



HAL
open science

Entre les règles et l'esprit des règles

Mireille Delmas-Marty, Linxin He, Sandrine Maljean-Dubois

► **To cite this version:**

Mireille Delmas-Marty, Linxin He, Sandrine Maljean-Dubois. Entre les règles et l'esprit des règles. M. Delmas-Marty. Sur les chemins d'un jus commune universalisable, Mare et Martin, 2021. halshs-03494395

HAL Id: halshs-03494395

<https://shs.hal.science/halshs-03494395v1>

Submitted on 19 Dec 2021

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Entre les règles et l'esprit des règles.

Mireille Delmas-Marty, Linxin He, Sandrine Maljean-Dubois, in *Sur les chemins d'un jus commune universalisable*, M. Delmas-Marty, K. Martin-Chenut, C. Perruso (dir.), 2021, Mare et Martin, Paris, pp. 397-412.

Entre les règles et l'esprit des règles

Mireille Delmas-Marty, Linxin He, Sandrine Maljean-Dubois

Le retour sur l'histoire de diverses formes de *Jus Commune* a montré l'émergence d'une bipolarité entre l'esprit et la règle, puis l'étude de fragments contemporains à l'échelle mondiale a marqué une certaine persistance de cette bipolarité. Ce double constat nous conduit à l'hypothèse qu'à certaines conditions, qui restent à repérer, la bipolarité pourrait faciliter l'émergence d'un *Jus commune* pluriel.

Encore faut-il préciser ces deux notions. La règle évoque des normes de conduite. Quels que soient ses usages et ses finalités, elle a pour fonction de mesurer et de borner¹, donc de stabiliser les sociétés, notamment en qualifiant les comportements (rôle des dénominations) et en sanctionnant les transgressions (rôle des interdictions). L'esprit exprime les valeurs, éthiques et symboliques, et plus largement l'*ethos*, c'est-à-dire le caractère issu du contexte, culturel et naturel qui sous-tend les règles. Sa fonction, souvent implicite, est de donner cohérence aux règles en les reliant et d'orienter l'avenir en posant des objectifs.

L'histoire du *Jus commune* dans ses diverses formes montre que la bipolarité serait une constante, mais avec toutes sortes de compromis. En Asie orientale, la bipolarité du *Jus commune* chinois est présente en théorie du droit, le droit savant distinguant *li* et *fa* (rite et loi), ou plus précisément le système juridique exposé dans le *Corpus* des classiques dits confucéens et les règles codifiées du Code pénal. Loin de les opposer, comme l'historiographie a eu tendance à le faire, il existe plutôt une pénétration réciproque des techniques légistes et les valeurs confucianistes. Le *droit dit confucianiste* en Asie orientale tient dans la capacité d'une véritable science du gouvernement ou mise en ordre du monde, à l'articulation du rite et de la loi, avec des variantes selon le pays récepteur. D'autant qu'une autre polarité, inscrite dans le droit positif, oppose, à l'intérieur même du *fa*, les *lǚ* et les *ling* (principes généraux et règlements d'application).

De façon apparemment symétrique, le *Jus commune* romano-germanique distingue en Europe le droit romain du droit canon, mais la répartition est souple et l'on trouve des règles en droit canon et des principes en droit romain. Quant au *Common law* des pays anglo-américains, il distingue l'esprit de l'*Equity* et la règle écrite dans les *Statute Laws*, mais désormais presque tous les juges de *Common law* sont compétents dans les deux domaines. La bipolarité existe aussi, dans la tradition islamique, entre la loi civile et la *charia*, même s'il est parfois délicat

¹ François Ost, *A quoi sert le droit? Usages, fonctions, finalités*, Bruylant, 2016.

de savoir si certaines questions se rapportent à l'une ou à l'autre. Enfin, la bipolarité se brouille dans les pays colonisés, pris entre les coutumes précoloniales, les phénomènes d'acculturation imposée et l'intégration d'un droit postcolonial.

La bipolarité peut fonctionner de façon harmonieuse quand elle articule la règle, qui diversifie les responsabilités à l'échelle nationale, et l'esprit, universalisable car il exprime ses valeurs et leur contexte, notamment par référence à des objectifs communs. En revanche, le *Jus commune* semble échouer quand l'esprit est affiché sans règle d'application, comme on a pu le constater dans une première période après 1948 pour le droit international des droits de l'homme. Mais l'échec peut venir aussi de la situation inverse, quand la règle est appliquée indépendamment des contextes nationaux et sans rattachement explicite à des valeurs communes ou des principes communs, comme en matière économique et sociale.

Considérons le *Jus commune* entre ses deux pôles : les règles et l'esprit des règles. Il semble que, ce qui peut (et doit ?) être commun, c'est avant tout l'esprit. Car des règles communes sans esprit ne seront que lettre morte. Prenons l'exemple de la réception du droit chinois par le Japon. Nous avons vu que le Japon de l'époque Nara a largement importé le droit chinois, mais ce droit n'a pu se maintenir que pendant une période limitée et tomba rapidement en désuétude au IX^e siècle, laissant la place au droit coutumier du pays².

En revanche, un esprit commun qui ne trouve pas immédiatement son application juridique peut malgré tout se développer, comme en témoigne le début de la formation du droit romano-canonique face aux droits particuliers des peuples. Néanmoins, l'esprit ne peut rester éternellement au niveau des idées sans interagir avec les peuples et les règles concrètes, car sinon il ne serait qu'un doux rêve pouvant voler dans tous les sens, sans jamais se stabiliser. C'est d'ailleurs le reproche adressé, encore aujourd'hui, aux droits de l'homme ou au droit de l'environnement : l'esprit sans la règle finit par tuer la confiance, et tarir l'espérance.

Il n'y a donc pas d'opposition binaire, mais des tensions et des interactions évolutives au cours du temps. L'esprit naît tantôt des « sources » qui renvoient aux origines, au passé; tantôt du « souffle », qui anime le présent et annonce le futur. Il faut donc éviter que les dogmes et les idées reçues deviennent de véritables mythes qui immobilisent l'avenir. Ainsi l'idée reçue que des différences essentielles séparerait la culture occidentale, axée sur la faute, de la culture chinoise, axée sur la honte, et qu'il n'y aurait aucune transcendance dans la pensée chinoise traditionnelle est persistante dans notre imaginaire, alors même que la transcendance semble présente notamment dans le néoconfucianisme³. Il faut aussi éviter les prophéties autoréalisatrices qui se contentent de formuler un objectif utopique sans se soucier de sa réalisation.

La bipolarité ne doit pas être comprise comme imposant un choix entre la règle ou l'esprit, comme en Chine avec l'opposition théorique entre légistes et confucianistes ou en Europe avec l'opposition faite par l'apôtre Paul dans son Épître aux corinthiens, entre la lettre qui tue

² V. supra, Jérôme Bourgon, Frédéric Constant et Pierre-Étienne Will, « Aperçus sur le droit chinois comme jus commune de l'Asie orientale ». Même pendant la période de Nara, certaines règles importées n'ont jamais été véritablement appliquées. Les Japonais ont voulu par exemple distinguer, comme le faisaient les Chinois, cinq classes hiérarchiques au sein des serviteurs, mais la société japonaise ne présentait pas les mêmes types de rapports sociaux qu'en Chine où la population était bien plus importante. La classification était donc inadaptée au Japon, si bien qu'elle fut abolie purement et simplement plus tard. (cf. Zhongqiu, Zhang, « Les effets et les impacts de l'importation de la culture juridique des Tang au Japon », *Faxue* 2008, p. 135. 张中秋: “日本输入唐代法律文化的效果和影响”, 法学 2008 年第 3 期, 第 135 页).

³ Torbjörn Lodén, « Chinese and Western culture: The Myth of Essential Difference », *Orientaliska studier*, 2007 n° 121, p. 61-73.

et l'esprit qui vivifie. Les pratiques relèvent plutôt d'un compromis, toujours revisité, entre la règle et l'esprit, car les fonctions sont différentes et complémentaires : la règle stabilise, au risque d'un ordre paralysant ; l'esprit, comme le souffle, anime et met en mouvement, au risque d'un désordre perturbateur. D'où l'importance des acteurs que sont les émetteurs et récepteurs des règles (législateurs et juges au sens large), mais aussi des passeurs (société civile) à l'articulation des deux pôles. En somme, tous ceux qui contribuent à un ordonnancement interactif et évolutif des règles et à une harmonisation des valeurs autour de l'esprit qui les inspire.

Il faut reconnaître néanmoins que l'esprit n'est pas un hôte fréquent au rendez-vous des débats théoriques sur le droit aujourd'hui. Nous verrons que le concept est néanmoins riche d'enseignements et de potentiels. Après cette ouverture théorique, nous comparerons, pour tenter de saisir cette bipolarité multiforme, quelques-unes des pratiques actuelles à l'échelle européenne et mondiale: d'une part les pratiques de justice sociale qui s'internationalisent de façon ascendante, du national à l'international, régional ou mondial, d'autre part celles de la justice climatique, née à l'échelle du monde et devenue un véritable laboratoire pour élaborer, de façon descendante, entre l'esprit du monde et les nouvelles règles nationales, une sorte de *Jus commune* contemporain.

1. L'esprit revisité : une catégorie traditionnelle de la théorie du droit

« La lettre tue, mais l'esprit vivifie » (2 Cor 3:6) : la célèbre formule vient de l'apôtre Paul à propos de la bonne nouvelle chrétienne, dans laquelle, comme nous le savons, le Christ n'a laissé que très peu de commandements, en comparaison des lois très nombreuses du Pentateuque. Elle peut suggérer une réflexion sur l'interprétation (concernant tant les Écritures que les règles juridiques)⁴. Mais au lieu de limiter « l'esprit » à la notion d'interprétation, on pourrait y trouver une signification plus générale.

L'esprit, au sens de *pneuma* en grec, c'est le souffle qui anime⁵, et constitue donc le principe de la vie et du mouvement. La « lettre », en revanche, évoque la règle qui permet de stabiliser, contrairement à la parole qui vole au vent. Ce couple semble s'être progressivement séparé tout au long du développement du droit occidental moderne, alors qu'il n'était pas incongru de parler de l'esprit des lois au commencement de l'ère moderne. Il reste à savoir si la séparation est advenue au détriment de l'esprit, ou en raison de sa transformation, de l'esprit du lieu à l'esprit du monde.

Au commencement de l'ère moderne, Montesquieu avait intitulé son ouvrage majeur « De l'esprit des lois » ? Que faut-il entendre, selon Montesquieu, par l'esprit ? Le sous-titre de l'ouvrage donne déjà une indication : « De l'Esprit des Lois ou Du rapport que les lois doivent avoir avec la constitution de chaque gouvernement, les mœurs, le climat, la religion, le commerce, etc. ». Il est clair que « l'esprit des lois » renvoie plutôt à « l'esprit du lieu » car Montesquieu explique que les lois, en tant qu'expression de la raison humaine, doivent être « propres au peuple pour lequel elles sont faites », se rapporter « à la nature et au principe du gouvernement qui est établi, ou qu'on veut établir », être « relatives au *physique* du pays, au

⁴ Pour une analyse dans cette perspective, Benoît Frydman, *Le sens des lois*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 114s.

⁵ André Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, PUF, 2006, p. 300.

climat glacé, brûlant ou tempéré, à la qualité du terrain, à sa situation, à sa grandeur, au genre de vie des peuples », etc⁶. C'est l'ensemble de ces rapports qui forme « l'esprit des lois ». Dans ses *Pensées*, Montesquieu écrit également que « ce n'est point le corps des lois que je cherche, mais leur âme »⁷. On retrouve ici le sens de l'esprit (*animus* et *anima*) comme principe qui anime, c'est-à-dire met en mouvement. Plus loin dans le développement de l'ouvrage (après l'explication de l'influence du climat), Montesquieu consacre un livre entier aux « lois dans le rapport qu'elles ont avec les principes qui forment l'esprit général, les mœurs et les manières d'une nation ». On lit que « [p]lusieurs choses gouvernent les hommes, le climat, la religion, les lois, les maximes du gouvernement, les exemples des choses passées, les mœurs, les manières ; d'où il se forme un esprit général qui en résulte »⁸. Il convient de faire attention au rapprochement étonnant⁹ qu'introduit ici Montesquieu entre les causes physiques et morales dans le gouvernement des hommes. Les lois écrites n'ont pas de statut privilégié vis-à-vis du climat ou bien de la religion. Et la même remarque s'applique aux rapports entre lois et mœurs : « les lois [sont] des institutions particulières et précises du législateur, et les mœurs et les manières des institutions de la nation en général »¹⁰. Cette conception de l'esprit en général, et l'exigence de la conformité des lois à ce dernier, permettent à Montesquieu d'établir des principes sur l'évolution du droit : « C'est au législateur à suivre l'esprit de la nation, lorsqu'il n'est pas contraire aux principes du gouvernement ; car nous ne faisons rien de mieux que ce que nous faisons librement, en suivant notre génie naturel »¹¹.

Nous voyons ainsi clairement l'idée selon laquelle l'évolution du droit peut être étudiée à travers la notion de l'esprit, idée par ailleurs louée et reprise par Hegel qui écrit que « Montesquieu a indiqué la vue historiographique véritable, le point de vue authentiquement philosophique, [qui consiste] à examiner la législation en général et ses déterminations particulières non pas de façon isolée et abstraite, mais comme moment dépendant d'Une totalité, en connexion avec toutes les autres déterminations qui constituent le caractère d'une nation et d'une époque »¹². Hegel approfondira le rapport entre l'esprit et l'histoire par la notion de l'esprit objectif qu'il définit comme une « seconde nature »¹³ et emploie également l'expression « l'esprit du monde »¹⁴.

Outre l'évolution du droit, le rattachement des lois à l'esprit qui les inspire permet également de considérer l'effectivité des règles établies. Montesquieu écrit en effet que « [l]orsque les principes du gouvernement sont une fois corrompus, les meilleures lois deviennent mauvaises, et le tournent contre l'État : lorsque les principes en sont sains, les mauvaises ont l'effet des

⁶ Montesquieu, *De l'esprit des lois*, Livre I, Chapitre III, édition par Robert Derathé, Paris, Editions Garnier Frères, 1973, vol. 1, p. 12

⁷ *Ibid.*, citation par R. Derathé, p. 424.

⁸ *Ibid.*, Livre XIX, Chapitre IV, p. 329.

⁹ Céline Spector, *Montesquieu. Liberté, droit et histoire*, Paris, Michalon, 2017, p. 231.

¹⁰ Montesquieu, *op. cit.*, Livre XIX, Chapitre XIV, p. 335.

¹¹ *Ibid.*, Livre XIX, Chapitre V, p. 330.

¹² V. Hegel, *Principes de la philosophie du droit*, édition critique établie par Jean-François Kervégan, Presses Universitaires de France, 2013, paragraphe 3, p. 142.

¹³ *Ibid.*, p. 322, paragraphe 151 : « dans l'identité simple avec l'effectivité des individus, l'élément-éthique, en tant que mode d'action universel de ceux-ci, apparaît comme coutume-éthique, l'habitude de celui-ci comme seconde nature qui est posée à la place de la volonté première, simplement naturelle, et qui est l'âme, la signification et l'effectivité qui pénètrent leur être-là, l'esprit vivant et présent-là en tant que monde [et] dont la substance est seulement ainsi comme esprit. »

¹⁴ *Ibid.*, p. 461, p. 542 etc. Encore une fois, notre but est de souligner l'importance de l'esprit pour la compréhension dynamique du droit et nous n'avons pas à suivre entièrement Hegel dans son analyse de l'esprit. Pour une étude sur la notion de l'esprit chez Hegel et l'influence qu'il a reçue de Montesquieu, v. Günter Zöller, « Vom Geist der Gesetze zu den Gesetzen des Geistes. Hegel über Sittlichkeit und Geschichtlichkeit », in Thomas Oehl et Arthur Kok (éd.), *Objektiver und absoluter Geist nach Hegel*, Leiden and Boston, MA, Brill, 2018, pp. 720-739.

bonnes ; la force du principe entraîne tout »¹⁵. Il s'agit d'une distinction entre les règles établies et le principe faisant fonctionner le droit et les institutions (on pourrait dire aussi « l'âme » du droit), distinction dont on peut trouver une origine chez Jean Bodin¹⁶. Kant développera également cette idée dans son projet pour la paix perpétuelle, considérant qu'il faudrait distinguer la forme du commandement (*forma imperii*) et la forme du gouvernement (*forma regiminis*). Si les formes du commandement peuvent varier entre autocratie, aristocratie et démocratie, il faut que la forme du gouvernement soit républicaine si l'on veut atteindre la paix perpétuelle. C'est précisément dans cette réflexion que Kant emploie également l'expression « esprit » pour décrire un mode de fonctionnement qui peut rester républicain dans l'autocratie ou l'aristocratie¹⁷. En somme, l'esprit du droit peut indiquer la double dimension dynamique du droit : son fonctionnement et son évolution.

Le droit occidental moderne semble avoir progressivement délaissé la question de l'esprit. Une conception plus étroite de la théorie du droit comme celle de l'application des règles du droit a pris le devant de la scène, car le règne d'une loi toute puissante commençait à s'affirmer en trouvant même des origines dans l'œuvre de Montesquieu lui-même qui réduit le juge au rôle de « bouche de la loi », puis avec Beccaria et la légalité des délits et des peines. Par la suite le positivisme est défendu rigoureusement par exemple chez John Austin¹⁸. L'auteur, commentant la définition de la loi par Montesquieu, laisse apparaître son éloignement de la question de l'esprit lorsqu'il explique que le président du Parlement de Bordeaux avait en effet mélangé les lois à proprement parler (i.e. les lois positives impératives) et les lois par métaphore (i.e. les lois physiques ou climatiques)¹⁹. Bien qu'il y ait eu, au début du vingtième siècle, un mouvement dit de « la libre recherche du droit » qui s'efforçait de dépasser la stricte application des règles, le droit n'est pas sorti du paradigme positiviste posé par Austin, cherchant seulement à améliorer les méthodes d'interprétation de la loi²⁰.

L'une des rares alternatives en ce « moment 1900 » qui faisaient perdurer (implicitement) le rôle de l'esprit reste sans doute celle des juristes comparatistes²¹ tels que Raymond Saleilles ou Edouard Lambert. Saleilles cherche par exemple à justifier le travail créateur du juge à travers une nouvelle compréhension du droit naturel. « Ce que nous avons donc à chercher, écrit-il à propos des éléments limitant la fonction du juge, ce sont ce que je voudrais pouvoir appeler les éléments objectifs ou les réalisations objectives du droit naturel, dans sa manifestation historique au cours de l'évolution sociale »²². Ces éléments objectifs seraient à retrouver dans trois domaines : l'analogie législative, la conscience juridique collective et le droit comparé. Saleilles ajoute que, de ces trois, le plus sûr est celui emprunté au droit comparé. Car, lorsque l'on « rencontre dans un domaine de réalisation législative et de

¹⁵ Montesquieu, *op. cit.*, Livre VIII, Chapitre XI, p. 130.

¹⁶ Jean Bodin, *Six Livres de la République*, Livre II, Chapitre II, édition de 1583, réimprimé par Scientia Aalen (Darmstadt), 1961, p. 272 : « il y a bien différence de l'état et du gouvernement : qui est une règle de police qui n'a point été touchée de personne ; car l'état peut être en Monarchie, et néanmoins il sera gouverné populairement si le Prince fait part des états, Magistrats, offices, et loyers également à tous sans avoir égard à la noblesse, ni aux richesses, ni à la vertu. »

¹⁷ Kant, *Zum ewigen Frieden*, in Kant, *Schriften zur Anthropologie, Geschichtsphilosophie, Politik und Pädagogik*, Wiesbaden, Insel Verlag, 1964, p. 207.

¹⁸ John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995, p. 18: « [the] matter of jurisprudence is positive law: law, simply and strictly so called: or law set by political superiors to political inferiors ».

¹⁹ *Ibid.*, p. 153.

²⁰ Pour plus de détails sur ce mouvement qui était en soi d'inspiration diverse, v. Benoît Frydman, *Le sens des lois*, Bruxelles, *op. cit.*, p. 460 et s.

²¹ De manière générale, v. Mireille Delmas-Marty, Xavier Dijon, Bénédicte Fauvarque-Cosson et al. *Variations autour d'un droit commun. Travaux préparatoires*, Société de législation comparée, 2001, Collection de l'UMR de droit comparé de Paris.

²² Raymond Saleilles, « Ecole historique et droit naturel d'après quelques ouvrages récents », *RTD civ.*, 1902. 80, spéc., p. 106.

fonctionnement pratique le même idéal, formulé en dispositions de lois, et que ces dernières ont pu fournir leurs résultats et faire preuve de leur plasticité technique, cette fois le juge a devant lui la manifestation objective du système dont la conception de justice empruntée à son milieu national lui demande d'être l'interprète et l'organe »²³. C'est ainsi que Saleilles qualifie le droit comparé comme un droit tendant à devenir « le droit commun de l'humanité civilisée »²⁴ qui cohabite avec les droits locaux. Cherchant cette harmonie d'ensemble, Saleilles estime également qu'elle n'est pas réalisable que s'il est tenu compte « de tous les souffles nouveaux qui viennent pénétrer et vivifier l'évolution du droit national »²⁵. Aurait-on pu mieux décrire le caractère spirituel du droit comparé et l'effet dynamique produit par cet esprit ? Quant à Lambert, il développera cette idée avec ses propres termes en qualifiant le droit comparé de « droit commun législatif ». Mais cette orientation qui se veut conciliatrice du droit naturel et du droit positif n'a pas eu sa place dans l'évolution de la théorie juridique.

Le nouveau positivisme juridique de Kelsen et ses successeurs plus ou moins normativistes, a par la suite consolidé la place centrale de la règle de droit dans la conception du *droit* en tant que tel. Quant à l'aspect dynamique du droit, on ne retrouve, chez Kelsen par exemple, que le sens d'un renvoi de la norme inférieure à la norme supérieure qui fonde la validité de la première²⁶. On décrit alors le système de droit comme un système de règles (ou normes, ici il n'est pas nécessaire de les distinguer), organisé en pyramide impliquant une hiérarchie verticale. La métaphore plus récente des réseaux introduit une horizontalité, mais continue à première vue à limiter le droit à un ordre qui est le plus souvent étatique.

A moins que se réalise la « révolution juridique » annoncée par le droit international des droits de l'homme (voir *supra*, E. Decaux). « Révolution » en raison du changement de paradigme résultant d'une part des dispositions inscrites dans la Charte des Nations Unies « qui fait de la personne humaine un sujet de droit international » ; d'autre part de la DUDH qui consacre « l'esprit de fraternité » (art. 1^{er}) et les textes qui ont suivi, notamment les deux pactes de 1966, puis les dispositifs de justice pénale internationale (*supra*, Isabelle Foucard).

Même si l'on s'en tient au fonctionnement du *Jus commune* dans ses manifestations historiques (qu'il soit occidental ou oriental), il n'est pas difficile de constater que, dans la compréhension du droit, la part de ce qui est non-étatique, doctrinal et souvent supplétif et le mouvement dynamique d'une évolution progressive du droit sont aux antipodes de la compréhension moderne occidentale du droit national. Ce rappel ne signifie aucunement que l'on souhaite prôner une sorte de retour à l'époque prémoderne ou prescrire un droit désormais sans règle. En revanche le détour par l'histoire, confrontée à l'existence de fragments d'un droit commun nouveau, invite à revaloriser le pôle spirituel du droit. Voyons maintenant deux exemples pour illustrer la question de la bipolarité à notre époque.

2. Justice sociale

²³ *Ibid.*, p. 109.

²⁴ *Ibid.*, p. 111.

²⁵ Texte cité par Christophe Jamin, « Le vieux rêve de Saleilles et Lambert revisité. A propos du centenaire du Congrès international de droit comparé de Paris », *Revue internationale de droit comparé*, 2000, pp. 733-751, spécialement p. 738.

²⁶ Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, herausgegeben von Matthias Jestaedt, Tübingen, Wien, Mohr Siebeck & Verlag Österreich, p. 346 et s.

En matière sociale, Jean-Michel Servais (voir supra) a déjà étudié les activités de l'OIT²⁷ qui, inspirées par l'esprit de la justice sociale, se déploient à l'échelle mondiale. Les règles concrètes sont élaborées de diverses manières, avec en particulier l'aide de la coopération technique et l'établissement des standards minimums, souvent repris par des autorités publiques ou des entreprises privées. La bipolarité de ce *Jus commune* universalisable, fonctionnant à l'aide de nombreux acteurs et passeurs sur la scène internationale, reste marquée par une certaine prépondérance de l'esprit par rapport aux règles qui sont souvent critiquées pour leur insuffisante effectivité. « L'esprit plus fort que la règle » - c'est un trait que l'on retrouvera dans le droit international du climat (cf. infra 3). Mais à une échelle plus réduite, comme celle d'une intégration régionale, on rencontre également des situations dans lesquelles les règles peuvent être suffisamment fortes pour se retourner contre l'esprit²⁸. C'est ce qu'on veut analyser dans cette section au regard du droit social européen.

On peut avancer d'emblée que les règles communes européennes en matière sociale ont été plus fortes que l'esprit dès l'origine du projet européen dans les années 1950. Nous savons que la Communauté économique européenne a été établie sur la base de l'intégration économique et du marché commun. Les travaux préparant sa création (notamment le rapport « Spaak ») envisageaient la future communauté avec une analyse fonctionnaliste et considérait que la coopération économique entraînerait naturellement une égalisation dans le progrès social²⁹. Des règles sociales initiales, consistant d'un côté en la libre circulation des travailleurs et de l'autre en l'exigence de l'égalité de traitement entre hommes et femmes, étaient en effet nécessaires pour le bon fonctionnement du marché commun. Cependant, il ne faut pas oublier que, si l'objectif économique était clairement affiché dès le début de la Communauté, l'idée du « progrès social » a également été inscrite dans le Traité de Rome (aujourd'hui à l'article 151 du Traité sur le fonctionnement de l'UE). La Cour de justice n'a d'ailleurs pas hésité à juger que l'objectif social, au même titre que l'objectif économique, se trouvait au fondement de la Communauté³⁰. Dès lors, jusqu'à la fin du siècle dernier, on voyait un développement constant du droit social européen, dont l'esprit trouve son expression culminante dans la Charte des droits sociaux fondamentaux des travailleurs de 1989 et la Charte des droits fondamentaux de l'UE de 2000 et dont les règles se sont étendues de la circulation des travailleurs à la protection de la santé, au temps de travail, à la non-discrimination pour des motifs autres que le sexe, etc. Il arrivait par ailleurs que les partenaires sociaux européens prennent un rôle important dans l'élaboration des règles, à travers des négociations européennes et des accords-cadres qui en résultent³¹.

Avec l'entrée dans le XXI^e siècle, l'on constate cependant une stagnation de l'avancement de ce droit social européen : les projets législatifs en matière sociale se raréfient, leur aboutissement devient difficile et l'effectivité des règles sociales semble même connaître d'importants obstacles surtout depuis la crise financière de 2008³². Mais le vent a tourné dès

²⁷ V. supra, Jean-Michel Servais, « La quête contemporaine de la justice sociale ».

²⁸ La configuration de l'esprit sans règles peut naturellement se produire à ce niveau également. En droit européen, on peut penser à la difficile élaboration d'un droit privé commun européen.

²⁹ Pour les circonstances historiques de l'adoption de ce rapport, v. Bino Olivi et Alessandro Giacone, *L'Europe difficile. La construction européenne*, Gallimard, 2007, p. 44.

³⁰ CJCE, 8 avril 1976, *Defrenne (II)*, aff. 43/75, Rec. p. 455, RTD eur. 1976, p. 521, n. C. Philip.

³¹ Sur le dialogue social européen, v. l'article 154 du TFUE.

³² Il n'est pas possible d'entrer plus dans les détails, compte tenu du cadre de ce livre. On peut se référer aux travaux consacrés aux droits sociaux en période de crise financière (par ex., Aoife Nolan (dir.), *Economic and social rights after the global financial crisis*, Cambridge

le début des années 2000 : outre la réorientation de la stratégie de la Commission (Stratégie de Lisbonne), il convient également de prendre en compte l'effet massif de l'extension de l'UE vers l'Europe de l'est, qui reste un acte quelque peu précipité. Les conditions de l'extension étaient surtout l'acceptation et l'application du droit en vigueur de l'UE (donc des règles), sans toutefois qu'on ait suffisamment réfléchi sur l'esprit de cette « unification » de l'Europe. Cet acte a mis ainsi les règles du marché au-dessus de l'esprit du progrès social et de solidarité qui était pourtant en train de s'enraciner dans l'Union. Les pays post-communistes apportant leur confiance dans le marché, alors que l'Union aurait pu célébrer, selon l'expression d'Alain Supiot, « les noces du capitalisme et du communisme »³³, au travers desquelles un marché total se forme selon les prétendues lois immanentes de l'économie.

En ce qui nous concerne, il est intéressant de remarquer que les règles, avec la perte de leur esprit traditionnel, ont révélé progressivement leur visage radical : en matière sociale, les fameux arrêts *Viking* et *Laval* ont illustré d'abord les limites du droit d'action collective des syndicats imposées par les libertés économiques des entreprises³⁴, et les arrêts *Dano* et *Alimanovic* ont ensuite montré que l'égalité des citoyens européens et la solidarité européenne (notamment la solidarité financière entre les Etats membres) qui s'ensuit étaient en retrait en comparaison aux droits des travailleurs, donc des personnes économiquement actives³⁵. Ainsi l'application des règles réalise-t-elle en réalité une substitution (sinon un renversement) de l'esprit social par l'esprit du marché et de la coopération par la compétition. Nous voyons par ailleurs clairement que ces règles (à travers leur application par un acteur particulier, la Cour de justice) changent non seulement l'esprit, mais produisent également un impact sur d'autres acteurs et passeurs essentiels de l'Europe sociale (à savoir les syndicats et les citoyens mobiles). Plus généralement, c'est donc le droit social européen qui est en train d'évoluer vers une autre direction et la stagnation législative n'est qu'une manifestation de ce tournant plus profond.

En revanche, grâce aux débats doctrinaux et à certaines cours nationales et européennes³⁶, les responsables européens ont progressivement pris conscience de l'orientation que le droit social de l'UE a désormais pris. Tant la Commission que la Cour de Luxembourg tentent désormais de retrouver l'esprit de la justice sociale : la Commission a proposé en 2016 un « socle européen des droits sociaux » qui a pour but de définir plus concrètement *les principes communs* en matière sociale ; quant à la Cour de justice, elle a revisité sa jurisprudence concernant les droits sociaux en donnant une plus grande effectivité à la Charte des droits fondamentaux³⁷. Cette nouvelle transformation montre à nouveau l'importance de la bipolarité dans le fonctionnement d'un *ius commune*.

En somme, la récente histoire du droit social européen nous rappelle la nécessité de développer des règles communes en pensant constamment à l'esprit qui est aux commandes.

University Press, 2015) et à la question spécifique de la citoyenneté européenne (Bénédicte Fauvarque-Cosson, Etienne Pataut et Judith Rochfeld (dir.), *La citoyenneté européenne*, Société de législation comparée, 2011).

³³ Alain Supiot, *L'esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, Seuil, 2010, p. 29 et s.

³⁴ CJCE, 11 décembre 2007, *International Transport Workers' Federation, Finnish Seamen's Union c. Viking Line*, C-438/05, CJCE, 18 décembre 2007, *Laval*, C-341/05, parmi les très nombreuses analyses, v. Alain Supiot, *L'esprit de Philadelphie, op. cit.*, p. 70 et s.

³⁵ CJUE, 11 novembre 2014, *Dano*, C-333/13 ; CJUE, 15 septembre 2015, *Alimanovic*, C-67/14. Sur ces arrêts, v. Ségolène Barbou Des Places, « La cohérence du droit de la libre circulation des personnes à l'épreuve de la mobilité des indigents », *RTD eur.* 2015, pp. 133-147.

³⁶ Sur cette question, v. par ex. Alain Supiot (dir.), *Les gardiens des droits sociaux en Europe, Semaine Sociale Lamy*, Supplément du 28 novembre 2016.

³⁷ V. par exemple, CJUE 6 nov. 2018, *Société Max-Planck c/ M. Shimizu*, C-684/16, *AJDA* 2019. 559, étude C. Fernandes ; *RDT* 2019. 261, obs. M. Véricel ; *RTD eur.* 2019. 401, obs. F. Benoît-Rohmer ; *RTD eur.* 2019. 651, note L. He.

Des règles sans esprit peuvent devenir la ruine du droit commun lui-même, tout comme un esprit sans règles effectives n'est qu'un beau rêve sans réalité. Il est alors temps de revenir à la scène internationale et plus spécifiquement à la question climatique, où le besoin d'un droit commun se fait certainement le plus sentir à l'heure actuelle.

3. Environnement et climat : un laboratoire du *Jus commune* ?

Le domaine de l'environnement, et plus particulièrement du climat, illustre bien le fonctionnement de la bipolarité, car s'y combinent la règle, organisant plus ou moins un « partage du fardeau » entre les États, et l'esprit, universel, car exprimé notamment par référence à des objectifs communs. C'est ainsi un laboratoire pour la construction d'un *Jus commune*, qui certes ne va sans heurts ni l'échec de certaines expériences.

Le principe dit des responsabilités communes, mais différenciées joue ici un rôle central. Le droit international de l'environnement puisant de ce point de vue dans les techniques et principes élaborés en droit international économique à partir des années 1960 pour tenir compte des difficultés économiques des pays accédant à l'indépendance. L'équité a alors été invoquée pour justifier un traitement juridique différencié des États du Nord et du Sud, lequel traitement différencié s'est concrétisé notamment par une dualité des normes et une allocation différenciée des charges et des coûts. C'est bien au nom de l'équité (en opposition à l'égalité formelle) qu'est mis en avant le principe dit « des responsabilités communes, mais différenciées ».

Ce principe est déjà en germe dans la Déclaration de Stockholm qui veut refléter « une conception commune et des principes communs qui inspireront et guideront les efforts des peuples du monde en vue de préserver et d'améliorer l'environnement » (preamble). En même temps, la Déclaration insiste sur la nécessité de tenir compte dans tous les cas de « l'applicabilité des normes qui sont valables pour les pays les plus avancés, mais qui peuvent ne pas être adaptées aux pays en voie de développement, et être pour ces pays d'un coût social injustifié » (principe 23). L'expression apparaît véritablement dans le discours international quelques années plus tard, à Rio, en 1992, lors du Sommet de la Terre. Selon le Principe 7 de la Déclaration sur l'environnement et le développement alors adoptée, « Les États doivent coopérer dans un esprit de partenariat mondial en vue de conserver, de protéger et de rétablir la santé et l'intégrité de l'écosystème terrestre. *Étant donné la diversité des rôles joués dans la dégradation de l'environnement mondial, les États ont des responsabilités communes, mais différenciées. Les pays développés admettent la responsabilité qui leur incombe dans l'effort international en faveur du développement durable, compte tenu des pressions que leurs sociétés exercent sur l'environnement mondial et des techniques et des ressources financières dont ils disposent* » (nous soulignons). Ainsi formulé, le principe reflète le compromis obtenu à l'issue de vifs débats marqués par une fracture nord-sud. Les pays du Sud n'ont obtenu que partiellement satisfaction, car ils souhaitaient une formulation beaucoup plus dure³⁸. Malgré tout, le principe articule l'esprit – les responsabilités *communes*, le devoir de coopérer, la solidarité entre les nations et entre les générations, l'équité, la justice – et la règle qui se

³⁸ D. Shelton, « Equity », in *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, D. Bodansky, J. Brunnée, E. Hey (ed.), OUP, Oxford, 2007, p. 657.

décline de manière différente selon les États – responsabilités *différenciées* – en fonction de leur contribution aux problèmes environnementaux, mais aussi de leurs capacités financières.

Ce principe influence grandement les négociations internationales, au cours desquelles il est très souvent évoqué, et se traduit juridiquement par une dualité des normes (engagements assouplis des pays du Sud, calendriers allongés) et des mécanismes de coopération au développement (assistance technique, assistance économique et financière) dans un très grand nombre de régimes internationaux de protection de l'environnement. On sait que la perception de la justice et de l'équité influent considérablement sur la participation et l'application des accords environnementaux. Les accords considérés comme les plus équitables – ceux qui en quelque sorte concilient le mieux ou réconcilient la lettre et l'esprit – se présentent comme les plus effectifs³⁹. On y a vu notamment la clef du succès du Protocole de Montréal sur l'ozone de 1987, qui devrait permettre la restauration de la couche d'ozone d'ici 2050 ou 2060. Même s'il ne se réfère pas au principe des responsabilités communes mais différenciées, le Protocole de Montréal le met en œuvre en offrant des calendriers d'élimination des substances ozonocides assouplis aux pays en développement, lesquels peuvent aussi bénéficier d'une assistance technique et financière grâce à la création du Fonds multilatéral pour l'ozone⁴⁰. Il n'existe toutefois pas de liste officielle des pays en développement. Le choix de l'appartenance à cette catégorie se réalise sur la base de l'auto-élection. La seule liste officielle tenue par les Nations Unies est celle des pays les moins avancés.

Les perceptions de la justice et de l'équité expliquent aussi les avancées et les reculs du droit international du climat. En effet, le principe des responsabilités communes mais différenciées a reçu consécration dans la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques de 1992. Affirmé à deux reprises dans le dispositif même de la convention, il figure d'abord dans les « principes ». Une conséquence directe en est tirée : les pays développement doivent être « à l'avant-garde de la lutte contre les changements climatiques et leurs effets néfastes »⁴¹. Le principe figure ensuite au début de l'article 4§1 consacré aux « engagements » communs à l'ensemble des Parties, qu'elles soient développées et en développement. Le principe vient ici, en quelque sorte, tempérer le caractère commun de l'engagement : « Toutes les Parties, tenant compte de leurs responsabilités communes mais différenciées et de la spécificité de leurs priorités nationales et régionales de développement, de leurs objectifs et de leur situation : (...) » [font ceci et cela, établissent des inventaires nationaux d'émission, mettent en œuvre des programmes nationaux d'atténuation, etc.]⁴². Au-delà, on constatera que l'article 4§2 précise les engagements « spécifiques » des « pays développés Parties et les autres Parties figurant à l'annexe I », donc des engagements qui ne concernent pas les pays en développement (voir aussi l'article 7 de la Convention). On constate également que la mise en œuvre de la Convention par les pays en développement est conditionnée par l'aide qui pourra leur être apportée par les pays du Nord⁴³. À nouveau, c'est sur la base de l'auto-élection, dans l'ensemble avec une ligne de partage OCDE/non OCDE, qu'a été établie l'annexe I de la Convention, qui regroupe les États prenant « des engagements

³⁹ S. Barret, *Environment and Statecraft. The Strategy of Environmental Treaty-Making*, OUP, Oxford, 2003.

⁴⁰ Voir notamment l'article 5, Situation particulière des pays en développement.

⁴¹ Article 3§1 CCCC, « principes ».

⁴² Article 4§1, Convention-cadre, « engagements ».

⁴³ Article 4§7 de la Convention.

spécifiques » (pays industrialisés et pays dits « en transition vers une économie de marché »)⁴⁴.

En 1997, le Protocole de Kyoto réaffirme le principe des « responsabilités communes mais différenciées », qu'il met en œuvre en ne posant des obligations de réduction des émissions de gaz à effet de serre que pour les seuls pays industrialisés et en prévoyant une assistance technique et financière au profit des pays en développement. C'est précisément parce qu'ils s'opposaient à cette distinction binaire que les États-Unis n'ont jamais ratifié le Protocole de Kyoto, considérant qu'une convention internationale qui ne traitait pas sur un pied d'égalité les différentes Parties, ou en tout cas certaines parties (eux et la Chine en l'occurrence), était discriminatoire et... inéquitable. En quelque sorte, selon eux, la règle n'était pas en cohérence avec l'esprit. Il est vrai que la distinction binaire ne rend pas compte de la naissance à ce moment-là d'une tierce catégorie d'États, les grands émergents.

Le principe des responsabilités communes mais différenciées a été très fortement mobilisé dans les négociations sur le post-2020. Le contenu et la portée de la différenciation ont été très discutés. C'est précisément l'un des points sur lesquels les négociations, qui se sont déroulées dans un contexte relativement difficile et tendu, ont longtemps achoppé. En dépit de nombreuses propositions en ce sens, les États n'ont pu se mettre d'accord sur des critères de différenciation et ont opté pour l'autodifférenciation. Les contributions nationales que doivent transmettre et actualiser les Parties sont toutes différentes. Elles constituent *la* règle, ou dit autrement *les* règles nationales d'application de l'Accord de Paris. Mais, même si elles sont nationalement déterminées en toute indépendance, elles doivent impérativement répondre à l'esprit, puisque la contribution de chaque Partie « correspondra à son niveau d'ambition le plus élevé possible, compte tenu de ses responsabilités communes mais différenciées et de ses capacités respectives, eu égard aux différentes situations nationales »⁴⁵.

Comme nous l'avons vu *supra*⁴⁶, l'Accord de Paris offre ainsi une approche à la fois plus nuancée et plus évolutive de la différenciation que le Protocole de Kyoto. Les objectifs ambitieux, définis en *commun* (contenir l'élévation des températures nettement en dessous de 2°C voire 1,5°C), sont aussi l'aune à laquelle les États déterminent leurs contributions nationales, les *règles*. Les contributions évolutives, de cycle en cycle, vers plus d'ambition, articulées aux objectifs mondiaux, qui sont eux pérennes, permettent ainsi théoriquement au régime international du climat de se concrétiser peu à peu, à la règle de s'approcher progressivement de l'esprit. Par ailleurs, les mécanismes de contrôle internationaux (le « paquet » constitué du bilan mondial, du cadre de transparence et du comité d'application des articles 13, 14 et 15 de l'Accord de Paris opérationnalisés à Varsovie) permettent de réintroduire un peu de coordination internationale (du *top down*) dans un système très ascendant (*bottom up*) et respectueux des souverainetés, puisque reposant sur des contributions nationalement déterminées. La Conférence des Parties (COP) et les divers organes internationaux établis jouent ici un rôle majeur en offrant un cadre commun de délibération et de décision aux 197 Parties à la Convention de 1992 et aux 187 Parties à

⁴⁴ M.-P. Lanfranchi, « Le statut des pays en développement dans le régime climat : le principe de la dualité des normes revisité ? » in *Le droit international face aux défis environnementaux*, Colloque de la SFDI d'Aix-en-Provence, Paris, 2010, p. 277 ss.

⁴⁵ Article 4.

⁴⁶ Voir Chapitre sur Jean-Michel Servais, Sandrine Maljean-Dubois, Marie Rota, « Outils juridiques d'articulation entre le commun et le particulier ».

l'Accord de Paris. La diplomatie multilatérale doit permettre de mieux articuler l'esprit et la règle, et ceci de manière évolutive dans le temps.

Mais le relèvement du niveau d'ambition repose sur les États et il reste que, si ces mécanismes ne parviennent pas à les convaincre, l'Accord ne permettra pas d'atteindre les objectifs ambitieux qu'il pose à son article 2. On peut voir dans les objectifs (trop ?) ambitieux de l'Accord de Paris, exprimés aux articles 2 et 4, le reflet d'une procrastination hypocrite et dangereuse. Pour ses promoteurs, le fait que tous les États de la planète y aient souscrit de manière unanime était très important (le plus important ?), car c'était un signal clair et fort envoyé à la société civile et aux entreprises, qui devait marquer le début d'une grande mobilisation transnationale. La négociatrice française Laurence Tubiana voulait ainsi y voir une « prophétie autoréalisatrice »⁴⁷. Catherine Larrère note à ce sujet que « ce qui permet aux promesses de se réaliser, c'est la confiance qu'on a en elles, et la mobilisation pour obliger ceux qui les ont formulées à les tenir »⁴⁸. Ici, finalement, c'est l'idée que l'esprit peut être plus fort que la règle. Elle se concrétise notamment lorsque Donald Trump décide du retrait américain de l'Accord de Paris, et qu'une fraction très importante du pays réel (États fédérés, grandes villes, entreprises) promet de mettre en œuvre quand même l'Accord de Paris et de remplir les objectifs de la contribution américaine. La Maison blanche sort de l'Accord mais « We are still in » affirment-ils. Il en est de même quand individus ou ONG demandent des comptes à leurs dirigeants ou aux grandes entreprises émettrices de gaz à effet de serre à travers les grèves scolaires, les grandes marches ou encore des « procès climatiques » dont le nombre explose sur la planète. Certes, l'équilibre fondé sur des engagements volontaires reste instable et rien n'est définitivement gagné. Mais une gouvernance mondiale inédite est apparue à partir d'une alliance, qui aurait sans doute été impossible sans les nouvelles technologies numériques, entre ces divers acteurs de la société civile. La dernière COP s'est déclarée, pour la première fois, *consciente* des efforts et préoccupations de la société civile, en particulier des jeunes et des peuples indigènes, réclamant une action climatique urgente et ambitieuse⁴⁹. Elle reconnaît aussi tout à la fois le rôle du multilatéralisme et des accords internationaux pour faire face aux changements climatiques et à leurs impacts, et celui des acteurs non étatiques qui contribuent aux progrès et soutiennent les États dans leurs efforts.

On voit comment le bricolage juridique devient rupture politique si les préférences collectives des peuples se déplacent et si l'objectif prioritaire devient l'équilibre de notre biosphère, un équilibre complexe et dynamique. Cette dynamique transforme la vision statique des systèmes juridiques nationaux unis par la mémoire partagée d'un passé commun, en une vision plus complexe, à la fois interactive et évolutive, mieux à même d'intégrer l'anticipation.

Ainsi, les dynamiques à l'œuvre entre l'esprit et la règle sont-elles nombreuses et parfois conflictuelles, ce qui rend bien difficile de dire à ce jour si le climat est un avant-poste dans la construction d'une communauté mondiale de destin, ou au contraire le révélateur de notre incapacité à la construire.

⁴⁷ R. Barroux, S. Roger, « L'accord de Paris, une 'prophétie autoréalisatrice' », *Le Monde*, 20 novembre 2016.

⁴⁸ C. Larrère, *Bilan et perspectives de l'Accord de Paris (COP 21). Regards croisés*, sous la direction de Marta Torre-Schaub, Irjis Editions, tome 84, 162 p.

⁴⁹ « Cognizant of the efforts and concerns of civil society, in particular of youth and indigenous peoples, in calling for urgent and ambitious global climate action », Décision 1/CP.25, Chile Madrid Time for action (15 décembre 2019).

Conclusion de la troisième partie - possibilité d'un *Jus commune* contemporain

La difficulté est que nous vivons une transition annonçant des changements considérables à l'échelle du monde. En période de transition, on a besoin de métaphores nouvelles afin de penser des phénomènes que le langage n'intègre pas encore. La métaphore des réseaux a été utile pour remettre en cause la verticalité de la pyramide des normes. Celle des nuages et des vents exprime en outre l'instabilité (nuages) et la diversité des directions possibles (les vents). Une rose des vents symbolise l'esprit qui inspire les systèmes de droit à l'heure de la mondialisation: vents principaux comme l'esprit de sécurité, de liberté, de compétition, de coopération; vents d'entre les vents, exclusion et intégration, innovation et conservation⁵⁰.

Projetée vers le ciel, la rose des vents se transforme en ronde désordonnée par l'affrontement des vents contraires (sécurité/liberté, compétition/coopération, innovation/conservation, exclusion/intégration). Un futur esprit du monde ne pourrait naître que d'une spirale déployant au-dessus du grand désordre du monde actuel les diverses visions de l'humanisme: de l'humanisme de la Relation à l'humanisme de l'Émancipation, puis à celui des Interdépendances, enfin à l'humanisme de la Non détermination. Chacun engendre des principes régulateurs (fraternité et hospitalité, égalité et dignité, solidarité sociale et écologique, responsabilité et créativité) dont l'ensemble préfigure la richesse de cet esprit qu'on pourrait nommer l'esprit du monde car il a vocation à réconcilier les vents contraires nés de la mondialisation⁵¹. Pour réconcilier sécurité et liberté, on combinera l'égalité et la dignité (l'égalité de tous les êtres humains) ; pour réconcilier compétition et coopération, la solidarité, sociale et écologique; pour réconcilier innovation et conservation, la créativité et la responsabilité seront convoquées; enfin pour réconcilier exclusion et intégration, on fera appel à la fraternité et l'hospitalité. L'esprit d'un monde en quête d'ordre et d'harmonie pourrait ainsi contribuer à stabiliser le monde sans pour autant le paralyser, à pacifier les sociétés sans les uniformiser.

Le plus difficile est évidemment de mettre en place un tel *Jus commune*. La naissance d'un esprit commun ne suffira pas sans des règles qui, pour le concrétiser, n'ont nul besoin d'être nécessairement identiques. Pour articuler les règles et l'esprit commun, il faut néanmoins des acteurs. Non seulement des émetteurs, mais encore des récepteurs et des transmetteurs. D'abord des instances qui émettent les règles concrètes : ce sont les acteurs principaux de la mondialisation, acteurs politiques (les États et les organisations internationales) et économiques (ETN). Puis des récepteurs : juges et autres instances de mise en application. Enfin, il faut des transmetteurs, jouant le rôle de « traducteurs » ou de « passeurs » : acteurs scientifiques et acteurs civiques. Ces derniers peuvent être inhibés dans certains cas (soit en raison de la difficulté du travail législatif, soit en raison d'intérêts politiques antagonistes, etc.) et cela conduit à des situations où les lois ne sont plus en adéquation avec l'esprit, comme le suggérait Montesquieu. Si l'esprit doit « animer » l'évolution du droit, il faut que des passeurs en prennent conscience et contribuent à la transmission de l'esprit.

Ayant précisé ces préalables, nous pouvons vérifier l'hypothèse que les règles elles-mêmes peuvent être différentes, dès lors qu'elles sont appliquées dans un esprit commun. La réponse tient aux conditions précédemment examinées (Ch. 15 à 18): la première condition est l'art de

⁵⁰ M. Delmas-Marty, *Aux quatre vents du monde*, Buchet Chastel, 2016

⁵¹ *Ibidem*

la gouvernance, qui combine désormais la séparation des pouvoirs quand elle est encore possible et l'agrégation Savoir/Vouloir/Pouvoir selon la trilogie évoquée ci-dessus (ch.15); une deuxième condition est que les acteurs qui exercent un pouvoir à l'échelle globale doivent soient reconnus comme responsables et sanctionnés le cas échéant comme tels, qu'il s'agisse des Etats bafouant l'esprit des droits de l'homme ou des ETN quand elles transgressent les règles (ch.16). Une troisième condition concerne les règles elles-mêmes. Il ne suffit ni de créer de nouveaux concepts ni de former un ensemble cohérent, alors que des normes surgissent à tous les niveaux (international, mondial ou régional, mais aussi national et même infranational), allant du droit dur avec des règles précises, obligatoires et sanctionnées au droit souple, c'est-à-dire flou (imprécis), mou (facultatif) et doux (non sanctionné), en passant par toutes les catégories intermédiaires. La mise en ordre ou en harmonie résulte moins d'une hiérarchie des normes que d'interactions « entre » les niveaux d'organisation, national et international. Ces interactions commencent à dessiner un espace normatif à géographie variable et un temps normatif à plusieurs vitesses. Pour contribuer à l'ordonnement, ou l'harmonisation, il faut organiser la relation entre ces règles et l'esprit des règles, c'est-à-dire réussir à délimiter un ordre commun (ch. 17), puis à articuler le commun sur le particulier (ch 18). Certaines techniques juridiques peuvent être utilisées comme la marge nationale d'appréciation ou les responsabilités communes mais différenciées en droit international de l'environnement.

Entre les règles nationales et l'esprit supranational, il faut donc réussir à créer une articulation afin d'éviter que les règles deviennent autonomes, à tel point qu'on ne sache plus par qui elles ont été instaurées, ni pourquoi, ni même à quoi elles servent. C'est ainsi qu'est née l'idée d'une boussole des possibles, qui permettrait de concevoir les orientations possibles d'un futur esprit du monde. Mais dans la communauté mondiale émergente, il n'y a pas d'aiguille aimantée, pas de « pôle nord ». Il faut s'y résoudre: nous devons renoncer au modèle habituel de boussole, car aucune direction ne l'emporte sur les autres.

Alors, où trouver des repères ? Contrairement à l'époque médiévale où le droit commun européen était qualifié de « savant » en raison de la prédominance des lettrés, l'époque contemporaine nous invite à multiplier les voies et moyens de participation : au savoir des juristes et de scientifiques comme les climatologues ou les démographes, s'ajoute celui de l'expérience vécue par de simples citoyens (associations, ONG ou société civile au sens large), comme autant de communautés où l'on voit s'affirmer des passeurs capables de promouvoir l'évolution du droit dans un sens plus universel.

A l'échelle de la communauté mondiale, il reste pour ces passeurs à chercher un « esprit du monde » qu'ils pourraient éventuellement interroger. Sans doute faut-il le chercher aussi loin de nous. En témoigne la (re)découverte des populations autochtones ou celle des populations en situation d'extrême pauvreté quand elles deviennent de véritables acteurs⁵², sujets de droit et plus seulement objets. Il nous semble qu'un tel esprit peut exister, à condition que l'on ne voie pas dans la culture reçue de l'histoire un monopole pour penser le monde à venir. Car si les peuples ont effectivement suivi des trajectoires diverses, ils arrivent à un moment de la mondialisation où les interdépendances sont telles que beaucoup de défis sont devenus

⁵² *Quand les plus pauvres deviennent acteurs*, M. Delmas-Marty et A. Vauchez (éd), Fondation Wresinski, Académie des Sciences morales et politiques, Académie des Inscriptions et Belles lettres, 2019.

effectivement planétaires. Il convient donc de ne plus raisonner uniquement par référence aux communautés nationales issues de la mémoire d'un passé commun, mais aussi dans la perspective d'une communauté mondiale qui émerge d'un futur partagé. À mesure que nous en prenons conscience, c'est bien une communauté de destin qui s'esquisse à travers de nouveaux récits qui ne sont plus seulement les mythes légués par le passé mais des récits d'anticipation orientés sur les temps à venir.