, célébrées à la fin du XVIII[e] siècle, qu'est née la société techno-industrielle, inaugurant une destruction systématique, régulière et irrésistible du milieu dont les hommes avaient jusqu'à présent été des usufruitiers plus ou moins responsables. Le projet cartésien d'un homme comme maître et possesseur de la nature s'est opérationnalisé avec l'apparition de l'industrie thermique, point de départ d'un processus d'organisation rationnelle de l'homme machine.

C'est pour échapper à l'emprise de cette trajectoire, qui procède du déni de la place contradictoire qu'occupe l'homme dans l'ordre naturel des choses, celle d'une espèce à la fois dépendante de la nature mais séparée d'elle, que nous nous sommes attachés à définir les fondements juridiques qui reconnaisse pleinement cette nature divisée. L'éthique écologique qui permettra de fonder un véritable projet économique écologique implique d'inscrire au cœur du droit un rapport renouvelé de l'homme à ses techniques qui implique de renoncer aux deux illusions narcissiques de tenter d'imposer notre volonté à la nature par l'hubris technologique et, à l'inverse, celui de fusionner avec elle. On ne sortira de l'impasse du narcissisme, écrivait Lasch, « qu'en créant des objets culturels, des "objets transitionnels", qui restaurent un sentiment de connexion avec les mères et avec Dame nature, tout en affirmant notre maîtrise de la nature sans nier notre dépendance vis-à-vis des mères ou de la nature[(280)] ».

En tenant pour prémisse que les techniques que nous utilisons ne sont pas neutres en ce qu'elles redéfinissent toujours les rapports sociaux, et en essayant d'inscrire au cœur du droit une pensée technocritique, la présente étude se donne des ambitions constitutionnelles. Ou plutôt il s'agit de trouver au sein du foisonnement d'idées et d'institutions souvent contradictoires développées au sein d'un rapport du droit et de la cause politique de l'écologie un principe de cohérence et un effet d'entrainement que le parti technologiste n'a su lui donner.

Il a ainsi été question dans une première partie de rechercher les causes qui condamnent, paraphasant François Ost, le droit de l'environnement et le droit dans

ses rapports à la nature, à demeurer un droit schizophrène caractérisé paradoxalement par une ineffectivité à enrayer la destruction du milieu et à rechercher la solution dans les mirages de la déconstruction et autres créations de la pensée antihumaniste postmoderne. Revisitant les origines lointaines du droit moderne, nous avons ainsi mis en exergue l'agencement d'un certain nombre d'institutions juridiques et le rôle qu'elles ont joué dans l'avènement de la civilisation thermo-industrielle. De l'institution ancestrale du droit subjectif au droit de propriété en passant par les normes comptables et les droits de la nature, nous avons ainsi fait apparaître les normes constitutionnelles de la croissance, du prométhéisme technologique et d'une conception cybernétique du rapport de l'homme à son milieu jusque dans les sensibilités écologistes les plus radicales, y compris au sein du mouvement très diffus et fragmenté de la décroissance.

Dans un second temps, nous nous sommes efforcés, au travers d'exemples de pratiques de communautés autogouvernées et de propositions diverses formulées par des écoles et des penseurs inscrits dans une perspective technocritique, de traduire juridiquement l'observation de Paul Kingsnorth : « Notre culture est fascinée par la science et par ce qu'elle peut accomplir, ce qui est parfaitement compréhensible. Mais elle est beaucoup moins empressée à se poser la question de savoir ce que la science ne peut pas faire. » Or nous venons de voir au cours des deux dernières années que cette question se pose avec une urgence renouvelée. Comment en effet faire que le droit intègre en son cœur la nécessité d'un débat démocratique autour de la question de l'acceptabilité du risque technique ? Tout commence par reconnaître que cette question est le corollaire du droit à l'autogouvernement ou à l'auto-détermination. En reconnaissant que les techniques qu'une communauté adopte et utilise détermine la nature des rapports sociaux au sein de celle-ci, la technique cesse d'être un enjeu, secondaire, une arrière-pensée, pour devenir un enjeu constitutionnel du corps politique.

C'est en nous appuyant sur cette grille de lecture du monde que nous nous sommes efforcés de distinguer dans des pratiques ou des revendications juridiques existantes des institutions juridiques susceptibles d'insuffler une éthique juridique écologique reposant sur un rapport renouvelé vis-à-vis de nos techniques.

De cet effort découlent un certain nombre de propositions concrètes

1. Reconnaissance d'un droit des communautés autogouvernées à décider souverainement du capital qu'elles entendent associer à leur développement, et d'un droit au non-développement. Réinterprétant l'idée de personnalité juridique de la nature, nous nous sommes aperçus que la revendication centrale des communautés derrière cette reconnaissance consiste à faire advenir un droit de communautés autogouvernées à décider souverainement quel capital elles entendent associer à leur développement, voire un droit au non-développement. Il s'agit donc moins d'anthropomorphiser la nature que de réinsérer des limites au pouvoir des grands groupes transnationaux en limitant leur personnalité morale à un but précis que la société assigne à ces créatures et de donner aux communautés autogouvernées des moyens de résister aux autorités

préemptives des structures gouvernementales à plus grande échelle. Cette limitation peut aller jusqu'à envisager de priver les grandes entreprises du privilège exorbitant de la personnalité morale lorsque ces groupes, absouts de toutes limites, deviennent des outils d'accumulation de pouvoir et de destruction du milieu. En d'autres termes, il s'agit de rendre les sociétés commerciales des êtres mortels.
2. Réinterpréter la propriété non pas comme un rapport absolu de domination sur la création, mais comme un usufruit, comme une propriété-habitation. Instaurer un tel rapport passe par la réhabilitation des formes de propriété commune comme les sections de communes, selon lequel un certain nombre de biens qualifiés de biens publics appartiennent non pas aux personnes morales de droit public sur le territoire desquels ces biens sont situés, mais à l'universalité des citoyens.
3. Refonder les normes comptables en érigeant en règle absolue la conservation des capitaux financiers, environnementaux et humains, et non plus seulement celle du capital financier.
4. Refonder l'institution de la responsabilité autour de la question de l'acceptabilité des risques technique. Cette refondation pourrait être articulée autour des propositions de Simon Charbonneau d'un droit au moratoire sur les innovations techniques à haut risque social et écologique, d'un droit à la contre-expertise et d'un droit aux racines.
5. Proclamer un devoir de réparer au cœur des processus de production.
6. Procéder à un rééquilibrage des normes juridiques garantissant l'autonomie des individus et des communautés autogouvernées selon le principe de justice d'une vie digne d'être vécue sous le double signe de l'autonomie et de la vulnérabilité. Reprenant les travaux du Centre Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques de l'Université de Bruxelles Saint Louis, il s'agirait de procéder à un rééquilibrage des règles indexées à la croissance et de celles chargées d'assurer l'autonomie immédiate des personnes humaines en faveur des secondes.
7. Institutionnaliser des communs de l'attention. Outre le rattachement de ces communs de l'attention à une réforme des normes comptables et au droit au non-développement, les communs de l'attention pourraient être opérationnalisés par l'intégration des troubles de l'attention causés par des objets matériels et immatériels dans les considérations de santé publique.

Cependant, en guise de conclusion, aucune de ces propositions ne fait sens si la réflexion sur la crise écologique n'est pas intégrée dans une dynamique d'autogouvernement qui implique nécessairement une réflexion sur la taille du corps politique. Afin de juger de l'importance d'une telle réflexion pour résoudre la crise écologique, nous terminerons par une longue citation extraite de l'ouvrage collectif *A Pattern of Language*[281].

> « Il existe des limites naturelles à la taille des groupes qui peuvent se gouverner eux-mêmes d'une façon humaine ».[...]

À moins qu'une région n'ait au moins plusieurs millions d'habitants, elle ne sera pas suffisamment peuplée pour avoir au moins un siège de représentation au gouvernement du monde, et ne sera dès lors pas en mesure de supplanter le pouvoir et l'autorité des actuels États Nations.

Ce point est soulevé par Lord Weymouth, de Westminster, Angleterre, dans une lettre au *New York Times* du 15 mars 1973 :

> « Fédération mondiale : un millier d'États
> … La pierre fondatrice d'une fédération mondiale organisée sur une base démocratique doit reposer sur une régionalisation là où nous ne trouvons que des États centralisés… L'argument repose sur l'idée que le gouvernement mondial ne possède de légitimité morale que si chaque délégué représente au moins une portion égale de la population mondiale. Travaillant à rebours sur la base d'une estimation de la population mondiale en l'an 2000, où il est estimé que la population mondiale dépassera les 10 milliards d'habitants, je suggère que nous pensions en termes d'un État régional idéal autour de 10 millions d'habitants, ou entre 5 et 15 millions d'habitants, afin de nous donner une plus grande flexibilité. Cela fournirait aux Nations Unies un assemblée d'égaux de 1 000 représentants régionaux : un corps qui serait légitime à prétendre qu'il serait vraiment représentatif de la population du monde. »

Weymouth estime que l'Europe de l'Ouest pourrait prendre l'initiative d'engager le monde vers cette conception du gouvernement [le sens de gouvernement est ici antinomique avec celui d'État] mondial. Il voudrait croire que le mouvement pour une autonomie régionale partira du Parlement Européen de Strasbourg ; et espère que ce pouvoir sera progressivement transféré de Westminster, Paris, Bonn, etc., vers des conseils régionaux fédérés à Strasbourg.

> « Je suggère que dans l'Europe du futur, nous distinguions une Angleterre éclatée en Kent, Wessex, Mercia, Anglia et Northcumbria, avec une Ecosse, un Pays de Galles et bien sûr une Irlande indépendantes. D'autres exemples européens incluraient la Bretagne, la Bavière et le Calabre. Les identités nationales de notre Europe contemporaine auront perdu leur signification politique.
> À moins que les régions aient le pouvoir de s'auto-gouverner, elles seront incapables de résoudre leurs propres problèmes environnementaux. Les lignes arbitraires des États et des pays, qui peuvent traverser des frontières régionales, rendent impossible pour les peuples régionaux de résoudre leurs problèmes régionaux d'une façon directe et humainement efficiente.
> L'économiste Gravier s'est livré à une analyse profonde et détaillée de cette idée. Dans une série de livres et d'essais, Gravier a forgé le concept d'une Europe des régions, une Europe décentralisée et réorganisée autour de régions qui transcendent les frontières nationales et internes (Par exemple la région Bâle/Strasbourg rassemble des parties de la France, de l'Allemagne et de la Suisse ; la région de Liverpool inclut des territoires en Angleterre et au Pays de Galles). V. Jean-François Gravier, L'Europe des régions, in 1965, Internationale Regio Planertagung, Schriften der Regio 3, Regio, Basel, 1965, pp. 211-22) […]

> Finalement, à moins que les nations existantes se décentralisent radicalement, nous allons tout droit vers la disparition de la merveilleuse diversité de langues, de cultures, de coutumes et de modes de vie des habitants de la terre, qui est si vitale pour la santé de la planète. En bref, nous pensons que des régions indépendantes sont les réceptacles naturels des langues, des cultures, des coutumes, de l'économie et des lois, et que chaque région doit acquérir un degré suffisant de singularité et d'indépendance pour maintenir la force et la vigueur de sa culture […]
> Les cités remplissaient cette fonction lors de l'apogée de la civilisation médiévale. Elles constituaient des espaces durables où pouvait fleurir une culture commune, une diversité de modes de vie et d'échanges économiques ; elles étaient de formidables communes, dont les citoyens étaient membres, où chacun avait son mot à dire sur le destin de la cité. Nous pensons que la région indépendante doit devenir la polis moderne – la nouvelle commune – cette entité humaine qui permet le développement d'un espace propice aux cultures, aux langues, aux lois, aux services, aux échanges économiques, à la variété. Une fonction que les vieilles murailles de la polis assurait pour ses membres. »

NOTES RÉFÉRENTIELLES

Chaque numéro de note est suivi du numéro de sa page correspondante.

1. 3 TV. P. Kingsnorth, *The Vaccine Moment* (e-book 2021), disponible à l'adresse www.paulkingsnorth.net/vaccine

2. 4 Voir sur ce sujet la remarquable enquête d'Alina Chan et Matt Ridley, *Viral, The Search for the Origins of Covid 19*, New York , Harper, 2021.

3. 5 Pièces et main d'œuvre, *Le règne machinal, La crise sanitaire et au-delà*, Paris, Service compris, 2021.

4, 5 Voir Wendell Berry, *Tout le cheval*, in *La santé de la terre*, Essais agrariens, Paris, Wild Project, 2018, p. 234.

5. 6 Lasch, *Le moi assiégé*, Paris, Climat, 2008, trad. C. Rosson, p. 261.

6.6 Ibid.

7. 11 F. Capra & U. Mattei, *The Ecology of Law, Toward a legal System in Tune with nature and Community*, Oakland, Berrett-Koehler, 2015.

8. 11 L'argumentaire de Capra et Mattei est d'autant plus intéressant qu'il élude complètement la question du droit de l'environnement. Le droit de l'environnement est jugé tellement décoratif que le livre fait le choix volontaire de l'omettre complètement. Seules des initiatives essentiellement locales consistant à répondre à la crise écologique par les communs sont avancés comme guides de remédiation à la crise écologique.

9. 12 Les mots de Justinien lui-même, dans la préface du Code, permettent de mesurer l'importance du texte et le caractère déjà moderne de l'entreprise : «En conséquence, nous vous ordonnons de lire et corriger les livres qu'ont écrit, sur le droit romain, les juristes anciens les juristes qui ont reçu des princes l'autorité de rédiger et d'interpréter les lois : en sorte que vous puissiez tirer de ces livres un corps de jurisprudence, dans lequel il ne se trouve, autant que possible, ni deux lois semblables, ni deux lois contraires ; mais que votre recueil suffise seul et supplée à tous les autres livres. […]
Attendu que nos peuples doivent tenir cette collection de notre munificence impériale, nous voulons qu'elle forme un ensemble achevé et qu'on puisse regarder comme le temple et le sanctuaire de la Justice.
Vous diviserez tout le droit en cinquante livres et en un certain nombre de titres en observant, selon que vous le jugerez plus convenable, l'ordre que nous avons suivi dans notre code, ou celui de l'édit perpétuel ; en sorte qu'on ne puisse rien désirer après cette collection, et que ces cinquante livres contiennent tout le droit ancien observé depuis près de quatorze cents ans. Ce droit, qui était ci-devant plein de confusion, se trouvera réforme par notre autorité, et le recueil que vous en ferez, formera comme un mur de clôture au-delà duquel il n'y aura plus rien à chercher.»
Voir la traduction intégrale à l'adresse suivante : www.histoiredudroit.fr/corpus_iuris_civilis.html, consulté pour la dernière fois le 26 décembre 2020.

10. 12 Aldo Schiavone, *Ius, L'invention du droit en Occident*, Paris, Belin, 2015, Trad. G. & J. Bouffartigue.

11. 13 Voir sur ce point J. Saint Victor, *Communaux (Histoire du droit)*, in M. Cornu, F. Orsi & J. Rochfeld dir.), *Dictionnaire des Biens Communs*, Paris, PUF, 2017.

12. 14 S. Vanuxem, *La propriété de la terre*, Paris, Wild Project, pp. 24-25.

13, 14 Ibid.

14, 15 P. Milon, *Analyse théorique du statut juridique de la nature*. Thèse pour le doctorat de droit, Université d'Aix Marseille (2018), p. 140.

15. 16 T. More, *L'utopie* [1516], trad. de l'anglais, Paris, Editions sociales, 1976, I, *Récit* de Raphaël Hythloday, 1976, p. 81, cité dans F. Gauthier, *Enclosure*, in Cornu, Orsini & Rochfeld, op. cit., p. 509.

16. 16 Voir F. Gauthier, op. cit., p. 506 et s.

17, 16 *Diamond v Chakrabarty*, US 103 (1980).

18. 16 En France, la loi no 92-597 du 11 juin 1970 abroge l'article 7 de la loi n° 68-1 du 2 janvier 1968 qui excluait l'ensemble du vivant du champ d'application de la brevetabilité. En droit international, l'article 16 § 5 de la Convention de Rio sur la diversité biologique reconnaît des droits commerciaux sur la biodiversité.
En droit européen, la directive 98/44 CE du 6 juillet 1998 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques.

19. 16 Voir Milon, op. cit. p. 145.

20. 17 Notons, cependant, que contrairement à Michel Villey, pour l'historien du droit Yan Thomas, la destitution juridique de la nature attribuée aux modernes serait en fait un legs des juristes romains, oublié au Moyen Age, puis redécouvert avec le *Corpus Iuris Civilis*. Voir Y. Thomas, *L'institution juridique de la nature*, in *Les opérations du droit*, EHESS, Gallimard, Seuil, Novembre 2011, pp. 133-186 (texte initialement paru dans la revue *Droits. Revue française de théorie juridique*, n° 21, 1995, pp. 17-63), cité dans Vanuxem S. op. cit., pp. 45 et s.

21. 17 M. Villey, *La formation de la pensée juridique contemporaine*, Cours d'histoire de la philosophie du droit, Paris, Montchrestien, 4e éd. (1975), p. 229.

22. 17 Ibid.

23. 17 Pour aller plus loin, Voir S. Vanuxem, Choses. in Cornu, Orsi, Rochfeld (dir.), op. cit., pp. 172-76.

24. 17 Pour aller plus loin, Voir H. Lepage *Pourquoi la propriété*, p. 47 et s.. Paris, Hachette, Coll. Pluriel, 1985.

25. 18 Voir Villey, op. cit., p. 597.

26. 18 Ibid.

27. 18 H. Grotius *Droit de la guerre et la paix*, Paris, PUF, 2012, trad. Paul Pradier-Fodéré (Parution originale : 1625).

28. 18 Ibid.

29. 18 Cité in Lepage, op. cit.

30. 19 A. Koyré, *Du monde clos à l'univers fini*, Paris, PUF, 1962, trad. Raïssa Tarr, cité in F. Ewald, *L'État providence*, Paris, Grasset, 1986, p. 566

31. 20 Voir Ewald, op. cit.

32. 20 Voir Ewald, op. cit.

33. 21 Locke J., *Deuxième traité du gouvernement civil* (Trad. D. Mazel, chronologie, introduction, bibliographie et notes S. Goyard-Fabre), Garnier Flammarion, (1984) §§ 27, 87.

34. 21 Ibid.

35. 21 Ibid, § 32.

36. 21 Ibid., § 27.

37. 21 Ibid, § 31.

38. 21 Ibid.

39. 21 Ibid. § 50.

40. 21 Ibid.

41. 22 Voir J.F. Spitz, «Imperium et dominium chez Locke», *Droits* n°22, 1995, p. 27-38.

42. 22 Locke, op. cit. §§ 124-126.

Les obstacles juridiques à la transition écologique

NOTES RÉFÉRENTIELLES

Chaque numéro de note est suivi du numéro de sa page correspondante.

43. 22 F. Ost., op. cit., p. 60.

44. 22 G. Baudry-Lacantinerie et M. Chauveau *Traité théorique et pratique de droit civil*, Des biens, 1905, n°200 et s.

45. 23 V. Marcadé, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon, II*, 5e éd., 1852, n°405.

46. 23 C. Demolombe, *IX*, 3e éd., 1866 no 545.

47. 23 Proudhon, *Qu'est-ce que la propriété ?*, Paris, Le Monde & Flammarion, «Les livres qui ont changé le monde», 2009, p. 61.

48. 23 F. Ost., op. cit., p 61.

49. 23 Sur ce point, Voir J.-L. Halpérin, *Fonction sociale de la propriété*, in *Dictionnaire des communs*, op. cit., pp. 559 et s.

50. 24 Pour des développements plus conséquents sur la *Law and Economics*, Voir infra.

51. 24 A. Supiot, *La gouvernance par les nombres*. Cours au Collège de France, Fayard (2015) pp. 200 et s.

52. 24 Ibid.

53. 24 Ibid.

54. 24 Ibid.

55. 24 H. Lepage, *Pourquoi la propriété*, Coll. Pluriel, Hachette (1985), p. 105.

56. 24 Voir sur ce point P. Dardot et C. Laval, Commun, *Essai sur la révolution au XXIe siècle*, La découverte (2014), pp. 117 et s.

57. 24 Lepage, op. cit., p. 99 et s.

58. 25 Le premier mouvement des «enclosures» est une politique inaugurée par la monarchie anglaise (aux XVIe et XVIIe siècles) dans le but de remplacer les modes traditionnels d'agriculture – souvent fondés sur l'entraide et la coopération – par un système basé sur la propriété privée (et dont la clôture allait devenir le symbole universel).
Dans la pratique, cette politique revenait à supprimer les droits coutumiers (comme celui de vaine pâture) qui avaient jusqu'ici permis aux villageois les plus pauvres de continuer à vivre de manière autonome grâce aux terrains communaux. Il s'agissait donc de contraindre les paysans à la mendicité et à l'exode rural et de mettre ainsi à la disposition des manufacturiers anglais une main d'œuvre abondante, bon marché et culturellement déracinée.

59. 25 J. Boyle, *The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain*, in *Law and Contemporary Problems*, vol. 66, n°1 et 2 (2003).
Voir aussi, J. Boyle, *The Public Domain. Enclosing the Commons of the Mind*, Yale University Press (2008).
Sur James Boyle, voir S. Broca, *James Boyle*, in Cornu, Orsi & Rochfeld, op. cit., p. 139 et s.

60. 26 *Diamond c. Chakrabarty*, 447 U.S. 303 (1980).

61. 26 Par une décision de 1978 du bureau d'appel de l'office américains des brevets. Voir F. Ost., op. cit., p. 75.

62. 26 F. Ost., op. cit., p. 75.

63. 26 Ibid., p. 76.

64. 26 Il est d'ailleurs intéressant de mentionner que les premiers juristes professionnels à Roma, les pontifes, étaient des prêtres-ingénieurs.

65. 27 Cf. par exemple, les actes du Colloque organisé à la faculté de droit de l'université de Tours le 12 février 2014. www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwjk7vzWjdzs AhWYIhIEHfMdAvIQFjAAegQIBBAC&url=https%3A%2F%2Fjournals.openedition.org%2Frevdh%2F1463%3Flile%3D1&usg=AOvVaw1iWrQC3kbXbiSId9ForJYc

66. 27 Voir sur cette question l'ouvrage magistral de F. Jarrige, *Techno-critiques, Du refus des machines à la contestation des techno-sciences*, Paris, La découverte, 2016, pp. 33 et s.

67. 27 Dans *L'Encyclopédie*, l'innovation est définie comme une : «Nouveauté ou changement important qu'on fait dans le gouvernement politique d'un État contre l'usage et les règles de sa constitution. Ces sortes d'innovation sont toujours des difformités dans l'ordre politique…»

68.27 Jarrige, *Techno-critiques*, op. cit., p. 38.

69. 28 Il est très intéressant à cet égard de visiter les maisons des Pères fondateurs pour constater le contraste entre elles et le luxe ostentatoire européen.

70. 28 Cité par Jarrige, *Techno-critiques* op. cit., p. 39.

71. 28 C. Arnsperger, *Critique existentielle de la croissance économique. Éléments pour une "transition anthropologique"*, R.I.E.J., 77 (2016), p. 87.

72. 29 R. Garcia, *Le sens des limites, Contre l'abstraction capitaliste*, Paris, L'échappée, 2018, p. 120 et s.

73. 31 F.A. Hayek, *La constitution de la liberté*, Paris, Litec, 1960.

74, 32 Voir Wendell Berry, *Vous devez vous arrêter quelque part*, entretien réalisé par R. Beauchard, in *Limite* n°14, pp. 100-104.

75. 32 Voir sur la réponse de la communauté Amish au Covid-19, le remarquable podcast de Sharyl Atkisson, https://sharylattkisson.com/2021/10/the-amish-covid-experience-herd-immunity-and-fighting-propaganda-podcast/

76. 32 Berry, *Vous devez vous arrêter*, op. cit.

77. 32 D. Schneiderman, *Constitutionalizing Economic Globalization, Investment Rules and Democracy's Promise*, Cambridge Univ. Press, 2008.

78, 000 Voir G. Teubner, *Constitutional Fragments, Societal Constitutionalism and Globalization*, Oxford, Oxford Univ. Press, 2012.

79. 33 B. Stiegler, *Il faut s'adapter, Sur un nouvel impératif politique*, Paris, Gallimard, 2019, p. 79.

80. 34 Schneiderman, op. cit. p. 9.

81. 34 P. Dardot & C. Laval, Commun, *Essai sur la Révolution au XXIe siècle*, Paris, La découverte, 2014, p. 553-54.

82. 34 Schneiderman, op. cit., pp. 13 et s.

83. 35 G. Delledonne, *La croissance économique dans l'ordre juridique, Retour sur un débat des Trente Glorieuses*, Revue Interdisciplinaire d'Études juridiques (RIEJ), 2018.

84, 36 Pour des développements plus détaillés sur l'arbitrage d'investissement ou ISDS, Voir R. Beauchard *L'assujettissement des nations, Controverses autour du règlement des différends entre États et investisseurs*, Paris, ECLM, 2017.

85. 36 A. Bailleux (dir.) *Le droit en transition, Les clés juridiques d'une prospérité sans croissance*, Bruxelles, Presses de l'Université de Saint Louis, 2020.

86. 36 A. Bailleux, *Le droit en transition.*

NOTES RÉFÉRENTIELLES

Chaque numéro de note est suivi du numéro de sa page correspondante.

La science juridique face aux défis d'une prospérité sans croissance, in Bailleux, op. cit., p. 40.

87. 38 Cosigo Resources, Ltd., Cosigo Resources Sucursal Colombia, Tobie Mining and Energy, Inc. Voir Republic of Colombia, www.italaw.com/cases/3961.

88. 39 A. Garapon, *La raison du moindre État. Le néolibéralisme et la Justice*, Paris, Odile Jacob, 2010, p. 193-94.

89. 39 Voir le rapport du Corporate Europe Observatory et du Transnational Institute, Cashing In on the Pandemic, 19 mai 2020, disponible à l'adresse : https://longreads.tni.org/cashing-in-on-the-pandemic.

90. 39 G. Arrighi, *The Long Twentieth Century, Money, Power and the Origins of our Times*, Londres, New York, Verso, 1994, édition réactualisée, 2010, p. 75 (traduction par l'auteur).

91. 40 La conservation du capital en vue de sa transmission aux héritiers domine l'histoire de la comptabilité depuis le XIVe siècle jusqu'à une époque très récente. En revanche, nous verrons que le but de la conservation du capital a considérablement évolué depuis la décennie 1970 (v. infra).

92. 40 Alexandre Rambaud, *La valeur de l'existence en comptabilité. Pourquoi et comment l'entreprise peut (p)rendre en compte des entités environnementales pour «elles-mêmes»*, thèse de doctorat en Gestion et management, Université Paris-Dauphine, 2015 p. 144.

93. 40 Ibid.

94. 41 Sur les rapports entre le purgatoire et la comptabilité en partie double, Voir le chapitre qui lui est consacrée dans l'excellent livre d'Edouard Jourdain, *Théologie du capital*, Paris, PUF, 2021.

95. 41 Ibid.

96. 41 J. Richard & A. Rambaud *Révolution comptable, Pour une entreprise écologique et sociale*, Paris, L'atelier, 2020.

97. 42 J. Richard, *Souplesse des comptables et des juristes, Subjectivité du concept de profit : les leçons de l'histoire de la comptabilité de Louis XIV* aux IFRS, Gestion et finances publiques, n°6, juin 2013, cité dans : E. Jourdain, *Quelles normes comptables pour une société du commun ?* Paris ECLM, 2019. pp. 68-9.

98. 44 J. Richard & A. Rambaud, *Révolution comptable*, op. cit. pp. 38-39. Kindle Edition.

99. 45 L'IASB est créée en 2001 et succède à l'International Accounting Standards Committee (IASC) créée en 1973, créée à l'initiative de Lord Benson, un associé de la firme anglaise Coopers and Lybrand, avec l'idée qu'il serait nécessaire qu'une norme internationale unique puisse évaluer les opérations des entreprises multinationales. L'IASC avait commencé à publier des normes comptables nommées International Accounting Standards (IAS) qui sont le précurseur des IFRS. Comme le souligne Edouard Jourdain, l'IASC s'était déjà doté d'un cadre conceptuel néolibéral, c'est-à-dire privilégiant le capitalisme des marchés financiers via les investisseurs, en 1989. Voir sur ce point E. Jourdain, *Quelles normes comptables*, op. cit., pp. 76-81.

100. 45 Le FASB est composé de 7 membres à temps plein provenant des secteurs de la comptabilité, du contrôle de gestion, de la gestion d'actifs, de l'audit des comptes des grandes firmes et des business schools.

101. 45 «L'harmonisation comptable : une nouvelle stratégie au regard de l'harmonisation internationale» (COM 95 [508]), consultable à l'adresse https://op.europa.eu/fr/publication-detail/-/publication/5fccfaf1-382b-429e-a66a-8e195805b566/language-fr

102. 46 J. Richard & A. Rambaud, op. cit. p. 43.

103. 47 Irving Fisher (1867–1947) fut président de la société américaine d'eugénisme. Dans son principal ouvrage, *100% Money*, Fisher défendait le transfert de la création monétaire des banques privées vers la banque centrale en imposant des réserves monétaires pour les banques privées de 100 %.

104. 47 Eve Chiapello, *Transformation des conventions comptables, transformation de la représentation de l'entreprise*, in Michel Capron (dir.), *Les normes comptables internationales, instruments du capitalisme financier*, La découverte, 2005, pp. 121-150.

105. 47 E. Jourdain, *Quelles normes comptables*, op. cit., p 92.

106. 49 Déclaration de Stockholm sur l'environnement, 1972, disponible à l'adresse www.pfi-culture.org/wp-content/uploads/sites/1052/ 2016/04/1972 declarationstockholm.pdf

107. 50 Voir infra, C.D. Stone *Should Trees Have Standing? Toward Legal Rights for Natural Objects*, Southern California Law Review, 1972, N°45, p. 450-501.

108. 50 Rés. 3201 et 32-02 (s-VI) du 1er mai 1974.

109. 50 Voir G. Arrighi, *The Long Twentieth Century*, et Adam Smith à Pékin, op. cit.

110. 50 R.H. Coase, *The Problem of Social Costs, Journal of Law and Economics*, vol. 3, 1960, p. 1-44.

111. 51 G. Hardin, *The Tragedy of Commons*, Science, Vol. 162, 1968, n°. 3850. pp. 1243-1248.

112. 51 H. Lepage, *Pourquoi la propriété*, op. cit.

113. 51 Ibid. pp. 337-38.

114. 51 Ibid. p. 239.

115. 52 Ibid.

116. 53 Il faut souligner que la veille de l'ouverture du sommet de la Terre de Rio, était rendu public l'appel d'Heidelberg. Ses signataires, rassemblant 70 prix Nobel proclamant leur inquiétude «d'assister, à l'aube du XXIe siècle, à l'émergence d'une idéologie irrationnelle qui s'oppose au progrès scientifique et industriel et nuit au développement économique et social», y dénonçaient des «mouvements» idéalisant l'«État de nature», et y affirmaient que le «progrès et le développement reposent depuis toujours sur une maîtrise grandissante [des substances dangereuses]» ; avant de conclure que «les plus grands maux qui menacent notre planète sont l'ignorance et l'oppression et non pas la science, la technologie et l'industrie».
Porté par la légitimité de prestigieuses signatures et largement diffusé, l'appel d'Heidelberg identifie clairement le progrès à celui de l'industrie et de ses technologies. Comme l'explique François Jarrige, cet appel était une opération de communication commanditée au départ par le lobby des industriels de l'amiante pour nuire aux sciences de l'environnement naissantes et freiner toute velléité de régulation des systèmes techniques dangereux. Castoriadis avait vu dans cet appel un texte «ignominieux» et «naïvement scientiste», réaffirmant que ce sont d'abord l'«autonomisation de la technoscience» et les «retombées négatives» des faux besoins produits par «tel exploit scientifique ou technique» qui constituent les véritables menaces.

Les obstacles juridiques à la transition écologique

NOTES RÉFÉRENTIELLES

Chaque numéro de note est suivi du numéro de sa page correspondante.

117. 54 M. Pétel, *La nature: d'un objet d'appropriation à un sujet de droit*, Revue Interdisciplinaire d'études juridiques, 2018, p. 207 et s.

118. 54 Gurwirth, op. cit.

119. 54 Voir interview du collectif Pièces et main d'œuvre par K. Boucaud-Victoire, 26 octobre 2021, https://comptoir.org/2021/10/26/pieces-et-main-doeuvre-la-cybernetique-affaiblit-notre-autonomie-de-pensee/

120. 55 K. Schwab & T. Malleret, *Covid-19. La grande réinitialisation*, Genève, Forum Publishing, 2020 p. 198.

121. 56 Ibid.

122. 56 Voir Kingsnorth, *The Vaccine Moment*, op. cit.

123. 57 Schwab & Malleret, op. cit., p. 160.

124. 57 Voir Kingsnorth, *The Vaccine moment*, op. cit.

125. 57 Voir sur ce point Olivier Rey, *L'idolâtrie de la vie*, Paris, Gallimard, Collection tracts, 2021.

126. 57 Voir Rey, op. cit.. Voir aussi, Jacques Philipponneau, entretien (refusé) avec «La Décroissance», https://lesamisdebartleby.wordpress.com/2021/02/18/jacques-philipponneau-entretien-refuse-avec-la-decroissance/#more-2686

127. 57 Juli Zeh, Corpus Delicti. *Un procès*, Arles, Actes Sud, 2010, p. 135.

128. 57 Garcia R. *Le sens des limites, Contre l'abstraction capitaliste*, Paris, L'échappée, 2018, pp. 246 et s.

129. 59 Voir F. Ost, *La nature hors-la-loi*, pp. 96 et s.

130. 64 K. Bosselman, cité dans F. Ost, op. cit., p. 180.

131. 64 Voir les développements consacrés à cette question infra.

132. 64 Pour des développements plus conséquents sur le préjudice écologique pur, voir infra, chap. VII.

133. 64 B. Edelman & M.A. Hermitte, *L'homme, la nature et le droit*, Paris, Bourgois, 1988

134. 64 M.A Hermitte, *Artificialisation de la nature et droits du vivant*, in P. Descola (dir.), Les natures en question, Paris, Odile Jacob, 2018 pp. 257-284.

135. 65 Guillemets ajoutés par l'auteur.

136. 65 CJUE, 14 janvier 2016, aff. C-141/14, recours en manquement Comm. C. République de Bulgarie.

137. 65 CJUE 26 avril 2017, aff. C-142/16, construction de la centrale à charbon de Morburg.

138. 65 LOI n°2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages, disponible à l'adresse : www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000033016237

139. 67 Voir R. Garcia, *La collapsologie, ou l'écologie mutilée*, Paris, L'échappée, 2020.

140. 68 Garcia, op. cit., p. 33.

141. 68 M. Bookchin, *Pour une société écologique*, initialement publié sous le titre «Towards an Ecological Society» (1973), publié dans *Toward an Ecological Society*. Traduction française de Daniel Blanchard et Helen Arnold, in *Pour une société écologique*, Paris, Christian Bourgois, 1976.

142. 68 Voir J. Lovelock, *Novacene, The Coming Age of Hyperintelligence*, Cambridge MA, Allen Lane, 2019.

143. 69 Garcia, op. cit., p. 91.

144. 69 Ibid., p. 93-4.

145. 70 Lasch, *Le moi assiégé*, op. cit., p. 262.

146. 70 Ibid.

147. 73 Voir C. Stone, *Should Trees Have Standing, Towards Legal Rights for Natural Objects*, Southern California Law Review, vol. 45, pp. 450-501 (1972); C. Cullinan, Wild *Law, A manifesto for Earth Justice*, Chelsea Green Publishing Books, 2011

148. 73 Il faut toujours garder à l'esprit que les termes de dommage et de préjudice ne sont pas synonymes. Le dommage implique une atteinte objective à une personne, un bien, un droit reconnu ou spécialement protégé, tandis que le préjudice s'entend des conséquences patrimoniales et extrapatrimoniales des dommages, c'est-à-dire de leur réparation.

149. 74 Sierra Club. V. Morton, 405 U.S. 727 (1972).

150. 75 Stone, op. cit., p. 487.

151. 75 Ibid.

152. 75 S.D. Stone, *Should Trees Have Standing Revisited: How Far Will Law and Morals Reach, A Pluralist Perspective*, 59 S. Cal. L. Rev. 1985-1986.

153. 75 La décision la plus proche de reconnaître un tel droit est une décision rendue en 2015 par la juge Barbara Jaffe devant une division d'appel de New York, qui reconnaît à une association de défense des animaux intérêt et qualité à agir pour demander l'application de l'habeas corpus à des grands singes, mais a refusé de reconnaître la personnalité juridique à des chimpanzés, n'estimant pas avoir la légitimité pour effectuer une telle reconnaissance. Supreme Court of New York, appellate Division, Fourth Judicial Dep't, The Non Human Projet INC. Voir Carmen Presti, Decision and Order, July 29, 2015, n°152736/15. Voir les développements consacrés à cette décision par Pauline Milon, in Milon, op. cit., pp. 463 et s.

154. 77 Grand romancier de l'Ouest américain, et inspirateur d'un grand courant de l'écologie radicale américaine.

155. 77 https://celdf.org/2015/08/tamaqua-borough. Traduction libre.

156. 78 https://pittsburgh.legistar.com/LegislationDetail.aspx?ID=766814&GUID=3306C0FD-CF64-4F19-9D73-052C69CB9738

157. 80 Disponible à l'adresse www.utoledo.edu/law/academics/ligl/pdf/2019/Lake-Erie-Bill-of-Rights-GLWC-2019.pdf

158. 80 Cf. par exemple, www.lemonde.fr/planete/article/2019/02/22/les-habitants-de-toledo-dans-l-ohio-appeles-a-donner-un-statut-juridique-au-lac-erie-pour-sa-survie_5426743_3244.html

159. 80 www.courtlistener.com/docket/14573310/drewes-farms-partnership-v-city-of-toledo-ohio. La Lake Erie Bill of Rights est loin d'être la seule ordonnance locale à avoir été invalidée par des juges fédéraux. Par exemple, l'ordonnance du comté de Mora au Nouveau Mexique a été annulée par un juge fédéral en 2014, au motif d'une violation des droits des entités commerciales reconnu par le Premier amendement de la Constitution américaine. (Voir https://casetext.com/case/swepi-lp-v-mora-cnty-2). À l'inverse, nous soulignons l'extraordinaire saga judiciaire autour de la charte d'autogouvernement local et l'interdiction de l'exploitation des gaz de schiste de la localité de

NOTES RÉFÉRENTIELLES

Chaque numéro de note est suivi du numéro de sa page correspondante.

Grant Township dans l'État de Pennsylvanie. Après 7 ans de combat juridique et l'introduction en 2017 d'un contentieux à l'initiative conjointe de la Pennsylvania General Energy Company (PGE) et de la Pennsylvania Department of Environmental Protection qui alléguait que la charte d'autogouvernement de la localité de Grant, en Pennsylvanie l'empêchait illégalement d'exécuter sa mission, le Department of Environmental Protection a contre toute attente annulé le permis d'entreposage de déchets d'exploitation des forages qu'il avait accordé à la PGE. Au cours de cette saga, une juge fédérale était même allée jusqu'à condamner personnellement deux juristes du CELDF à payer à l'opérateur pétrolier des sommes dépassant 50 000 U$D pour résistance abusive.
Voir les articles relatant cette saga dans *Rolling Stone Magazine* :
www.rollingstone.com/politics/politics-news/how-a-small-town-is-standing-up-to-fracking-117307
www.rollingstone.com/politics/politics-news/the-rights-of-nature-movement-goes-on-trial-125566
www.rollingstone.com/politics/politics-news/rights-of-nature-beats-fracking-in-small-pennsylvania-town-976159

160. 80 Les personnes, communautés, peuples, nationalités et collectifs sont titulaires et jouissent des droits garantis par la Constitution et par les instruments internationaux, la nature sera sujet des droits que lui reconnait la Constitution.

161. 81 Voir Hervé Juvin, *La grande séparation, Pour une écologie des civilisations*, Paris. Le débat, Gallimard, 2013, p. 354.

162. 81 Ibid.

163. 81 Milon, op. cit., p. 478.

164. 82 Milon, op. cit., p. 486.

165. 83 High Court of Uttarakhand at Nainital, Writ Petition n°126 of 2014, Mohd Salim Voir State of Uttarakhand & others, du 20 mars 2017.

166. 84 High Court of Uttarakhand at Nainital, petition n°140 de 2015, Lalit Miglani (Petitioner) Voir State of Uttarakhand & others (Respondents) du 30 mars 2017.

167. 84 Colombie, Corte Constitucional, T-622 de 2016 à propos du Rio Atrato, 2 mai 2017.

168. 87 S. Weil, *L'enracinement*, op. cit., p. 1146-7.

169. 88 Pour juger de la surdité des autorités publiques à des institutions particulièrement adaptées à la crise écologique et au mouvement des communs, il suffit de se référer à la façon dont l'État français traite sur le portail de l'État au service des collectivités les sections de communes. www.collectivites-locales.gouv.fr/administrer-sections-commune-1 (consulté pour la dernière fois le 11 février 2021).

170. 88 Orders – are binding instructions or directives to the Iraqi people that create penal consequences or have a direct bearing on the way Iraqis are regulated, including changes to Iraqi law.
Voir :www.iraqcoalition.org/regulations

171. 89 Voir W. Brown, *Undoing the Demos, Neoliberalism's Stealth Revolution*, New York, Zone 2015, pp. 142-150.

172. 90 Voir Dardot et Laval, Commun, in Cornu, Orsi & Rochfeld, op. cit., p. 217 et s.

173. 92 On citera à cet égard l'une des conclusions du rapport rédigé par Nicole Notat et Jean-Dominique Sénard, *L'entreprise, objet d'intérêt collectif* (2018), disponible à l'adresse : www.economie.gouv.fr/mission-entreprise-et-interet-general-rapport-jean-dominique-senard-nicole-notat. «Toute compréhension de l'entreprise passe par sa comptabilité. Or les enjeux sociaux et environnementaux qui doivent être considérés, en sont absents. […] [L]a comptabilité strictement financière ne donne pas une image fidèle de la pratique des entreprises.»

174. 94 Richard & Rambaud, op. cit., p. 57-58.

175. 94 Ibid.

176. 95 Ibid., p. 60.

177. 95 Ibid., pp. 60-61.

178. 96 Voir par exemple *Carillion Collapse Demonstrates the Need to Reform Outsourcing, Financial Times*, 16 septembre 2018, disponible à l'adresse : www.ft.com/content/180e9f0a-8462-11e8-96dd-fa565ec55929

179. 96 Voir par exemple, Olaf Storbeck, *Wirecard : the frantic final months of a fraudulent operation, Financial Times*, 25 août 2020, disponible à l'adresse : www.ft.com/content/6a660a5f-4e8c-41d5-b129-ad5bf9782256.

180. 96 Richard & Rambaud, op. cit., p7.

181. 97 Richard & Rambaud, op. cit., p. 69.

182. 98 F. Ost, *La responsabilité, fil d'Ariane du droit de l'environnement*. *Droit et société*, n°30-31, 1995, L'environnement et le droit, pp. 281-282.

183. 98 Voir en particulier, F. Ost, *Mondialiser nos responsabilités : transmettre un milieu habitable*, in *Mondialisation ou globalisation ? Les leçons de Simone Weil*, A. Supiot (dir.), Paris, Collège de France, 2019, p. 17-33, p. 22.

184. 99 Voir sur ce sujet, P. Calame, *Métamorphoses de la responsabilité et contrat social*, Paris, ECLM, 2020.

185. 99 Voir le texte à l'adresse : www.alliance-respons.net/article-10_fr.html

186. 99 Voir par ex. www.ldh-france.org/wp-content/uploads/2019/11/DOSSIER-INTERVENANTS-DEF.pdf

187. 100 www.washingtonpost.com/opinions/2021/10/25/one-person-who-might-know-what-really-happened-wuhan

188. 101 Voir G. Sainteny, *Le climat qui cache la forêt, Comment la question climatique occulte les problèmes d'environnement*, Paris, L'écopoche, 2015.

189. 103 J.-J. Rousseau, *Émile, ou de l'éducation*, Paris, F. et P. Richard, 1964, p. 99.

190. 103 Cette fonction régulatrice fondatrice est formidablement exprimée dans la définition de la responsabilité formulée par Grotius : «nous appelons maléfice toute faute, soit en faisant, soit en ne faisant pas, en opposition avec ce que les hommes doivent faire ou communément, ou à raison d'une qualité déterminée. D'une telle faute, s'il y a eu dommage causé, naît naturellement une obligation, qui a pour objet de le réparer». Hugo Grotius, De Jure Belli ac Pacis, II, 17, 1, (de Kanter-van Hettinga Tromp (B.J.A.) (éd.), Leiden, E.J. Brill, 1939, réimpression avec annotations Feenstra (R.), Aalen, Scientia Verlag, 1993, p. 427).

191. 104 S. Charbonneau, op. cit., p. 78.

192. 105 F. Jarrige & T. Le Roux, *La contamination du monde. Une histoire des pollutions à l'âge industriel*, Paris, Seuil, 2017.

Les obstacles juridiques à la transition écologique

NOTES RÉFÉRENTIELLES

Chaque numéro de note est suivi du numéro de sa page correspondante.

193. 106 F. Jarrige, *Techno critique*, op. cit., p. 77.

194. 107 Ewald, op. cit., p. 17.

195. 107 P. Rémy, *Critique du système français de responsabilité*, Droits et cultures, 1996/1, L'Harmattan, p. 31 s.

196. 108 Ewald, op. cit., p. 364.

197. 109 Ewald, op. cit., p. 396.

198. 109 Ewald, op. cit., p. 394.

199. 110 Ewald, op. cit., p. 383.

200. 110 Ewald, op. cit., pp. 384-5.

201. 111 Voir le remarquable ouvrage de Joel Kotkin, *The Coming of Neo-Feudalism, A Warning to the Global Middle Class*, New York, Encounter, 2020.

202. 113 Voir Pièces et main d'œuvre, *Le règne machinal, La crise sanitaire et au-delà*, Paris, Service Compris, 2021, p.

203. 114 Voir A. Supiot & M. Delmas-Marty (dir.), *Prendre la responsabilité au sérieux*, Paris, PUF, 2015.

204. 114 Des propos semblables à ceux de Supiot peuvent être retrouvés dans les brillants écrits de François Ost, notamment dans son ouvrage, *La nature hors-la-loi*, op. cit.

205. 115 Voir conférence de François Ost, Quel droit de l'environnement pour le XXIe siècle, disponible à l'adresse : www.youtube.com/watch?v=v4y5jExZ8oM.

206. 117 C. Portier, *Le contentieux climatique en droit français, quel(s) fondement(s), quelle(s) responsabilité(s) ?*, *Revue juridique de l'environnement* 2020, volume 3 n°45, pp. 465-473.

207. 118 Voir sur ce sujet les pages que Lasch consacre au radicalisme comme théâtre de rue dans la Culture du narcissisme, où le grand critique social dénonçait l'enfermement des groupes de l'ultra-gauche «dans une politique de théâtre, de gestes dramatiques d'un style sans substance – une image-miroir de la politique d'irréalité qu'elle aurait dû avoir pour objet de démasquer.».
Voir Lasch, *La culture du narcissisme, La vie américaine à un âge de déclin des espérances*, Paris, Flammarion, 2006. Trad. M. Landa, préf. Michéa, J.C., p. 119.

208. 118 Ibid., p. 114.

209. 118 Cette théâtralisation est évidente à entendre les interviews de la jeune militante pour le climat et la justice sociale Camille Etienne surnommée la «Greta Thundberg française». Interrogée lors de l'émission *C ce soir* sur France 5 du 10 septembre 2020 sur ses ambitions, la jeune femme déclarait vouloir mener une vie de «conférencière internationale». La cause de la nature se portera infiniment mieux lorsque les jeunes militants déclareront vouloir pratiquer une agriculture régénératrice plutôt que de vouloir faire partir de la jet-set de l'activisme climatique.

210. 119 On se référera là encore aux pages que François Ewald consacre à l'institution du patronage dans *L'État providence*. pp. 109 et s.

211. 121 https://ethique-sur-etiquette.org/IMG/pdf/ranaplaza5ansapres_dpavril2018.pdf

212. 122 V. Ramaswamy, *Woke Inc., Inside Corporate America's Social Justice Scam*, New York, Center Street, 2021, p. 76.

213. 123 Voir sur ce sujet V.Ramaswamy, op. cit., p. 74 et s.

214. 123 Voir P. Girod, *La réparation du dommage écologique*, Paris, LGDJ, 1974. Cf. aussi, Prieur, op. cit., pp. 1287-1288.

215. 124 Cf. M. Prieur (dir.) *Droit de l'environnement*, Paris, Dalloz, 8e éd., 2019, n°225.

216. 124 F. Caballero, *Essai sur la notion juridique de nuisance*, Paris, LGDJ, 1981

217. 126 Ewald, op. cit., p. 418.

218. 126 Voir l'article *Ecocide*, in Cornu, Orsi & Rochfeld, op. cit., pp. 470 et s.

219. 127 Le statut de Rome comporte déjà un article 8, § 2, b) iv) qui prévoit que «le fait de diriger intentionnellement une attaque en sachant qu'elle causera incidemment […] des dommages étendus, durables et graves à l'environnement naturel» constitue un crime de guerre. Il comporte aussi un article 6, al. c) prévoyant que des dommages à l'environnement peuvent constituer un génocide s'ils revêtent le caractère de «soumission intentionnelle du groupe [menacé] à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique totale ou partielle». Toutefois, le statut de Rome soumet ces dommages à un contrôle de proportionnalité en admettant la possibilité que des dommages, même graves, à l'environnement, puissant être licites, à condition qu'ils ne soient pas «manifestement excessifs par rapport à l'ensemble de l'avantage militaire concret et direct attendu».

220. 128 Voir la conférence sur le lien : www.youtube.com/watch?v=v4y5jExZ8oM

221. 128 Charbonneau, *La gestion de l'impossible, La protection contre les risques techniques majeurs*, Paris, Economica, 1992.

222. 128 Ibid.

223. 129 Ibid., p. 82.

224. 130 Ibid, p. 84-86.

225. 131 Voir Charbonneau, *Droits de l'Homme contre technocratie*, Esprit, Octobre novembre 1981, n°58, pp. 229-239, p. 229.

226. 131 Charbonneau, *Droits de l'Homme*, op. cit., p 230.

227. 131 Charbonneau, *Droits de l'Homme*, op. cit., p. 231.

228. 134 Alexis de Tocqueville, *De la Démocratie en Amérique*, Tome II, Paris, Robert Laffont, Coll. Bouquins, p. 450.

229. 134 Matthew Crawford, *Réparer les réparateurs*, Limite, n°20, Septembre 2020, p. 44-47, trad. G. Wilgos, P. Piccarreta.

230. 135 Voir F. Joly, *Günther Anders. Une politique de la technique*, Paris, Michalon, Coll. Le bien commun, 2017, p. 70.

231. 135 Traduit en français par la syllogomanie ou trouble obsessionnel compulsif de l'accumulation illimitée, ce phénomène extrêmement répandu dans la société américaine et touchant toutes les classes sociales, se traduit par des maisons d'habitation rendues insalubres, voire dangereuses par leur saturation de biens de consommation sans réelle valeur marchande et utilitaire et dont la seule valeur affective qu'elles entretiennent avec leurs propriétaires provient de leur accumulation. Véritable phénomène de société, le hoarding a fait l'objet de 2 émissions de téléréalité à grand succès *Hoarders* et le très bien nommé *Hoarding: Buried Alive* (enterrés vivants).

232. 135 Cette récupération paradoxale est des plus intéressante. Avec Marie Kondo, véritable gourou d'une conception minimaliste du rapport aux choses, la forme d'animisme traditionnel d'origine taoiste qui inspire l'auteur de la magie

NOTES

Chaque numéro de note est suivi du numéro de sa page correspondante.

du rangement devient un encouragement à mieux gérer les flux de ce qui entre et sort de chez soi de façon à mieux gérer sa consommation, c'est-à-dire de continuer de consommer.
Par une certaine ruse de la raison, les conseils en rangement de Marie Kondo servent à mieux faire prendre conscience aux américains de la mortalité prémédité des objets qui les entourent, mais augmentent leur capacité à consommer davantage.

233, 135 G. Anders, *L'obsolescence de l'homme*, II, p. 196, cité par Joly, op. cit., p. 82

234, 136 G. Anders, *L'obsolescence de l'homme*, II, p. 41, cité dans F. Joly, op. cit., p. 73.

235, 136 Alexis de Tocqueville, *L'ancien régime et la Révolution*, Paris, Robert Laffont (coll. Bouquins), p. 1063.

236, 136 A. Michel, *Est-il pertinent de définir légalement et de pénaliser les pratiques d'obsolescence prématurée ? Analyse de la loi française au regard des récentes décisions italiennes contre Apple et Samsung*, in A. Bailleux (dir.), op. cit. p. 245 et s.

237, 136 L'exemple le plus frappant est celui des imprimantes équipées d'une smartchip. Voir sur ce sujet : Tim Harford, *The Undercover Economist*, NY, Random House, 2007, p. 47.

238, 136 L'exemple le plus connu est celui des ampoules du cartel Phoebus, dont les participants s'étaient entendus pour fabriquer des ampoules plus fragiles afin de réduire leur durée de vie à 1 000 heures au lieu de 2 500.

239, 136 Une étude allemande d'une association de consommateurs avait montré que près d'un tiers des smartphones étaient équipés d'une batterie presque impossible à remplacer. Voir A. Michel, op. cit., p. 251.

240, 137 Quiconque possède un Iphone de plus de 2 ou 3 ans ou a essayé d'amener à un réparateur un produit Apple de plus de 5 ans et contemplé le visage médusé du réparateur qui n'aurait pas été plus surpris si on lui avait apporté un fossile du précambrien sait exactement de quoi il en retourne.

241, 137 Le texte initialement adopté par l'Assemblée nationale précisait que les pratiques proscrites consistaient non seulement en un raccourcissement de la durée de vie des produits, mais aussi en un raccourcissement de leur durée d'utilisation potentielle.

L'article L 213-4-1.I du Projet de loi relative à la transition énergétique pour la croissance verte, tel qu'adopté par l'Assemblée nationale le 14 octobre 2014, TA no412. Le texte comportait aussi une liste non exhaustive de pratiques d'obsolescence à titre d'exemple dans la disposition : «ces techniques [pouvaient] notamment inclure l'introduction volontaire d'une défectuosité, d'une fragilité, d'un arrêt programmé ou prématuré, d'une limitation technique, d'une impossibilité de réparer ou d'une non-compatibilité». Article L 213-4-1.II du Projet de loi relative à la transition énergétique pour la croissance verte, tel qu'adopté par l'Assemblée nationale le 14 octobre 2014, TA n°412. Et une autre version du texte spécifiait que les techniques rendant la réparation impossible, soit que l'appareil soit indémontable, soit que les pièces détachées essentielles à son fonctionnement soient introuvables. L 213-4-1.I du Projet de loi relative à la transition énergétique pour la croissance verte, tel qu'adopté par l'Assemblée nationale le 26 mai 2015, TA n°519

242. 138 Pour en juger, il convient de souligner qu'il aura fallu une enquête de deux ans à la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF), saisie sur plainte de l'association de consommateurs Halte à l'obsolescence programmée, pour conclure que qu'Apple savait pertinemment que les mises à jour de ses smartphones entrainaient un ralentissement considérable du fonctionnement des produits, ce que n'importe quel détenteur d'un Iphone a pu constater par lui-même. En outre, cette plainte s'est soldée à l'abri des regards par une transaction pénale, par une amende de 25 M€, une sanction d'un montant ridiculement dérisoire, privant les consommateurs d'un procès public. Dans l'autre affaire initiée par l'association HOP contre Epson concernant l'obsolescence programmée de ses imprimantes à jet d'encre, l'enquête ouverte par le procureur de la République en décembre 2017 n'a toujours pas été close, alors qu'il suffit de lire les pages de l'enquête de Tim Harford dans le livre à succès *The Undercover Economist*, pour savoir que la durée de vie des imprimantes à jet d'encre de la plupart des fabricants est volontairement limitée par l'usage d'une smartship. Voir T. Harford, op. cit., p. 47.

243. 138 Nations Unies, Résolution adoptée par l'Assemblée générale le 25 septembre 2015, Transformer notre monde : Le programme de développement durable à l'horizon 2030, A/RES/70/1.

244. 138 Voir par ex. Communication de la Commission du 2 décembre 2015 au Parlement Européen, au Conseil, au Comité Économique et social Européen et au Comité des Régions intitulé «Boucler la boucle – un plan d'action de l'Union Européenne en faveur de l'économie circulaire», COM (2015) 614 final.

245, 138 Décision de la Commission du 24 juillet 2018 sur Horizon 2020 «Work Programme 2018-2020 – Climate action, environment, resource efficiency and raw material» C (2018) 4708, CE-SC5-02-2018.

246, 138 Plan d'action ; Communication de la Commission du 2 décembre 2015 au Parlement Européen, au Conseil, au Comité Économique et social Européen et au Comité des Régions intitulé «Un nouveau plan d'action pour une économie circulaire Pour une Europe plus propre et plus compétitive».

247, 138 Résolution du Parlement européen du 25 novembre 2020 «Vers un marché unique plus durable pour les entreprises et les consommateurs» (2020/2021[INI]).

248, 138 Directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=CELEX%3A32009L0125

249. 138 Directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000000698133

250. 0138 Directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) n°2006/2004 du Parlement européen et du Conseil («directive sur les pratiques commerciales déloyales»).

251, 138 Voir en particulier, A. Michel, op. cit., p. 264 et s. ; A. Michel, La directive 1999/44/CE sur la garantie des biens de consommation : Un remède efficace contre l'obsolescence programmée ? Revue Européenne de droit

NOTES RÉFÉRENTIELLES

Chaque numéro de note est suivi du numéro de sa page correspondante.

de la consommation, 2016/2 (2018), p. 212-216.

252, 138 La directive impose de vérifier si la pratique litigieuse
1) figure ou non sur la liste noire des pratiques répertoriées dans l'annexe I à la directive ;
2) dans la négative, il convient de mener une appréciation au cas par cas selon les critères de tromperie et d'agressivité établis aux articles 6 à 9 de la directive ;
3) en dernier ressort la pratique doit faire l'objet d'un examen au regard de la clause générale interdisant toute pratique commerciale déloyale contenue à l'art. 5, § 2 (pratique contraire aux exigences de la diligence professionnelle et pratique altérant ou étant susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur moyen ou du membre moyen d'un groupe de consommateur ciblé par la pratique).

253, 138 Autorita Garante della Concorrenza e del Mercato, 25 septembre 2018, Apple, en ligne : www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/PS11039_scorr_sanzDich_rett_va.pdf.; Autorita Garante della Concorrenza e del Mercato 25 septembre 2018, Samsung, en ligne : www.agcm.it/dotcmsdoc/allegatinews/PS11009_scorr_sanz_omi_dichrett.pdf. Voir l'analyse d'A. Michel sur ces décisions : *Est-il pertinent de définir et pénaliser les pratiques d'obsolescence prématurée ?*, op. cit., p. 270-276.

254, 140 Comme par exemple la résolution du Parlement du 4 juillet 2017 sur une durée plus longue des produits, Résolution du Parlement européen du 4 juillet 2017 sur une durée de vie plus longue des produits : avantages pour les consommateurs et les entreprises (2016/2272[INI]).

255. 140 Une start-up française dénommée L'increvable a conçu une machine à laver réparable, durable et évolutive d'une durée de vie de 50 ans, qu'elle envisage de commercialiser pour un montant de 1 000 € avant de s'attaquer aux sèche-linges, aux réfrigérateurs et aux équipements plus légers comme les imprimantes.

256, 141 An Act Protecting Motor Vehicle Owners and Small Businesses in Repairing Motor Vehicles, ch. 241, § (2)(a). 2012 Mass. Acts (2012).

257, 141 Ibid.

258. 141 La plus connue de ces TPM est le Digital Millennium Copyright Act (DMCA) de 1998 qui prohibe l'ingénierie à rebours des mesures techniques de protection des droits d'auteur. Véritable couteau suisse législatif, l'article 1201 de cette loi a permis de poursuivre pour copyright infringement des réparateurs qui ont contourné des logiciels protégés pour réparer un bien matériel. C'est aussi en vertu de cette loi que les géants de la Silicon Valley ont pu mettre au pas des sites de téléchargement gratuits comme Megaupload et que les contenus jugés en violation de droits d'auteur sont retirés des médias sociaux.

259, 142 Résolution du Parlement européen du 4 juillet 2017 sur une durée de vie plus longue des produits : avantages pour les consommateurs et les entreprises (2016/2272[INI]), disponible à l'adresse : www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0287_FR.html.

260. 142 Voir les règlements à l'adresse suivante : https://ec.europa.eu/energy/topics/energy-efficiency/energy-label-and-ecodesign/regulation-laying-down-ecodesign-requirements-1-october-2019_en?redir=1

261. 143 M. Crawford, op. cit., p. 45.

262, 144 Descendant en ligne collatérale de David Ricardo, Harry Ricardo a été un des ingénieurs les plus importants dans l'histoire de l'évolution du moteur à explosion. Tout cela avait commencé lorsque, au cours de son adolescence (Ricardo est né en 1885), il a conçu en amateur un moteur de motocyclette consommant 1,8 l de carburant pour 100 km.

263. 145 Ce programme de recherche a donné lieu à l'organisation d'un colloque d'une grande richesse dont les actes ont été rassemblés dans un ouvrage récemment paru : Bailleux A. (dir.), *Le droit en transition, Les clés juridiques d'une prospérité sans croissance*, Presses Universitaires de l'Université Saint-Louis, 2020

264, 145 Voir Bailleux A., *Le droit en transition, La science juridique face aux défis d'une prospérité sans croissance*, in Le droit en transition, op. cit., p. 9 et s.

265. 146 Ibid.

266. 146 Ibid.

267. 146 Ibid.

268. 146 Ibid.

269. 146 Un idéal récusé comme on l'a vu plus haut. Voir supra, introduction.

270, 147 Voir Lasch C., *La culture du narcissisme*, op. cit.. R. Beauchard, *Christopher Lasch, Un populisme vertueux*, Paris, Michalon, 2018.

271. 148 F. Ost, op. cit., p. 10.

272, 149 Bailleux, op. cit.

273, 149 L. Cohen-Tanugi, *Le droit sans l'État*, Paris, PUF, 1985.

274. 150 Bailleux, op. cit.

275. 152 M. Amiech, *Les gouvernements font partie du problème écologique, pas de la solution*, Reporterre, 29 août 2019; cité dans Garcia R., *La collapsologie*, op. cit.

276. 152 Voir R. Garcia, *La collapsologie*, op. cit., p. 28.

277, 153 Voir à cet égard la façon dont l'industrie des jeux de hasards et un marché représentant près de 40 milliards de dollars a envahi le Japon en dépit d'une opposition très marquée de la population. Voir «Casino Fever Heats Up in Japan as Key Vote Nears», *Financial Times*, 12 décembre 2016, www.ft.com/content/56cad5d2-c010-11e6-9bca-2b93a6856354

278. 154 P. Deneen, , *Why Liberalism Failed*, New Haven, 2018, Yale Univ. Press.

279. 154 Voir P. Kingsnorth, , *The vaccine moment*, op. cit.

280. 157 Lasch, *Le Moi assiégé*, op. cit., p. 252.

281. 159 C. Alexander, S. Ishikawa, M. Silverstein, (dir.) *A pattern of Language, Towns, Buildings, Construction*, New York, Oxford Univ. Press, 1977, pp. 12,13.

PATRIOTS
FOR EUROPE FOUNDATION

Étude publiée par Patriots for Europe Foundation
25 Boulevard Romain Rolland - 75014 – Paris – France
Numéro de SIRET : 823 400 239 00021
Président de Patriots for Europe Foundation : Andràs Laszlo
Directeur : Raphaël Audouard
Publiée en 2023
contact@pfe-foundation.eu
www.pfe-foundation.eu

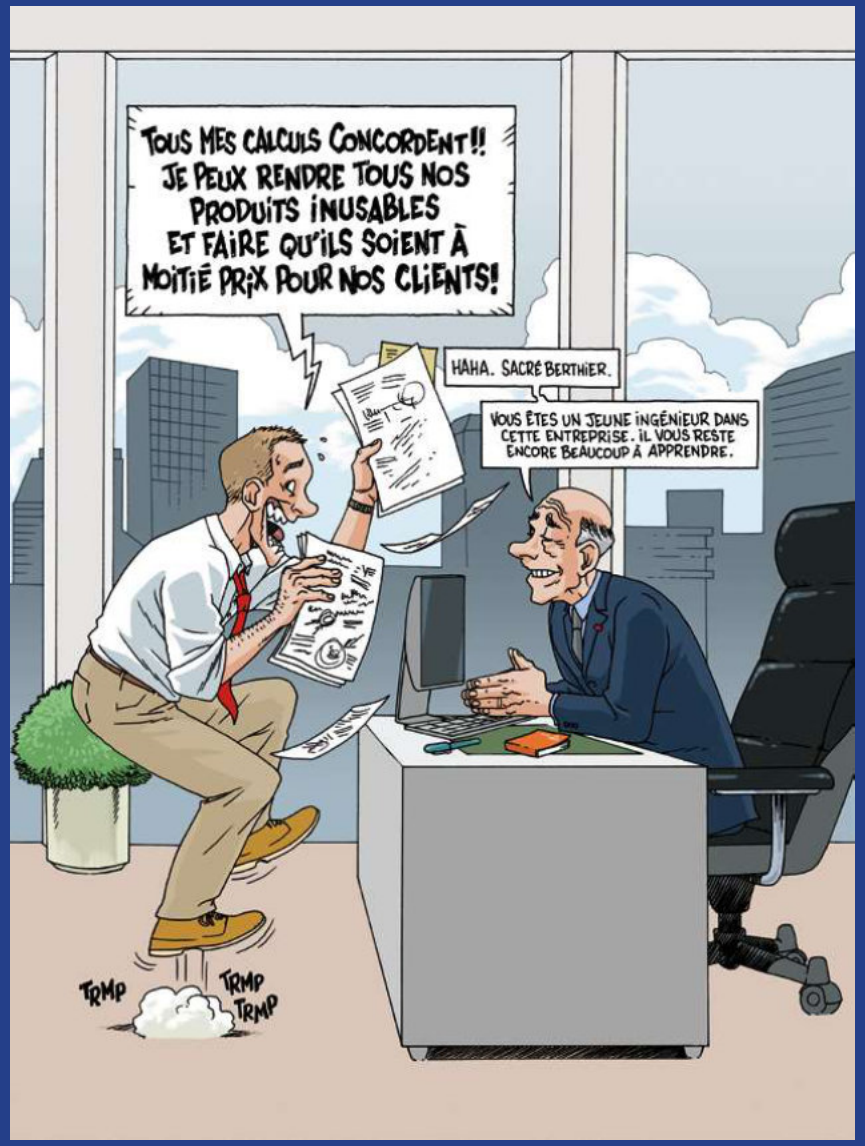
La Patriots for Europe Foundation est partiellement financée par le Parlement européen et a la seule responsabilité de cette publication. Cette publication n'est pas destinée à la vente.

IDées
LE POUVOIR LE MONDE LA VIE

Retrouvez dans le n°4 de la revue IDées l'article de Renaud Beauchard consacré à l'obsolescence programmée

« L'obsolescence programmée n'est pas un incident marginal de conduite des affaires, pas plus qu'un complot ourdi en silence par des esprits mal intentionnés, mais un des principes cardinaux sur lesquels reposent, non seulement la production de presque tout ce qui entoure l'homme contemporain, mais aussi la manufacture des désirs des consommateurs. »

PATRIOTS
FOR EUROPE FOUNDATION



PATRIOTS
FOR EUROPE FOUNDATION