

L'ACTUALITÉ DU DROIT NATUREL EN DROIT INTERNATIONAL

*Olivier de Frouville**

Le droit naturel reste très actuel en droit international. Il n'est pas « à nouveau » d'actualité, il demeure d'actualité. C'est-à-dire que le droit international aujourd'hui continue à se penser et à se dire selon les termes du droit naturel. Cette contribution tentera dans un premier temps d'éclaircir le lien entre volontarisme et jusnaturalisme, avant de montrer en quoi cet autre discours du droit naturel que sont les droits de l'Homme vient déconstruire le discours du volontarisme en droit international. Enfin, elle cherchera dans quelle mesure les droits de l'Homme sont à leur tour mis en cause, toujours au nom du droit naturel, ou plus exactement au nom de la nature, mais cette fois par un discours qui se situe à la conjonction du droit naturel des Anciens et du droit postmoderne.

Natural law remains very relevant in international law. It is not "once again" relevant, but rather stays relevant. International law today is still thought of and talked about according to natural law terminology. This contribution will attempt, firstly, to clarify the relation between voluntarism and jusnaturalism, whilst then demonstrating how this other discourse of natural law that are human rights deconstructs the voluntarism discourse in international law. Lastly, it will explore to what extent human rights are in turn questioned, also in the name of natural law, or more accurately in the name of nature, but this time through a discourse located at the conjunction between natural law of the Ancients and postmodern law.

El derecho natural continua muy actual en derecho internacional. No es "de nuevo" de actualidad, continua siendo de actualidad. Es decir que el derecho internacional hoy continúa pensándose y diciéndose según los términos del derecho natural. Esta contribución intentará primeramente aclarar el lazo entre voluntarismo y jusnaturalismo, antes de mostrar en qué este otro discurso del derecho natural que son los derechos humanos viene para deconstruir el discurso del voluntarismo en derecho internacional. En fin, ella buscará en cual medida los derechos humanos son a su turno puesto en causa, siempre en nombre del derecho natural, o más exactamente en nombre de la naturaleza, pero esta vez por un discurso que se sitúa en la conjunción del derecho natural de los Antiguos y del derecho postmoderno.

* Professeur à l'Université Panthéon-Assas. Membre de l'Institut Universitaire de France. L'auteur tient à remercier chaleureusement Gesa Dannenberg et Valéry Pratt pour leur relecture attentive et leurs suggestions.

Après avoir entendu un exposé sur le droit positif, le droit en vigueur ici et maintenant, vous vous attendez sans doute à une sorte de cours d'histoire des doctrines juridiques : le droit naturel, ça sent un peu le moisi, comme une vieille étoffe qu'on sort d'un coffre que l'on n'a pas ouvert pendant des années...

Et bien au risque de vous étonner, je vais essayer de vous montrer que c'est tout le contraire : le droit naturel reste très actuel. Il n'est pas « à nouveau » d'actualité, il demeure d'actualité. C'est-à-dire que le droit international aujourd'hui continue à se penser et à se dire selon les termes du droit naturel.

Les praticiens du droit international, les diplomates, les experts, les fonctionnaires d'organisations internationales... Tous utilisent à longueur de temps une terminologie de droit naturel. Le droit naturel reste aujourd'hui le langage dominant du droit international.

Encore faut-il s'entendre sur ce que nous désignons par droit naturel. Non, certes, le droit naturel des Anciens, qui semble effectivement loin derrière nous ou bien, comme on le verra plus loin, peut-être juste devant nous. Mais le droit naturel moderne, que Michel Villey voyait justement comme une trahison du droit naturel des Anciens, comme une dérive dangereuse porteuse de la fragmentation de la société¹. Ce droit naturel du XVIII^e siècle des Lumières, tout entier centré sur le sujet, sur l'individu, sur le *cogito* cartésien². Le droit naturel qui, de Grotius à Vattel, a servi de fil rouge à l'École du droit de la nature et des gens, pour finalement donner naissance au cadre conceptuel du droit international moderne³. C'est ce discours du droit naturel moderne qui reste aujourd'hui omniprésent et ceci essentiellement sous deux formes : d'un côté le discours de la souveraineté et du volontarisme, et de l'autre le discours des droits de l'homme.

Je vais dans un premier temps éclaircir le lien entre volontarisme et jusnaturalisme, parce qu'il ne va pas forcément de soi pour tous. Puis, j'essaierai de montrer en quoi cet autre discours du droit naturel que sont les droits de l'homme vient déconstruire le discours du volontarisme en droit international. Et enfin, je montrerai comment les droits de l'homme à leur tour sont mis en cause, toujours au nom du droit naturel, ou plus exactement au nom de la nature, mais cette fois par un discours qui se situe à la conjonction du droit naturel des Anciens et du droit postmoderne.

¹ Michel Villey, *Le droit et les droits de l'homme*, coll Questions, Paris, Presses universitaires de France, 1983.

² Sur la distinction entre droit naturel « classique » ou des Anciens et droit naturel moderne, voir notamment, Leo Strauss, *Droit naturel et histoire*, coll Champs, Paris, Flammarion, 1953. Sur le droit naturel moderne et les théories du contrat social, voir Jean Terrel, *Les théories du pacte social. Droit naturel, souveraineté et contrat de Bodin à Rousseau*, coll « Points », Paris, Seuil, 2001 [Terrel].

³ Voir Emmanuelle Jouannet, *Emer de Vattel et l'émergence doctrinale du droit international classique*, Paris, Pedone, 1998 [Jouannet].

I. Le discours de la souveraineté et du volontarisme

Ce que nous raconte le volontarisme, c'est une fable. C'est une fable d'ailleurs bien connue, puisqu'elle est tirée des théories du contrat social, dans leurs infinies variations, depuis Hobbes jusqu'à Kant : il s'agit de la fable de l'état de nature⁴.

Pour fonder l'ordre juridique et politique, le volontarisme imagine une personne dans un état prépolitique : l'état de nature. Dans l'état de nature, dit-on, les individus naissent libres – c'est-à-dire qu'ils ont au moins cette qualité fondamentale propre à la subjectivité : ils sont autonomes, ils sont capables de se donner à eux-mêmes leurs normes. Ils disposent de l'autonomie de la volonté, ils peuvent donc conclure des contrats.

Dans la doctrine classique du droit international, on transpose imparfaitement ce modèle : mais la fable est au départ la même. Les États naissent libres et égaux en droit à l'état de nature : on dit qu'ils sont également souverains. La souveraineté, c'est la liberté de l'État personnifié. La seule différence est que le passage à l'état civil est soit impossible, comme chez Hobbes⁵, soit problématique et problématisé, comme chez Kant⁶.

Donc cet État-personne est libre à l'état de nature, et comme un individu, il est un être de raison. Dans le langage des philosophes du droit naturel moderne, cela veut dire qu'il possède l'autonomie de la volonté : il peut se donner à soi-même ses propres normes, il a la capacité de vouloir, de consentir, autrement dit de s'imposer à lui-même des normes de conduite.

L'état de nature est un état apolitique, c'est-à-dire que le pouvoir n'est pas organisé, mais il n'est pas un état a-juridique : autrement dit, à l'état de nature, on ne rencontre pas de droit public (qui est le propre de l'état politique), mais en revanche

⁴ Pour Terrel, *supra* note 2 à la p 135, c'est véritablement à Hobbes qu'il faut faire remonter l'invention de l'état de *pure nature*, par opposition à un état civil. L'état de *pure nature* n'est pas réductible à une quelconque situation historique réelle. Jean-Jacques Rousseau reprendra l'image, mais en prévenant d'emblée. Jean-Jacques Rousseau, « Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes », dans *Écrits politiques*, Paris, Le Livre de poche, 1992 à la p 77 : « Commençons donc par écarter tous les faits, car ils ne touchent point à la question. Il ne faut pas prendre les recherches, dans lesquelles on peut entrer sur ce sujet, pour des vérités historiques, mais seulement pour des raisonnements hypothétiques et conditionnels; plus propres à éclaircir la nature des choses, qu'à en montrer la véritable origine, et semblables à ceux que font tous les jours nos physiciens sur la formation du monde. La religion nous ordonne de croire que Dieu lui-même ayant tiré les hommes de l'état de nature, immédiatement après la création, ils sont inégaux parce qu'il a voulu qu'ils le fussent; mais elle ne nous défend pas de former des conjectures tirées de la seule nature de l'homme et des êtres qui l'environnent, sur ce qu'aurait pu devenir le genre humain, s'il fût resté abandonné à lui-même. Voilà ce qu'on me demande, et ce que je me propose d'examiner dans ce Discours. »

⁵ Thomas Hobbes, *Léviathan*, traduit par Gérard Mairet, coll Folio-Essais, Paris, Gallimard, 2000 aux pp 340-43.

⁶ Voir à ce sujet : Olivier de Frouville, « Une conception démocratique du droit international » (2001) 29 *Revue européenne des sciences sociales* 101, 2001 aux pp 101-04.

on rencontre du droit privé, c'est-à-dire des contrats⁷. Comme les individus ou les États disposent de l'autonomie de la volonté, ils peuvent en effet se reconnaître mutuellement des droits et obligations sur une base horizontale, ils se contraignent eux-mêmes. Ils se lient par leur consentement et uniquement par leur consentement : c'est le volontarisme.

Le problème évidemment – et Kant le reconnaît tout comme Hobbes – c'est que ces contrats ont tendance à être des chiffons de papier, parce qu'il n'y a, *in fine*, aucune garantie publique qu'ils seront exécutés, aucun pouvoir de contrainte. Le seul moyen de garantir l'exécution, en l'absence d'une organisation du pouvoir et de la contrainte publique, c'est la justice privée qui s'exerce entre États sous la forme de la guerre et des représailles⁸. On retrouve le caractère prétendument « primitif » du droit international comme le disait Kelsen⁹. Scelle soulignait également le caractère inorganique de la société internationale, sa « carence institutionnelle », que vient pallier la loi du dédoublement fonctionnel¹⁰. On l'a souvent dit, c'est sans doute Vattel qui donne sa forme la plus accomplie à cette théorie jusnaturaliste du droit international¹¹. Il opère clairement la translation du modèle jusnaturaliste dans le passage suivant, d'une grande clarté, dont on retrouve les échos jusque dans la Charte :

Puisque les hommes sont naturellement égaux, et que leurs droits et leurs obligations sont les mêmes, comme venant également de la nature, les Nations composées d'hommes et considérées comme autant de personnes libres qui vivent ensemble dans l'état de nature, sont naturellement égales et tiennent de la nature les mêmes obligations et les mêmes droits. La puissance ou la faiblesse ne produisent, à cet égard, aucune différence. Un nain est aussi bien un homme qu'un géant : une petite République n'est pas moins un État souverain que le plus puissant royaume¹².

On a là une belle définition du principe de l'égalité souveraineté qui sous-tend et continue à sous-tendre tout le discours courant, qu'on enseigne dans les facultés de

⁷ Emmanuel Kant, *Métaphysique des mœurs tome II : Doctrine du droit*, traduit par Alain Renaut, Flammarion, 1994 à la p 31 [Kant] : « La division principale du droit naturel ne peut être (comme cela arrive parfois) celle qui distingue en lui le droit de l'homme naturel et le droit social, mais doit être la division en droit de l'homme naturel et droit *civil* ; le premier de ces droits est nommé *droit privé*, le second *droit public*. Car ce n'est pas l'état social qui s'oppose à l'état de nature, mais c'est l'état civil, dans la mesure où il peut fort bien, sans doute, y avoir à l'état de nature une société, mais non pas une société civile (garantissant par des lois publiques le mien et le tien), raison pour laquelle le droit, dans l'état de nature, se nomme le droit privé. »

⁸ Kant, *supra* note 7 au para 56 : « Dans l'état de nature des États, le *droit à la guerre* (le droit de déclencher les hostilités) est pour un État le moyen *licite* de défendre son droit contre un autre État, j'entends, quand il se croit lésé par celui-ci, à l'aide de ses propres *forces* : cela parce que, dans cet état de nature, c'est impossible par le biais d'un *procès* (là où, dans l'état juridique, c'est uniquement sous cette forme que les différends peuvent être aplanis). »

⁹ Hans Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'État*, traduit par Béatrice Laroche, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1997 à la p 386.

¹⁰ Georges Scelle, *Manuel de droit international public*, Paris, Domat-Montchrestien, 1948 à la p 21.

¹¹ Voir Jouannet, *supra* note 3.

¹² Emer de Vattel, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des souverains*, traduit par Paul Pradier-Fodéré, Paris, Librairie de Guillaumin, 1863 aux pp 99-100.

droit et qui est utilisé quotidiennement par les acteurs du droit international, à commencer par les diplomates. Car ce discours présente de nombreux avantages pour les États, c'est incontestable. Si l'on adopte un point de vue un peu plus stratégique sur le droit, il est facile de voir que c'est un discours qui ménage les intérêts des États, quelle que soit par ailleurs leur puissance. On comprend donc qu'ils s'y complaisent. On comprend moins en revanche que la doctrine partage cette complaisance.

Kelsen et Scelle, chacun de leur côté, avaient appelé à l'élimination de ces résidus du droit naturel, de cette doctrine de la subjectivité qui, par ailleurs semblait devoir être balayée par l'avènement des sciences sociales. Scelle, notamment, reconnaissait qu'il n'y a pas d'individu libre à l'état de nature, il n'y a que des individus déjà là qui naissent, vivent et meurent en société, et la société est immédiatement une société politique, et toute société politique génère son droit¹³. Mais bizarrement, ce ne sont pas ces lectures positivistes qui ont pris le dessus. Paradoxalement, si le volontarisme est affaibli, ça n'est pas par des scrupules positivistes, mais sous le coup d'un autre produit du droit naturel moderne : les droits de l'homme.

II. Le discours des droits de l'homme

La naissance des droits de l'homme est concomitante de celle du droit international moderne « vattelien ». C'est la même racine, la même source : le droit naturel moderne, l'idée d'autonomie¹⁴. C'est une rupture avec la loi naturelle : le droit n'est plus hétéronome, ça n'est plus le droit divin, ou la loi de la nature qui s'impose aux hommes. Les hommes deviennent capables de se donner à eux-mêmes leur propre loi. Sur le plan interne, cette idée donne lieu à la théorie des droits de l'homme et de la démocratie; sur le plan international, elle donne naissance au droit international moderne. Mais pourquoi cette séparation entre les deux niveaux, interne et international? Parce que le problème de la souveraineté sur le plan interne est différent du problème de la souveraineté sur le plan international. Sur le plan interne, on cherche à légitimer le pouvoir de contrainte de l'État sur les sujets. Sur le plan international, on cherche à établir la coexistence pacifique des États au sein de l'Empire dans une époque de guerre de religion. Comment va-t-on s'y prendre? En imposant un principe d'indifférence.

¹³ Georges Scelle, *Précis de droit des gens. Principes et systématique. Deuxième partie. Droit constitutionnel international*, Paris, Recueil Sirey, 1934 à la p 16 : « Il ne peut y avoir ni "droits" subjectifs "fondamentaux" des individus, ni "droits fondamentaux" des collectivités si l'on entend par "droits fondamentaux" des situations juridiques antérieures à toute société, supérieures à toute règle sociale et devant lesquels le législateur serait juridiquement impuissant. Pour qu'il y ait règle de droit et législation, il faut d'abord qu'il y ait société; c'est le fait social qui est antérieur et supérieur à toute faculté juridique. »

¹⁴ Voir Stéphane Rials, « Ouverture : généalogie des droits de l'homme » (1985) 2 *Droits* 3 aux pp 3-12; Luc Ferry et Alain Renaut, *Des droits de l'homme à l'idée républicaine*, coll Quadrige Grands textes, Paris, Presses universitaires de France, 2007 aux pp 489 et s.

L'idée est que chaque prince peut choisir la religion de ses sujets : *cujus regio, ejus religio*, tel prince, telle religion – principe qui est consacré dans la constitution de l'empire dès la paix d'Augsbourg en 1555 et qui deviendra l'une des clauses centrales de la paix de Westphalie en 1648¹⁵. Et ça n'est pas pour rien que Westphalie est souvent considérée, dans l'historiographie, comme le point de départ du droit international moderne¹⁶.

Pour préserver la paix, il faut imposer la tolérance mutuelle, la coexistence entre des croyances qui se pensent comme absolues. Le moyen est d'imposer une séparation étanche entre la sphère interne et la sphère internationale. C'est la division entre la cité et le foyer domestique qui se trouve répliquée, ce qui met au passage en lumière la dimension profondément genrée du droit international¹⁷. Chaque État est absolument maître chez soi, comme le *pater familias*. Au-delà de la liberté du souverain de choisir la religion de ses sujets, chaque État, par extension, se voit reconnaître le droit de choisir son régime politique, son modèle économique, social et culturel.

En 1986, dans l'*Affaire des Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua* (fond), la Cour internationale de justice a affirmé avec force ce principe d'autonomie interne, en mettant en valeur le lien intrinsèque qui l'unit au principe de souveraineté :

l'adhésion d'un État à une doctrine particulière ne constitue pas une violation du droit international coutumier; conclure autrement reviendrait à priver de son sens le principe fondamental de la souveraineté des États sur lequel repose tout le droit international, et la liberté qu'un État a de choisir son système politique, social, économique et culturel¹⁸.

Et nous voyons pointer ici l'un des corollaires fondamentaux du principe de souveraineté : le principe de non-ingérence qui interdit précisément toute intervention d'un État dans les « affaires intérieures » d'un autre État, entendez : dans les processus de dévolution et d'exercice du pouvoir dans l'ordre interne.

Dans le même esprit, le droit international classique n'admet pas que les individus puissent être sujets du droit international. Ils ne peuvent être que sujets « médiats » – c'est-à-dire par la médiation de l'État – mais jamais immédiats. Relisons, à cet égard, un grand auteur volontariste du début du XX^e siècle, Hans Triepel, tout à fait éloquent :

¹⁵ Voir Béatrice Nicollier, *Le Saint Empire romain germanique (1495-1648)*, Paris, Ellipses, 2012 aux pp 83 et 169.

¹⁶ Voir notamment pour une perspective critique, Dominique Gaurier, *Histoire du droit international. Auteurs, doctrines et développement de l'Antiquité à l'aube de la période contemporaine*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2005 à la p 382.

¹⁷ Hillary Charlesworth, « Le sexe de l'État en droit international » dans Hilary Charlesworth, *Sexe, genre et droit international*, Paris, Pedone, 2013 à la p 159.

¹⁸ *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c États-Unis d'Amérique)*, [1986] CIJ rec 14 à la p 144.

Le particulier, du point de vue d'une communauté de droit liant les États en tant que tels, est incapable d'être investi de droits et de devoirs propres, découlant d'un système juridique de cette communauté. On ne peut concevoir l'individu, dans le cadre du droit international proprement dit, que comme objet de droits et de devoirs internationaux¹⁹.

Voilà qui est très clair et qui répond tout à fait au principal besoin des États du XVII^e au XIX^e siècles : le besoin de coexistence, la nécessaire tolérance mutuelle, le chacun chez soi. Très bien. Très bien? L'ambivalence de la souveraineté ne va pas tarder à apparaître puis à éclater dans toute son horreur. Le « chacun chez soi » de la souveraineté, c'est aussi le « charbonnier est maître chez soi » de Goebbels.

Les conditions mêmes qui permettent, aux termes du droit international, de faire de l'État un sujet autonome, se retournent contre l'individu : il devient victime de l'indifférence du droit international à l'égard de la forme des régimes politiques, économiques et culturels. La conséquence de tout cela, c'est la négation de l'individu, purement et simplement, sa réduction à l'état d'objet au regard du droit international²⁰. L'individu est à la merci du souverain. Et le souverain peut devenir criminel, et même criminel de masse. Selon le mot de Mario Bettati : « [I]a souveraineté, c'est la garantie mutuelle des tortionnaires ».²¹

C'est à cette prise de conscience que l'on parvient après la Seconde Guerre mondiale : l'État a définitivement perdu sa présomption d'innocence, écrit Habermas – à savoir la présomption d'innocence que la souveraineté lui accordait²². L'État souverain était compris comme un protecteur de la liberté; il devient bourreau.

La réaction à cet abus de la souveraineté, c'est la proclamation des droits de l'homme sur le plan international. En 1945, sursaut moral, les États proclament les droits de l'homme à l'échelle universelle. Ce faisant, ils scient la branche sur laquelle ils sont assis, ils torpillent les fondements conceptuels qui les font exister en tant qu'États du droit international, tel que défini dans le droit international classique.

La proclamation des droits de l'homme vient annuler en son principe même la séparation étanche entre sphère interne et sphère internationale. Non seulement l'individu devient sujet du droit international, mais c'est toute la matière constitutionnelle du droit interne qui est saisie par le droit international et par ses mécanismes de garantie.

¹⁹ Heinrich Triepel, *Droit international et droit interne*, traduit par René Brunet, avant-propos d'Olivier Beaud, Paris, Panthéon-Assas, 2010 à la p 20.

²⁰ *Ibid.* Triepel écrit aussi, à la suite du passage cité plus haut : « Les accords intervenus entre les États en faveur des nègres africains n'élèvent pas les noirs, dont ils doivent protéger le bien-être, au rang de personnalités de la communauté juridique, dont les institutions s'occupent d'eux (*sic*). On ne peut donc concevoir l'individu, dans le cadre d'un droit international supposé pour nous possible, que comme *objet* de droits et de devoirs internationaux. »

²¹ Mario Bettati, *Le droit d'ingérence : Mutation de l'ordre international*, Paris, Odile Jacob, 1996 à la p 17.

²² Jürgen Habermas, *La paix perpétuelle. Le bicentenaire d'une idée kantienne*, traduit par Rainer Rochlitz, Paris, Cerf, 1996 à la p 50.

Ce qui est intéressant ici, c'est de voir comment un discours du droit naturel moderne vient s'opposer frontalement à un autre discours du droit naturel moderne et finalement en saper les fondements.

Avec les droits de l'homme, les États n'abandonnent plus seulement leur autonomie sur le plan religieux, mais aussi, plus largement, en matière de liberté d'opinion, de conscience et d'expression, en matière d'administration judiciaire et pénitentiaire, en matière sociale et économique... Les États ne se sont pas rendus compte qu'avec les droits de l'homme, ils s'engageaient dans un processus de fédéralisation... Avec les droits de l'homme réputés de droit naturel, les États voient leurs droits naturels à eux progressivement réduits à la portion congrue. Ils s'accrochent au volontarisme des traités, mais c'est un combat désespéré et en fait déjà largement dépassé²³.

Le premier discours du droit naturel – celui du volontarisme – se voit donc fortement déstabilisé par le deuxième rejeton du droit naturel moderne, les droits de l'homme. Ceux-ci auront-ils le dernier mot, sont-ils la base sur laquelle il faut désormais construire le droit international? Je ne veux pas répondre à cette question ici, mais ce qui m'intéresse plus, c'est la critique dont à leur tour les droits de l'homme font l'objet, au nom de la nature.

III. Le discours de la nature

Il y a beaucoup de critiques adressées aux droits de l'homme, mais aucune n'est aussi puissante, aussi convaincante que celle-ci : c'est la critique qui consiste à dénoncer l'anthropocentrisme des droits de l'homme et le fait que ceux-ci participent d'une pensée moderne qui conduit droit au mépris et à la destruction de tout ce qui n'est pas humain. Avec le droit naturel, on est dans un schéma cartésien. Tout part du *cogito*, de la conscience individuelle, du sujet. Le droit naturel moderne, et toute la modernité avec lui, est une « métaphysique de la subjectivité », pour reprendre l'expression de Martin Heidegger, l'un de ses plus grands contempteurs²⁴.

Il en résulte que le rapport à la nature est toujours pensé comme un rapport sujet/objet. Je suis et la nature n'est que l'objet de ma conscience. Il en résulte, encore chez Descartes, que l'homme se rend « comme maître et possesseur de la nature »²⁵.

Du coup, la nature n'est que notre « environnement ». Elle n'est pas nature en soi. Elle n'est nature que par rapport au sujet de la connaissance, qui connaît la

²³ Olivier de Frouville, *L'intangibilité des droits de l'homme en droit international. Régime conventionnel des droits de l'homme et droit des traités*, Paris, Pedone, 2004.

²⁴ Notamment dans sa lettre sur l'humanisme. Voir Martin Heidegger « Lettre sur l'humanisme », dans *Questions III et IV*, Paris, Gallimard, 1990 aux pp 65 et s. Voir le commentaire critique, dans le sens d'une défense de l'humanisme juridique, de Luc Ferry, *Philosophie politique, I : Le droit : la nouvelle querelle des anciens et des modernes*, coll Quadriga, Paris, Presses universitaires de France, 1996 aux pp 273 et s.

²⁵ René Descartes, *Discours de la méthode*, dans *Œuvres philosophiques, I, 1618-1637*, Paris, Classiques Garnier, 2010 à la p 634.

nature comme ce qui littéralement *environne* le sujet²⁶. Par conséquent, le « droit à l'environnement sain », par exemple, si tant est qu'il soit effectivement pleinement reconnu et mis en application en tant que droit de l'homme, ne permettra jamais d'accéder à un concept correct d'un code juridique de la nature. En définitive, un tel droit ne fera que freiner la destruction de la nature sans l'empêcher. À cet égard, les droits de l'homme sont insuffisants²⁷.

Ce qui est intéressant, c'est de voir que cette critique provient de deux fronts, qui pourraient paraître totalement opposés, mais qui en réalité ont beaucoup d'accointances : la prémodernité et la postmodernité.

Il y a une critique prémoderne, une critique au nom du droit naturel des Anciens, de la loi naturelle : il faut revenir au droit naturel comme droit régissant le cosmos, le tout, prendre le point de vue du tout, avoir une vision holiste, plutôt que subjective. Et puis, il y a, de l'autre côté une critique de la modernité par des courants qui entendent remettre en cause le subjectivisme, la centralité du *cogito*, au profit d'un retour au monde, voire d'une ontologie de l'être-là (*dasein*) qui échappe à la métaphysique de la subjectivité... une conception, autrement dit, qui dénonce dans les droits de l'homme l'affirmation continue du « je » de la subjectivité, que ce *je* soit l'individu bourgeois égoïste, ou l'Occident dominateur et impérialiste.

Chez un auteur comme le juge Antonio Cançado Trindade, comme j'ai eu l'occasion de le montrer lors d'une autre conférence²⁸, ces deux tendances se mêlent habilement : le juge Cançado tire ses sources de la seconde scolastique et de Saint Thomas d'Aquin, mais il emprunte également à la postmodernité son engouement pour les cultures autochtones, pour un nécessaire respect de cultures et de conceptions qui ne sont pas modernes, précisément parce qu'elles s'inscrivent dans une vision du cosmos, du tout, de la nature, qui dépasse et englobe l'être humain. Comme le résumait très bien le juge Cançado lors de cette conférence : « Je déteste la modernité ! ».

Le principe d'autonomie des êtres humains – et l'idée que la dignité de l'être humain réside dans son autonomie – me paraît un héritage précieux du droit naturel moderne qu'il nous faut conserver pour toutes sortes de raisons. Mais comment conserver cet héritage de l'autonomie sans réifier la nature, sans la réduire à l'état d'objet, et donc de chose qui n'est pas digne de respect et qui peut par conséquent être exploitée sans limites?

Dans son ouvrage *Nature et souveraineté*, Gérard Mairret met en lumière deux orientations fondamentales du discours philosophique sur la nature, pour finalement proposer une « cosmopolitique de la Nature ». Je reformule ici ces deux

²⁶ Gérard Mairret, *Nature et souveraineté*, Paris, Presses de Sciences Po, 2012 à la p 18 [Mairret].

²⁷ À vrai dire, pour être juste, il faudrait également développer la critique que le discours sur le droit de la nature adresse à la souveraineté et donc à la conception volontariste/jusnaturaliste du droit international : cette critique est développée dans son ouvrage par Gérard Mairret.

²⁸ Olivier de Frouville, « Libres propos autour du livre d'Antonio Cançado Trindade : Le droit international pour la personne humaine » (Octobre 2012), en ligne : frouville.org <http://www.frouville.org/Publications_files/cancado-trindade-ODF-19-10.pdf>.

orientations telles que je les comprends, à la lumière d'un certain nombre d'autres lectures²⁹.

La première orientation ne sort pas du schéma de la modernité. Elle consiste à considérer que nous avons une obligation de respect qui s'étend au-delà du genre humain, pour tout ce qui relève de la nature. On ne sort pas de la relation sujet/objet, on se contente d'élargir le cercle des titulaires de ce droit au respect. La question philosophique est toutefois de savoir sur quels fondements on reconnaît un tel droit? La question pratique est de savoir jusqu'où élargir ce cercle? Cette voie est critiquée, à mon avis à juste titre, par Gérard Mairet, parce qu'elle tend à ignorer « l'unité du biote » et notamment le fait que l'être humain est dans la nature, tout autant que les autres êtres vivants.

La deuxième voie consiste à abandonner le rapport sujet/objet et à substituer au droit naturel un droit biotique qui « exprime le lien que les vivants naturels entretiennent entre eux au sein des écosystèmes dont ils sont les habitants; en sorte que c'est une obligation de la part des humains de faire respecter, d'entretenir et de protéger ce droit. »³⁰ C'est au fond la voie explorée dans le fil de la *Charte mondiale pour la nature*³¹, dont les idées ont été reprises et mises en avant sous forme de propositions de déclarations par la Bolivie et l'Équateur lors de la conférence de Rio+20³².

Mais le problème que pose une telle solution est de savoir si elle ne nous ramène pas, finalement, à une forme d'holisme? N'est-on pas en train de sacrifier tous

²⁹ Voir notamment Catherine et Raphaël Larrère, *Du bon usage de la nature. Pour une philosophie de l'environnement*, coll Champs Essais, Paris, Flammarion, 2009; Michel Serres, *Le contrat naturel*, coll Champs Essais, Paris, Flammarion, 2009; Fabrice Flipo, « Pour les droits de la nature » (2012) 2:70 *Mouvements* 122 [Flipo]. La lecture du livre de Gérard Mairet mériterait à elle seule une contribution, permettant un commentaire critique détaillé.

³⁰ Mairet, *supra* note 26 à la p 58. Voir aussi la p 61 : « Si les sociétés humaines ne sont pas hors nature et si par cela même elles se trouvent dans l'incapacité d'élaborer des normes, ayant perdu leur posture de surplomb et d'extériorité, alors la reconnaissance d'un *droit biotique* est rendue nécessaire. Il n'y a plus ni sujet ni objet. Il y a une infinité de processus à l'œuvre reliant et déliant l'universalité des étants, humains et non humains, dont l'effet ultime, aujourd'hui encore largement inconnu des hommes, est la production de la nature même. »

³¹ *Charte mondiale de la nature*, Doc off AGNU, 37^e session, annexe point 7, Doc NU A/RES/37/7 (1982) 19 [Charte]. La *Charte* s'ouvre par les principes suivants : « L'Assemblée générale : [...] [c]onscients que : a) L'humanité fait partie de la nature et la vie dépend du fonctionnement ininterrompu des systèmes naturels qui sont la source d'énergie et de matières nutritives; b) La civilisation a ses racines dans la nature, qui a modelé la culture humaine et influé sur toutes les œuvres artistiques et scientifiques, et c'est en vivant en harmonie avec la nature que l'homme a les meilleures possibilités de développer sa créativité, de se détendre et d'occuper ses loisirs. *Convaincue que* : a) Toute forme de vie est unique et mérite d'être respectée, quelle que soit son utilité pour l'homme, et, afin de reconnaître aux autres organismes vivants cette valeur intrinsèque, l'homme doit se guider sur un code moral d'action; b) L'homme peut, par ses actes ou par leurs conséquences, transformer la nature et épuiser ses ressources et doit, de ce fait, pleinement reconnaître qu'il est urgent de maintenir l'équilibre et la qualité de la nature et de conserver les ressources naturelles. »

³² Sur la *Charte* et les propositions de la Bolivie et de l'Équateur, voir Flipo, *supra* note 29. Sur les implications de cette orientation particulière (et limitée) du droit international de l'environnement voir Susan Emmenegger et Axel Tschentscher, « *Taking Nature's Rights Seriously : The Long Way to Biocentrism in Environmental Law* », (1994) 4:3 *Geo Intl Envtl L Rev* 545.

les acquis de la modernité? Si l'homme fait partie du tout, n'est-il en quelque sorte soumis à la nature, dont les lois s'imposent à lui, qu'on appelle celles-ci droit naturel ou droit biotique?

On revient à la question cruciale : comment reconnaître à la nature un statut qui la libère de l'anthropocentrisme, sans détruire dans le même mouvement les droits de l'homme? Pour Gérard Mairet,

[i] est utile de noter ici qu'une déclaration du droit biotique n'entrerait pas en conflit avec le principe des « droits de l'homme » en général, pourvu que celui-ci soit entendu dans un sens biotique, c'est-à-dire conformément à la conception de la relation homme/nature que revendique le droit biotique³³.

Qu'est-ce à dire? Comment les droits de l'homme, par définition anthropocentriques, pourraient-ils être entendus dans un « sens biotique »? Pour Fabrice Flipo, il existe en réalité deux compréhensions de l'humanisme moderne : la première se « confond avec le droit absolu de l'homme sur cette communauté biotique », tandis que « [l']humanisme pratique des partisans des “droits de la nature” est que le monde n'est pas humain s'il n'accorde aucune dignité aux êtres de nature. Est humaniste celui qui entend défendre un rapport humain au monde, et non un rapport barbare ou d'exploitation »³⁴. Il ajoute par ailleurs que les défenseurs des « droits de la nature » n'ont jamais soutenu « que ces droits devaient être rigoureusement identiques aux droits de l'Homme »³⁵.

Ces remarques suggèrent une solution que je me contente d'esquisser, mais qu'il faudrait certainement explorer plus avant. Il y a une chose que nous ne semblons pas parvenir à comprendre : et cela malgré les tremblements de terre, les ouragans ou, plus banalement, la végétation qui recouvre petit à petit les jardins lorsqu'on n'y prend garde – on dit d'ailleurs que « la nature reprend ses droits » – c'est que la nature n'a pas besoin de nous pour exister! On pourrait dire que la nature est « autonome » par rapport à nous : non pas au sens où la nature se donnerait à soi-même ses propres lois aux termes d'une délibération, c'est-à-dire au sens de l'autonomie humaine, de l'autolégislation; mais au sens où la nature a ses propres lois d'évolution, son propre programme. On en revient, au fond, au dualisme qui conduit à distinguer les sciences de la nature des sciences normatives : comme l'expliquait Kelsen, les premières obéissent au principe de causalité, tandis que les secondes recourent au principe d'imputation³⁶. Chacune dans leur ordre. Le problème du cartésianisme ne provient-il pas simplement de la croyance en vertu de laquelle il pourrait tout connaître et tout expliquer à l'aide du principe de causalité? Si l'humanisme est malade, ne l'est-il pas de cette croyance en une connaissance absolue? Autrement dit, en la croyance qu'il pourrait être effectivement « maître et possesseur de la nature »? Nous savons aujourd'hui que la complexité de la nature l'interdit : ici réside, en quelque sorte, le principe de son autonomie par rapport à

³³ Mairet, *supra* note 26 à la p 87.

³⁴ Flipo, *supra* note 29 à la p 131.

³⁵ *Ibid* à la p 130.

³⁶ Voir notamment Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, traduit par Henri Thévenaz, 2^{ème} éd, Neuchâtel (Suisse), Éditions de la Baconnière, 1988 aux pp 26 et s.

l'humanité. L'humanité ne pourra jamais s'approprier totalement la nature, elle lui échappera toujours en partie, ou alors les conséquences des actes des humains sur la nature seront toujours en partie imprévisibles. Or, là aussi Kelsen nous l'enseigne, renoncer à ce mirage de la connaissance absolue est le début de la pensée positiviste³⁷.

Cette autonomie de la nature nous oblige, elle nous contraint à la fois physiquement et moralement. Nous ne pourrions jamais totalement maîtriser la nature et notamment prévoir les catastrophes ou en contrer parfaitement les effets. Par ailleurs, cette énigme du monde nous impose une certaine humanité : il y a là un règne des fins qui nous échappe. Disant cela, nous ne versons pas dans la sacralisation, nous reconnaissons seulement les limites de notre savoir positif, de manière à mieux en assurer les fondements. Ainsi, « l'autonomie » de la nature se présente pour nous, non comme une norme, mais comme un fait.

Rien, dans tout cela, qui ne vienne empiéter sur notre propre autonomie humaine, sur ce qui selon Kant, fait notre dignité : à savoir notre capacité auto-législative, notre capacité de délibérer collectivement et de décider, contre les lois causales de la nature. Il faut le réaffirmer : s'opposer à la nature, s'opposer à ce qui peut paraître comme « l'ordre des choses », est constitutif de notre dignité. Cela ne signifie pas pour autant que nous devons ignorer la contrainte de fait que font peser sur nous ces lois causales, que nous puissions nous croire tout puissants sur une nature réduite à l'état d'objet. Il n'y a plus, en effet, d'objet de sujet, mais un tout dont nous sommes parties; la nature est « autonome », sans pour autant être une personne. À ce titre, il y a un bien un « droit biotique », qui n'est pas un droit naturel qui nous oblige une hétéronomie incompatible avec notre autonomie, mais plutôt un ensemble de règles, définies par les humains et fondées sur ce qui dans la nature à la fois nous est connu et nous reste inconnu.

Quelle autre conclusion donner à ce propos, si ce n'est qu'il est temps de donner congé au droit naturel, que celui-ci soit ancien ou moderne? Hétéronomie d'un côté, incompatible avec l'idéal démocratique et les droits des individus; subjectivisation exclusive de l'être humain, de l'autre, au détriment des autres êtres vivants et de la nature en général. Des deux côtés, le droit naturel conduit à l'impasse. Est-ce à dire qu'il faut également donner congé à la modernité et aux droits de l'homme? Je ne le crois pas. Le projet de la modernité ne se confond pas avec le droit naturel, qui joue le rôle de fable explicative, il porte bien plutôt sur la constitution du pouvoir selon le principe de l'autonomie. Projet si bien décrit par Kant dans son texte

³⁷ Hans Kelsen, « Doctrine du droit naturel et positivisme juridique », traduit par Valérie Faure, dans *Théorie générale du droit et de l'État*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1998 à la p 480 : « Car même une philosophie pure de toute métaphysique, s'appuyant sur la seule expérience scientifique, doit rester consciente de l'éternel secret qui entoure de toute part le monde de l'expérience. Seuls la cécité ou l'aveuglement peuvent donner l'audace de nier l'énigme du monde ou, ce qui revient au même, d'affirmer qu'on peut la résoudre *scientifiquement*. L'attitude du type philosophique idéal que nous envisageons, et qui seule mérite le qualificatif de « scientifique », consiste à s'arrêter là où commence l'ultime énigme du monde qu'il est tout disposé à reconnaître, étant conscient des limites de la connaissance humaine. C'est une attitude de *modestie de l'esprit humain*, qui est tout autant conscient de sa force que des limites indépassables de celle-ci. »

*Qu'est-ce que les lumières?*³⁸ De même, si les droits de l'homme usent du langage du droit naturel (les droits « inhérents » à la « nature humaine »...), c'est pour représenter le fait que, bien que de droit positif, ils ne sont pas à la disposition du législateur, parce qu'ils sont, en tant que normes juridiques, la condition de possibilité d'un exercice démocratique du pouvoir³⁹.

Conclusion : Vivent les droits de l'homme et les droits de la nature! À bas la souveraineté!

³⁸ Emmanuel Kant, *Qu'est-ce que les Lumières ?*, Paris, Flammarion, 2006. Rappelons seulement la première phrase du texte : « Les Lumières, c'est la sortie de l'homme hors de l'état de tutelle dont il est lui-même responsable. »

³⁹ Jürgen Habermas, « Le débat interculturel sur les droits de l'homme » dans *L'intégration républicaine. Essais de théorie politique*, traduit par Rainer Rochlitz, Paris, Fayard, 1998 à la p 245.