

## LE PROBLEME DU FONDEMENT DES DROITS DE L'HOMME

SERGIO COTTA  
Italia

1. Les droits de l'homme (ou droits fondamentaux) sont à l'heure actuelle au centre de l'attention de l'opinion mondiale, toutefois dans un sens bien différent de celui espéré par le comité de savants qui discuta les problèmes théoriques relatifs à l'élaboration de la Déclaration universelle, par la suite approuvés par l'Assemblée générale de l'ONU le 18 décembre 1948. Alors on nourrissait le ferme espoir, voire même la certitude, que la conscience des droits de l'homme se serait rapidement diffusée à l'échelle mondiale et qu'on lui aurait assurée une application juridique et politique de plus en plus concrète et rigoureuse. A vrai dire cet espoir ne s'est pas révélé entièrement vain. Depuis lors nombreux ont été les accords juridiques internationaux qui ont précisé et développé les principes de la Déclaration universelle et en ont établi l'obligatorité: entre autres les récents Accords de Helsinki. D'autre part les droits de l'homme sont largement évoqués et invoqués en d'occasions toujours plus fréquentes soit par des individus soit par des groupes politiques et d'opinion.

Toutefois, ils sont si souvent invoqués précisément parce qu'ils sont fréquemment violés. Or, cette persistente violation à l'époque où ces droits ont été désormais établis par de nombreuses constitutions étatiques et par des conventions internationales qui engagent les gouvernements, constitue un fait paradoxal qui démentit les espoirs de l'après-guerre. Il semble en effet que la traduction en termes *juridiques* de l'idée *philosophique* des droits de l'homme, loin de les rendre plus assurés et garantis, les ait rendus plus controversables et finalement moins facilement applicables.

Peut-on résoudre ce paradoxe? Une observation très simple et apparemment décisive est avancée à cette fin par les juristes: si l'application générale des droits de l'homme est loin d'être efficacement assurée, cela est dû au fait qu'on n'a pas encore institué un organisme juridictionnel véritablement supranational, capable d'établir impartialement les violations des droits et muni de la force nécessaire pour

faire exécuter ses décisions. Or, poursuit-on, tant que ce tribunal *supra partes* et à juridiction universelle n'aura pas été institué, les dispositions des différentes chartes ou conventions seront plutôt des déclarations d'intentions que de véritables normes *juridiques*. Cette observation a sans doute sa valeur: à défaut d'un tribunal et d'un organisme supranationaux capables de faire efficacement respecter les droits humains consacrés dans les chartes, ils ne sont juridiques qu'à moitié (ou sur le papier...), c'est-à-dire qu'ils établissent des *directives* formelles, mais dépourvues de sanctions, ce qui les rend pratiquement inefficaces.

Toutefois, la solution du paradoxe n'est pas aussi simple que ça. En effet, le véritable obstacle à l'institution de l'organisme supranational dont il est question est représenté par la résistance des états à reconnaître que leur souveraineté est *limitée*, non pas par la puissance d'un état hégémonique mais par une *règle de droit* supérieure à la volonté législative des différents états. Or l'existence de cette règle supérieure est précisément niée par les doctrines juridiques et philosophiques dominantes à l'heure actuelle. Voilà le point central de la question, où se manifeste l'ambiguïté de la conception courante des droits de l'homme. Ils sont établis, proclamés, invoqués, mais en niant, ou tout au moins en ignorant, leur présupposé: un droit supérieur et universel qui puisse les fonder et justifier. La question première est donc d'ordre théorique et non pas purement pratique.

Pour s'en rendre compte, il sera utile de revenir en arrière aux débats qui précéderent la proclamation de la Déclaration universelle de l'ONU. A cette occasion Maritain observa qu'un accord général sur le fondement ou la justification des droits de l'homme était impossible à cause des profondes divergences philosophiques et idéologiques qui divisent le monde actuel. Mais, tout en ne méconnaissant pas la gravité de ce désaccord d'ordre théorique, Maritain croyait possible un accord *pratique* sur un certain noyau cohérent de convictions concernant l'action.<sup>1</sup> Cette option pratico-pragmatique fut adoptée par le "Comité de l'Unesco sur les fondements théoriques des droits de l'homme", présidé par l'anglais E.H. Carr.<sup>2</sup> Ce point de vue est considéré encore aujourd'hui le seul possible par un éminent philosophe positiviste du droit, Norberto Bobbio. D'après M. Bobbio "le problème de fond relatif aux droits de l'homme, est aujourd'hui non pas de les *justifier*, mais de les *protéger*, ce n'est pas un problème théorique mais pratique". La recherche d'un fondement absolu,

<sup>1</sup> Cf. *Dei diritti dell'uomo. Testi raccolti dall'Unesco*, Milano, 1952, pp. 12-13.

<sup>2</sup> Op. cit., pp. 365-366. B. Croce ne partagea pas cette option, *ibid.*, p. 134-135.

c'est-à-dire incontrovertible, est pour lui un "exploit glorieux mais désespéré",<sup>3</sup> car ces droits sont théoriquement antinomiques et historiquement conditionnés. D'autre part, poursuit-il ailleurs, la Déclaration Universelle a donné lieu à une sorte de "consensus général" sur la validité de ses énonciations, c'est pourquoi peut-on affirmer qu'un fondement juridique, universel et positif, des droits humains est désormais acquis.<sup>4</sup>

Toutefois, la thèse qu'il serait inutile de chercher le fondement des droits de l'homme apparaît immédiatement bizarre: en raison de quoi seraient-ils considérés fondamentaux? Seraient-ils leur propre fondement? D'autre part, l'existence du consensus général affirmée par Bobbio est non seulement contestée par d'autres auteurs, par exemple par Raymond Polin,<sup>5</sup> mais contredite aussi par la réalité politique: les difficultés que rencontre l'application des Accords de Helsinki en offre la plus récente et éclatante preuve. C'est tout à fait logique qu'il en soit ainsi. Si le fondement théorique des droits n'est pas acquis, il est inévitable que, tôt ou tard, ils apparaissent controversables sur le plan pratique aussi. Par conséquent un engagement sérieux, durable et général en leur faveur risque d'être bien difficile pour ne pas dire stérile. C'est pourquoi la question théorique du fondement, loin d'être une question abstraite, a des conséquences pratiques très importantes et partant n'est pas évitable.

2. La tâche principale que je me suis proposé dans ce texte est de montrer l'incapacité des doctrines actuellement dominantes — soient-elles juridiques ou philosophiques — à nous offrir une justification suffisamment solide des droits de l'homme.

Considérons d'abord la question dans l'optique du positivisme juridique aussi bien formaliste que réaliste. Dans cette optique les droits de l'homme apparaissent bien sûr comme des droits *positifs*, puis qu'ils ont été établis, à l'intérieur, par le pouvoir normatif du législateur constituant et, à l'extérieur, par le législateur international. Ils sont en outre des droits *fondamentaux* parce qu'ils limitent le pouvoir normatif du législateur ordinaire. La question semble réglée, mais ce n'est pas ainsi. En effet, pour le positivisme juridique, ils tirent leur validité uniquement de la norme qui les a établis et, par conséquent, du pouvoir ayant la compétence normative suprême, c'est-à-dire le pouvoir constituant interne ou bien le législateur international quel qu'il soit. Or cette théorie implique, en bonne logique, que les droits

<sup>3</sup> Cf. *L'illusion du fondement absolu*, in *Le fondement des droits de l'homme*, pp. l'Institut intern. de philosophie, Firenze, 1966, pp. 8-9.

<sup>4</sup> Cf. N. Bobbio, *Il problema della guerra e le vie della pace*, Bologna, pp. 132 et 137.

<sup>5</sup> In *L'obligation politique*, Paris, 1971, pp. 102-103.

de l'home pourront toujours être modifiés, substitués et, à la limite, entièrement abrogés par ce pouvoir suprême. Dans cette optique ils apparaissent fondamentaux de manière purement relative ou *secundum quid*, puisqu'ils ont valeur obligatoire uniquement pour le législateur ordinaire mais non pas pour le législateur suprême, à la volonté contingente duquel ils restent soumis.

Considérons maintenant la question dans l'optique de la philosophie historiciste, qu'elle soit idéaliste ou matérialiste. Le résultat change quelque peu à la surface, mais reste identique dans le fond. Pour toute philosophie historiciste, les droits de l'homme (ainsi, d'ailleurs, que le droit en général) ne tirent pas leur validité essentielle de la simple appartenance à un ordonnancement juridique positif et par là de la volonté contingente du législateur. Ils ont un fondement plus profond, infrapositif pourrait-on dire, dans ce qu'on appelle "la conscience historique", qui les soustrait à la contingence et à l'arbitraire du pouvoir, lui imposant de les *reconnaître* tout simplement comme déjà existants et de les sanctionner par de normes juridiques positives. Toutefois cette solution aussi n'est pas satisfaisante. En effet la "conscience historique" est, en premier lieu, une notion vague et imprécisable; en second lieu, elle ne saurait définir une attitude de l'esprit universellement unitaire ou univoque; en troisième lieu, étant *historique*, elle est changeante de par sa nature même. Par conséquent rien ne garantit —sauf une mythique croyance au "sens de l'histoire" ou à un progrès irréversible — que la dite "conscience historique" ne puisse donner lieu à des controverses sur l'interprétation des droits de l'homme ou, même, à leur répudiation au cours du temps. Par conséquent, dans la perspective d'une philosophie historiciste aussi, les droits de l'homme ne sont fondamentaux que *secundum quid*, puisque leur validité dépend d'une conscience historique qui est par définition changeante.

Positivisme juridique et historicisme philosophique aboutissent donc au même résultat de relativiser la notion des droits de l'homme. Voilà la raison profonde, culturelle, qui explique les difficultés d'interprétation et d'application qu'ils rencontrent habituellement. Même l'institution (pourtant hautement souhaitable) d'un tribunal supranational impartial ne saurait éliminer ces difficultés tant que resteront dominantes les théories juridiques et philosophiques dont je viens de parler. Aucun tribunal s'inspirant à ces théories aurait l'*autorité* (pour taire du *pouvoir*) d'annuler les changements de la volonté du législateur international. Aucun tribunal ne resterait uni dans l'interprétation de la "conscience historique".

Une deuxième observation critique est, d'ailleurs, possible. La jus-

tification offerte par le positivisme juridique et par l'historicisme philosophique n'est pas relativiste seulement, elle est une justification basée sur une opinion *de masse*. Je m'explique: il est bien rare qu'un législateur puisse légiférer, dans un domaine aussi important pour les individus que celui de leurs droits fondamentaux, avec une liberté totale et sans s'assurer d'un certain consensus populaire. Mais ce consensus n'est précisément constatable qu'au niveau de l'opinion de masse, si pertinemment critiquée par Kierkegaard pour son anonymat et sa volubilité. Ceci pose un problème très sérieux, car les masses sont prédisposées et disposées à reconnaître et à revendiquer les droits non pas de l'homme *en tant qu'homme*, mais de ceux qui participent à une masse donnée.

Or, la situation politico-sociale de notre temps étant caractérisée précisément par l'influence directe ou indirecte de la volonté de masse, le plus sérieux danger pour les droits de l'homme provient des masses et non pas d'un abstrait législateur. Celui-ci, en effet, se fait généralement ou le porte-voix ou le provocateur-manipulateur de la volonté de masse. Par conséquent, c'est par rapport à celle-ci qu'il faut surtout se préoccuper de justifier et faire valoir les droits fondamentaux afin de sauvegarder l'intégrité de sujet humain. Un seul exemple suffira. Les lois de discrimination raciale sont habituellement justifiées en se référant à l'existence d'une certaine opinion de masse (plus ou moins authentique) qui, attribuant une valeur spirituelle et morale aux différences ethniques, méconnaît l'égalité *ontologique* des hommes et par conséquent leur dénie égalité de droits. D'ailleurs toute position idéologique qui ne tienne pas compte du niveau ontologique finit par se convertir en une opinion de masse et donc par aboutir au même résultat ci dessus signalé. Ceci montre de toute évidence combien est fragile et ambigu, sur le plan des idées et de la raison, le prétendu fondement des droits de l'homme offert par le positivisme juridique et par l'historicisme.

On ne saurait oublier à ce propos que le positivisme juridique est, pour ainsi dire, obligé à concevoir les droits fondamentaux de la manière que je viens d'illustrer par sa conception générale du droit qui subordonne le droit subjectif au droit objectif (positif). Tous les juristes contemporains partagent cette vue théorique, qu'ils soient normativistes ou institutionnistes, formalistes ou réalistes, "bourgeois" ou marxistes: de Windscheid à Jhering et à Thon, de Duguit à Santi Romano et à Vinogradoff, de Kelsen à Vychinskij et à Ross. Ils considèrent, tous, le droit subjectif en tant qu'une simple pièce de l'agencement interne du droit objectif, de l'ordonnement juridique, qui établit souverainement l'extension et les capacités juridiques, et donc

les conditions de l'existence même du droit subjectif. On a fini par le dépouiller de toute liaison avec la personne humaine, en le présentant comme une pure technique du recours en justice: une technique possible, mais, comme toute technique, pas du tout nécessaire. C'est pourquoi Kelsen a pu affirmer la réduction du droit subjectif au droit objectif et que, dans la même ligne, Alf Ross considère qu'une description du droit valide, c'est-à-dire objectif, n'a pas du tout besoin de recourir à la notion du droit subjectif.<sup>6</sup> Dans ce cadre général on ne voit pas comment il aurait été possible de concevoir l'autonomie des droits fondamentaux par rapport à la volonté du législateur compétent. Il est donc parfaitement logique que Kelsen les subordonne aux normes positives de droit interne ou international, au delà duquel ils ne seraient que de la métaphysique. Or le sens péjoratif de ce terme chez les positivistes est bien connu.

Il en arrive de même dans le domaine de la philosophie pour tous ceux qui partagent la perspective historiciste, qu'ils soient idéalistes à la Hegel ou à la Croce (dont le refus des droits de l'homme au nom du devenir historique est bien connu), ou positiviste, comme Comte et Durkheim, ou bien matérialistes comme Marx et ses disciples. Le fait est qu'ils refusent d'admettre l'existence d'une structure *ontologique* de l'homme, qui seule peut offrir un fondement cohérent à des droits autonomes par rapport à la volonté empirique et contingente du législateur ou des masses et au devenir historique. Pour la philosophie historiciste la nature humaine est purement *historique*, telles sont par conséquent la vérité et les valeurs aussi. Il est alors aisé de comprendre que, dans ce cadre philosophie général, les droits de l'homme "ne sont pas des exigences éternelles, mais des faits historiques, manifestations des besoins de certaines époques déterminées", ainsi que Croce répondit pour motiver son refus à participer à l'initiative de l'Unesco.<sup>7</sup>

Cette phrase de Croce, qui exprime d'une façon synthétique mais fidèle le point de vue historiciste, soulève des problèmes inévitables qui nous permettront une remarque importante. A défaut d'une référence à la structure ontologique, comment peut-on discerner dans la multitude des faits que l'histoire nous présente ceux qui manifestent les "besoins" d'une "époque déterminée"? Et ensuite, comment faudra-t-il procéder pour discriminer parmi les besoins, ceux aussi multiples en fait, ceux qui expriment *légitimement* la culture d'une

<sup>6</sup> Cf. pour Kelsen, *General Theory of Law and State*, I, chap. VI; pour Ross, *On Law and Justice*, § 36.

<sup>7</sup> Cf. *Dei diritti dell'uomo* cit., p. 133.

“époque”? L'historicisme ne saurait opter pour un radical subjectivisme des valeurs sans dépouiller l'histoire de toute possibilité de signification et donc sans se contredire. Par conséquent il est obligé de recourir à des critères de discernement ou grossièrement quantitative ou bien conceptuellement vagues, bien difficilement vérifiables, tels que “sens de l'histoire”, “progrès historiques” etc., qui lui permettent, *obscurum per obscurius*, d'établir la “conscience historique”.

Mais alors il n'est pas surprenant que quant aux rapports entre l'individu et l'état, ou la société, l'historicisme accorde la primauté aux seconds qui, par leur nature d'entités générales, offrent la possibilité de dessiner un itinéraire du dynamisme historique suivant les lignes de tendance suffisamment consistantes. Mais avouons-le, aussi abstraites que le sont les entités générales dont il est question... Quoi qu'il en soit, telle est l'orientation des grands maîtres des différentes philosophies historicistes. Pour les uns (Hegel ou G. Gentile), l'individu n'acquiert substance éthique que dans l'état; pour les autres, il n'est qu'un membre de l'organisme social (Comte ou Durkheim), ou bien il n'est que “l'ensemble des rapports sociaux” (Marx, dans la VI.<sup>e</sup> thèse sur Feuerbach).

Par conséquent, les droits de l'homme sont conçus par l'historicisme non seulement comme historiquement contingents, mais aussi comme des droits uniquement fonctionnels, et donc subordonnés, au bien ou aux intérêts de l'état ou de la société, auxquels on ne pourra jamais les opposer. Telle était déjà, d'ailleurs, l'idée de Rousseau, pour qui la liberté consiste dans l'incorporation de l'individu dans le “grand tout” de la communauté politique, à laquelle il a aliéné “tous ses droits” naturels pour en recevoir, bien sûr, ses droits de citoyen, mais sans aucune garantie de permanence, puisqu'il est “contre la nature du corps politique que le Souverain s'impose une loi qu'il ne puisse enfreindre”.<sup>8</sup> Il est aisé de voir la parfaite correspondance des doctrines de l'historicisme (et de Rousseau) avec celles du positivisme juridique en ce qui concerne l'idée des droits de l'homme. Il faut bien en conclure que, dans ces contextes culturels, la fondation des droits dits fondementaux est tout à fait insatisfaisante, puisqu'ils sont abandonnés, en ligne de principe, à la volonté du législateur et de l'état et, en fait, à la volonté de masse.

3. De nos jours, toutefois, une conception bien différente des droits de l'homme s'est diffusée, qui se réclame à nouveau de l'idée de nature. Elle répudie surtout le positivisme juridique et sa notion de loi en tant qu'expression du pouvoir étatique, mais aussi l'idée même de loi,

<sup>8</sup> *Contrat social*, I, I, chap 6-7.

puisque celle-ci, du fait d'établir des règles générales de conduite, suffoquerait la personnalité individuelle. Bien que moins directement, cette conception refuse l'historicisme aussi, dans la mesure où celui-ci procède par généralisations et aboutit, ainsi que nous l'avons vu, à privilégier les grandes entités globales au détriment de l'individu. Le droit objectif et la loi en général sont considérés, dans cette optique, une forme de contrainte extérieure et de répression qu'il faut abandonner au profit des droits naturels de l'individu, dont la loi n'aurait tout au plus qu'à reconnaître et garantir le libre exercice et l'expansion.

Il s'agit d'une forme de jusnaturalisme, mais renversé, en un certain sens, par rapport au jusnaturalisme du XVII.e et XVIII.e siècle, puisqu'il n'en accepte pas l'idée que "l'état de nature" est une condition défavorable et à dépasser. C'est donc un *néo-jusnaturalisme*, qu'on peut qualifier de *libertaire*, puisque la nature à laquelle il fait appel est envisagée dans une optique radicalement subjectiviste et par là est identifiée avec une spontanéité du sentiment et des jugements individuels ne souffrant aucune limite. Raymond Polin l'a appelé "anarchisme culturel" et en a sculgué lucidement les stricts liens avec une "philosophie du plaisir".<sup>9</sup> En effet, le but de ce jusnaturalisme peut être efficacement exprimé par la formule de la "libération du désir", énoncée par le surréaliste André Breton, qui justifiait l'iconoclasie de toute forme et règle stable de vie d'après la thèse qu'une "capacité illimitée de *refus*... est tout le secret du mouvement humain en avant", car elle nourrit le projet humanisant de "changer la vie".<sup>10</sup>

C'est précisément dans le cadre de la libération du désir que sont présentées de nombreuses revendications actuelles: la liberté des rapports sexuels, de l'homosexualité, le droit à l'avortement libre ou à l'euthanasie etc. Michel Foucault a fourni la plus nette justification de ce *néo-jusnaturalisme libertaire*: "Quel désir pourrait être contre-nature puisqu'il a été mis en l'homme par la nature elle-même et qu'il lui est enseigné par elle dans la grande leçon de vie et de mort que ne cesse de répéter le monde?"<sup>11</sup> Alors que "l'homme de la nature" ou le "bon sauvage" d'un certain jusnaturalisme dixhuitiémiste était le parangon de la raison et de la vertu, "l'homme de la nature" du *néo-jusnaturalisme* est, peut-on dire, l'homme des pulsions.

Il ne s'agit pas de thèses isolées ou excentriques: tout à fait analogues sont les positions du psychanalyste hétérodoxe Wilhelm Reich

<sup>9</sup> Cf. *L'obligation politique*, Paris, 1971, pp. 40-49.

<sup>10</sup> Cf. A. Breton, *Position politique du surréalisme* (1935), Paris, 1972, pp. 9 et 95.

<sup>11</sup> Cf. *Histoire de la folie*, Paris, 1961, p. 296. Sur ces courants de pensée, voir la critique documentée et pénétrante de Jean Brun, in *La nudité humaine*, Paris, 1973.

ou de Herbert Marcuse et de nombre de leurs suivants plus ou moins connus. Bien sûr, une mode aussi impétueuse que superficielle a popularisé ces idées, mais on se tromperait lourdement si on ignorait le noyau théorique qu'elles recèlent. Elles expriment en effet le refus de l'idée même de mesure et de loi au profit de l'idée d'un droit personnel absolu et donc fondamental. Avec une parfaite lucidité Hegel avait déjà saisi, et durement critiqué, ce noyau théorique présent dans l'individualisme titanique du romantisme de son temps. "La loi —écrivait-il— est précisément ce que le sentiment livré à ses caprices, cette conscience qui place le droit dans la conviction subjective, considèrent avec raison comme leur pire ennemi... puisque la loi est la raison de la chose et que la raison ne permet pas au sentiment de s'exalter dans sa propre particularité".<sup>12</sup>

De ce droit à la libération dans toutes les directions du désir, c'est Nietzsche qui est la plus récente source, aussi puissante qu'ignorée ou passée habilement sous silence. Quelques citations, glanées dans ses oeuvres, nous permettrons de vérifier cette affirmation. Dans *Le gai savoir* écrit-il: "Nous voulons devenir ceux que nous sommes, les hommes nouveaux, les irrépétibles, les incontestables, les législateurs de nous-mêmes, les créateurs de nous-mêmes",<sup>13</sup> Dans la *Généalogie de la morale*, Nietzsche exalte "L'individu souverain, l'individu égal uniquement à soi-même, nouvellement recheté de l'éthicité des moeurs, autonome, surmoral",<sup>14</sup> Mais d'où peut-il tirer, cet individu recheté et autonome, sa propre souveraineté? La réponse de Zarathoustra est nette et sans équivoques: "Le réveillé et savant dit: corps je suis en tout et par tout et rien d'autre... O frère, derrière tes pensées et tes sentiments il y a un puissant souverain, un sage ignoré... c'est ton corps".<sup>15</sup> Quant à la justice et à la loi, Nietzsche n'a pas d'hésitations: "Seul celui qui est devenu seigneur, institue à la suite la justice, c'est-à-dire qu'il soumet les choses à sa propre mesure".<sup>16</sup> Or la mesure de l'homme-seigneur n'est que sa puissance, affranchie de tout lien ou limitation morale et juridique, située "au delà du bien et du mal": c'est la puissance qui a conquis l'innocence du devenir, *die Unschuld des Werdens*.

Le droit fondamental du sujet consiste, par conséquent, à être *législateur et créateur de soi-même* c'est-à-dire à jouir de la libre spontanéité

<sup>12</sup> Cf. *Philosophie du droit*, préf., trad. fr. de R. Derathé, Paris, 1975, pp. 51-52.

<sup>13</sup> *Le gai savoir*, IV, aph. 335.

<sup>14</sup> *Généalogie de la morale*, II, 2.

<sup>15</sup> *Ainsi dit Zarathoustra*, I, "Des contempteurs du corps".

<sup>16</sup> *Die Unschuld des Werdens*, édit. Kroener, Stuttgart, 1956, II, p. 262; cf. aussi *Généalogie de la morale*, II, 11.

té, surtout corporelle, des sentiments et des actions. Le droit du sujet coïncide ainsi avec sa puissance; c'est ce que Spinoza avait déjà dit de l'homme à l'état de nature: *tantum iuris quantum potentiae*.<sup>17</sup> Mais il est évident que, sur cette base, il est impossible que les droits des différents individus soient compatibles et s'harmonisent donnant lieu à la coexistence: le conflit inter-personnel est inévitable. Nietzsche en est pleinement conscient et n'hésite pas à affirmer: "la vie est essentiellement appropriation, offense, oppression de tout ce qu'il y a d'étranger et de plus faible, c'est une incorporation ou tout au moins, dans le plus modéré des cas, un exploitation".<sup>18</sup> La déduction est parfaitement rigoureuse: s'il y a équation entre droit et puissance, l'autre sera toujours un étranger, c'est-à-dire ou un obstacle ou un rival. Il est celui "qui m'a volé le monde", ainsi que le précise Sartre qui, en pleine cohérence, affirme que "l'essence des rapports entre consciences n'est pas le *Mitsein*, c'est le conflit".<sup>19</sup>

Il est à peine le cas de souligner que cette dissolution de la coexistence dans le conflit de puissance est la conséquence inévitable de la scission entre le *concept* de droit subjectif et le *concept* de loi (règle objective et commune). C'est cette scission qui comporte l'autonomisation, pour ainsi dire, du droit subjectif et son identification à la puissance. Mais cette identification n'a pas pour unique résultat de rendre inévitable, en ligne de principe, le conflit; elle comporte aussi —notons-le bien— la dissolution du concept même de *droit* du sujet: puisque nulle puissance n'est jamais à l'abri de la victoire d'une autre puissance, le conflit de puissance n'offre aucune garantie de sécurité, il n'offre que le risque.

4. Tirons nos conclusions. Dans l'horizon des positions culturelles contemporaines (juridiques et politiques) que je viens de rappeler rapidement, les droits de l'homme se trouvent par conséquent dans une situation de double ambiguïté. Ou sont-ils fondamentaux seulement en apparence, puisque dans la réalité concrète il dépendent de la volonté du législateur ou des courants de l'histoire — c'est-à-dire, dans les deux cas, de la contingente et variable opinion de masse. Ou bien sont-ils fondamentaux en tant qu'expression de la nature, mais d'une nature subjective et non pas ontologique; c'est par quoi ils coïncident avec la puissance conflictuelle, perdant par là tout caractère juridique. L'alternative entre les deux hypothèses a toutefois le même résultat: ils ne peuvent être reconnus comme véritablement

<sup>17</sup> *Tractatus politicus*, chap. 2, § 3.

<sup>18</sup> *Au delà du bien et du mal*, IX, aph. 259.

<sup>19</sup> *L'être et le néant*, Paris, 1943, pp. 13 et 428.

fondamentaux puisqu'en principe ils sont abrogeables par le pouvoir ou bien ils s'auto-nient en tant que droits.

La question du fondement des droits de l'homme est donc inéliminable. De mon avis, elle exige pour être résolue qu'on se réfère à la structure ontologique de l'homme, à sa nature qu'il ne faut pas identifier à sa structure matérielle ni à cette sensibilité (*Sinnlichkeit*), de l'influence de laquelle Kant voulait libérer la raison pure et la morale. La nature humaine à laquelle je fais allusion ici est celle qui est marquée par la "différence ontologique" dont parle Heidegger en reprenant, sans le vouloir et au nom près, une tradition ancienne. C'est cette nature, ontologiquement spécifique et spécifiante, qui seule peut expliquer — et à laquelle se rapporte — l'expérience juridique, qui n'est pas une expérience contingente ou artificielle mais permanente de l'humanité. Sans la redécouverte du rapport du juridique au naturel ontologique toute tentative de soustraire les droits fondamentaux à l'emprise de la contingence de l'histoire ou de la praxis de puissance, est destinée à la faillite.

Il n'est pas possible de traiter ici un thème aussi vaste et profond. Qu'il suffise de quelques indications. Notons tout d'abord que la différence ontologique est ce qui, caractérisant tous les individus humains, les établit sur un plan de parité et en exige en principe la coexistence. Celle-ci est alors le critère d'après lequel il faut comprendre les droits fondamentaux en tant que droits exerçables dans et pour la coexistence et non pas selon la principe de la volonté et de la puissance étatiques ou individuelles. Notons ensuite que l'expérience juridique, considérée en soi et pour soi, en deça de tout idéologisme, nous permet de déterminer les caractères structurels qui établissent les droits de l'homme en tant que droits dans un sens rigoureux juridique et, au même temps, coexistentiel. Je les énonce schématiquement.

*Premièrement*, tout droit personnel, pour ne pas se dissoudre dans une praxis de puissance, comporte nécessairement la *symétrie*, c'est-à-dire l'interchangeabilité de ses titulaires. Ceci signifie que tout ce que je prétend (d'être ou de faire, d'avoir ou de refuser) pour moi, je dois reconnaître qu'il peut être prétendu par quiconque se trouve dans la même situation. Etant ainsi dépassé le subjectivisme particulariste des prétentions, on évite leur chute dans la puissance, et un véritable droit peut se constituer.

*Deuxièmement*, la symétrie implique de toute évidence la *parité* des individus quant à leur essence, autrement l'interchangeabilité des titulaires du droit n'aurait aucun sens. Il n'y a pas de symétrie possible entre l'homme et la divinité, ou entre l'homme et les animaux; c'est

pourquoi Kant affirmait à juste titre qu'on n'a pas de droits envers Dieu, ni même, j'ajoute, envers les animaux, sur lesquels nous exerçons notre puissance. Bref, seuls les êtres qui se trouvent dans la condition marquée par la différence ontologique sont susceptibles de symétrie et sont légitimés à la revendiquer.

*Troisièmement*, la symétrie et la parité ontologique nous permettent de saisir en toute son évidence la *correspondance* indissoluble *entre droit et devoir*. En effet, si un droit personnel n'appartient pas exclusivement à un tel mais appartient symétriquement dans la même situation à tout individu en vertu de la parité ontologique, alors il est évident que chacun est obligé à le respecter. En le respectant il ne fait que respecter et garantir un droit qui appartient à lui aussi.

*Quatrièmement*, les éléments précédants nous indiquent que ne peuvent être fondamentaux que des droits universalisables, c'est-à-dire ceux qui concernent l'homme en tant qu'homme, en deça de toutes ses déterminations particulières dues à des situations matérielles, sociales, politiques, idéologiques. Lorsque l'homme se confronte avec n'importe quel homme sur le plan de la parité ontologique, sont réalisables la pleine symétrie des droits et la parfaite correspondance de droit et devoir. Les droits fondamentaux sont donc ceux qui s'étendent à l'universalité des membres du genre humain.

*Cinquièmement*, l'universalité des droits de l'homme n'est pas pensable sans la référence à une *loi universelle de justice*, qui n'est pas spécifiable en formules données une fois pour toutes mais est l'expression de la structure ontologique de l'homme, d'après laquelle le *Mitsein*, la coexistence, se révèle être la vérité profonde du *Dasein*. C'est précisément dans la conscience du *Mitsein* que les droits de l'homme trouvent leur fondement et la possibilité d'une rigoureuse détermination objective qui, tout en tenant compte du développement des situations historiques, les ramène à cohérence avec ce qui est permanent en l'homme. Conçus de cette manière, les droits de l'homme seront soustraits tout autant aux prétentions du législateur (et de l'état ou des masses) qu'à l'arbitraire puissance conflictuelle de l'individu qui se considère souveraine "mesure de toutes les choses".

Concluons. Les droits de l'homme n'acquièrent leur pleine validité et valeur que dans le cadre d'une civilisation juridique authentique, consciente de son enracinement ontologique et par conséquent de sa mission coexistentielle de paix.