

LIBRES PROPOS AROUND DU LIVRE**D'ANTÔNIO CANÇADO TRINDADE****« LE DROIT INTERNATIONAL POUR LA PERSONNE HUMAINE »**

19 octobre 2012 - Centre Panthéon - Salle des Conseils

Olivier de Frouville

Professeur à l'Université Paris 2 (Panthéon-Assas)

Membre de l'Institut Universitaire de France

C'est un honneur et un plaisir que d'être ici pour faire cette présentation. Un honneur de se trouver en présence d'un des juges internationaux les plus prolifiques et les plus créatifs qui soient. Ses travaux nous ont tous inspiré et continuent à nous inspirer et il évidemment à la fois intimidant mais aussi stimulant de me trouver aujourd'hui face à lui pour parler d'une (petite mais je crois représentative) partie de son œuvre.

C'est aussi un immense plaisir : d'abord de parler dans cette belle salle des Conseils de Paris 2 en compagnie de deux collègues que j'apprécie beaucoup, face à un auditoire mélangé de collègues éminents et de brillants étudiants des masters de Paris 1 et Paris 2. Ensuite parce que cette conférence marque pour moi le point de départ concret du programme de recherche proposé dans le cadre de l'Institut Universitaire de France pour une période de cinq ans. Ce programme porte le titre : « Autour d'une théorie démocratique du droit international ». Et il comporte deux composantes principales. La composante théorique cherchera d'une part à « acclimater » les théories cosmopolitiques et constitutionnalistes en France et auprès des publics francophones, et d'autre part à soumettre l'idée d'une théorie démocratique du droit international, élaborée depuis quelques années, à la discussion et à la critique. La composante de théorie appliquée sélectionne un certain nombre de questions de droit international représentatives de l'élaboration d'un droit global et concentrant des problématiques pertinentes dans le cadre d'une théorie démocratique du droit international.

En m'invitant à co-organiser la conférence d'aujourd'hui, Emmanuelle Jouannet me donne la possibilité d'inaugurer en beauté un cycle de conférences autour des courants cosmopolitiques du droit international et je voudrais ici l'en remercier chaleureusement.

Je pourrais évidemment commencer mon intervention en prenant pour acquis que le juge Cançado Trindade s'inscrit dans le cosmopolitisme juridique et discuter des caractéristiques et des mérites de son cosmopolitisme. Mais je crois que les choses sont

un peu plus compliquées que cela : le juge Cançado Trindade n'a en effet cessé, dans tous ses écrits, d'affirmer que sa doctrine était originale et personnelle ; que tout en s'inspirant d'un certain nombre d'auteurs, il avait développé sa propre vision des choses¹. Et je sais déjà – et je m'en excuse auprès de lui – que l'exercice auquel je vais me livrer, qui est, je dois bien l'avouer, une sorte d'exercice de classification, ne va pas lui plaire beaucoup : car de toute évidence, notre auteur – qui se dit lui-même solitaire² – n'aime guère la classification, qui implique l'idée de ressemblances avec d'autres : si l'on saisis bien sa pensée, le juge Cançado se décrirait bien plutôt comme une monade que comme le représentant d'un courant de pensée. Mais on ne maîtrise pas toujours l'image que l'on projette de soi et il y a toujours un risque qu'en ne cherchant qu'à être soi-même on finisse, malgré soi, par faire école...

Il faut donc commencer par cette question, avant toute chose : le cançadisme est-il un cosmopolitisme ? Comme je vais essayer de le montrer dans une première partie, la réponse est à mon avis positive. Pour autant, le cançadisme représente un courant particulier du cosmopolitisme – et ce sera ma deuxième partie : un cosmopolitisme que j'oserai qualifier de pré-moderne : ou autrement dit, un cosmopolitisme des Anciens, un cosmopolitisme cicéronien bien plus que kantien – avec une question qui, dès lors, se pose : est-il possible de concevoir aujourd'hui les droits de l'Homme à l'aune de la loi naturelle ?

I – Le cançadisme est un cosmopolitisme

Je dois dire que je m'avance avec un peu d'appréhension : j'ai bien peur que non seulement l'idée de classification ne déplaise à notre éminent auteur, mais que, qui plus est, l'étiquette de cosmopolitisme ne lui convienne pas tout à fait, voire pas du tout. Force est en effet de constater qu'il ne la revendique pas. Sauf erreur de ma part, le mot n'apparaît pas tout au long du recueil que nous célébrons aujourd'hui. Et sauf une autre erreur (un peu plus excusable compte tenu du volume de pages), il n'apparaît pas non plus dans le grand « cours général » à l'Académie de La Haye. Pour ce qui est d'Emmanuel Kant – souvent considéré, à raison, comme le « père » du cosmopolitisme juridique moderne – les références existent, mais elles sont finalement assez peu nombreuses, et ne reprennent pas forcément cet aspect de la pensée kantienne³.

Bref, nous aurions donc affaire à un cosmopolitiste qui s'ignore, à un kantien qui ne citerait pas Kant ? Il faut éclaircir ce mystère.

Et d'abord expliquer en deux mots – en particulier pour les étudiants présents dans la salle – ce que l'on entend généralement par cosmopolitisme juridique. Le cosmopolitisme se caractériserait par à peu près trois idées que l'on peut résumer ainsi :

¹ Antonio Augusto Cançado Trindade, *Le droit international pour la personne humaine*, Paris, Pedone, Coll. « Doctrines », présentation par Laurence Burgorgue-Larsen, 2012, p. 51.

² *Id.*, p. 52.

³ *Ibid.*, p. 239.

- Si les Etats vivent dans un état de nature – comme les hommes avant le passage à l'état civil – cet état de nature n'est pas indépassable : les Etats peuvent à leur tour – et en fait : *doivent* – passer à l'état civil si l'on veut un jour espérer mettre fin à toutes les guerres et établir la pérennité des droits de l'Homme. Ce processus de passage à l'état civil passe d'abord, très concrètement, par une libre circulation des personnes à travers un droit d'hospitalité universelle. A terme, il implique la construction d'institutions propres articulées autour de l'idée antinomique de la Fédération d'Etats libres.
- Le droit international public tel qu'on l'entend généralement comme droit interétatique est un droit de la transition et il est appelé à produire les conditions de son propre dépassement.
- Un tel dépassement ne peut résulter uniquement de l'activité des Etats – qui tendent à conserver le droit international tel qu'il est en tant que droit produit par eux pour préserver leurs intérêts : il convient de s'appuyer sur d'autres acteurs, et notamment sur les individus pris individuellement ou en groupe. Dès lors, la question des droits accordés aux individus – et notamment la question des droits de l'Homme – est un élément crucial dans le processus de passage à l'état civil à l'échelle globale. Les droits de l'Homme sont à la fois le but (la garantie fédérale des droits) et le moyen du cosmopolitisme.

Reprenons ces éléments un à un et rapprochons les de la pensée du maître.

1. Certes, le juge Cançado ne parle pas explicitement de passage de l'état civil ou de construction d'un Etat mondial ou même d'une fédération d'Etats libres. Mais il n'aura échappé à personne que deux thématiques centrales animent son propos : la construction ou plutôt la re-constitution d'un *jus gentium* ou droit des gens, c'est à dire d'un droit universel de l'humanité ; et, dans ce cadre, la libre circulation des personnes à travers les frontières, expression du vieux *jus communicationis* soutenu par Francisco de Vitoria au XVIème siècle.

Pour ce qui est du *jus gentium*, le juge Cançado parle d'une re-constitution, parce qu'il lui semble que le droit des gens existait avant l'avènement des Etats modernes, et que c'est la montée en puissance des Etats et du nationalisme qui a brisé le postulat de l'unité du genre humain. L'affirmation de la Souveraineté, qui atteint son apogée à la fin du XIXème siècle, vient définitivement ruiner les efforts de paix en montant les peuples les uns contre les autres. L'hégélianisme et le positivisme juridique sont désignés comme les grands responsables de cette dérive. Ce que propose le juge Cançado, c'est de réhabiliter l'héritage des Classiques, de refonder le droit des gens universels, avec pour centre la personne humaine – c'est un idéal universaliste que l'on peut certainement assimiler à l'idéal cosmopolitique.

Quant au *jus communicationis*, il semble sous-tendre la réflexion du juge Trindade sur les droits des migrants – réflexion que l'on retrouve dans le bel avis consultatif n°18 de la Cour interaméricaine sur le statut et les droits des migrants « sans papiers », et dans lequel le principe d'égalité et de non-discrimination est affirmé comme principe de *jus cogens*. Il est vrai toutefois que lorsque le juge Trindade se reporte à l'idée du *jus communicationis* comme droit de circulation universelle, il se réfère à la Seconde scolastique et en particulier à Vitoria, pas à Kant. On reviendra là-dessus dans notre seconde partie.

2. Deuxième idée force du cosmopolitisme : le droit international public est un droit de la transition et il est appelé à produire les conditions de son propre dépassement. Là encore, beaucoup de réflexions du juge Cançado rejoignent cette idée. Y participe la conviction, affirmée à de multiples reprises, selon laquelle la doctrine volontariste est toujours dépassée, parce que fixiste, les yeux rivés sur le passé plutôt que sur l'avenir. Elle ne voit pas, cette doctrine volontariste, que le monde se transforme, et qu'avec lui le droit international change et ne peut plus être interprété comme il y a un siècle, c'est à dire comme un droit interétatique. Le droit international s'humanise dans le double sens qu'il fait place aux individus comme sujet de droit et qu'il intègre des préoccupations et des intérêts non étatiques dans ses normes. Un bon exemple est celui de la protection consulaire, matière à l'origine on ne peut plus interétatique, qui devient en fait le support d'un nouveau droit de l'Homme et un nouvel outil de protection. On peut en dire autant de la fameuse « protection diplomatique » avec le dépassement de la fiction « Mavrommatis », fiction aux termes de laquelle l'Etat protégerait *son droit* à voir le droit international respecté en la personne des individus – une fiction dont les conséquences immorales sont bien mises en valeur par le juge Cançado, lorsqu'il décrit le dénouement de l'affaire *Shimoda et autres* au Japon⁴. Enfin les mutations du droit des traités témoignent également du fait que le droit international, à partir d'un modèle consensuel, fondé sur l'idée de réciprocité, évolue progressivement vers un droit objectif (droit législatif ou constitutionnel) et hiérarchisé (*jus cogens*).

3. Troisième élément du cosmopolitisme : l'émergence de l'individu comme sujet de droit aux côtés des Etats et des organisations internationales, et dès lors le caractère central de la question des droits de l'Homme dans la théorie du droit international. Là encore la pensée du juge Cançado rappelle cette évidence cosmopolitique. Lorsque le juge Cançado parle de *l'humanisation* du droit international, il veut dire que le but à atteindre, le but de cette transition en cours, est celui du respect des droits de l'Homme pour tous et sans discrimination. Lorsqu'il s'acharne à défendre les droits de l'Homme, à en donner une interprétation en constante expansion, c'est parce qu'il estime que les droits de l'Homme constituent également le moyen permettant d'atteindre le but de la paix universelle – et ce jusque dans l'institution d'ailleurs, d'un droit de l'homme à la paix⁵.

L'insistance mise sur la nécessité de promouvoir et d'instituer un *droit de recours individuel* est particulièrement symptomatique à cet égard. Car le droit de recours individuel est à la fois le critère et la condition d'effectivité de la personnalité juridique internationale – donc la marque de l'existence d'un droit des gens universel – et en même temps le *moyen* par excellence de promouvoir le *jus gentium*, d'en repousser constamment les limites au détriment de la Souveraineté des Etats.

Ce qui est certain, c'est que – comme dans le cosmopolitisme – les droits de l'Homme ne sont pas considérés comme un objet d'étude en-soi, isolés d'une théorie plus vaste du droit international et même du Droit tout court. A cet égard, le cançadisme rejoint le

⁴ *Ibid*, p. 89.

⁵ *Ibid.*, p. 66.

monisme méthodologique : le Droit est Un ; toute division entre droit international et droit interne est artificielle. Et le principe du droit – ce qui est au fondement du Droit dans toutes ses branches – ce sont les droits de l’Homme. Si l’on voulait utiliser l’expression délibérément polémique d’Alain Pellet, le juge Cançado est peut-être « droit-de-l’hommeiste » en raison de sa posture militante en faveur des droits de l’Homme ; mais il n’est pas un « droit-de-l’hommeiste » méthodologique, parce que sa vision et son savoir ne sont pas centrés sur les droits de l’Homme. Comme en témoigne le « cours général », les droits de l’Homme s’intègrent en fait dans une perspective plus vaste qui embrasse l’ensemble du développement du droit international général.

*

Aux termes de cette première partie de mon propos, il semble clair que l’on peut affirmer que le cançadisme *est* un cosmopolitisme, en ce sens où il partage, avec les doctrines cosmopolitiques, un certain nombre de points communs fondamentaux. Mais en ayant dit cela, on est loin d’avoir tout dit : car de toute évidence, la doctrine professée par le juge Cançado comprend également bien des différences avec ce que l’on entend généralement aujourd’hui par cosmopolitisme. C’est sur ces différences que j’aimerais maintenant insister, afin de mieux situer encore la doctrine cançadienne – et plus précisément d’essayer de montrer qu’on pourrait la qualifier de cosmopolitisme pré-moderne ou, si vous préférez, cosmopolitisme des Anciens.

II. Le cançadisme est un cosmopolitisme des Anciens

A la réflexion, la raison pour laquelle Antônio Cançado cite peu Kant est assez évidente : ses regards se tournent bien davantage vers les Anciens, allant de la philosophie antique jusqu’à la Seconde scolastique avec Vitoria et Suarez. Et d’ailleurs, le juge Cançado le répète à de nombreuses reprises : il est favorable à une réhabilitation de la pensée des Anciens, ce retour en arrière étant selon lui la condition de l’instauration d’un nouveau *jus gentium* au XXI^{ème} siècle. D’une certaine manière, la modernité – c’est à dire fondamentalement la naissance de l’Etat moderne – aurait ouvert une parenthèse regrettable qu’il conviendrait de refermer au plus tôt : une parenthèse qui aurait vu l’émergence d’un Etat souverain prédateur, violateur des droits de l’Homme par excellence. La modernité, au fond, aurait conditionné l’apparition de la criminalité étatique de masse – elle serait également à l’origine de l’état de guerre permanent que connaît la planète et menacerait directement la survie de l’humanité : comme le souligne le juge Cançado, les Etats modernes sont prêts à sacrifier des êtres humains pour sauvegarder leurs « intérêts vitaux » et la bombe nucléaire pousse cette logique à son comble, puisque c’est alors l’humanité entière qui est menacée d’être sacrifiée sur l’autel de la Raison d’Etat.

J’aimerais dans un premier temps détailler les conséquences de cette relation de la doctrine cançadienne avec la modernité. Et finir en posant un certain nombre de questions relatives aux contradictions et aux difficultés potentielles d’une telle doctrine dans le monde contemporain.

1. Il n’y a aucun doute, de mon point de vue, que le juge Cançado est un partisan de la loi naturelle *contre* le droit naturel moderne. A cet égard, il rejoint la pensée d’un grand professeur qui a œuvré dans cette maison et qu’était Michel Villey. A cette différence près, toutefois, que l’adhésion de Michel Villey à la pensée des Anciens se traduisait par

une opposition à la catégorie des droits de l'Homme qu'il percevait – à mon avis à juste titre – comme un produit de la pensée dévoyée du courant doctrinal appelé les « Lumières » (et qu'il décrivait plutôt comme étant à l'origine d'un obscurcissement de la pensée juridique).

Tout au long de ses écrits, le juge Cançado ne cesse en effet d'insister sur la *recta ratio* comme prescrivant ce qui est bon, et sur la *lex praeceptiva*, conforme à la *recta ratio*. La clé de la reconstruction du *jus gentium*, selon Antonio Cançado Trindade, est de renouer avec la *recta ratio* comme méthode de construction et de création du droit et, ce faisant, de substituer la conscience juridique universelle à la volonté comme source du droit. Toute l'erreur du positivisme juridique si décrié est cet asservissement à la volonté, et en particulier à la prétendue volonté de l'Etat, entité abstraite personnifiée et rendue omnipotente par la philosophie hégélienne, mise ici au banc des accusés de l'Histoire des idées.

Le *projet* du juge Cançado est donc bien celui d'un retour aux Anciens, c'est à dire fondamentalement trois choses :

- un retour à la loi naturelle objective dictée par la conscience juridique universelle et *découverte* par la droite raison ;
- un retour à la loi naturelle holistique, considérant l'humanité et même le cosmos comme un tout ordonné ;
- l'acceptation de l'individu comme partie intégrante du Cosmos et le rejet de l'idée même d'autonomie qui, appliquée à l'individu comme à l'Etat, ne peut aboutir qu'au solipsisme de la personne, c'est à dire finalement à un individualisme et à un égoïsme individuel ou étatique.

Or, comme on le sait, l'idée même de la modernité renvoie à celle de l'autonomie. Et il y a peut-être un point que je discuterais ici avec Antonio Cançado Trindade – si je l'osais – et qui est l'interprétation qu'il donne de la doctrine professée par la fameuse « Ecole du droit de la nature et des gens », allant de Grotius jusqu'à Vattel. C'est qu'à mon sens Grotius a déjà rompu avec la loi naturelle des Anciens. Il est en fait, déjà, un Moderne, lorsqu'il affirme que la *recta ratio* n'est pas seulement une faculté de l'esprit mais une *liberté* : une liberté de se donner à soi-même ses normes, c'est à dire l'autonomie de la personne.

La doctrine cançadiste est donc anti-moderne, puisqu'elle adhère à la loi naturelle. On pourrait aller un peu plus loin et se demander même si, par certains aspects, elle n'est pas anti-moderne également parce que post-moderne. Certains aspects de la critique cançadienne de l'Etat rappellent en effet fortement certains discours que l'on peut qualifier de post-moderne, par leur rejet de la centralité de l'individu face au Monde ou à l'environnement, par l'insistance, également, mise sur la pluralité des cultures face au rouleau compresseur de l'Etat nation. Une telle tendance est prégnante dans le discours cançadien sur les autochtones, qui a fortement inspiré la jurisprudence de la Cour interaméricaine sur la question. Cette manière d'insister sur les spécificités culturelles et sur la relation à la terre – cette façon également de dépasser la problématique de la réparation, traditionnellement fondée sur le dommage matériel ou moral, pour atteindre

un dommage *spirituel* qui toucherait à la relation entre les morts et les vivants, voilà des thèmes qui me paraissent résolument post-modernes.

2. Je terminerai cette intervention par quelques questions et remarques critiques sur la possibilité d'une telle doctrine de la loi naturelle comme fondement des droits de l'Homme et du droit international dans notre monde contemporain. Ces questions et remarques se comprennent si l'on prend soin de préciser qu'elles viennent de quelqu'un qui s'inscrit ouvertement dans un courant philosophique qui tente de réhabiliter la Modernité et d'en revivifier les bases, après ce que l'on peut appeler l'échec de la Raison qui a culminé, au milieu du siècle dernier, avec l'élimination *rationnelle* de millions d'être humains.

a) En tant que tel, je comprends la critique adressée à la modernité et plus encore au volontarisme. Et surtout je comprends bien le fil rouge qui court entre ces deux critiques : si la modernité est fondée sur le principe d'autonomie de la volonté de la personne, elle fait de la volonté le fondement du droit et du coup fait de la personne le centre de gravité du processus de formation du droit. Transposé au droit international, le raisonnement est catastrophique, parce qu'il conduit à personnifier l'Etat et à faire dépendre le contenu du droit de la volonté de l'Etat. Or l'Etat comme être collectif à des intérêts propres qui s'opposent bien souvent à ceux des individus : et ainsi la Raison d'Etat dicte le contenu de la norme.

J'entends bien également la critique du formalisme positiviste, qui fait de « l'ordre juridique » un simple agencement de normes juridiques, du Droit une Science et du juriste un commentateur. Une telle conception formaliste et par essence étriquée du Droit le prive des apports des autres champs de la connaissance et en fait un système froid, hermétique à des considérations fondamentales d'ordre sociologique, économique ou historique, qui sont pourtant constitutives de l'objet Droit lui-même.

Je prends donc acte de ces deux critiques qui sont, au fond, des critiques d'une vision particulière de la Modernité, qui n'est pas la mienne. Mais je ne suis pas sûr que le recours à la loi naturelle soit plus satisfaisante.

Il ne s'agit pas ici refaire le « procès » du droit naturel des Anciens, mais seulement de souligner quelques difficultés du raisonnement proposé.

La loi naturelle rencontre de toute évidence des limites lorsqu'il s'agit de faire un *choix* entre des normes conflictuelles. Et j'en prends pour exemple la fameuse affaire *Aloeboetoe et autres c. Suriname*. Comme le rappelle le juge Cançado Trindade, pour déterminer la réparation due aux proches des sept victimes assassinées, la Cour « a pris en compte le droit coutumier, où la polygamie dominait, de la communauté Saramaca au Suriname (les *maroons*) à laquelle les victimes appartenaient ». Et le juge Cançado reconnaît justement que le mérite de cette affaire est d'avoir établi les réparations sur la base des « pratiques culturelles » de la tribu en question⁶. Si l'on se réfère au jugement, la Cour est tout à fait claire quant au statut des pratiques en cause : il s'agit bien de pratiques « culturelles », que la Cour n'accepte de prendre en compte que dans la

⁶ *Ibid.*, p. 242.

mesure où, dit-elle, ces pratiques ne contredisent pas la Convention interaméricaine. Et de préciser : en se référant à la notion d'« ascendants », la Cour ne fera aucune distinction entre les sexes, quand bien même cela serait contraire aux coutumes Saramaca⁷.

Dans cet arrêt, la Cour opère un choix entre des normes potentiellement conflictuelles : le principe de non discrimination inscrit dans la Convention d'une part ; et certaines normes propres à un groupe humain particulier. D'un côté, elle refuse de prendre en compte une pratique culturelle qui opérerait une discrimination entre ascendants selon le sexe ; de l'autre elle accepte de donner effet à la polygamie et par conséquent n'y voit pas une discrimination contraire à la Convention⁸. Finalement, la Cour sépare le bon grain et l'ivraie d'une culture dont on peut se demander si elle ne devrait pas être prise en considération en bloc, ou pas du tout.

Du point de vue des Saramacas, de telles pratiques culturelles ne sont pas, justement, culturelles : elles font partie de la nature des choses. Elles sont le reflet d'une universalité pensée à partir du monde Saramaca. Et précisément parce qu'elles sont naturelles, elles forment un tout, elles ne peuvent être séparées comme le fait la Cour. Il n'y a donc pas de *choix possible* : la Nature est telle qu'elle est, et la *recta ratio* ne peut que la découvrir, mais non pas la changer ou l'accommoder selon ses propres exigences.

Ses propres exigences : voilà justement le point crucial. Dans ce débat, la Cour adopte le point de vue de la Modernité qui légifère selon sa Volonté et trace une limite en apparence arbitraire entre le Juste et l'Injuste ; les Saramacas représentent la position jusnaturaliste qui défend ses lois comme étant l'exact reflet de ce qui doit être, car conforme à la Nature.

J'en viens au problème fondamental du Droit naturel, bien connu, et qui est celui du Pouvoir de dire le Droit. Dire ce qu'est le Droit naturel consiste à tracer une limite entre ce qui relève de la Nature et ce qui relève de la Culture. Ce qui est culturel se discute, ce qui est naturel s'impose. Le problème est que chaque personne et, sur le plan collectif, chaque groupe humain un peu homogène, portent un jugement différent sur les limites entre Nature et Culture. Dès lors le problème du Droit naturel se résout en un problème de Pouvoir qui est celui de savoir qui a le pouvoir d'imposer son point de vue sur la limite qui sépare la Nature de la Culture et par conséquent, sur les normes qui relèvent de la discussion, et sur celles qui ne souffrent au contraire aucune discussion.

Dire le droit naturel, c'est dire, du point de vue de celui qui parle, une Vérité absolue qui n'est pas soumise au débat public. On retrouve, d'une autre manière, le solipsisme reproché aux doctrines volontaristes : puisque celui qui parle pense détenir la Vérité, il ne croit pas nécessaire de confronter ses vues à celles des autres, il les affirme comme étant *nécessaires* et comme devant nécessairement triompher, quand bien même elles seraient méconnues. Celui qui énonce le droit naturel est un Monde en soi et ne peut dialoguer qu'avec lui-même.

⁷ Arrêt, § 62.

⁸ Ce qui peut paraître en soi critiquable : la polygamie n'est-elle pas potentiellement aussi discriminatoire que la distinction entre ascendants ? En l'espèce, toutefois, la Cour note que la société Saramaca est matriarcale et cela, il est vrai, change tout !

Le problème fondamental d'une telle démarche est qu'elle semble difficilement compatible avec l'idée même de la démocratie, qui exige de chacun un *décentrement* par rapport à soi-même, une capacité non pas seulement de tolérance mais d'écoute de l'Autre en vue de parvenir à la formulation d'un sens *commun*. De même, elle me semble difficilement compatible avec le sens que l'on prête aujourd'hui aux droits de l'Homme, y compris au sein des juridictions internationales comme la Cour interaméricaine : à partir du moment où l'on accepte que la liberté est au principe des droits de l'Homme, il semble difficile d'admettre l'idée d'une quelconque pré-détermination du contenu de la norme juridique, quelle qu'elle soit. Faute de pouvoir dire ce qui relève de la Nature – ou bien, cela revient au même, ce que nous dicte la Conscience juridique universelle – on en est réduit à considérer toute norme comme étant fondamentalement culturelle – et par conséquent soumise à la discussion.

*

Pour terminer, je voulais à nouveau demander au juge Antônio Cançado Trindade de bien vouloir m'excuser d'avoir ainsi cherché à le classer dans un courant de pensée – une classification qui, j'en suis sûr, ne lui conviendra pas le moins du monde, tant sa pensée est riche et difficilement catégorisable. Ce que j'ai essayé de montrer, c'est qu'il s'inscrit peut-être dans le droit fil d'un courant cosmopolitique assez rare de nos jours, qui se propose de renouer avec le cosmopolitisme des Anciens, celui d'un Diogène de Sinope ou d'un Cicéron, mais aussi encore celui d'un Vitoria – quoi qu'il y ait sans doute beaucoup à dire sur les arrières pensées colonialistes du *jus communicationis*.

J'ai aussi fait part de mes doutes sur la possibilité qu'une telle théorie cosmopolitique puisse véritablement fonder le nouveau *jus gentium* que le juge Cançado appelle de ses vœux. Comme j'ai essayé de l'expliquer, la force de persuasion et l'effectivité du droit naturel ou de la Conscience publique universelle est à la mesure du pouvoir dont dispose celui qui en énonce les arrêtés. Or force est de constater que l'idée de droit naturel qui tient le haut du pavé depuis une trentaine d'années n'est pas celle des droits de l'Homme, mais plutôt celle du libre échange et de la théorie de l'avantage comparatif, voire celle de la « main invisible du marché ». Et je partage à cet égard les craintes et les inquiétudes du juge Cançado face à l'émergence d'un monde dans lequel les frontières sont de plus en plus ouvertes aux capitaux et de moins en moins aux êtres humains⁹. Or il me semble que le seul remède à une telle réalité n'est pas d'opposer une conscience universelle à une autre, mais plutôt de suivre le programme que nous a tracé la Modernité : à savoir organiser les conditions institutionnelles et politiques de réalisation du principe d'auto-législation. Sans volontarisme, ni formalisme, mais pour et par les droits de l'Homme.

⁹ *Id.*, p. 218.