

«LA NATURE» EN DROIT

Un aiguillon épistémologico-éthique

Alain Papaux
Lausanne, Suisse

I. L'assomption de l'objet «nature» par le droit

1) Le droit prospectif

Des deux attracteurs présents en toute norme juridique, le prospectif ou préventif et le répressif, le droit de la nature (de l'environnement et des animaux, et non pas le philosophique *ius naturale*) accentue le premier: son originalité réside en l'incitation à des habitudes nouvelles; il ne consacre pas des pratiques déjà existantes: il n'est pas «post-éthique» mais «pré-éthique», non cristallisation mais anticipation des mœurs ou éthos¹.

2) L'exemple du droit des générations futures

Ce droit se veut une justification omnipotente du droit de la nature; il souffre pourtant de graves difficultés épistémologiques et éthiques. En effet, la mission du droit est l'instauration d'un ordre, d'une cohérence: «[...] le droit implique nécessairement d'abord le refus du désordre, qui est toujours privation et négativité»². Or, la considération des générations futures ne peut s'opérer que par une projection des problématiques contemporaines sur un avenir inconnaissable, à l'effet d'échapper à toutes limites d'interprétation: équivocité ou équivalence. Cette incognoscibilité puise tant à la finitude herméneutique personnelle, culturelle et temporelle de tout interprète qu'à l'épistémologie de la technoscience, et spécialement à la falsifiabilité des théories. Il en résulte une absence de *contexte*, de coexistence, interdisant toute assomption juridique des générations futures. Toutefois, la projection n'est point coupable en soi, l'épistémologie juridique connaissant de telles anticipations, de tels principes d'ordre prospectifs, ainsi le *nasciturus* et jusqu'à la normativité elle-même (voir *supra*); c'est le problème de la commensurabilité, que nous circonscrivons par le ministère du *nasciturus*. Projection, l'enfant à naître est néanmoins une notion juridique traditionnelle dont la commensurabilité à l'ordre juridique procède de sa structure logique: l'analogie. Cette notion, décriée, éconduit la mythique univocité, tout en résistant à l'éclatement de l'équivocité.

Le tuteur du *nasciturus*, appartenant à la même culture que celui-ci, subit dynamiquement les mêmes attracteurs sociaux; *similitude* garantissant certaines limites à son interprétation des intérêts de l'enfant. Or, l'ordre non

¹ Voir «éthos» in *Les notions philosophiques*, Paris, PUF, 1990, p. 886.

² Simone Goyard-Fabre, «La philosophie du droit», *L'univers philosophique*, Paris, PUF, 1989, p. 173.

univoque est analogique, permettant ainsi le droit dont la fin est toujours une solution concrète à partir de normes générales; nous gagnons le cœur du droit: l'interprétation ou la tentative de réduction de l'opposition entre norme générale et cas singulier ou encore la recherche de l'intention de signification qui révèle la texture herméneutique du droit, passage d'une ontologie juridique à une ontologie épistémologique (voir *infra*) ou sémiologie juridique. Comme toute sémiologie, elle est structurée par l'analogie, jeu de dissemblances et de ressemblances, conférant un caractère dynamique aux typologies. En effet, cette *dialectique-dialogique*, d'obédience aristotélicienne, est schématiquement compénétration des analyses componentielle – en traits sémantiques – et contextuelle. La première répond à la représentation individuelle du noyau de catégorie ou type (légal). La seconde inscrit toute représentation dans un contexte, configurant le jugement d'analogie de l'occurrence à un noyau de catégorie. Alors se trouvent récusés, pour «statisme» ou univocité, les rapports logiques comme général/particulier; l'interprétation, juridique notamment, est inscrite dans un dialogue type/occurrence rendant le type *contemporain* à ses occurrences, expliquant ainsi la commensurabilité recherchée. Le droit des générations *futures* se décrit désormais comme un type sans occurrence possible, soit un idéalisme.

Cette contemporanéité est le tout, analogiquement ordonné, des réalisations de la *quiddité* du type, chaque occurrence *exerçant* cette *quiddité* au sein d'un contexte singulier au titre de la notion de qualification; la quiddité se différencie ici de l'essence en ce qu'elle s'oppose à l'exercice et non à l'existence, étant plus adéquate à la notion d'ontologie épistémologique dont procèdent toutes les typologies juridiques. Ainsi, la synchronie du type avec ses occurrences ne peut-elle s'appréhender que dans la considération de la diachronie: chaque occurrence ajoute au type, modifiant le contexte cognitif pour la compréhension de toute occurrence à venir; le droit n'est aucunement figé, suivant une confusion des paradigmes d'effectuation et de présentation du droit – synthétiquement des activités du juge et du greffier – dont témoigne la réduction de la qualification à une pure subsumption. Il est un ordre par fluctuation: la catégorie juridique est un type, un long apprentissage du droit permet l'assimilation d'une tradition garantissant la saisie analogiquement commune des noyaux de catégories sur la base d'une représentation individuelle de ceux-ci; les occurrences ou cas concrets sont ainsi disposés à la convergence sous l'influence du «même» attracteur. Cette conception permet de situer l'effectuation du droit entre objectivité et arbitraire, savoir en la subjectivité du juge, tout en maintenant l'idée de cohérence, d'ordre. Qu'en est-il désormais du droit de la nature?

3) *L'assomption de la nature par le droit*

Dans notre société technicienne, il n'est guère lieu plus investi par la science que la nature. Mentionnons l'omniprésence de la quantification, témoignant de la vivacité de la conception anthropologique de la technique

comme maîtrise de la nature; prégnantes, les idées corrélatives de contrôle et de prédictibilité.

Le prospectif, assumé par la technoscience, est configuré *analytiquement*, suivant la présupposition d'une chaîne de causalité. Mais la réalité dont traite le droit est *dialectique*. Il en résulte une tension, au sein du droit, à l'effet d'introduire l'aléatoire dans le prospectif et de dégager le normatif comme abolition de l'aléatoire; non l'aléatoire comme tel mais la pertinence de l'aléatoire pour le droit. Le droit est en effet une pertinence de pertinence; partant, il ne connaît qu'un aléatoire *juridique*, à savoir un aléatoire circonscrit par ses propres catégories, assuré ainsi de la commensurabilité herméneutique pour l'interprétation juridique; la responsabilité pour risque dans son effectuation illustre cette congruence sémiologique à l'ontologie épistémologique du droit *abduite* de l'éthos d'une culture et médiatement de la science.

Le droit pré-éthique instaure donc un nouvel ordre ou grille d'interprétation affirmé commensurable aux pratiques existantes qu'il tente d'infléchir, hypostasiant la pertinence ontologique, alors que dans la conception dialogique, le droit s'articule sur une dialectique type-occurrence, elle-même enchâssée dans un dialogue de trois pertinences épistémologiques: les pertinences génétique (élaboration), ontologique et fonctionnelle (effectuation), synthétisant le mouvement du droit; la pertinence ontologique en est le moment statique (notamment le code): le paradigme «présentation» du droit; cette ontologie épistémologique ou constituée répond à la structure du droit comme pertinence de pertinence. Mais ce caractère second (méta) est ignoré dans la référence aux experts scientifiques indépendants, quasi prescriptive bien plus qu'ancillaire; le droit en attend des limites objectivement fondées que l'axiologie juridique ne ferait qu'explicitier, revêtant le prestige des sciences dures. De cette allégeance scientiste témoigne la référence à la «nature des choses»; le «commandement» n'y sera plus guère celui d'un législateur mais celui de la «vérité scientifique». Monique Chemillier-Gendreau³ nous en livre un exemple topique afférant à la Convention relative à la protection du Rhin contre la pollution chimique entre la République fédérale d'Allemagne, la France, le Luxembourg, les Pays-Bas, la Suisse et la Communauté économique européenne, du 3 décembre 1976: «Les accords complémentaires qui sont nécessaires se heurtent à des difficultés techniques: sur mille cinq cents substances toxiques, seules cent cinquante ont un profil écotoxicologique suffisamment connu pour qu'il soit possible de fixer leur statut juridique.» Ou l'article 4 *lit. d.* de la Loi fédérale [suisse] sur la protection des eaux du 24 janvier 1991: «*Pollution*: toute altération nuisible des propriétés physiques, chimiques ou biologiques de l'eau.»

Cette conception du droit entraîne de graves fourvoiements éthiques: 1) les prévisions sur lesquelles se fonde le droit pré-éthique sont de type

³ «Limites de la protection juridique de l'environnement. Le crépuscule du Rhin», *Le Monde diplomatique*, février 1988, p. 23.

technoscientifique. Or cette science ne saurait prétendre à l'univocité (pas plus qu'à l'unicité), ni synchroniquement, ni diachroniquement, ses propres histoire et épistémologie la désavoueraient. La délégation du juriste, le sachant, vaut refus d'assumer la gravité du prescriptif, le choix axiologique *hic et nunc*; 2) la conception anthropologique de la technique nous en masque les caractères anormal et autoproduit; 3) l'appel du droit à des modèles d'intelligibilité scientifiques en confirme la perte d'identité: le droit est hypothético-déductif, à appliquer et non à effectuer.

II. Tripartition de la sphère juridique et conséquences pour la nature en droit

1) Tripartition de la sphère juridique

Compendieusement, le droit international, les droits internationaux privés, les droits internes. A l'inflation législative du droit interne correspond la prolifération des conventions internationales; à la multiplication des contradictions au sein des droits internes, la multiplication des conflits de conventions, et la création d'un méta-droit pour les résorber, etc.

2) Fondement épistémologique

Des différences dans l'éthos donnent lieu à des ordres juridiques différents; Aristote nous l'avait déjà enseigné au titre du droit naturel «variable»⁴; le droit international public l'a redécouvert dans les interprétations toujours divergentes des conventions internationales visant précisément à unifier. Le droit s'affirme ainsi post-éthique. Son origine épistémologique est le *judex*, le juge disant le droit, nécessité en ce qu'il ne saurait être décidé objectivement entre des valeurs. L'arbitre du conflit de coutumes dit une ontologie en partie déjà exercée, tout conflit nécessitant une commensurabilité préalable. Corrélat de l'analogie, la commensurabilité confirme que l'éthique, même réduite au for interne, a en acte une portée intersubjective – pour Aristote, justice générale et justice particulière sont toutes deux sociales – affadissant la discontinuité entre droit et éthique.

3) Conséquence de la tripartition: de la nature aux natures

Le droit en ce qu'il tend par essence au juste *in concreto* relève de la dimension de l'«existence», laquelle, à l'aune de l'intersubjectivité, s'entend de la culture; les ordres juridiques seront donc très nombreux, interdisant l'appréhension juridique *une* de LA nature: il y a, à tout le moins, une nature par ordre juridique; dès lors des notions juridiques universelles sont herméneutiquement infondées et éthiquement incongrues.

⁴ *Ethique à Nicomaque*, 1134 b.

Conclusion: l'aporie de la nature en droit

Deux droits de la nature s'opposent: pré-éthique ou post-éthique; le premier procède du verbe extérieur (loi) au verbe intérieur, représentation commune anticipée tendant à induire une éthique; à défaut d'ontologie en acte, sa forme logique sera la recommandation; le second, du verbe intérieur – l'ontologie partiellement exercée – à la fixation sociolectale par le juge, dans la forme du «commandement». L'opposition est bien celle du virtuel à l'existant, ce dernier seul intéressant le droit au sens strict, atténuant les risques de démission éthique et de désémantisation du droit.

Comme il appert de cette argumentation, l'uniformité du droit est un mythe; l'identité des typologies n'existe qu'à la forme; l'universel juridique n'est qu'un masque d'«interculturalité», sous la confusion essence-existence; la responsabilité éthique du juriste ne sera assumée qu'en la volonté d'*articulation* des ordres juridiques, dans la considération de l'Autre qui est toujours un humain et, d'une manière générale, dans l'explicitation axiologique du choix.