

**TOULOUSE
CAPITOLE**
Publications



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de
l'Université Toulouse 1 Capitole.

**La science juridique face à l'hypothèse de la post-croissance :
méthodologie, critique et analyse écosystémique du droit**

Bétaille Julien

Maître de conférences

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,
contacter portail-publi@ut-capitole.fr

Article publié in Antoine Bailleux (dir.), *Le droit en transition. Les clés juridiques d'une prospérité sans croissance*, Presses de l'Université Saint-Louis, 2020, pp. 67-84

La science juridique face à l'hypothèse de la post-croissance : méthodologie, critique et analyse écosystémique du droit

Julien Bétaille,

Maître de conférences à l'Université Toulouse 1 Capitole (IEJUC EA 1919)

Alors que la croissance économique est devenue un mythe dans les sociétés occidentales contemporaines, les scientifiques sont désormais capables de définir avec précision les « limites planétaires ». Or, si l'humanité souhaite demeurer à l'intérieur de ces limites, c'est-à-dire évoluer dans un écosystème sûr et se mettre à l'abri de changements brutaux, la transition d'un modèle économique croissancier fortement consommateur de ressources naturelles vers une économie sobre semble s'imposer comme une condition de survie de l'humanité. Dès lors que cette transition, qu'elle soit délibérément organisée ou subie, a nécessairement des conséquences tant sur la société que sur le droit, les juristes ne doivent pas rester en marge de l'étude des conditions – notamment juridiques – de cette transition. C'est le mérite de cet ouvrage que d'impliquer directement la communauté des juristes dans ce débat. Mais alors, plus spécifiquement, quel pourrait être le rôle de la science juridique face à cette hypothèse de la post-croissance, face à celle d'un droit en transition ? C'est l'objet de cet article que de proposer des pistes de réflexion. Si la dogmatique juridique procède à une description du droit du point de vue interne, le rôle de la science juridique est bien de porter un regard externe sur le droit. Ce regard externe doit avant tout s'appuyer sur une description critique des normes, objet premier de la science du droit, mais il est aussi souhaitable que la critique puisse également être fondée sur des éléments extérieurs au droit. L'enjeu est alors de pouvoir évaluer le droit, de la manière la plus objective possible, par rapport à ses finalités. C'est là l'objet de la méthode d'analyse écosystémique du droit dont nous initions ici l'élaboration. Son but est de mettre en relations des données juridiques et écologiques afin d'aboutir à une critique plus objective.

L'hypothèse de la post-croissance doit être prise au sérieux. S'il y a quelques années encore, la mise en cause du modèle croissancier et l'hypothèse en contrepoint d'une « décroissance »¹ relevait pour beaucoup d'une simple idéologie, la mise en évidence des

¹ Sur la décroissance, v. notamment Tim Jackson, *Prosperity without Growth*, 2e éd., Routledge, 2016 ; Denis Bayon, Fabrice Flipo et François Schneider, *La décroissance. 10 questions pour comprendre et en débattre*, La Découverte, 2010 ; Serge Latouche, *Le pari de la décroissance*, Fayard, 2010.

« limites planétaires »² et la prise de conscience des principaux enjeux écologiques³ conduit aujourd'hui à accréditer l'idée que la transition écologique conduit nécessairement à remettre radicalement en cause la production et la consommation d'un grand nombre de biens et de services, confirmant ainsi les résultats du rapport Meadows du club de Rome intitulé *The Limits To Growth* au début des années 70. Si ces évolutions ont et auront des conséquences sur le droit, leur dimension politique et subversive est évidente. Une fois encore, le juriste se retrouve à la frontière du droit et de la politique. Mais, s'il n'est pas question de construire ici une frontière étanche, c'est bien « en juriste » qu'Antoine Bailleux nous invite à envisager l'hypothèse de la post-croissance. En effet, par-delà le travail mené par les autres sciences sur ce même objet, les juristes ont nécessairement leur mot à dire sur une hypothèse qui, quelle que soit la forme de sa concrétisation, a des conséquences sur le droit. Plus largement, la science juridique a nécessairement une fonction sociale. Comme l'explique Eric Millard, « le droit, dans toutes les conceptions disponibles, a une dimension sociale évidente. Etablir ce qu'il est concerne aussi (concerne d'abord) le citoyen »⁴. Dès lors, réfléchir en juriste à l'hypothèse de la post-croissance permet d'éclairer le débat et d'accompagner la transition écologique, ce qui intéresse non seulement les juristes et l'ensemble de la communauté scientifique, mais aussi la société dans son ensemble.

S'il n'est pas ici question d'entrer dans le débat qui porte sur le caractère scientifique de l'étude du droit⁵, il faut néanmoins préciser les traits essentiels de ce que nous entendons ici par science juridique. On peut considérer très simplement la science juridique comme l'ensemble des apports de connaissance, des savoirs juridiques qui se réclament d'un discours « scientifique » au sens large. Néanmoins, nous partageons le point de vue de Jacques Chevallier selon lequel « dès l'instant où elle est construite en rupture avec la dogmatique juridique, la science du droit est inévitablement conduite à dépasser le point de vue interne, qui étudie le droit tel qu'en lui-même, en excluant toute sortie hors du système juridique, toute prise de distance par rapport à sa rationalité, toute mise en relation avec d'autres faits sociaux, pour adopter un point de vue externe, par lequel elle met son objet d'étude « à distance », en cherchant à expliquer les phénomènes juridiques, ou tout au moins à en rendre compte de manière réflexive et critique »⁶. En effet, le point de vue externe « permet une distanciation critique par rapport à l'ordre juridique en vigueur, qui est la

² Johan Rockström et al., « A safe operating space for humanity », *Nature*, n° 461, 2009, pp. 472-475 ; « Planetary Boundaries: Exploring the Safe Operating Space for Humanity », *Ecology & Society*, Vol. 14, n° 2, 2009, Art. 32 ; Will Steffen et al., « Planetary boundaries: Guiding human development on a changing planet », *Science*, Vol. 347, Issue 6223, 2015, n° 1259855.

³ V. Dominique Bourg, « Les limites de la planète », *Esprit*, 2018, pp. 169-178.

⁴ Eric Millard, *Théorie générale du droit*, op. cit., p. 34.

⁵ Parmi une littérature pléthorique, v. notamment Paul Amssele (dir.), *Théorie du droit et science*, PUF, 1994 ; « La part de la science dans les activités des juristes », *Dalloz*, 1997, p. 337 ; « L'idée de technique, sésame de l'expérience juridique », in Alexandre Desrameaux et François Colonna d'Istria (dir.), *Penser la technique juridique*, LGDJ, 2018, p. 5 ; Véronique Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Dalloz, 2014, p. 7 et s., Eric Millard, *Théorie générale du droit*, Connaissance du droit, Dalloz, 2006, p. 8 et s., notamment p. 19 ; François Ost et Michel van de Kerchove, « Comment concevoir aujourd'hui la science du droit ? », *Déviante et Société*, 1987, pp. 187-197 ; Michel Troper, *La philosophie du droit*, Que sais-je ?, 3^e éd., PUF, 2011, p. 26 s.

⁶ Jacques Chevallier, « Doctrine juridique et science juridique », *Droit et Société*, 2002, p. 111.

condition d'une démarche scientifique »⁷. Plus largement, on peut retenir que, par rapport à d'autres types de discours, « la singularité du discours scientifique résiderait précisément dans l'importance accordée à ses méthodes : pas de science sans méthode, la science ne serait même que méthode »⁸. Or, c'est bien cette question, celle de la méthode, qui nous semble importante de développer ici. Par-delà les querelles théoriques, il s'agit d'explicitier les questionnements méthodologiques auxquels les juristes font face, *a fortiori* lorsque le sujet peut avoir une dimension subversive et/ou politique.

Confronter l'hypothèse de la post-croissance avec une questionnement épistémologique ou méthodologique sur l'étude du droit induit au moins trois types de questions. La première, qui ne doit pas nous retenir longuement, est celle de l'opportunité de l'intervention de la science juridique dans un tel débat. En effet, par principe, la « science » doit pouvoir investir tous les champs, ce qui vaut bien sûr également pour la science juridique. Surtout, il faut souligner que la science juridique intervient nécessairement déjà dans ce domaine, et cela de différentes manières. Il suffit de rappeler d'une part que le modèle croissanciel est d'ores et déjà l'objet du discours des juristes. Il existe un droit « croissanciel », le rapport *Doing Business* et les commentaires qu'il a suscité suffisent entre autres à le rappeler et ce droit fait bien sûr l'objet de vastes études juridiques, notamment, mais pas seulement, par le biais du droit économique ou du droit de la régulation. D'autre part, il existe également un droit de la transition, ce que les différentes séances du séminaire interdisciplinaire d'étude juridique a déjà largement contribué à montrer⁹. En particulier, il existe depuis longtemps un droit de l'environnement érigé au rang de discipline juridique¹⁰ et désormais un droit de la transition écologique qui fait l'objet d'un discours des juristes universitaires¹¹. Dès lors notre objet est plutôt de s'interroger sur les deux questions restantes : comment intervenir dans le débat et, surtout, quel travail la science juridique peut-elle mener ? Il s'agit ainsi d'exposer, en premier lieu, les précautions méthodologiques qui nous semblent incontournables (I) avant, en second lieu, de poser quelques-uns des éléments pouvant permettre une critique du droit, notamment en proposant de recourir à ce que nous appelons une analyse écosystémique du droit (II).

I. Les précautions méthodologiques incontournables

En dépit de leur manque d'originalité, il importe de revenir sur trois précautions méthodologiques que nous considérons comme incontournables. Face aux biais méthodologiques classiques qui affectent nécessairement les discours sur le droit (A), il

⁷ Jacques Chevallier, « Doctrine juridique et science juridique », *ibidem*, p. 112.

⁸ Véronique Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, *op. cit.*, p. 7.

⁹ V. www.siej.usaintlouis.be.

¹⁰ V. Michel Prieur et al., *Droit de l'environnement*, 7^e éd., Précis, Dalloz, 2016.

¹¹ V. également Agathe Van Lang (dir), *Penser et mettre en œuvre les transitions écologiques*, Mare et Martin, 2018 ; François Collart Dutilleul, Valérie Pironon et Agathe Van Lang (dir.), *Dictionnaire juridique des transitions écologiques*, Fondation Varenne, 2018.

reste à nos yeux indispensable d'opérer une distinction entre les jugements de fait et les jugements de valeur (B) et de pratiquer, autant que possible, une démarche réflexive (C)¹².

A. Les biais méthodologiques classiques

Comme tout débat, celui qui concerne l'hypothèse de la post-croissance peut être affecté par plusieurs biais méthodologiques classiques. Le premier est le problème de la "précompréhension". Le chercheur est nécessairement rattrapé en amont par ses bagages pré-conceptuels¹³. Son expérience et surtout sa formation influencent inéluctablement la façon dont il observe et décrit un objet. Autrement dit, le juriste se glisse naturellement « dans un entendement juridique qui, au moins dans ses grandes structurations, peut progressivement sembler fixé une fois pour toutes au point qu'il devienne pour chacun une forme de seconde nature »¹⁴. La connaissance produite par la doctrine juridique se fonde nécessairement sur des connaissances qui ne sont pas régulièrement remises en cause.

Le deuxième biais méthodologique est que le chercheur ne peut jamais faire totalement abstraction du contexte sociopolitique. Or, ce contexte n'est jamais neutre. Véronique Champeil-Desplats rappelle les mots de Kelsen dans la préface de la première édition de sa *Théorie pure du droit* de 1934¹⁵. Ce dernier avait parfaitement identifié le poids du contexte lorsqu'il écrivait que « l'idéal d'une science objective du droit et de l'Etat n'aurait des chances de se voir généralement accepté que dans une période d'équilibre social. Aussi, rien ne paraît-il aujourd'hui plus inactuel qu'une théorie du droit désireuse de sauvegarder sa "pureté" »¹⁶. Dans le domaine de l'environnement, l'ampleur de la crise écologique fait nécessairement peser un poids sur le travail des auteurs de doctrine. Nombreux sont d'ailleurs ceux qui rappellent les éléments clés de cette crise dans leurs travaux. On peut raisonnablement faire l'hypothèse que ce contexte influence indirectement les analyses de la doctrine.

Le troisième biais méthodologique est peut-être le plus intéressant. C'est celui de la proximité du chercheur avec son objet de recherche. Le chercheur a parfois des difficultés à prendre une saine distance vis-à-vis de son objet¹⁷. Le droit véhicule des valeurs¹⁸, par exemple la croyance dans les vertus de la croissance économique ou la nécessité de la protection de l'environnement. Presque mécaniquement, la description de l'objet conduit à véhiculer ces valeurs. Il s'agit là d'un biais extrêmement répandu dans la science juridique contemporaine et n'épargne d'ailleurs ni les défenseurs du modèle croissancier, ni ses contradicteurs.

¹² Pour davantage de développements, v. Julien Bétaille, « La doctrine environnementaliste face à l'exigence de neutralité axiologique : de l'illusion à la réflexivité », *Revue juridique de l'environnement*, n° spécial, 2016, pp. 20-59.

¹³ V. Véronique Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, *op. cit.*, p. 286.

¹⁴ Régis Ponsard, « La possibilité d'une analyse du droit (constitutionnel) scientifiquement et juridiquement critique », *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, XXXI, 2015, p. 39.

¹⁵ Véronique Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, *op. cit.*, p. 289.

¹⁶ Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2^{ème} éd., 1960, réed. Bruylant-LGDJ, 1999, Préface de la première édition, p. 5-6.

¹⁷ V. Véronique Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, *op. cit.*, p. 287.

¹⁸ V. Véronique Champeil-Desplats, *ibidem*, p. 288.

Par exemple, en décrivant le droit de l'environnement, le juriste universitaire véhicule la valeur associée à la protection de l'environnement. Dans certains cas, ce sont des dispositions juridiques, elles-mêmes, qui prennent position dans le débat. On peut ici citer l'exemple de certaines dispositions constitutionnelles, comme le 5^{ème} considérant de la charte française de l'environnement selon lequel « la diversité biologique, l'épanouissement de la personne et le progrès des sociétés humaines sont affectés par certains modes de consommation ou de production et par l'exploitation excessive des ressources naturelles ». Le juriste qui se donne pour mission d'étudier ces normes ne peut pas faire l'impasse sur les valeurs qu'elles véhiculent. Le droit de l'environnement porte en lui-même une critique de la croissance, et ceux qui l'étudient la relaye nécessairement. A l'inverse, le droit de l'Union européenne promeut dans une large mesure le modèle croissancier, comme en témoigne par exemple l'article 3, paragraphe 3, du traité sur l'Union européenne¹⁹. Le droit des marchés publics, quant à lui, véhicule presque naturellement les postulats économiques de libre concurrence sur lesquels ce droit est fondé. Que dire également de l'étude du droit administratif véhiculant la domination de l'Etat. Jacques Chevallier considère ainsi que « le droit administratif doit être considéré comme un dispositif stratégique du système de légitimation du pouvoir étatique »²⁰. Dès lors, les différentes disciplines juridiques véhiculent inévitablement certaines valeurs dont les spécialistes se trouvent nécessairement imprégnés. Ce type de phénomène semble inévitable. Il reste néanmoins que la trop grande proximité avec l'objet peut être de nature à induire en erreur dans la description de l'objet.

In fine, le problème n'est pas l'existence de ces différents biais en tant que tel, mais la conscience que le juriste universitaire peut ou non en avoir. Dès lors, c'est l'adoption d'une attitude réflexive qui permet d'en limiter l'influence mais aussi l'effort du chercheur dans la distinction des jugements de fait et des jugements de valeur. Il ne s'agit pas de nier la présence des valeurs dans le droit, bien au contraire, mais simplement de les identifier et de les distinguer du travail proprement « scientifique ». Comme l'explique Régis Ponsard, « il n'est pas de la fonction de la science du droit de se faire le relais de représentations et d'idéologies quelles qu'elles soient ; sa mission est au contraire d'identifier leurs présences dans le droit qu'elle étudie »²¹.

B. La distinction des jugements de faits et des jugements de valeur

Intervenir dans le débat relatif à l'hypothèse de la post-croissance implique de mettre au jour les valeurs et les revendications de justice qui sous-tendent le nouveau modèle proposé. C'est ainsi en les identifiant que le juriste peut réfléchir à la manière de les appréhender. En dépit des limites de cette distinction, il s'agit de faire la différence entre des jugements de

¹⁹ Article 3, paragraphe 3 du traité sur l'Union européenne : « L'Union établit un marché intérieur. Elle œuvre pour le développement durable de l'Europe fondé sur une croissance économique équilibrée et sur la stabilité des prix, une économie sociale de marché hautement compétitive, qui tend au plein emploi et au progrès social, et un niveau élevé de protection et d'amélioration de la qualité de l'environnement. Elle promeut le progrès scientifique et technique ».

²⁰ Jacques Chevallier, « Les fondements idéologiques du droit administratif français », in *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, Vol. 2, PUF, 1979, p. 4.

²¹ Régis Ponsard, « Penser – Pour une épistémologie de la science du droit administratif ? », in AFDA, *Les méthodes en droit administratif*, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2018, p. 117-118.

fait d'une part et des jugements de valeur d'autre part. Par-delà ce que certains pourraient considérer comme du « scientisme » ou une forme de « vulgate » positiviste, il s'agit d'une simple exigence de probité intellectuelle. L'enjeu est simple : éviter l'usurpation qui consisterait à faire passer des convictions personnelles ou collectives pour des vérités scientifiques.

A titre d'exemple, on ne peut pleinement comprendre les propositions tendant à conférer à la nature la qualité de sujet de droit que si l'on n'en connaît pas les racines philosophiques, morales, éthiques et religieuses. La distinction entre ces racines – auxquelles on peut adhérer ou non – et la technique juridique proposée pour les mettre en œuvre sur la scène juridique permet de relativiser son intérêt. Ainsi, si d'un point de vue axiologique, on peut considérer que la valeur intrinsèque de la nature doit être protégée par sa reconnaissance comme sujet de droit, il ne semble pourtant pas que cette reconnaissance permette de la protéger d'une façon plus satisfaisante que dans le cadre des outils juridiques déjà existants²².

La distinction des jugements de fait et des jugements de valeur permet ainsi d'identifier les diverses formes d'idéologies véhiculées par le droit. Cette démarche est évidemment tout aussi valable pour l'étude du droit croissancier que pour celle du droit en transition.

C. La démarche réflexive

La démarche réflexive consiste, pour le chercheur, à pratiquer une « réflexion se prenant elle-même pour objet »²³. Ce type de démarche contribue classiquement à l'objectivation du discours. Ainsi Véronique Champeil Desplats rappelle que « depuis Bachelard, l'objectivité n'est plus considérée comme une donnée brute, mais comme un processus, à savoir un processus d'objectivation. Ce processus est soumis à un contrôle collectif qui exige du scientifique de procéder à un travail critique, autoréflexif sur les conditions mêmes de production de son discours et sur les résultats auxquels il parvient »²⁴. On peut ainsi retenir que la connaissance scientifique est « un produit collectif – le produit d'une résistance aux objections »²⁵. Dès lors, un certain nombre de processus collectifs peuvent permettre une meilleure réflexivité. Il est inutile d'y revenir longuement. Ceux-ci sont classiques, même s'ils sont parfois insuffisamment pratiqués : inscription des recherches dans une « communauté scientifique » suffisamment large, évaluation par les pairs, soumission à un débat pluraliste.

Plus important encore est peut-être le nécessaire exposé des méthodes et des théories juridiques sous-jacentes aux productions doctrinales. En effet, un tel exposé est un préalable indispensable au débat scientifique, seul à même d'améliorer la réflexivité. Pourtant, en dehors des théoriciens du droit, rares sont les auteurs qui précisent quelle est la théorie du

²² Pour une évaluation critique de l'intérêt de la reconnaissance de la nature comme sujet de droit, v. Julien Bétaille, « Rights of Nature: why it might not save the entire world? », *Journal for European Environmental & Planning Law*, n° 16, 2019, pp. 35-64.

²³ Entrée « Réflexivité » in CNRTL – CNRS-ATILF, www.cnrtl.fr.

²⁴ Véronique Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, *op. cit.*, p. 289.

²⁵ Véronique Champeil-Desplats, *ibidem*, p. 291.

droit à laquelle ils adhèrent. Un constat comparable est également valable en ce qui concerne l'exposé des méthodes. Olivier Jouanjan constate ainsi qu'«un nombre considérable de discours juridiques sont produits sans considération de méthode, ni de préoccupation épistémologique »²⁶. En n'exposant pas ses méthodes, la doctrine pratique le cas échéant ce que Pierre Lascoumes observait en 1994 à propos des sciences « exactes », à savoir « le silence continu de la plupart des scientifiques sur les limites de leurs savoirs »²⁷.

Par-delà de ces différentes précautions, une multitude de méthodes peut être employé pour appréhender l'hypothèse de la post-croissance. Il n'y a évidemment pas qu'une seule voie, le principal étant bien sûr de suivre une méthode et de l'exposer. L'objet de cet article n'est pas de présenter l'ensemble des méthodes possibles. Il s'agit plus simplement de proposer et d'explorer une voie, celle d'une méthode permettant de fonder une critique du droit qui soit la plus objective possible.

II. Éléments pour une critique du droit fondée sur une analyse écosystémique du droit

La post-croissance, en tant qu'hypothèse, a de quoi désarçonner le juriste positiviste. Ce dernier a pour méthode de décrire le droit existant tel qu'il est, et non d'imaginer le droit tel qu'il pourrait ou devrait être. Est-ce alors à dire qu'il ne pourrait y avoir de point de vue « scientifique » sur le droit face à cette hypothèse de la post-croissance ? Nous ne le pensons pas. Étudier l'hypothèse de la post-croissance revient à s'intéresser à la question des finalités du droit, domaine traditionnellement investit par la philosophie. Néanmoins, il ne s'agit pas ici d'étudier la finalité en tant que telle, mais d'envisager le droit au regard de cette finalité. Or, cette mise en relation entre le droit d'une part et une finalité d'autre part ne peut, par définition, être l'apanage exclusif d'une discipline, sauf à présenter un point de vue limité. Si le juriste s'intéresse à la description du droit, le philosophe à sa finalité et le sociologue à ses effets sur la société, mettre en relation l'ensemble de ces données impose la participation de tous. Dès lors se pose la question de la place de la science juridique, parmi les autres sciences, face à l'hypothèse de la post-croissance ? Quel rôle peut-elle jouer ?

Sans prétendre apporter ici l'ensemble des éléments de réponse à ces questions, il nous semble que la science juridique peut mener un travail d'analyse critique de son objet (A), et que cette analyse peut, sous certaines conditions, dépasser la simple description de l'objet pour s'enrichir d'une pluri-dimensionnalité (B). Elle pourrait même, dans le but d'éviter une critique purement axiologique et à condition cette fois de travailler de concert avec d'autres disciplines, participer à mettre en œuvre ce que nous proposons d'appeler la méthode d'analyse écosystémique du droit (C). L'objectif de cette méthode est de favoriser une appréciation du droit par rapport à une finalité, en l'occurrence ici l'hypothèse de la post-

²⁶ Olivier Jouanjan, « De la vocation de notre temps pour la science du droit : modèles scientifiques et preuve de la validité des énoncés juridiques », *Revue européenne des sciences sociales*, 2003, p. 143.

²⁷ Pierre Lascoumes, *L'éco-pouvoir*, La découverte, 1994, p. 301.

croissance. Son résultat serait de parvenir à expliquer les causes de l'inadéquation entre la norme et sa finalité.

A. L'analyse critique

Contrairement à ce qu'une mauvaise lecture du positivisme juridique pourrait suggérer, l'analyse critique ne doit pas être rejetée en dehors du travail de la science juridique, bien au contraire. Comme l'explique Véronique Champeil-Desplats, « neutralité axiologique et objectivité ne sont pas incompatibles avec toute forme d'approche critique sur le droit. Elles peuvent même en paraître une condition : tout dépend de ce qui est décrit, expliqué et comment le récit descriptif ou explicatif est construit »²⁸. Elle reprend également la distinction opérée par François Ost et Michel van de Kerchove²⁹ entre deux formes de discours critiques, d'un côté ceux qui relèvent d'un jugement de valeur, c'est-à-dire une « appréciation en termes de bien ou de mal, de bon ou de mauvais, d'acceptable ou de non acceptable, de satisfaisant ou de non satisfaisant, en l'occurrence, du contenu ou de la structure des normes juridiques »³⁰, et de l'autre un « jugement de réalité », selon les termes de François Ost et Michel van de Kerchove. L'analyse critique consiste alors à prendre de la distance par rapport à l'objet observé. Pour François Ost et Michel van de Kerchove, « on doit se demander si la seule description positiviste des règles, notions et institutions juridiques n'épouse pas fondamentalement le point de vue des acteurs mêmes de la vie juridique c'est-à-dire le point de vue d'un "utilisateur", d'un technicien, à la rigueur d'un "technologue" mais non d'un savant. (...) L'objectivité scientifique postule au contraire que l'on change de point de vue et l'on voit les choses telles qu'elles sont (et non) telle que notre système social nous les laisse voir »³¹. C'est ce que ces auteurs désignent, à la suite de Hart, comme un « point de vue externe modéré »³², lequel se nourrit à la fois d'un point de vue externe objectivant et du point de vue interne des agents juridiques³³. C'est donc à cette juste distance que peut se développer une analyse critique. En particulier, l'analyse critique des normes juridiques peut notamment conduire « à évaluer techniquement leurs effets politiques et sociaux »³⁴. Ce type d'analyse est nécessairement menée à l'aune de la finalité déterminée par le droit, par exemple la protection de l'environnement pour les normes environnementales. Elle peut aussi être menée au regard d'une finalité extra-juridique, par exemple celle de la post-croissance.

²⁸ Véronique Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, *op. cit.*, p. 293.

²⁹ V. François Ost et Michel van de Kerchove, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 1987, p. 27 et s..

³⁰ Véronique Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, *op. cit.*, p. 293.

³¹ François Ost et Michel van de Kerchove, *Jalons pour une théorie critique du droit*, *op. cit.*, p. 55, cité par Véronique Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, *op. cit.*, p. 294.

³² François Ost et Michel van de Kerchove, « Comment concevoir aujourd'hui la science du droit ? », *Déviance et Société*, 1987, p. 187.

³³ Sur cette question, v. aussi Pierre Brunet et Michel van de Kerchove, « Présentation », in « Sciences sociales, droit et science du droit : le regard des juristes », *Droit et Société*, 2010, pp. 269-271.

³⁴ Véronique Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, *op. cit.*, p. 294-295.

Néanmoins, le principal problème rencontré lorsqu'il s'agit d'évaluer les effets d'une norme est que la mesure de ces effets ne relève pas du champ traditionnel d'expertise des juristes³⁵. A défaut de compétences ou de méthode dans ce domaine, le risque est d'aboutir à une critique fondée sur un jugement de valeur, sans aucun élément objectif d'appréciation. L'analyse critique d'une norme juridique au regard de sa finalité impose donc, au moins lorsqu'il s'agit d'apprécier ses effets, un minimum d'interdisciplinarité³⁶. Cela conduit ainsi le juriste à nourrir son analyse de points de vue externes qui peuvent être le fait, soit de travaux de sociologie, mais aussi, dans certains cas, de sciences « exactes ». Par exemple, dans le domaine de l'environnement, lorsqu'une norme fixe un objectif basé sur des critères scientifiques, il est envisageable de trouver une évaluation du résultat produit par la norme en consultant la littérature scientifique, même si cela soulève également des difficultés³⁷. Dans tous les cas, cette démarche permet d'obtenir des données externes au droit qui soient plus objectivées que celles issues de l'imaginaire du juriste. Néanmoins, même si elle est promue depuis longtemps³⁸, l'interdisciplinarité reste très peu pratiquée, y compris dans des domaines qui s'y prêtent tout particulièrement³⁹.

En outre, comparer une norme juridique avec son résultat opérationnel, même si celui-ci est constaté sur une base objective, peut se révéler d'un intérêt assez limité. L'analyse critique se borne alors à constater l'inefficacité de la norme. Par exemple, constater qu'une espèce protégée n'est pas dans un état de conservation favorable comme le prescrit le droit de l'Union européenne ne renseigne absolument pas sur les causes de cet état de fait. Pour cela, nous proposons de prendre appui sur l'analyse pluridimensionnelle et de l'enrichir par une méthode d'analyse écosystémique du droit.

B. L'analyse pluridimensionnelle

Une analyse juridique, scientifique et critique doit nécessairement éviter deux écueils. Ces derniers ont été exposés par Pierre Brunet⁴⁰ : il s'agit de dépasser les limites d'une science purement descriptive tout en évitant une dogmatique sans rigueur. En effet, les approches purement descriptives ne vont que difficilement au-delà d'une reproduction pure et simple du discours objet, ce qui les amène d'ailleurs à relayer la dimension idéologique de ce

³⁵ Cela renvoie à la difficulté pratique de conduire un point de vue externe. Sur cette question, v. Hugues Dumont et Antoine Bailleux, « Esquisse d'une théorie des ouvertures interdisciplinaires accessibles aux juristes », *Droit et société*, 2010, p. 286.

³⁶ Sur la distinction entre pluri, inter et trans disciplinarité, voir l'exposé synthétique des travaux de François Ost et Michel van de Kerchive exposé par Véronique Champeil-Desplats (*Méthodologies du droit et des sciences du droit*, *op. cit.*, p. 340 et s.).

³⁷ Par exemple, la directive Habitats fixe l'objectif de maintenir les espèces dans un « état de conservation favorable » et cet objectif fait régulièrement l'objet d'évaluations scientifiques. Pour autant, cette notion juridico-scientifique soulève également des problèmes d'interprétation pour les scientifiques (v. Julien Bétaille, *Positive obligations to rescue small populations – A country study on the management of brown bear under the Habitats Directive in France*, *Projet Claws & Laws*, novembre 2017).

³⁸ V. François Ost et Michel van de Kerchive, « Comment concevoir aujourd'hui la science du droit ? », *Déviance et Société*, 1987, p. 188 et s..

³⁹ V. Dave Owen et Caroline Noblet, « Interdisciplinary Research and Environmental Law? », *Ecology Law Quarterly*, Vol. 41, Issue 4, 2015, pp. 887-938.

⁴⁰ V. Pierre Brunet, « Questions sur ce que pourrait décrire une science du droit », *Analisi e Diritto*, 2014, pp. 273-279.

discours. Quant à la dogmatique sans rigueur, en l'absence d'exposé des méthodes, elle ne peut que difficilement être discutée et la portée de ses résultats est nécessairement limitée.

Dès lors se pose la question d'une voie médiane. Nous proposons ici de reprendre l'approche proposée par Régis Ponsard, c'est-à-dire celle d'une analyse « scientifiquement et juridiquement critique »⁴¹ qu'il désigne comme une « analyse pluridimensionnelle du droit » avant d'en suggérer un prolongement éventuel à travers une méthode d'analyse écosystémique du droit⁴².

L'analyse pluridimensionnelle procède en quelque sorte par étapes successives afin de superposer différents niveaux d'analyse. La première étape est une description du droit dispositionnel et jurisprudentiel, dans une perspective critique. Il s'agit ici « d'identifier la part de détermination et d'indétermination du droit, comme par exemple, le vague, l'incomplétude, l'ambiguïté sémantique, syntaxique, la texture ouverte des normes, la capacité dite "d'adaptabilité des concepts", etc. »⁴³. C'est là une étape indispensable qui semble d'ailleurs assez largement partagée. Ainsi Eric Millard précise-t-il que « la description à laquelle peut procéder une science du droit suppose une analyse critique d'un certain langage »⁴⁴ qui permette de mettre au jour ce que recouvre les différentes catégories juridiques. S'en suit un deuxième niveau d'analyse consistant en un examen de la conformité juridique des normes étudiées. Il s'agit alors de dépasser la question de la validité formelle pour examiner, par exemple, le respect des normes écrites par les juges, en essayant de dévoiler les présupposés ou les erreurs de raisonnement. Selon un troisième niveau d'analyse, Régis Ponsard propose d'examiner les raisons invoquées ou invocables au soutien ou à l'encontre de l'interprétation ou de l'application des normes juridiques. Enfin, et c'est ce qui nous semble le plus innovant, il défend la nécessité d'analyser les causes et les facteurs permettant de comprendre l'élaboration, l'interprétation et l'application des normes juridiques. Autrement dit, il s'agit selon lui de se livrer à une véritable « étiologie ». C'est à cette dernière qu'une méthode d'analyse écosystémique du droit pourrait contribuer.

C. La méthode d'analyse écosystémique du droit

La méthode d'analyse écosystémique du droit a pour objet de contribuer à évaluer le droit au regard de ses finalités. Il s'agit de comprendre les causes de succès ou d'échec d'une norme pour atteindre sa finalité, de l'application ou de la non application d'une norme. A titre d'exemple, elle pourrait permettre éclairer la contribution du droit à la poursuite de sa finalité de protection de l'environnement, laquelle participe de l'hypothèse de la post-croissance. La méthode consisterait à envisager le droit dans son environnement comme

⁴¹ Régis Ponsard, « Les moyens d'une analyse scientifiquement et juridiquement critique : l'exemple de l'étude des décisions du Conseil constitutionnel », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 2015, p. 65.

⁴² Régis Ponsard, « Penser – Pour une épistémologie de la science du droit administratif ? », in AFDA, *Les méthodes en droit administratif*, Dalloz, 2018, p. 126 et s..

⁴³ Régis Ponsard, *ibidem*, p. 126.

⁴⁴ Eric Millard, *Théorie générale du droit*, *op. cit.*, p. 26.

un écosystème, autrement dit comme un système complexe, animé par une multiplicité d'interactions et d'interdépendances.

En quoi le droit, dans son environnement social, est-il comparable à un écosystème ? Il ne s'agit pas ici d'une stricte analogie, mais plutôt d'envisager le droit, tel qu'il s'incarne dans la société, comme un ensemble marqué par des interdépendances et des interactions. Si l'on reprend une définition basique des écosystèmes, on peut considérer qu'il s'agit d'une communauté d'être vivants en interaction avec leur environnement. Plus précisément, l'écosystème est composé d'un biotope, c'est-à-dire l'environnement physique (temps, humidité, climat) et de la biocénose, c'est-à-dire d'un ensemble d'être vivants. On a donc une biocénose marquée par des interrelations internes mais aussi par des interactions avec le biotope.

Or, il nous semble que ce double niveau d'interactions caractérise assez bien le fonctionnement du droit dans son environnement. A l'image des éléments de la biocénose, les éléments du système juridique interagissent entre eux d'un point de vue interne mais ils sont aussi soumis aux variables environnantes – à l'image du biotope – d'un point de vue externe comme par exemple l'environnement économique, social, politique, environnemental ou psychologique.

L'intérêt de cette comparaison ne réside pas dans sa stricte exactitude, mais plutôt dans les méthodes employées par les écologues pour analyser le fonctionnement des écosystèmes. On peut en effet intuitivement considérer que ces méthodes pourraient être utiles à l'étude du droit dans son environnement car elles permettent de comprendre la multiplicité des interactions d'un écosystème. Transposées et adaptées à l'étude du droit dans son environnement, elles pourraient certainement permettre d'analyser le droit au regard d'éléments externes au système juridique⁴⁵.

L'analyse d'un écosystème commence tout d'abord par la détermination des variables pertinentes à étudier. Cela relève dans un premier temps de l'intuition et nécessite d'effectuer un certain nombre de tests pour s'assurer de leur pertinence. De la même manière, il est possible d'identifier, à l'intérieur du système juridique, un certain nombre d'éléments qui, très probablement, ont quelque chose à voir avec l'effectivité de la norme. Il y a, à l'image de la biocénose, un ensemble d'éléments dynamiques. Sans être exhaustif, on peut citer la cohérence des ordres juridiques, le caractère dissuasif des sanctions, la légitimité de la norme, sa mise en œuvre, l'accès au juge ou encore l'interprétation⁴⁶. Il existe également, autour du système juridique, un biotope dans lequel ce dernier s'inscrit, à savoir

⁴⁵ La démarche conduite par Fritjof Capra et Ugo Mattei dans leur ouvrage *The Ecology of Law* est différente (v. Fritjof Capra et Ugo Mattei, *The Ecology of Law – Toward a Legal System in Tune with Nature and Community*, Berrett-Koehler Publishers, 2015). Il s'agit d'un essai associant un physicien et un juriste qui propose d'établir un ordre juridique en phase avec la nature. Ils proposent ainsi un « ecological order » formé par de l'« ecolaw » (pp. 179-180). Cet ouvrage participe donc du « droit en transition » mais ne constitue pas véritablement une proposition méthodologique.

⁴⁶ Pour des développements plus complets, v. Julien Bétaille, *Les conditions juridiques de l'effectivité de la norme en droit public interne, illustrations en droit de l'urbanisme et en droit de l'environnement*, thèse, droit, Limoges, 2012.

les éléments de contexte, extra-juridiques, qui interagissent avec ce système. C'est ici le contexte économique, social, environnemental, politique ou psychologique.

Il s'agit ensuite, une fois les différentes variables identifiées, de trouver un moyen de mesurer ces variables. C'est ici probablement l'étape la plus difficile s'agissant du droit dans son environnement. Si les sciences « exactes » et une bonne partie des sciences humaines procèdent largement par quantification, cette démarche est assez étrangère à la science juridique où les études empiriques sont peu courantes, même si cette tendance se développe aux Etats-Unis⁴⁷. Il s'agit de quantifier des éléments qui sont très souvent qualitatifs et qui dès lors ne se laissent pas facilement transformer en chiffres. On signalera cependant l'existence de certaines initiatives comme par exemple celle consistant à construire des indicateurs juridiques de l'effectivité du droit de l'environnement⁴⁸.

Enfin, une fois récolté un ensemble de données, il s'agit d'analyser les interactions de ces différentes variables. Dans un écosystème, la variation d'un élément du biotope, par exemple la température, peut avoir des conséquences sur le comportement de telle ou telle espèce de la biocénose. C'est la mesure de ces variables qui permet d'en analyser les interactions et d'en déduire de possibles relations causales. Transposé au domaine juridique, cette démarche pourrait contribuer à l'étude de la dialectique du droit et du fait en essayant de mieux identifier, au moyen de l'analyse écosystémique, ce que François Ost et Michel van de Kerchove désignent comme des « causalités circulaires »⁴⁹. A titre d'illustration, il pourrait être intéressant de rapprocher plusieurs types de données comme le nombre de recours déposés devant le juge, le nombre de décisions favorable à la protection de telle ou telle espèce et l'évolution dans le temps de l'état de conservation de cette espèce. Ainsi pourrait-on en déduire quelques pistes permettant de mieux comprendre l'influence de certains éléments du système juridique, ici l'accès à la justice et l'interprétation du juge, sur la réalité, ici l'état de conservation de l'espèce. En retour, on pourrait même assister, en réaction à l'évolution de l'état de conservation, à un ajustement du contenu des textes régissant cette espèce, soit qu'il s'agisse d'affermir sa protection, soit de l'assouplir. Ce serait ainsi en multipliant ce type de mise en relation empiriques que l'on pourrait espérer en tirer quelques enseignements sur les éventuelles faiblesses du système juridique au regard de telle ou telle finalité.

Bien sûr, ce type d'analyse est davantage susceptible de mettre en évidence des corrélations plutôt que de véritables causalités. Comme l'explique François Ost et Michel van de Kerchove, « aucune causalité directe ne s'établit entre ordre social et système juridique »⁵⁰. Néanmoins, si une telle entreprise ne permettrait probablement pas de tout expliquer, elle pourrait contribuer à une meilleure compréhension du fonctionnement du système juridique avec son environnement, de mieux « discerner la manière dont le système

⁴⁷ V. Robert L. Fischman & Lydia Barbash-Riley, *Empirical Environmental Scholarship*, 44 *Ecology L. Q.* 767 (2018).

⁴⁸ V. Michel Prieur, *Les indicateurs juridiques – Outils d'évaluation de l'effectivité du droit de l'environnement*, Institut de la Francophonie pour le Développement Durable (IFDD), 2018.

⁴⁹ François Ost et Michel van de Kerchove, *Le système juridique entre ordre et désordre*, PUF, 1988, p. 161.

⁵⁰ François Ost et Michel van de Kerchove, *ibidem*, p. 171.

juridique s'articule au système social»⁵¹ et ainsi d'identifier les possibles causes de l'application ou de la non application d'une norme. Ce programme, dont on concède volontiers l'incomplétude comme sa probable naïveté, pourrait néanmoins fournir un certain nombre d'éléments solides pour fonder une critique du droit qui ne soit pas simplement axiologique mais fondée sur des éléments plus objectifs d'analyse.

⁵¹ François Ost et Michel van de Kerchove, *ibidem*, p. 166.