



HAL
open science

Le droit à l'épreuve de la société des sciences et des techniques

Nicolas Baya-Laffite, Maria Valeria Berros, Rodrigo Míguez Núñez

► **To cite this version:**

Nicolas Baya-Laffite, Maria Valeria Berros, Rodrigo Míguez Núñez (Dir.). Le droit à l'épreuve de la société des sciences et des techniques. Accademia University Press. , 2022, "Diálogos" Incontri con la cultura giuridica latino-americana, 9791280136633. hal-04101814

HAL Id: hal-04101814

<https://hal.science/hal-04101814v1>

Submitted on 31 May 2023

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

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

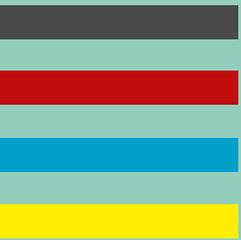


Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial - ShareAlike 4.0 International License

Le droit à l'épreuve de la société
des sciences et des techniques
Liber amicorum en l'honneur de Marie-Angèle Hermitte

sous la direction de
Nicolas Baya-Laffite
María Valeria Berros
Rodrigo Míguez Núñez

aAccademia
university
press



«Diálogos» / 3



**Le droit à l'épreuve de la société
des sciences et des techniques**
Liber amicorum en l'honneur
de Marie-Angèle Hermitte

sous la direction de
Nicolas Baya-Laffite
María Valeria Berros
Rodrigo Míguez Núñez



Ouvrage publié avec des contributions
de la Faculté des Sciences de la Société de l'Université de Genève
de l'Université Nationale du Littoral
du Centre Universitaire de Brasilia
du Département du Développement Durable et de la Transition Écologique
de l'Université du Piémont oriental

© 2022
Accademia University Press
via Carlo Alberto 55
I-10123 Torino



prima edizione dicembre 2022
isbn 979-12-80136-64-0
edizioni digitali www.aAccademia.it/hermitte

book design boffetta.com

Accademia University Press è un marchio registrato di proprietà
di LEXIS Compagnia Editoriale in Torino srl

Éléments biographiques		VII
Publications de Marie-Angèle Hermitte		XIII
Avant-propos		XXXV
Introduction. Hermitte de l'autre côté du miroir	Nicolas Baya-Laffite	1

I. DES CATÉGORIES JURIDIQUES EN DÉBAT

Personas y cosas en el imaginario hermitiano: por un derecho del "continuum"	Rodrigo Míguez Núñez	37
Nel caleidoscopio del diritto coloniale. Usi giuridici del corpo indigeno nell'Africa francese subsahariana	Silvia Falconieri	54
Contactos de sangre	Marta Madero	70
Entre contingence historique et création doctrinale des catégories juridiques : la naissance d'un paradigme nouveau de la propriété (<i>dominium utile</i>, 1182)	Emanuele Conte	79
Des servitudes prédiales. Pour la reconnaissance de droits aux choses de la nature	Sarah Vanuxem	96
La natura istituita	Michele Spanò	128
La nature juridique de l'indication géographique, un droit intellectuel d'usage d'une chose commune	Delphine Marie-Vivien	147
Penser per tracce	Paolo Napoli	173

II. LA MISE EN DROIT DU VIVANT : INSTITUER LES INTERRELATIONS

Les États, la nature et le droit... La Convention sur la diversité biologique à l'heure de la sixième extinction de masse	Sandrine Maljean-Dubois	191
Les droits des grands singes au 21ème siècle	Jean-Pierre Marguénaud	206
Bien-être et conscience. Retrouve-t-on des formes de conscience dans le règne animal ?	Raphaël Larrère	218
Los derechos de la naturaleza: un enfoque anticapitalista, post-humanista y decolonial	Luis Lloredo Alix	237
Pour une écologie juridique. Les droits de la nature ont-ils besoin de l'écocentrisme ?	David Samson	268

La nature sujet de droit. Pour en terminer avec 50 ans de débat	Pauline Milon	295
La nature, sujet de droit? (una continuación desde América Latina)	María Valeria Berros	318
De l'animisme juridique à base scientifique : une voie pour la nature ?	Pierre Brunet Judith Rochfeld	340
III. SOCIÉTÉ TECHNOLOGIQUE ET GOUVERNEMENT DU RISQUE		
Imaginer la decisión judicial de base científica: ¿hacia “un derecho de las ciencias y las técnicas”?	Gonzalo Sozzo	369
Vers la fin d'un chemin de croix ? La directive relative à la protection des lanceurs d'alerte et les enjeux de sa transposition en droit français	Christine Noiville Elsa Supiot	392
La historia del glifosato como paradigma de la complejidad de la regulación de riesgos eco(nómicos)	Justo Corti Varela	425
Quels instruments juridiques pour lutter contre les faux médicaments ?	Amélie Robine	445
I dati personali oggetto del contratto	Giorgio Resta	462
A influência extraterritorial do GDPR no que se refere ao tratamento de dados pessoais	Maria Edelvacy Marinho Marcelo Dias Varela	486
Liste des auteurs		501

Éléments biographiques

Marie-Angèle Hermitte, née le 6 janvier 1948 à Paris, Nationalité française, 2 enfants.

VII

Titres universitaires

Diplôme d'études supérieures en Droit Privé.

Licence en droit à l'Université de Paris.

Thèse de doctorat d'État en droit privé, Université Paris 2.

Titre : *Droit européen de la concurrence. Cohérence économique. Sécurité juridique*, sous la direction de Berthold Goldman, 1976.

Parcours professionnel et distinctions

1970 : Technicienne au Centre national de la recherche scientifique (CNRS), affectée comme bibliothécaire à la salle de Philosophie du droit dirigée par Michel VILLEY et Henri BATTIFOL.

1975 : Attachée de recherche au CNRS chercheur isolé en droit européen de la concurrence.

1976 : Rattachement au Centre de Recherches sur le droit des marchés et investissements internationaux (CREDIMI, Université de Dijon, équipe associée au CNRS, dirigée par Philippe KAHN).

1976-1982 : Deux mandats au comité national du CNRS.

1980 : Chargée de recherche au CREDIMI.

- 1986 : Directeur de recherche (DR2) au CREDIMI.
1988 : Retour à la situation de chercheur isolé.
1991 : Intégration au Groupement d'analyse des politiques publiques (GAPP).
1995 : Intégration à l'équipe « Science et droit » créée par Catherine LABRUSSE-RIOU au sein du Centre de droit des obligations de l'Université Paris 1 dirigé par Jacques GHESTIN.
1997 : Médaille d'argent du CNRS.
1998 : Élection à l'EHESS à partir d'une proposition sur la question de l'élaboration d'un droit des biotechnologies, élargie au thème « *Sciences et État de droit* ».
2003 : Directeur de recherche (DR1).
2013 : Retraîtée.
2013 : Chevalier de la Légion d'honneur.

Enseignements et reponsabilités scientifiques

- De 1978-1990 : « Droit du commerce international » à la Faculté de droit de Dijon, « Transferts de technologie » à la Faculté de droit d'Annaba, Séminaire sur le « Commerce international et les transferts de technologie pour les fonctionnaires » à Alger. « Droit européen de la concurrence » à Paris 2 (1980) et Paris 1 (1995).
2005-2009 : Participation à l'encadrement du doctorat européen « Cultures juridiques », réalisé entre l'EHESS, le SUM de Florence, le Max Plank Institute de Frankfurt et la London School of Economics and Political Science.
2005-2008 : Codirection du réseau ALFA latino-européen sur le droit du risque, monté à l'initiative de Marcelo VARELLA, docteur en droit de l'Université de Paris 1. Le réseau a réuni les universités de Paris1 (France), Granada (Espagne), Federal de Santa Catarina et Centro Universitário de Brasília (Brésil), l'Université de la República (Uruguay) et l'Université Nacional du Litoral (Argentine).
1998-2013 « Science et droit », EHESS :
1998-1999 : « Histoire de la brevetabilité du vivant ».
1999-2000 : « De la loi sur les transplantations d'organes à la loi sur la liberté des funérailles » (1).
2000-2001 : « De la loi sur les transplantations d'organes à la loi sur la liberté des funérailles » (2).
2001-2002 : « Le processus de construction des lois dites de bioéthique et leur révision ».
2002-2003 : « Sujets et objets de droit dans le droit des biotechnologies ».

- 2003-2004 : « Le principe de précaution ».
- 2004-2005 : « Lecture juridique de la société du risque d'U. Beck ».
- 2005-2006 : « Construction d'une société des sciences et des techniques ».
- 2006-2007 : « Les fondements juridiques de la société du risque – Application à l'affaire de l'amiante et au droit du vivant ».
- 2007-2008 : « Le droit des sciences et des techniques – introduction générale et spécificités du droit de la responsabilité. Exemple du nanoforum ».
- 2008-2009 : « Pourquoi légifère-t-on aujourd'hui ? Le rôle des lanceurs d'alerte, histoires juridiques d'alertes ».
- 2009-2010 : « Des nouvelles manières de faire la loi – Rôles du Conseil d'État, les Grenelle, les commissions *ad hoc* (Commission Veil, Révision de la constitution) ».
- 2010-2011 : « Les états généraux de la bioéthique et la révision des lois de bioéthique ».
- 2011-2012 : « Le principe de précaution, Hans Jonas et le transhumanisme » ; « Figures de la globalisation : Naissance du droit pénal international » avec Olivier BEAUVALLET : « Des communautés internationales et des risques – Science, Justice et politique dans les crises contemporaines », avec Francis CHATEAURAYNAUD (PRI COMITRISQ) ; « La mondialisation de la santé et du médicament au XX^e siècle », avec Maurice CASSIER et Jean-Paul GAUDILLÈRE.
- 2012-2013 : « Science-Fiction et droit de la bioéthique ».
- Participation aux séminaires annuels de casuistique juridique de l'EHESS.

Direction de thèses :

- ANVAR Shabnam Laure, « Semences et droit : L'emprise d'un modèle économique dominant sur une réglementation sectorielle », thèse de doctorat, Paris 1, 2008.
- AZOUGACH Khadija, « Santé et pauvreté : Les paradoxes des droits fondamentaux », thèse de doctorat, Paris 1, 2010.
- BACHOTET Sophie, « La libre circulation des produits vivants dans l'Union européenne », thèse de doctorat, Dijon, 2002.
- BAYA-LAFFITE Nicolas, « Gouverner par la promesse du développement durable : évaluation d'impact environnemental et meilleures techniques disponibles dans le conflit des usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay », thèse de doctorat, Paris, EHESS, 2015, cotutelle avec Dominique PESTRE.
- BERROS, María Valeria « Entramado precautorio. Un aporte desde el derecho para la gestión de riesgos ambientales y

relativos a la salud humana en Argentina », thèse de doctorat, Universidad Nacional del Litoral, 2013, cotutelle avec Gonzalo Sozzo.

CALSING Renata de Assis, « Les contrats de droit privé et la privatisation de l'intérêt général : le cas particulier du mécanisme de développement propre du protocole de Kyoto », thèse de doctorat, Paris 1, 2010.

COMPIN Frédéric, « L'inefficience de l'information financière et l'hypothèse de la régulation », thèse de doctorat, Paris, EHESS, 2009.

EDELVACY PINTO MARINHO Maria, « L'idée de "droit commun pluraliste" à l'épreuve des processus d'internationalisation du droit des brevets », thèse de doctorat, Paris 1, 2010.

FERRARI Francesca, « Rischi per la salute e dinamiche assicurative : la logica precauzionale in sanità e nella tutela dell'ambiente », thèse de doctorat, Paris, EHESS, 2014, cotutelle avec Giovanni COMANDÉ.

GHILAS Malek, « Les transferts de technologie dans l'Ouest algérien », thèse de doctorat, Dijon, 1983.

GREMIGNI FRANCINI LORENZO, « Persone anziane e contrattualizzazione dell'assistenza : l'invecchiamento della popolazione tra implicazioni sociali e riposte contrattuali », thèse de doctorat, Paris, EHESS, 2008, cotutelle avec Francesco Donato BUSNELLI.

LAZZARESCHI Alessio, « Diritto e tecnica : ricerca sulle pratiche giuridiche positive del brevetto nell'ambito delle biotecnologie », thèse de doctorat, Paris, EHESS, 2004, cotutelle avec Patrick NÉRHOT.

MARIE-VIVIEN Delphine, « Le droit des indications géographiques en Inde : un pays de l'Ancien monde face aux droits français, communautaire et international », thèse de doctorat, Paris, EHESS, 2010.

MÍGUEZ NÚÑEZ Rodrigo, « Terra di scontri : alterazioni e rivendicazioni del diritto alla terra nelle Ande centrali », thèse de doctorat, Paris, EHESS, 2010, cotutelle avec Ugo MATTEI.

NOIVILLE Christine, « Les régimes juridiques des ressources génétiques marines : contribution à la notion d'intégration des objectifs écologiques aux objectifs économiques », thèse de doctorat, Dijon, 1996.

PARIZER-KRIEF Karène, « Étude comparative du droit de l'assistance médicale à la procréation : France, Allemagne et Grande-Bretagne », thèse de doctorat, Paris, EHESS, 2014.

ROBINE Amélie, « Transfert et acquisition de la technologie dans

les pays émergents : l'exemple brésilien de l'accès aux médicaments contre le sida », thèse de doctorat, Paris 1, 2008.

VARELLA Marcelo Dias, « L'inégalité Nord-Sud et la construction juridique du "développement durable" dans le droit international », thèse de doctorat, Paris 1, 2002.

WU Tzung-Mou, « Personne » en droit civil français : 1804-1914 », thèse de doctorat, Paris, EHESS, 2011, cotutelle avec Emanuele CONTE.

Édition

Codirection de la collection Tirés à part aux Éditions Dalloz avec Muriel UBEDA-SAILLARD.

Comité de lecture de la revue "Grief".

Missions diverses

Bureau des ressources génétiques.

Mission juridique du ministère de l'environnement.

Membre puis présidente du programme interdisciplinaire de recherches sur l'environnement du CNRS (PIREN).

Membre du Programme sur l'économie de l'innovation du CNRS.

Membre du Programme « Risques et situations de crise ».

Membre de la Commission française du développement durable.

Membre du Programme « Recréer la nature », <http://www.espaces-naturels.info/recreer-nature>.

Membre du Haut Conseil des biotechnologies.

Membre du Comité consultatif national d'éthique (CCNE).

Membre du Conseil scientifique de la MSH Sud (Montpellier).

Membre du Comité de déontologie et de prévention des conflits d'intérêts de l'Agence nationale de sécurité sanitaire et environnementale (ANSES).

Realisation d'expertises

Étude de faisabilité et préparation de la conception d'un système-expert dit « Négociation de contrats de recherche ». Étude non publiée pour Elf-Aquitaine, 1985.

Commission des Communautés européennes, préfiguration d'un statut pour la diversité biologique, 1987 « *Regulatory framework regarding biological material* ». Version remaniée et publiée dans *L'homme, la nature et le droit* en 1988.

FAO : Plusieurs expertises sur le projet de convention sur la diversité biologique (projet Rio, en 1990), le projet d'arran-

gement sur la conservation des ressources génétiques des animaux de ferme (1989, 1993), non publiés.

PNUE : Expertise sur les liens entre la propriété industrielle et la conservation des ressources génétiques (1993). *Plant biotechnology and patents in Europe, an economic analysis of alternative models of intellectual property rights* » *Plant biotechnology and patents in Europe, an economic analysis of alternative models of intellectual property rights* (avec Pierre-Benoît JOLY).

Ministère français de l'agriculture : projet de loi sur le droit d'obtention animale, 1994, non publié.

Les tests génétiques et l'assurance, avec Christine NOUVILLE, 1997, non publié.

Caisse de coopération : Rédaction d'un modèle de contrat de vente de ressources génétiques, 1998, non publié.

PNUD : Rédaction d'un projet de décret pour le Fonds national pour l'environnement de Madagascar sur l'accès aux ressources biologiques et leur valorisation, 2001, non publié.

PNUD : Rédaction d'un projet de décret pour la Guinée Bissau sur la valorisation des ressources biologiques, des connaissances traditionnelles et des œuvres artistiques et artisanales, 2005.

XII

Conférences de citoyens

Participation à diverses expériences ayant trait à ce qu'il est convenu d'appeler la « démocratie technique », sous la forme « Conférences de citoyens »¹ :

1998, membre du COPIL sur les OGM pour le Parlement.

2002, membre du COPIL sur le changement climatique pour le ministère de l'environnement.

2003, membre du comité d'évaluation d'une conférence de parties prenantes sur les vignes transgéniques de Colmar organisée par Pierre-Benoît JOLY à l'INRA.

2005, membre du comité organisé par Pierre-Benoît JOLY sur les nanotechnologies pour le métro de Grenoble.

2009, présidente du COPIL sur les antennes relais pour la Ville de Paris.

2014, présidente du COPIL sur le projet Cigéo d'enfouissement des déchets nucléaires pour la Commission nationale du débat public.

1. « Inscrire les conventions de citoyens dans l'ordre juridique français », Contrat PICRI avec la Région Ile de France. Coauteurs : Michel CALLON, Florence JACQUEMOT, Marie-Ange HERMITTE, Dominique ROUSSEAU et Jacques TESTART, pour l'association « sciences citoyennes », 2008, <https://sciencescitoyennes.org/IMG/pdf/rapportdecpicri27092007vf.pdf>

Ouvrages

Les contrats « clé en main » et les contrats « produit en main » : technologie et vente de développement, avec Mahmoud SALEM, Paris, Librairies techniques, 1978.

Droit européen de la concurrence. Cohérence économique, Sécurité juridique, Paris, Librairies techniques, collection de l'IRI, 1981 (publication de la thèse de doctorat d'État en droit privé, soutenue à l'Université de Paris 2 en 1976).

Le sang et le droit. Essai sur la transfusion sanguine, Paris, Seuil, 1996.

Le droit saisi au vif : sciences, technologies, formes de vie. Entretiens avec Francis Chateauraynaud, Paris, Petra, 2013.

XIII

1. L'oeuvre de Marie-Angèle Hermitte se trouve éparpillée dans des publications de toute sorte, parfois rares ou désormais épuisées. De ce fait, son oeuvre n'est pas facilement accessible ni en bibliothèque ni en ligne. En ligne, l'indexation est loin d'être complète et lorsqu'il s'agit de revues disponibles en ligne les conditions d'accès aux textes complets varient d'une plateforme de publication à l'autre. Afin de surmonter cette difficulté, nous avons créé, en plus de cette liste de publications, un groupe sur la plateforme de référencement en libre accès, Zotero où nous espérons réunir la totalité des références bibliographiques et de continuer à ajouter les nouvelles. Le groupe est ouvert à toutes et à tous sur https://www.zotero.org/groups/2346596/ma_hermitte. Marie-Angèle Hermitte, pour sa part, a commencé à collecter des textes rares ou introuvables et à les rendre disponibles sur l'archive ouverte HAL-SHS (Sciences de l'Homme et de la Société), destinée au dépôt et à la diffusion d'articles scientifiques publiés ou non, <https://halshs.archives-ouvertes.fr> et sur sa page personnelle sur la plateforme « Academia.edu » <https://independent.academia.edu/MarieAngeleHermitte>.

L'emprise des droits intellectuels sur le monde vivant, Paris, Éditions Quae, 2016.

Direction d'ouvrages

La protection de la création végétale – le critère de nouveauté, Paris/Dijon, Librairies techniques/Credimi, 1984.

Le droit du génie génétique végétal : macro-économie, micro-économie, brevet, capital-risque, obtention végétale, Paris/Dijon, Librairies techniques/Credimi, 1987.

L'homme, la nature et le droit, dir. avec Bernard EDELMAN, Paris, Christian Bourgois, 1988.

La liberté de la recherche et ses limites. Approches juridiques, Paris, Romillat, 2001.

Les ressources génétiques végétales et le droit dans les rapports Nord-Sud, vol. 1, dir. avec Philippe KAHN, Bruxelles, Bruylant, 2004.

Fascicules de Jurisclasseur

La réglementation communautaire de défense contre le dumping, fasc. 500 - 501 (5-1986).

Compatibilité des aides des Etats membres avec le droit communautaire, fasc. 1520, 1521 (2-1989). *Position dominante*, fasc. 1420, 1421, 1423 (11-1995).

L'entente interdite, fasc. 1410, 1411, 1413, 1414 (9-2002).

Organismes génétiquement modifiés, avec Estelle BROSSET et Christine NOIVILLE, fasc. 4100 (2009).

Articles et chapitres de livres par thème

1. Droit européen de la concurrence

« Psychanalyse en trois mouvements pour l'article 43 de la Convention de Luxembourg », *Journal du droit international*, 1978, n° 1, p. 38 s.

« La notion de source du droit à l'épreuve du droit européen de la concurrence », in Philippe FOUCHARD, Philippe KAHN, Antoine LYON-CAEN (éd.), *Le droit des relations économiques internationales : études offertes à Berthold Goldman [Mélanges Goldman]*, Paris, Librairies techniques, 1982, pp. 299-326.

« Sur la doctrine économique de la Commission de la CEE : d'une politique économique à une politique industrielle », *Journal du droit international*, 1983, n° 3, pp. 509-542.

« Spéculateurs et technocrates : de la non-rétroactivité des lois à la confiance légitime », *Rev. trim. droit européen*, 1984, n° 3, pp. 455-463.

« Capital social et droit communautaire des aides étatiques »

- avec Michel. GERMAIN, *La semaine juridique*, 1989, n° 22, pp. 349-351.
- « Droit de la concurrence – Les décisions de la Commission des Communautés européennes », *Rec. Dalloz-Sirey*, 1990, pp. 277-282 ; *Rec. Dalloz-Sirey*, 1991, pp. 304-316.
- « Les procédures anti-dumping en droit communautaire », *Droit et pratique du commerce international*, 1991, t. 17, n° 1, pp. 42-58.
2. Droit du commerce international
- « Les transferts triangulaires de technologie », *Annuaire de l'URSS et des pays socialistes européens*, 1978, pp. 641-646.
- « La relation du droit au futur : l'expérience de la vente de centrales nucléaires », avec Dominique FASQUEL, Joseph JEHL, & Georges THOMSON, in Philippe KAHN (dir.), *De l'énergie nucléaire aux nouvelles sources d'énergie : vers un nouvel ordre énergétique international*, Librairies Techniques - CREDIMI, 1979, pp. 127-190.
- « Commentaire de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 11 juillet 1984 », *Journal du droit international*, 1985, n° 3, p. 646 s.
- « Petits articles sur les transferts de technologie », in Elio CAMARIN (dir.), *L'état du Tiers monde*, Paris, La Découverte, 1987, s.p.
- « Les obstacles au développement des sociétés de capital-risque », in Marie-Angèle HERMITTE (dir.), *Le droit du génie génétique végétal*, Paris, Librairies techniques, 1987, pp. 103-175.
- « Licences de marque et assurance de la qualité dans les ventes internationales d'ensembles industriels », *Journal du droit international*, 1989, n° 1, pp. 5-40.
- « Marché et territoire », *Espaces et sociétés*, 1994, vol. 77, n° 3, pp. 117-132.
- « L'illicite dans le commerce international des marchandises », in Philippe KAHN, Catherine KESSEKJIAN (dir.), *L'illicite dans le commerce international*, Dijon, Librairies Techniques, Credimi, 1996, pp. 109-175.
- « Droit du marché, territoire et précaution », in Jean-Claude MASCLET (dir.), *La Communauté européenne et l'environnement*, Paris, La documentation française, 1997, pp. 361-382.
- « Marrakech et Carthagène comme figures opposées du commerce international », avec Christine NOUVILLE, in Jacques BOURRINET, Sandrine MALJEAN-DUBOIS (dir.), *Le commerce international des organismes génétiquement modifiés*, Paris, La Documentation française, 2002, pp. 317-349.

Comptes-rendus d'ouvrages

Journal du droit international, 1982, p. 55 ; 1984, p. 556 et p. 740 ;
1985, p. 770 et p. 1029 ; 1986, p. 550 ; 1987, p. 54.

« Les effets environnementaux des échanges », Collectif OCDE
1994, *Natures Sciences Sociétés*, 1996, n° 1, pp. 80-81.

Presse

« Des formes nouvelles de transfert de technologie », *Le Monde
diplomatique*, avril 1988, p. 23.

3. Propriétés intellectuelles

« Deux siècles d'évolution des droits intellectuels. Du modèle
de la propriété foncière au modèle du marché », in François
CARON (dir.), *Les brevets. Leur utilisation en histoire des techniques
et de l'économie. Table Ronde du CNRS à Gif-sur-Yvette, 6 et 7 dé-
cembre 1984*, Paris, Éditions du CNRS, 1984, pp. 21-36.

« Les réponses du droit au démarquage scientifique. Variétés
parasites, variétés déceptives », in Marie-Angèle HERMITTE
(éd.), *La protection de la création végétale. Le critère de la nou-
veauté*, Paris, Librairies techniques, 1985, pp. 49-87.

« Le rôle des concepts mous dans les techniques de déjuridici-
sation. L'exemple des droits intellectuels », *Archives de philo-
sophie du droit*, 1985, n° 30, pp. 331-348 ; repris dans « Les
concepts mous de la propriété industrielle : passage du mo-
dèle de la propriété foncière au modèle du marché », in Ber-
nard EDELMAN et Marie-Angèle HERMITTE (éd.), *L'homme, la
nature et le droit*, Paris, Christian Bourgois, 1988, pp. 85-98.

« Histoires juridiques extravagantes. La reproduction végé-
tale », in Bernard EDELMAN et Marie-Angèle HERMITTE (éd.),
L'homme, la nature et le droit, Paris, Christian Bourgois, 1988,
pp. 40-82.

« Propriété intellectuelle et création végétale », *Actes et communi-
cations de la collection économie et sociologie rurales : Innovation
dans les semences*, 1989, n° 4, pp. 103-110.

« Incertezze giuridiche sul mondo vegetale », *Rivista giuridica
dell'ambiente*, 1990, n° 1, pp. 21-30.

« Ressources génétiques et environnement », in Olivier GODARD
(dir.), *Le droit et l'environnement*, Paris, CNRS, 1990, pp. 303-
307.

« Biotechnologies et brevets – Protection des innovations et libre
circulation des ressources génétiques », avec Pierre-Benoît
JOLY, *INRA Sciences sociales*, 1991, n° 3, p. 4 s.

« Le brevet et ses exclusions : considérations techniques et choix
de société », *Société suisse d'éthique biomédicale*, Genève, 1991,
pp. 1-27.

- « Découvertes et inventions en microgravité », in Philippe KAHN (dir.), *L'exploitation commerciale de l'Espace – Droit positif, droit prospectif*, Dijon, Litec-Credimi, 1992, pp. 333-374.
- « L'animal à l'épreuve du droit des brevets », *Natures Sciences Sociétés*, 1993, vol. 1, n° 1, pp. 47-55.
- « The management and economic potential of biotechnology », avec Pierre-Benoît JOLY, *Biotechnology Review*, 1993, n° 1, pp. 76-94.
- « Les gènes devant l'Office européen des brevets, l'occasion manquée du dialogue démocratique », in *Actes de colloque : La propriété intellectuelle dans le domaine du vivant*, Paris, Académie des Sciences, 1995, pp. 225-235.
- « La protection juridique des inventions biotechnologiques. Le Parlement européen, l'éthique et le droit des brevets », *Europe*, 1998, vol. 8, n° 12, pp. 5-8.
- « Les appellations d'origine dans la genèse des droits de propriété intellectuelle », *Études et Recherches sur les Systèmes Agraires et le Développement*, 2001, n° 32, pp. 195-207.
- « Le déséquilibre des droits sur les ressources génétiques et sur l'innovation comme obstacle à la construction d'un monde commun », in Pierre BOISTARD, Claire SABBAGH, Isabelle SAVINI (dir.), *L'amélioration des plantes, continuités et ruptures*, Actes du Colloque de Montpellier, 17-18 octobre 2002, Montpellier, INRA, 2004, pp. 98-105.
- « La construction du droit des ressources génétiques – Exclusivismes et échanges au fil du temps », in Marie-Angèle HERMITTE et Philippe KHAN (dir.), *Les ressources génétiques végétales et le droit dans les rapports Nord-Sud*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 1-124.
- « L'intégration des PVD dans la mondialisation par l'adaptation du droit de la propriété intellectuelle : Analyse de la loi modèle de l'OUA », in Marie-Angèle HERMITTE et Philippe KHAN (dir.), *Les ressources génétiques végétales et le droit dans les rapports Nord-Sud*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 292-322.
- « Bioéthique et brevets : le nouveau contrat social issu du système international », in Sandrine MALJEAN-DUBOIS (dir.), *La société internationale et les enjeux bioéthiques*, Paris, Pédone, 2006, p. 111-164.
- « La convention sur la biodiversité biologique et les droits intellectuels des peuples autochtones : une lacune française », *Revue juridique de l'Environnement*, 2007, vol. 32, n° 1, pp. 191-213.
- « Les revendications des autochtones sur leurs ressources et leurs connaissances. Économie du partage ou biens souve-

rains ? », in Florence BELLIVIER et Christine NOUVILLE (éd.), *La bioéthique : Batailles autour du partage du vivant*, Paris, Autrement, 2009, pp. 115-135.

- « Frugalité, sobriété et innovation – une approche juridique », in Alexia AUTENNE, Vincent CASSIERS et Alain STROWEL (coord.), *Droit économie et valeurs. Hommage à Bernard Remiche*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 269-291.

Presse

- « Les aborigènes, les “chasseurs de gènes”... et le marché », *Le Monde Diplomatique*, février 1992, p. 25.

Rapports

- « La protection de l'innovation en matière de biotechnologies appliquées à l'agriculture », Annexe au *Rapport sur les applications des biotechnologies à l'agriculture et à l'industrie agro-alimentaire*, Daniel CHEVALLIER, député des Hautes-Alpes, 1990-1991, pp. 115-290 (Assemblée nationale n° 1827, Sénat n° 148).

4. Bioéthique, Corps humain, Embryon

Bioéthique

XVIII

- « De l'éthique au droit ; analyse critique du rapport du Conseil d'État sur les sciences de la vie », *Le Supplément*, 1989, n° 169, pp. 117-138.
- « *Le Droit, la psychanalyse, rencontres* ». Actes du Colloque « Enfances du père », Clichy, Éditions G.R.E.C., 1989, pp. 5-26.
- « Pouvoirs sur la vie, pouvoirs sur la mort, les rôles du droit », in Yves MICHAUD (dir.), *Qu'est-ce que l'humain*, 2000, Paris, Odile Jacob, pp. 539-548.
- « Les limitations légales de la recherche génétique et de la commercialisation de ses résultats : le droit français », avec Florence BELLIVIER *et al.*, *Revue internationale de droit comparé*, 2006, vol. 58, n° 2, pp. 275-318.
- « La bioéthique et la constitution française – Interrogations de privatistes sur les modèles constitutionnels contemporains », in Christian BYK (dir.), *La constitution face au défi de la bioéthique*, Bordeaux, Les Études hospitalières, « Les cahiers du droit de la santé du Sud-Est », 2008, pp. 57-81.
- « De la question de la race à celle de l'espèce - Analyse juridique du transhumanisme », in Guillaume CANSELIER et Sonia DESMOULIN-CANSELIER (dir.), *Les catégories ethno-raciales à l'ère des biotechnologies*, Paris, Société de législation comparée, 2011, pp. 155-170.
- « Le droit de la bioéthique et la logique du projet parental »,

in *Le corps et la loi*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2011, pp. 15-25.

« La gestation pour autrui, approche par la mondialisation », in Marie-Xavière CATTO et Karine MARTIN-CHENUT (dir.), *Procréation assistée et filiation. AMP et GPA au prisme du droit, des sciences sociales et de la philosophie*, Paris, Mare & Martin, 2019, pp. 61-79.

Comptes-rendus d'ouvrages

« *Automates et chimères – Le prophète et l'analyste, pour une relecture hoffmanienne de Freud*, Michel Tibon-Cornillot », *La Topique, Revue de psychanalyse*, 1994, p. 316 s.

« *Les droits de la vie*, Jean-François Mattei, Odile Jacob, 1996, 196 p. », *Natures Sciences Sociétés*, 1997, vol. 5 n° 3, pp. 78-79.

« *Discours sur la bioéthique*, Pierre-André Taguieff et Michel Tournier (coord.), *Revue Mots-Les langages du politique*, n° 44-1995, Presses de Sciences Po», *Natures Sciences Sociétés*, 1997, n° 2, pp. 77-78.

Entretiens

Entretien avec Sylvie LAURENT-NANDKISSORI, « Au-delà des femmes, les enfants, les donneurs de sperme et la médecine », *Psychologues et Psychologies, La PMA*, 2017, n° 252, pp. 57-62.

Entretien avec Christian BYK et Virginie TOURNAY « La bioéthique invite le droit à éclairer la complexité de nos sociétés pour en faciliter la transformation « civilisée », *La semaine juridique – édition générale*, 7 octobre 2019, n° 41, pp. 1722-1727.

Presse

« Pour des états généraux de la biomédecine », avec Bernard EDELMAN *et al.*, *Libération, Rebonds*, 3 février 1989, s.p.

« Sous l'œil du juge européen : Fabriquer jusqu'au bout l'homme de marché ? », *Le Monde diplomatique*, janvier 1991, p. 32.

« Ces gènes indésirables », *Le Monde Diplomatique*, mai 1994, p. 19.

« Assurance, emploi : la nouvelle donne ? », *Biofutur*, 181, sept. 1998, pp. 30-33.

Corps humain

« Le corps humain, hors du commerce, hors du marché », *Archives de philosophie du droit*, 1988, n° 33, pp. 323-346.

« Les produits du corps humain, choses d'origine humaine et à destination humaine », in Raphaël Draï et Michèle Hari-chaux, *Bioéthique et droit*, Paris, PUF, 1988, pp. 218-221.

« Le droit civil du contrat d'expérimentation », et « Réflexions

- d'un juriste sur le rapprochement des mots économie et expérimentation », in Alice MARANGOPOULOS-YOTOPOULOS (éd.), *Expérimentation biomédicale et droits de l'homme*, Paris, PUF, 1988, pp. 34-55.
- « La libération du marché du corps humain », *Le magazine freudien*, 1989, p. 51 s.
- « Le corps en kit », *Che vuoi ? Episodique*, *Cercle freudien*, 1989, n° 2, pp. 1-2.
- « L'expression juridique des objets génétiques », *Quaderni*, 1991, n° 11, pp. 75-88.
- « La commercialisation du corps humain et de ses produits », in Gilbert HOTTOIS & Marie-Hélène PARIZEAU, *Les mots de la bioéthique, un vocabulaire encyclopédique*, Bruxelles, Université libre de Bruxelles, 1991, pp. 19-23, remanié et traduit « Die Kommerzialisierung des menschlichen Körpers im 20. Jahrhundert », in *Körper und Politik*, 1992, n° 1, pp. 17-29.
- « Le projet génome humain : liberté de la recherche et démarche démocratique », *Revue internationale de droit économique*, 1993, vol. 7, n° 1, pp. 29-51 ; republié dans Françoise FURKEL und Heike JUNG, *Bioethik und Menschenrechte*, Cologne, Carl Heymanns Verlag GmbH, 1993, pp. 41-65.
- « Consentement et prélèvement d'organes sur cadavres », *Éthique et transplantation*, *Club de la Transplantation*, Cilag, 1993, pp. 81-90.
- « Le droit dans le drame de la transfusion sanguine », in Monette VACQUIN (dir.), *La responsabilité : la condition de notre humanité*, Paris, Autrement, 1994, pp. 200-225.
- « Sang contaminé, l'affaire de la grâce », *Natures Sciences Sociétés*, 1994, n° 2, pp. 166-167.
- « Le clonage comme redécouverte du politique », *Cahiers du CCNE*, 1997, pp. 3-4.
- « Le contentieux des naissances handicapées (Cass. civ. 26 mars 1996 et Cons. d'État 14 février 1997 », 1997, *Gazette du Palais*, n° spécial de droit de la santé, pp. 1-5.
- « Droit de la responsabilité et transfusion sanguine – Équité, opportunité ? », *Transfus. Clin Biol*, 1997, vol. 4, n° 3, pp. 321-328.
- « Le clonage dans l'ordre juridique », *La Lettre de l'AREHESS*, 1998, n° 20, pp. 13-4.
- « L'utilisation des tests génétiques par les assureurs », *Médecine / Sciences*, 2000, n° 16 (11), pp. 1232-1235.
- « Les Français attachés au droit commun, réticents à l'égard du droit de la bioéthique », avec Robert CARVAIS, in Robert CARVAIS et Marilynne SASPORTES (dir.), *La greffe humaine : (in*

certitudes éthiques, du don de soi à la tolérance de l'autre, Paris, PUF, 2000, pp. 843-869.

- « Le droit de la responsabilité en matière de transplantation », in Robert CARVAIS et Marilyne SASPORTES (dir.), *La greffe humaine : (in)certitudes éthiques, du don de soi à la tolérance de l'autre*, Paris, PUF, 2000, pp. 702-718.
- « Utopies et génome humain, une approche juridique », in Lucien SFEZ (dir.), *L'utopie de la santé de la santé parfaite*, Paris, PUF, 2001, pp. 363-378.
- « De l'avortement aux procréations artificielles, la toute-puissance du projet parental », *Natures Sciences Sociétés*, 2007, vol. 15, n° 3, pp. 273-279.

Comptes-rendus d'ouvrages

- « Pour une histoire du statut juridique du corps. À propos de L'Affaire de la main volée de Jean-Pierre Baud », *Natures Sciences Sociétés*, 1995, vol. 3, n° 1, pp. 48-53.
- « *Les choses hors commerce*, Isabelle Moine, Paris, LGDJ, 1987, 438 p. », *Natures Sciences Sociétés*, 1997, vol. 5, n° 3, p. 79 s.
- « L'approche romanesque des prélèvements d'organes, à propos de deux romans, *Ma vie pour la tienne* de Jodi Picoult et *Auprès de moi toujours* de Kazuo Ishiguro », *Natures Sciences Sociétés*, 2009, vol. 17, pp. 171-175.
- « *À l'épreuve du sang contaminé. Pour une sociologie des affaires médicales*, Emmanuelle Fillon, Paris, Éditions de l'EHESS, 2009, 328 p. », *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 2010, vol. 65, n° 1, pp. 214-216.

Presse

- « Les organes sont-ils un capital à gérer ? », *Sens Magazine*, novembre 1991, n° 2, pp. 91-92.
- « L'affaire Moore, ou la diabolique notion du droit de propriété », *Le Monde diplomatique*, décembre 1988 et republié dans « L'homme en danger de science », *Manière de voir*, mai 1992, pp. 78-79.

Embryon

- « L'embryon aléatoire », in Jacques TESTART (dir.), *Le magasin des enfants*, François Bourin, 1990, pp. 238-265.
- « Le diagnostic préimplantatoire des embryons humains », in *Conception, Fertilité, sexualité*, 1990, vol. 18, n° 7-8, pp. 576-578.
- « À propos du diagnostic génétique pré-implantatoire », *Conception, Fertilité, sexualité*, 1991, vol. 19, n° 11, pp. 905-906.
- « Sciences, Technologies et religions », *Archives de philosophie du droit*, 1991, t. 36, pp. 109-134.
- « L'embryon humain, la science et le droit. Essai de chronolo-

gie », in Catherine LABRUSSE, Bertrand MATHIEU et Jean-Noël MAZEN (dir.), *La recherche sur l'embryon : Qualifications et enjeux, Revue générale de droit médical*, n° spécial, 2000, pp. 17-40.

Presse

« Si l'embryon n'est pas une personne, c'est néanmoins un être humain », *Biofutur*, 1999, n° 188, pp. 24-25.

5. Santé et environnement

« Santé, environnement. Pour une deuxième révolution hygiéniste », in Nicolas DE SADELEER (dir.), *L'homme et l'environnement, en hommage à Alexandre Kiss*, Paris, Frison-Roche, 1997, pp. 23-45.

« L'obligation d'information en matière de santé publique à la lumière de la loi du 1^{er} juillet 1998 sur la sécurité sanitaire », avec Christine NOUVILLE, *Gazette du Palais*, n° spécial « Droit de la santé », 24 octobre 1998, pp. 42-48.

« Introduction générale », *Les réponses du droit aux crises sanitaires*, (dir.) François ROUSSEAU et Karine FOUCHER, Paris, L'Harmattan, 2016, pp. 11-40.

« Itinéraire d'une alerte sur la santé cardiovasculaire des enfants nés par FIV » avec Florence GRUAT *et al.*, *Cahiers Droit, Sciences & Technologies*, 2021, n° 12, pp. 147-167.

Compte-rendus d'ouvrages

« *Le Développement durable : dynamique et constitution d'un projet*, Edwin Zaccai, PIE-Peter Lang, 2002, 358 p. », *Natures Sciences sociétés*, 2005, n° 13, pp. 335-349.

« *La santé des Français*, Haut comité de la santé publique (ed.), Collection « Repères », La Découverte, 1995, 128 p. », *Natures Sciences Sociétés*, 1997, n° 2, p. 82.

Entretiens

« Entretien sur la pandémie », in Arnaud MACE, Patrick GIRAUDOUX et Aliénor BERTRAND (dir.), *Les Temps des Pandémies*, Berlin, Paris, à paraître.

6. Droit des sciences et des techniques

Questions théoriques

« L'autonomie du droit par rapport à l'ordre technologique », *Ordre juridique et ordre technologique. Cahiers STS*, 1986, n° 12, pp. 96-106.

« Une appropriation de plus en plus précoce du savoir scientifique » et « Les rapports de la science et du droit bouleversés par le développement de la biologie », in Nicolas WITKOWSKI (dir.), *L'état des sciences et des techniques*, La Découverte, 1991, pp. 142-143 et 114-115.

« Nul n'est censé ignorer la science », Table-ronde Mécomptes

- de la folie, *Association Pratiques de la folie*, 1992, pp. 17-26.
- « Le droit à l'inventaire des progrès techniques – Réponse à Axel KAHN », avec Etienne LANDAIS, *Annales des mines*, juillet 1997, pp. 67-70.
- « Technology protection system versus *Terminator* », *Natures Sciences Sociétés*, 1999, vol. 7, n° 1, p. 3.
- « Le geste auguste du semeur n'est plus ce qu'il était », *Natures Sciences Sociétés*, 1999, vol. 7, n° 4, pp. 32-35.
- « La fondation juridique d'une société des sciences et des techniques par les crises et les risques », in Claudine BURTON-JEANGROS, Christian GROSSE et Valérie NOVEMBER (dir.), *Face au risque*, Chêne-Bourg, Georg Éditions, 2007, pp. 29-71. Traduction en espagnol : « Fundación jurídica de una sociedad de las ciencias y de la técnica a través de las crisis y los riesgos », in Marcelo DIAS VARELLA (dir.), *Direito, sociedade e riscos. A sociedade contemporânea vista a partir da idéia de risco*, Brasília, UNICEUB, 2007, pp. 7-29.
- « L'administration de la preuve scientifique dans les dispositifs juridiques », in Ève TRUILHÉ-MARENGO (dir.), *Preuve scientifique, preuve juridique*, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 97-128.
- « Synthèse », in Pauline MILON et David SAMSON (dir.), *Révolution juridique Révolution scientifique. Vers une fondamentalisation du droit de l'environnement*, Marseille, PU Aix-Marseille, 2014, pp. 323-332.

XXIII

Questions politiques

- « La responsabilité pénale des ministres », *Les petites affiches, numéro spécial sur la responsabilité des professionnels*, 2001, pp. 16-23.
- « À la recherche d'une "démocratie technique". Enseignements de la conférence citoyenne sur les OGM en France », avec Pierre-Benoît JOLY et Claire MARRIS, *Natures Sciences Sociétés*, 2003, vol. 11, n° 1, pp. 3-15.
- « Les zones sans Plantes Génétiquement Modifiées en droit européen », *Journal International de Bioéthique*, 2006, vol. 17, n° 3, pp. 39-63.
- « Gouvernance, réglementation et aspects juridiques - acteurs officiels, acteurs inattendus », in *L'expertise scientifique : 20 années d'évaluation*, Commission du Génie Biomoléculaire, Paris, 2007, pp. 81-84.
- « La conférence de citoyens sur la gestion des déchets nucléaires dans le cadre du projet Cigéo », *Les cahiers de Global Chance*, juin 2014, n° 35, pp. 44-51.
- « Transhumanismes, GAFAM et souveraineté étatique » avec Gabriel DORTHE et Romain ZANOLLI, in Émilie GAILLARD et

Amandine CAILLOL (dir.), *Les grandes notions du transhumanisme*, Mare et Martin, à paraître en 2023.

Questions pratiques

- « Rapport introductif », in Serge SOUMASTRE (dir.), *Droit et génie génétique. Premier bilan international et européen des réglementations et des nouvelles politiques*, Paris, Elsevier, 1994, pp. 17-25.
- « La traçabilité des personnes et des choses. Précaution, pouvoirs et maîtrise », in Philippe PÉDROT (dir.), *Traçabilité et responsabilité*, Paris, Economica, 2003, pp. 1-44.
- « La nature juridique des quotas de gaz à effet de serre. Une histoire intellectuelle », *Annales de la régulation*, 2006, n° 1, pp. 541-585.
- « La nature juridique du projet de coexistence entre filières OGM et filières non-OGM : pluralisme technologique et liberté du commerce et de l'industrie », *Cahiers Droit, Sciences & Technologies 1, Dossier thématique : droit et nanotechnologies*, 2008, pp. 159-177. Traduction en italien: « Il pluralismo tecnologico nel diritto delle biotecnologie » in C. GRAZIA, R. GREEN, A. HAMMOUDI (dir.), *Qualità e sicurezza degli alimenti, una rivoluzione nel cuore del sistema agroalimentare*, Milano, Franco Angeli, 2009, pp. 301-321.
- « Qu'est-ce qu'un droit des sciences et des techniques ? À propos de la traçabilité des OGM », *Tracés. Revue de Sciences humaines*, 2009, n° 16, pp. 63-75.
- « Faut-il compter sur le droit ? » in Dominique BOURG, Alain PAPAUX (dir.), *Vers une société sobre et désirable*, Paris, PUF, 2010, pp. 172-196.
- « Rapport de synthèse de la journée d'étude sur le "Quota de gaz à effet de serre" », *Revue Lamy - Droit des affaires*, 2011, pp. 32-45.
- « Legal issues, an overview on co-existence policies: technological pluralism, confidence economy, transnational supply chains », avec Shabnam ANVAR *et al.*, in Yves BERTHEAU (ed.), *Co-Extra final book, Coexistence and traceability*, United Kingdom, Wiley-Blackwell, 2012, p. 415 s.
- « Sujets politiques et «origine du droit» dans la société des sciences et des techniques », in Dominique BOURG, Pierre-Benoît JOLY, Alain KAUFMANN (dir.), *Du risque à la menace*, Paris, PUF, 2013, pp. 165-198.
- « Qui veut gouverner les transitions agroenvironnementales ? », in Frédéric GOULET, Patrick CARON, Bernard HUBERT, Pierre-Benoît JOLY (dir.), *Sciences, techniques et agricultures : Gouverner pour transformer*, Paris, Presses des mines, 2022, pp. 173-186.

Comptes-rendus d'ouvrages

- « Société et révolution biologique, Pour une éthique de la responsabilité, Axel Kahn, *Sciences en questions*, INRA-Éditions, 1996, 94 p. », *Natures Sciences Société*, 1997, n° 3, pp. 79-81.
- « Technologie, éthique et société, utopie ou nécessité pour demain, Colloque organisé à l'Assemblée nationale le 4 juin 1996, Alain POMPIDOU (dir.), *Association Pacte*, 94 p. » *Natures Sciences Société*, 1997, n° 3, pp. 79-81.
- « Entre savoir et décision, l'expertise scientifique, Philippe Roqueplo, *Sciences en questions*, INRA-Éditions, 1997, 112 p. » *Natures Sciences Société*, 1997, n° 3, pp. 79-81.

Presse

- « L'esprit des lois ... le débat n'aura pas lieu », *Biofutur*, 1989, n° 83, p. 65 s.
- « Table ronde : Les vivants et les lois », in Roger POL-DROIT (textes réunis par), *Science et philosophie – pour quoi faire ?*, Paris, Le Monde éditions, 1990, pp. 356-363.
- « La conférence de citoyens, un nouvel outil pour le débat », *Pratiques*, 1998, n° 4, s.p.
- « La fin des apprentis sorciers », entretien avec Anton Vos, *Journal de Genève et Gazette de Lausanne*, 18 octobre 1999, s.p.
- « Les conférences de citoyens », in *Profession éducation*, SGEN-CFDT, Gouvernance, 2017, n° 251, pp. 22-23.

XXV

Rapports

- « Legal Issues, an Overview on Co-Existence Policies: Technological Pluralism, Confidence Economy, Transnational Supply Chains », avec Shabnam ANVAR *et al.*, in Yves BERTHEAU (ed.), *Genetically Modified and Non-Genetically Modified Food Supply Chains: Co-Existence and Traceability*, Oxford, Wiley Blackwell, 2012, pp. 415-432.

7. Risques

- « La dissémination volontaire d'organismes génétiquement modifiés dans l'environnement. Une première application du principe de prudence », avec Christine NOUVILLE, *Revue juridique de l'Environnement*, 1993, vol. 18, n° 3, pp. 391-417.
- « La responsabilité en matière de dissémination des organismes génétiquement modifiés dans l'environnement », *Revue Risques*, 1994, n° 14, pp. 101-119.
- « Les OGM et la précaution : comme un parfum de nostalgie », in Jean-Marie PELT *et al.* (dir.), *Génie génétique. Des chercheurs citoyens s'expriment*, Paris, Sang de la Terre, 1997, pp. 79-103.
- « Le principe de précaution à la lumière du drame de la transfusion sanguine en France », in Olivier GODARD (dir.), *Le prin-*

cipe de précaution dans la conduite des affaires humaines, Paris, INRA Éditions, 1997, pp. 179-198.

- « Note sous TGI d'Agen, 18 fév.1998. Procès des casseurs ou procès du maïs », *Gazette du Palais*, 20-21 mai 1998, pp. 30-37.
- « Propositions pour le principe de précaution à la lumière de l'affaire de la vache folle », avec Dominique DORMONT, in Philippe KOURILSKY et Geneviève VINEY (dir.), *Le Principe de précaution*, Paris, Odile Jacob, 2000, pp. 341-386.
- « Évaluation des risques et principe de précaution », avec Virginie DAVID, *Les Petites Affiches*, 30 novembre 2000, n° 239 spécial sur le principe de précaution, pp. 13-37, remanié dans Bernard-Marie LACHAL et Franco ROMERIO-GIUDICI (dir.), *L'énergie, controverses et perspectives*, Genève, Cuepe, 2003, pp. 15-50.
- « Avaliação dos riscos e princípio da precaução », avec Virginie DAVID, in Marcelo DIAS VARELLA, Ana Flávia BARROS PLATIAU et Alexandre Charles KISS (orgs.), *Princípio da precaução*, Belo Horizonte, Del Rey, 2004, pp. 93-155.
- « Os fundamentos jurídicos da sociedade do risco, uma análise de U. Beck », in Marcelo DIAS VARELLA (coord.), *Governo dos riscos*, Brasília, UNICEUB/UNITAR, 2005, pp. 6-22.
- « Relire l'ordre juridique à la lumière du principe de précaution », in Christine NOUVILLE (dir.), *Dossier sur le principe de précaution*, *Recueil Dalloz*, 2007, n° 22, pp. 1518-1523.
- « Ce que fait AH1N1 au principe de précaution », avec Francis CHATEAURAYNAUD et Jacques TESTART, *Experts*, 2010, n° 89, pp. 47-48.
- « Legal Issues, an Overview on Co-Existence Policies: Technological Pluralism, Confidence Economy, Transnational Supply Chains », avec Shabnam ANVAR *et al.*, in Yves BERTHEAU (ed.), *Genetically Modified and Non-Genetically Modified Food Supply Chains: Co-Existence and Traceability*, Oxford, Wiley-Blackwell, 2012, pp. 415-432.
- « Débats publics et nucléaire. L'expérience de la conférence de citoyens sur la gestion des déchets nucléaires dans le cadre du projet Cigéo », in Isabelle DOUSSAN (dir.) *Les futurs du droit de l'environnement – Simplification, modernisation, régression*, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 189-205.
- « Les influences exercées par la culture de la précaution sur le droit de la responsabilité civile », in Dominique FENOUILLET (dir.), *Flexibles notions, La responsabilité civile*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2020, pp. 199-226.

Comptes-rendus d'ouvrages

- « Les techniques de la transgénèse en agriculture : de la science au politique. À propos du Rapport de l'Académie des Sciences sur les applications de la transgénèse aux animaux

- et aux végétaux », *Natures Sciences Sociétés*, 1994, Vol. 2, n° 4, pp. 356-365.
- « Questions d'une juriste à un sociologue. À propos de l'ouvrage d'Alexis Roy "Les experts face au risque : le cas des plantes transgéniques" », *Natures Sciences Sociétés*, 2003, vol. 11, n° 1, pp. 37-45.
8. L'expertise scientifique
- « L'expertise scientifique à finalité politique. Réflexions sur l'organisation et la responsabilité des experts », 1997, *Justices*, n° 8, pp. 79-103.
- « Expertise scientifique et État de droit - l'idée de "démocratie continue" », in Thomas FERENCZI (dir.), *Les défis de la technoscience*, Bruxelles, Complexe, 2002, pp. 71-85.
- « L'expert, le profane et le politique », in Henri ATLAN *et al.*, *Savoirs et Démocratie*, Marseille, Parenthèses, 2003, pp. 101-120.
- « Quelques pistes pour un statut juridique du chercheur lanceur d'alerte », avec Christine NOUVILLE, *Natures Sciences Sociétés*, 2006, vol. 14, n° 3, pp. 269-277.
- « Les trois économies : connaissance, risque et confiance (à propos de la traçabilité des OGM) », *Annales de la régulation*, 2009, vol. 2, pp. 193-218.
- « Aspects juridiques de la protection du lanceur d'alerte », in Jean-Marie MUR (dir.), *L'émergence des risques*, Les Ulis, EDP Sciences, 2012, pp. 265-296.
- « Proposition de loi sur les alertes informelles dans les domaines sanitaire et environnemental », avec Christine NOUVILLE, in Jean-Marc LAVIEILLE, Julien BÉTAILLE et Michel PRIEUR (dir.), *Les catastrophes écologiques et le droit : échecs du droit, appels au droit*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 498-516.
- « La notion de conflit d'intérêts dans les champs de la santé et de l'environnement : regards philosophique et juridique », avec Pierre LE Coz, *Journal International de Bioéthique*, 2014, vol. 25, n° 2, pp. 15-50.
- « Expertise scientifique : l'indépendance n'est pas tout », *Pour-lascience.fr*, 2014, n° 439, p. 1 s.
- « Le lanceur d'alerte, héros des sociétés scientifiques et techniques », in Réseau Européen de Recherche en Droit de l'Homme (dir.), *Héroïsme et droit*, Paris, Dalloz, 2014, pp. 135-148.
- « Alertes et lanceurs d'alertes à l'épreuve des lois sanitaires Bertrand (2011) et Blandin (2013) : nécessité d'une mise en cohérence et d'un renforcement de leur efficacité », Paris, Fondation Sciences Citoyennes, 2015, pp. 1-9.

Comptes-rendus d'ouvrages

- « Questions d'une juriste à un sociologue : À propos de l'ouvrage d'Alexis Roy - Les experts face au risque : le cas des plantes transgéniques », *Natures Sciences Sociétés*, 2003, n° 11, pp. 37-45.

Presse et entretiens

- « Évaluation et gestion des risques – Expertise scientifique et décision publique », Table-ronde organisée le 28 février 2017 par Martine REMOND-GUILLOUD avec Annick ALPEROVITCH, Axel KAHN, Jean NESTOR, Philippe ROQUEPLO, Yves SOYEUX et Bernard WOLFER, Paris, ENGREF, 1998, pp. 5-65.
- « Pour une Agence de l'expertise scientifique. Comment faire bénéficier les experts de l'expérience accumulée par la pensée juridique », *La Recherche*, 1998, vol. 29, n° 309, pp. 95-97.
- « Il faut tuer le consensus », Dossier Santé et environnement, *Pratiques*, 1998, n° 4, pp. 28-30.
- « La science doit entrer dans l'État de droit », Entretien avec Corinne BENSIMON, *Libération*, Week-end Rencontre, 24 mars 2002, s.p.
- « Expertise scientifique, l'indépendance n'est pas tout », Propos recueillis par Maurice Marshaal, *Pour la Science*, mai 2014, pp. 14-16.
- « Lutter contre les conflits d'intérêts », avec Pierre LE COZ, in *Sciences humaines*, 2018-2019, n° 53, pp. 70-72.

9. Diversité biologique

- « Le concept de diversité biologique et la création d'un statut de la nature », in Bernard EDELMAN et Marie-Angèle HERMITTE (dir.), *L'homme, la nature, le droit*, Paris, Christian Bourgois, 1988, pp. 238-286.
- « La Convention sur la diversité biologique », *Annuaire Français de Droit International*, 1992, vol. 38, n° 1, pp. 844-870.
- « La circulation des ressources génétiques végétales », *Cahiers d'économie rurale*, 1992, vol. 208, n° 1, pp. 85-88, repris dans « Complexe d'espèces, flux de gènes et ressources génétiques des plantes, hommage à Jean Pernès », *Bureau des ressources génétiques*, 1992, pp. 517-526.
- « La dissémination volontaire d'organismes génétiquement modifiés dans l'environnement. Une première application du principe de prudence », avec Christine NOUVILLE, *Revue juridique de l'Environnement*, 1993, vol. 18, n° 3, pp. 391-417.
- « O acesso aos recursos biológicos: panorama geral », in Ana Flavia BARROS PLATIAU, *Diversidade biológica e conhecimentos tradicionais*, Belo Horizonte, Del Rey, 2004, p. 1 s.

- « Les OGM et l'évolution du droit international », in Emmanuel CADEAU (dir.), *Perspectives du droit public : études offertes à Jean-Claude Hélin*, Paris, LITEC, 2004.
- « La convention sur la diversité biologique a quinze ans », avec Isabelle DOUSSAN *et al.*, *Annuaire Français de Droit International*, 2006, vol. 52, n° 1, pp. 351-390.
- « Actualités de la convention sur la diversité biologique : science et politique, équité, biosécurité », avec Sandrine MALJEAN-DUBOIS et Ève TRUILHÉ-MARENGO, *Annuaire Français de Droit International*, 2011, vol. 52, n° 1, pp. 399-437.
- « Édouard Bonnefous et la biodiversité : “Vox clamantis in deserto” ou illustration du schisme de réalité », in Catherine BRÉCHIGNAC, Gabriel de BROGLIE et Mireille DELMAS-MARTY (dir.), *L'environnement et ses métamorphoses*, Paris, Hermann, 2015, pp. 95-122.
- « Les débats parlementaires autour de la notion de “communautés d'habitants”. La République, le peuple français et les communautés d'habitants », in Chantal CANS et Olivier CIZEL (dir.), *Loi biodiversité. Ce qui change en pratique*, Montrouge, Éditions Législatives, 2017, pp. 511-530.

Comptes-rendus d'ouvrages

- « *Les techniques de la transgénèse en agriculture : de la science au politique* », *Natures Sciences Sociétés*, 1994, vol. 2, n° 4, pp. 356-365.
- « *Le Vivier de Darwin*, Tijs Goldschmidt. Le Seuil, coll. Science ouverte, 2002, 304 p. », *Natures Sciences Sociétés*, 2005, vol. 13, n° 2, pp. 216-218.
- « *L'Avenir de la vie*, Edward O. Wilson. Le Seuil, coll. Science ouverte, 2002, 288 p. », *Natures Sciences Sociétés*, 2005, vol. 13, n° 2, p. 218.

Presse

- « La gestion d'un patrimoine commun : l'exemple de la diversité biologique », in Martine BARRÈRE (dir.), *Terre, patrimoine commun : la science au service de l'environnement et du développement*, Paris, La Découverte, 1992, pp. 120-129.
- « L'indispensable diversité biologique », in *Demain la Terre, les prophéties de J-Y. Cousteau, le diagnostic de quarante experts, revue Le Nouvel Observateur*, Collection Dossiers, 1992, n° 11, s.p.

10. Animismes juridiques

- « Le droit du vivant, sauvegarder la différence de l'humanité », in Claire BRISSET et Jacques STOUFFLET (dir.), *Santé et médecine, l'état des connaissances et des recherches*, Paris, La Découverte – INSERM – ORSTOM, 1988, pp. 570-571. « Le vivant et le droit », *Le courrier du CNRS*, 1990, n° 75, pp. 41-42.

- « Pour un statut juridique de la diversité biologique », *Revue française d'administration publique*, 1990, n° 53, pp. 33-40.
- « Le droit et la vision biologique du monde », in Alain ROGER et François GUÉRY (dir.), *Maîtres et protecteurs de la nature*, Ceyzérieu, Champs Vallon, 1991, pp. 85-104.
- « Reconnaître des droits ... à la nature », in Nicolas WITKOWSKI (dir.), *L'état des sciences et des techniques*, La Découverte, Paris, 1991, pp. 59-60.
- « La nature entre l'éthique et le marché », in Jacques THEIS (dir.), *Environnement et gestion de la planète, Cahiers français, La documentation Française*, 1991, n° 250, pp. 120-126.
- « Der Natur Rechte zuerkennen », *Zeit Schrift – Kultur, Politik, Kirche*, 1992, n° 2, pp. 92-93.
- « Les droits de l'homme pour les humains, les droits des singes pour les grands singes ! », *Le Débat*, 2000, n° 108, pp. 168-174.
- « L'animal, sujet de droit ? » avec Florence BURGAT et Antoine GARAPON in Florence BURGAT et Robert DANTZER (dir.), *Les animaux d'élevage ont-ils droit au bien-être ?*, Paris, INRA, 2001, pp. 135-148.
- « L'animal est déjà un sujet de droit », in Florence BURGAT (dir.), *L'animal dans nos sociétés*, Paris, La Documentation française, 2004, p. 50 s.
- « La nature, sujet de droit ? », *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 2011, vol. 66, n° 1, pp. 173-212.
- « Préface », in Marc VINCENT, *Les alpages à l'épreuve des loups : Pratiques de bergers entre agri-environnement et prédateur protégé*, Versailles, Quae, 2011, pp. 7-14.
- « Artificialisation de la nature et droit(s) du vivant », in Philippe DESCOLA (dir.), *Les Natures en question*, Paris, Odile Jacob, 2018, pp. 257-284, repris dans *La lettre du Collège de France*, 2019, n° 44, p. 22 s.
- « L'intérêt d'une constitutionnalisation des normes relatives au vivant », in Xavier BIOY (dir.), *Les droits constitutionnels du vivant. Approches comparées de nouveaux objets constitutionnels : bioéthique et environnement (Néo constitutionalisme)*, Paris, Mare & Martin, 2019, pp. 17-54.
- « Laissons les arbres planter du droit », in Mathieu TOUZEIL-DIVINA (dir.), *L'Arbre, l'Homme & le(s) droit(s), ouvrage célébrant le 65e anniversaire de la parution de L'homme qui plantait des arbres de Jean Giono, réalisé en hommage au professeur Jean-Claude Touzeil*, *Revue méditerranéenne de droit public*, 2019, vol. X, pp. 67-76.
- « Each Object Has its Own Subject! The Legal Revolutions of

the Human-Nature Relationship », in Emilie GAILLARD and David FORMAN (ed.), *Legal Actions for Future Generations*, Bristol, Peter Lang, 2020, pp. 185-210.

Version française remaniée « À chaque objet son sujet ! Les révolutions juridiques de la relation homme – nature », in Émilie GAILLARD & David FORMAN (dir.), *Agir en justice au nom des générations futures*, Mare et Martin, à paraître en 2023.

« Le vivant », in Jean Baptiste RACINE (dir.), *Le droit économique au XXI^e siècle*, Paris, LGDJ Editions, 2020, pp. 693-712.

« Animisme Juridique » et « Biens et maux communs » in Marie CORNU, Fabienne ORSI et Judith ROCHFELD (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, Paris, PUF, 2021, pp. 50-53 et pp. 138-142.

« Vers des institutions animistes », in Camille DE TOLEDO (mise en récit), *Le fleuve qui voulait écrire. Les auditions du parlement de Loire*, Paris, Manuella Editions/LLL-Les liens qui libèrent, 2021, pp. 303-323.

« Quel type de personnalité juridique pour les entités naturelles ? » in Jean-Pierre MARGUENAUD et Claire VIAL (dir.), *Droits des êtres humains et droits des autres entités – Une nouvelle frontière ?*, Paris, Mare & Martin, 2021, pp. 83-123.

Comptes-rendus d'ouvrages

« La Cause animale (1820-1980) : essai de sociologie historique, Christophe Traini, PUF, 2011, 234 p. », *Natures Sciences Sociétés*, 2012, vol. 20, n° 3, pp. 376-377

« Qui sont les animaux ?, Jean Birnbaum (dir.), Gallimard, 2010, 272 p. », *Natures Sciences Sociétés*, 2012, vol. 20, n° 3, pp. 377-380.

« Les arbres doivent-ils pouvoir plaider ? Vers la reconnaissance de droits juridiques aux objets naturels, Christopher Stone. Préface Catherine Larrere, Le Passager clandestin, 2017, 154 p. », *Natures Sciences Sociétés*, 2019, n° 1, pp. 101-120.

« Géraldine Aidan et Danièle Bourcier (dir.), Humain Non-Humain – Repenser l'intériorité du sujet de droit, Paris, LGDJ, 2021, 224 p. », *Blog Droit & Société*, <https://ds.hypotheses.org/9241>.

Préface

Préface du livre d'Olivier CLERC, *Éthique et droit de la préservation de la nature sauvage dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2021, pp. 7-17.

Presse

« Les animaux d'élevage ont-ils droit au bien-être ? », in Florence BURGAT et Robert DANTZER (dir.), *Transcription d'un débat radiophonique, produit et animé par Antoine GARAPON entre*

Marie-Angèle HERMITTE et Florence BURGAT, centré sur le thème de
l'animal sujet de droit, Paris, INRA, 2001, pp. 137-139.

- « Personnalité juridique – La nature au tribunal », *Revue Sésame*,
par Laura Martin-Meyer, Mai 2022, <https://revue-sesame-inrae.fr/personnalite-juridique-la-nature-au-tribunal/>
- « Le combat du fleuve qui parle », *Le Magasine du Monde*, par
Valentine Faure, 11 juillet 2022, https://www.lemonde.fr/m-le-mag/article/2022/07/11/en-corse-le-combat-du-fleuve-qui-parle_6134229_4500055.html
- « Le combat du Tavignanu », *Corse matin*, 25 juillet 2022, s.p.

11. Théorie du droit

- « L'expression juridique des objets génétiques », *Quaderni*, 1990,
vol. 11, n° 1, pp. 75-88.
- « Juristes, paysans et paysages », *Pages, paysages*, 1992-1993,
n° 4, p. 13 s.
- « Le rôle du droit dans les phénomènes de crise », in Claude
GILBERT (dir.), *L'expérience de la transfusion sanguine. Risques
collectifs et situations de crises*, 1996, n° 6, pp. 12-120.
- « Le droit est un autre monde », in *Les objets du droit, Enquête*,
1999, n° 7, pp. 17-37.
- « Les zones sans plantes génétiquement modifiées en droit euro-
péen – L'illégalité comme stratégie juridique », *Journal inter-
national de bioéthique*, 2006, vol. 17, n° 3, pp. 39-63.
- « Les choses, un séminaire imaginaire », *Agenda de la pensée
contemporaine*, 2009, n° 14, pp. 149-157.
- « Raymond Aron, la ligne claire, Europe n° 1 du 19 octobre
1968 au 29 mars 1970 », in Élisabeth DUTARTRE-MICHAUD
(dir.), *Cahiers de l'Herne*, 2022, pp. 207-211.
- « Nous n'avions pas lu Artaud ... Corps sans organes, Biomé-
decine, Transhumanismes », in Florence BELLIVIER, Loïc CA-
DIET, Christine NOUVILLE et Didier TRUCHET (dir.), *Mélanges
en l'honneur du professeur Catherine Labrusse-Riou*, Paris, IRJS
éditions, 2022, pp. 297-329.

Rapports

- « Le procès comme forme de mobilisation » avec Antoine BERNARD
de RAYMOND, Gilles TÉTART et Francis CHATEAURAYNAUD (dir.),
*Les OGM entre régulation économique et critique radicale - Rapport
du programme OBSOGM, ANR OGM*, Paris, GSPR, 2010.

Préfaces

- « Préface à Yan Thomas : les opérations du droit » avec Paolo
NAPOLI, Paris, Le Seuil-EHESS, 2011, pp. 7-15.
- « Libres propos sur les transhumanismes », in Amandine CAYOL
et Émilie GAILLARD (dir.), *Regards croisés sur les transhuma-
nismes*, Paris, Peter Lang, 2022, pp. 13-34.

Sélection de vidéos de Marie-Angèle Hermitte

2000

Faut-il être hérétique pour innover en science ?, XVIIème Festival Sciences – Frontières : <https://www.youtube.com/watch?v=baxVH4LrHEw&t=475s>

2007

Intérêt général et droits de propriété intellectuelle en matière pharmaceutique, l'inutilité de la notion de bien public mondial. Figures et problèmes de la mondialisation : <https://www.college-de-france.fr/agenda/colloque/figures-et-problemes-de-la-mondialisation/interet-general-et-droits-de-propriete-intellectuelle-en-matiere-pharmaceutique-inutilite-de-la-0>

2011

Transhumanisme comme synthèse de l'homínisation – humanisation : <https://www.college-de-france.fr/agenda/seminaire/homínisation-humanisation-le-role-du-droit/post-humanisation-etou-deshumanisation>

2012

Lecture, 11th Annual Science and Democracy Network, Public Event, Paris : <https://vimeo.com/68561210>

2013

Le droit et la recherche, EfferveSciences - coproduit par le CNRS Images et Cinaps TV, réalisé par Didier DELESKIEWICZ et animé par Antoine SPIREC : <https://www.youtube.com/watch?v=FahnsQ3LJV4>

XXXIII

2017

De la nécessité des frontières pour développer un projet politique. La frontière como limite et point de passage, Collège Méditerranée des Libertés : <https://www.youtube.com/watch?v=Gzi3XwDOW-g>

2018

Les ontologies de l'animisme juridique, Conférence inaugurale, CRESEM UPVD UR 7397 : <https://www.youtube.com/watch?v=Rxz3DNnhBES>

Quels rapports entre artificialisation de la nature et droit(s) du vivant ?, Colloque de rentrée 2017 : Les natures en questions, Collège de France : <https://www.youtube.com/watch?v=j5qyilv6jgc>

2020

Intervention dans Les auditions du parlement de Loire : <https://www.youtube.com/watch?v=65l5BpZOP-o>

2021

Procès climatiques et séparation des pouvoirs, Cycle de webinaires

« La place du droit dans les mobilisations » s'inscrit dans le cadre du projet « Sciences – Sociétés - Démocratie », porté par l'AITEC, Global Chance IPAM et Sciences Citoyennes : <https://www.youtube.com/watch?v=LtbuUFM6SyM>

L'exemple des décrocheurs, Cycle de webinaires « La place du droit dans les mobilisations » s'inscrit dans le cadre du projet « Sciences – Sociétés - Démocratie », porté par l'AITEC, Global Chance IPAM et Sciences Citoyennes : <https://www.youtube.com/watch?v=5cBKAY5mq9w>

Pandémies et principes généraux du droit : parfaits sur le papier, Séminaire par visioconférence « Penser la pandémie » : <https://www.youtube.com/watch?v=eOi-IdIOHdg>

Pionnière dans l'étude du droit à l'épreuve de la société des sciences et des techniques, Marie-Angèle Hermitte est une juriste inclassable. Son œuvre, comme sa personne, incarne un non-conformisme passionné, une volonté indéfectible de penser librement, et une curiosité inépuisable face aux bizarreries qui caractérisent la rencontre du monde du droit et de celui des technosciences. Ce caractère est indissociable d'une formation de base accidentée, marquée par des lacunes, par des va-et-vient peu typiques et, surtout, par une démarche rebelle qui aura amené la jeune Marie-Angèle à se doter de ses propres cadres de pensée – devenant une autodidacte à nombre d'égards. Une « non-formation » donc qu'elle revendique volontiers comme source d'une liberté précieuse qui lui a permis de tracer son chemin ; un chemin la conduisant, après avoir obtenu de justesse son bac, à suivre des études de droit dans le but de devenir critique musicale, pour finir par faire une thèse de doctorat en droit européen de la concurrence – un droit en pleine construction à l'époque. C'est là le point de départ d'une carrière de recherche au sein des plus grandes institutions de recherche françaises, le CNRS et l'EHESS. Cette carrière porte la marque indélébile d'une approche très personnelle

du droit, basée sur une série de principes qu'elle a appris dans ce parcours, mais aussi de son éducation musicale, de l'amour de la langue et des histoires littéraires. En est un clair exemple, sa méthode du cas-limite : tantôt en explorant musicalement des hypothèses dans un *crescendo* pour en examiner les effets que produit le fait de les pousser à leur terme, tantôt en exploitant les mondes des fictions littéraires pour en extraire des situations dérangementées ou extrêmes pour tester des hypothèses (comme dans son analyse du don d'organes avec Katsuo Ishiguro). S'appuyant sur une continuité entre les interprétations musicale et juridique, reprenant toujours peu ou prou l'histoire de ses objets, M.-A. Hermitte aura trouvé dans la jurisprudence un observatoire sans égal des affaires du monde. Et parmi ces affaires, celles que provoque le déploiement des technologies, liant risques et innovations, seront pour elle les plus juridiquement extravagantes, et partant les plus stimulantes pour la recherche.

XXXVI

Suivant les épreuves qu'impose aux concepts, catégories, et régimes juridiques le développement foisonnant d'une société des sciences et techniques, Hermitte naviguera au fil des années dans le monde du droit ; non pas celui d'une seule spécialité, mais bien son ensemble. Faisant le pari du tout, elle traverse de manière orthogonale, des multiples spécialités, du droit économique au droit de l'environnement en passant par le droit des propriétés intellectuelles, pour dessiner les contours d'un droit des sciences et des techniques en train de se faire. Ce faisant, son œuvre offre le plus vaste observatoire de l'émergence d'un droit du vivant pris dans la techno-nature, et dans un lent mouvement d'animisme juridique dont elle aura été la première à voir les prémices. Son œuvre rend compte ainsi de la « *forgerie du droit* » dans nos sociétés industrielles, concept de l'historien du droit romain Yan Thomas dont Hermitte se sert pour décrire les opérations par lesquelles le droit saisit des éléments disparates du monde et les fait entrer dans ses catégories, donnant lieu, d'une part, à une déformation juridique de ces éléments du monde et, d'autre part, à des reconfigurations de catégories, concepts et régimes de règles selon temporalités propres. Chemin faisant, Hermitte forgera elle-même aussi une méthode de travail personnelle, autonome et souvent solitaire. Son voyage sera marqué

ainsi par une combinaison de phases d'isolement et d'éremitisme ascète et des phases de congrégation généreuse, agissant dans son va-et-vient comme un passeur entre des mondes qui souvent s'ignorent. Car Hermitte engage non seulement un dialogue entre les différentes branches du droit, mais aussi entre le droit et les disciplines les plus diverses, des sciences de la vie aux sciences de la société. C'est ainsi qu'elle réussit à aborder des rapports du droit à une variété borgienne d'entités comprenant, entre autres, les transferts de technologies, des ensembles industriels, le nucléaire, des semences, l'obtention variétale, la biodiversité, les peuples autochtones, les générations futures, les marchés de quotas de gaz à effet de serre, les animaux, certains animaux en particulier (singes, crapauds, poules), des fleuves, la crise de la vache folle, l'amiante, l'industrie de la transfusion sanguine, le virus du Sida ou le SARS-CoV2, l'inaction climatique, les ondes, la recherche scientifique, les organismes génétiquement modifiés (OGM), les nanotechnologies, les experts, l'embryon humain, les implants, et toute une variété éléments du corps humain, allant du sang aux ovocytes en passant par les gènes... Autant d'entités problématiques qui circulent dans nos sociétés de marché et qui suscitent autant de questions juridiques et des questions scientifiques et techniques complexes et controversées dont Hermitte cherchera à chaque fois à en maîtriser les bases : en assistant à des conférences de spécialistes, en dialoguant ou collaborant avec les experts, en suivant la littérature scientifique et technique, en allant sur le terrain. Ancré dans le droit, mais en dialogue avec l'agriculture, la biologie, la génétique, l'éthologie, les sciences de l'ingénieur, mais aussi la sociologie, l'anthropologie, la philosophie, et l'histoire..., Hermitte aura renouvelé profondément la manière de travailler sur le droit et la société. En déployant ces fronts innovants des recherches et d'enseignements en droit, Hermitte s'est affirmée comme l'une des juristes les plus singulières et saillantes ayant contribué au développement d'une vaste communauté de recherche interdisciplinaire qui, depuis la fin des années 1970, en France et ailleurs, aura pour objet la société des sciences et des techniques en train de se faire. XXXVII

Sur tous ces fronts innovants se sont formés au fil des décennies de nouvelles générations des jeunes hommes et

femmes aux profils et aux origines diverses : car, si Marie-Angèle Hermitte a formé de jeunes français, elle a aussi travaillé avec un nombre important d'étudiants venant de partout dans le monde et en particulier d'Amérique latine, notamment du Brésil, de l'Argentine, et du Chili, entre autres pays. Certains de ces jeunes – juristes, mais aussi sociologues, anthropologues, ou philosophes – ont suivi ses cours à l'Université ou ses séminaires à l'EHESS ou l'ont rencontrée lors d'un de ses séjours à l'étranger. Une partie d'entre elles et eux ont été encadrés par Marie-Angèle – formellement ou informellement – dans leurs parcours de recherche. Ces personnes deviendront ses « anciennes et anciens », élèves, thésards, ou personnes qu'elle aura accompagnées de près ou de loin, dans différentes institutions et souvent en collaboration avec des collègues d'autres spécialités. Aussi ces personnes sont-elles devenues désormais les « nouvelles et nouveaux » : de la recherche et de l'enseignement, de la pratique du droit, de l'administration, de la vie collective... en France et ailleurs. Une partie de ces personnes se connaissent ; mais nous ne nous connaissons pas toutes et tous, tant nous sommes nombreuses et nombreux, des personnes diverses éparpillées à travers le globe de l'Argentine à la Chine, en passant par la France, bien sûr. Après leurs thèses, certains sont restés en Europe, d'autres sont repartis dans leurs pays d'origine ou vers d'autres pays. Français ou étrangers, une part de ces personnes s'est tournée vers le monde de la pratique du droit comme avocats ou au sein d'institutions diverses, et d'autres ont évolué dans le monde académique ou de la recherche, en droit, mais aussi en sociologie ou en d'autres disciplines encore.

Dans cette diversité culturelle, d'origines et de destins, certains ont gardé le contact, d'autres le souvenir. Certains sont devenus de nouveaux collègues et collaborateurs, des interlocuteurs ou des amis, ou tout cela en même temps. Dans tous les cas, nous aurons été toutes et tous marqués, non seulement par son approche si unique des phénomènes de droit, mais surtout par sa méthode d'encadrement. Et nous en sommes désormais les héritières et les héritiers. D'une part, pour nous, alors étudiants venant d'ailleurs, Marie-Angèle Hermitte nous aura donnés, « la méthode française » de travail académique, rigoureuse, structurée

et formaliste, dont nous avons grand besoin pour aboutir à une thèse en France. Méthode française nous permettant surtout de valoriser ce que nous apportions avec nous comme matières premières de nos pays d'origine – nos cultures académiques autochtones riches et souvent étonnements hétéroclites, mais aussi des expériences associatives, professionnelles, ou politiques au sein de nos sociétés respectives. Comme les obtenteurs qu'elle a étudiés, Marie-Angèle Hermitte aura produit avec nous des hybridations uniques – des variétés latino hermittiennes – qui circulent désormais dans l'environnement global. D'autre part, pour nous toutes et tous, élèves français ou non, Marie-Angèle Hermitte nous aura donné les moyens pour nous doter d'un cadre de pensée propre. Apprendre à penser par soi-même, dans la pédagogie hermittienne, implique de commencer par se défaire de ses concepts et auteurs fétiches, des jargons, des cadres théoriques clé-en-main ou, pire, produit-en-main, pour se concentrer sur les textes de première main, notamment les décisions de justice, et ne se pencher sur les commentaires de la doctrine qu'après. Tel était l'un des principes de la méthode qu'elle avait apprise de son propre directeur de thèse, Berthold Goldman et qu'elle nous a transmis enrichi par son éducation musicale, nous apprenant à travailler l'harmonie, les tessitures, et le tempo des textes pour faire émerger des logiques, des généalogies, des tendances prometteuses ou des occasions manquées. Nombre d'entre nous avons ainsi été confrontés, après lui avoir soumis un pan de nos thèses, à devoir les réécrire complètement, en ne retenant qu'une poignée d'idées que nous aurions identifiées dans le travail avec Marie-Angèle et à partir desquelles on repenserait l'ensemble de nos textes. C'était un exercice exigeant pour se concentrer sur les contraintes du matériau. Autodidacte, elle nous obligeait en quelque sorte à le devenir aussi. Ce sont là quelques éléments d'une méthode que beaucoup d'entre nous perpétuent dans leur travail d'enseignement, de recherche et de service à la cité – par exemple à travers les instances d'expertise, nationales et internationales, ou encore d'initiatives citoyennes en lien avec les enjeux contemporains de notre société des sciences et des techniques.

XXXIX

Cet hommage est né précisément du désir que nous, trois anciens élèves – un sociologue et deux juristes de for-

mation, deux Argentins et un Chilien d'origine – avons ressenti en progressant dans nos carrières respectives, de tracer les liens d'héritage hermitien, de l'explorer sous ses différentes facettes, et de l'activer sous la forme d'une association, d'un réseau, ou mieux... d'une tribu... la tribu de l'ermite, du stylite sur sa colonne... C'est là un désir que nous avons ressenti aussi chez Marie-Angèle à de multiples occasions, et que nous avons pu confirmer en échangeant à ce sujet lors d'une belle soirée de fin d'été 2018, sur la terrasse de sa maison avec pour fond les grues des chantiers de La Ciotat et le discret sifflement des crapauds du jardin – ces mêmes crapauds que Marie-Angèle évoque souvent dans ces conférences. De cette réflexion partagée sur une généalogie intellectuelle, sur une lignée partagée, sur un lignage commun... naquit et se développa dans les mois qui suivront ce diner, le projet de lui offrir cet hommage, de lui payer tribut. Fruit de trois ans de travail collaboratif traversés par l'impasse pandémique, l'ouvrage que nous avons le plaisir de présenter ici réunit les textes offerts par des amis, par des disciples, par des collègues, ou par des interlocuteurs intellectuels. En réunissant ces contributions diverses, il vise aussi à revendiquer l'héritage hétérogène, mais commun, qu'elle a su laisser, tantôt auprès de celles et ceux qui ont été directement ou indirectement formées par elle – la tribu de l'ermite – tantôt auprès de celles et ceux qui ont été ou sont devenus des collègues, des amis ou des interlocuteurs intellectuels avec qui «l'ermite» a su tisser et cultiver au fil du temps des liens intellectuellement et personnellement divers, dans différentes parties du monde, et notamment en Amérique latine.

Le choix de l'expression latine dans le titre, *liber amicorum*, vient ainsi exprimer dans cette *lingua franca* primordiale l'unité de ces relations d'affection personnelle et intellectuelle multiples qui se matérialisent ici, dans des contributions qui s'expriment en quatre langues latines : le français, l'espagnol, l'italien et le portugais. Cette diversité linguistique traduit l'existence d'une *lignée* qui dépasse largement les frontières culturelles et géographiques de la France pour relier des personnes qui, entre l'Europe et l'Amérique latine, ont partagé des moments d'apprentissage, de travail, ou de débat avec Marie-Angèle. Dans cette lignée, des lignes ascendantes nous renvoient, par exemple,

aux influences que Marie-Angèle a intégrées en cours des années et qui participent désormais de son œuvre ; les lignes contemporaines et descendantes nous renvoient aux engagements intellectuels avec ses collègues et anciens élèves, et qui indirectement participent de la vie présente et future de son œuvre. On assiste donc bien à un phénomène inter-générationnel : nous perpétons auprès de nos élèves en Amérique latine et en Europe nombre de ses approches du droit et aspirons à transmettre aux nouvelles générations le monde juridique extravagant d’Hermitte... Le choix de la collection « Diálogos ». *Incontri con la cultura giuridica latino-americana* veut ainsi traduire la vocation transatlantique, multiculturelle, et multilinguistique de ces « mélanges Hermitte », en garantissant une diffusion vaste, non seulement au moyen d’un volume en papier, mais aussi grâce à la mise en accès libre du format numérique.

Cette originalité qui nous a séduits découle sans doute de la curiosité amusée de celle à qui on rend hommage ici. En renonçant à devenir la spécialiste d’un seul domaine pour faire le pari du tout, Hermitte rend difficile toute tentative d’accommoder son œuvre et sa personne dans des catégories prédéfinies par les institutions existantes, mais c’est en ce faisant qu’elle nous invite à nous embarquer avec elle dans le travail de réagencement du droit et de la société. C’est à cette invitation que cet ouvrage veut répondre.

XLI

Notre reconnaissance sans fin à Marie-Angèle Hermitte.

Nicolas Baya-Laffite
María Valeria Berros
Rodrigo Míguez Núñez

Introduction. Hermitte de l'autre côté du miroir. Voyage dans le monde du droit des sciences et des techniques

Nicolas Baya-Laffite*

Ces « mélanges » s'offrent à Marie-Angèle Hermitte comme autant d'engagements divers, de celles et ceux qui lui rendent ici hommage, avec une variété d'objets, sujets, énigmes et questionnements qu'elle a rencontrés et étudiés au fil d'une enquête de longue haleine sur le droit de la société des sciences et des techniques. Depuis le milieu des années 1970, M.-A. Hermitte en suit la construction au prisme des conflits et tensions diverses qui, dans un monde où les technosciences façonnent le marché, et la nature est devenue techno-nature, mettent à l'épreuve l'architecture juridique et la font évoluer. Liant innovation et risques comme les deux faces indissociables d'une société des sciences et des techniques, les situations qu'Hermitte rencontre en se penchant sur l'extension de l'emprise du monde marchand et industriel sur le vivant la conduisent à suivre un processus de reconfiguration du droit dans son ensemble. Au cœur de l'étude de cette reconfiguration se trouve une réflexion pionnière sur l'émergence d'un droit du vivant qui brouille les partages jusqu'alors soigneuse-

1

* Professeur de sociologie des sciences et des techniques, Institut de recherches sociologiques, Université de Genève. E-Mail : nicolas.bayalaffite@unige.ch

ment maintenus entre ses domaines, puis celle d'un animisme juridique – figure inspirée de l'anthropologie par laquelle M.-A. Hermitte nomme depuis quelques années un bouleversement profond au sein des catégories fondamentales de sujet et objet de droit qui s'opère par rapport aux entités de la nature au fil de la jurisprudence et de quelques innovations juridiques venues du Sud. Se dessinent au fil de cette enquête les contours d'un nouveau Léviathan, figure d'un pacte nouveau pour la vie collective entre humains et non humains.

Cette enquête, nous pouvons la penser comme un voyage de Marie-Angèle Hermitte de l'autre côté du « miroir du droit », dans le monde du droit des technosciences. Car, comme M.-A. Hermitte le dit dans le titre de l'un de ses textes les plus inspirants, « le droit est un autre monde »¹. Suivant les traces d'Hermitte dans ce monde bizarre, une carte peut alors s'avérer nécessaire pour nous repérer : au prix de réduire la complexité du terrain, elle nous offre une vue schématique d'un parcours autrement difficilement saisissable, tant son œuvre foisonnante se trouve éparpillée dans des publications de toute sorte, parfois rares ou désormais épuisées². Outre le regard rétrospectif sur son œuvre qu'Hermitte nous offre en 2013 dans ses dialogues avec Francis Chateauraynaud, rares sont les textes où l'on trouve des vues synoptiques et synthétiques de son parcours intellectuel³. Offrir une telle vue est donc le dessein de cette introduction qui, avant de présenter sommairement les contributions qui intègrent ce *liber amicorum* multilingue, retrace à grands traits le voyage d'Hermitte de l'autre côté du miroir. À terme, nous saurons mieux nous situer dans

2

1. Marie-Angèle HERMITTE, « Le droit est un autre monde », in *Enquête*, 1999, n° 7, *Les objets du droit*, pp. 17-37. C'est un texte qui, j'ai pu le constater, est particulièrement apprécié par les non-juristes de formation, et notamment par les sociologues des sciences et des techniques, comme l'auteur de ces lignes, tant il offre une porte d'entrée à la fois séduisante et claire dans le monde du droit.

2. À cette fin nous avons créé un groupe sur la plateforme de référencement en libre accès, Zotero, https://www.zotero.org/groups/2346596/ma_hermitte. Marie-Angèle Hermitte, pour sa part, rend disponibles un certain nombre de textes rares sur la page <https://independent.academia.edu/MarieAngeleHermitte>.

3. Marie-Angèle HERMITTE, *Le droit saisi au vif : sciences, technologies, formes de vie. Entretien avec Francis Chateauraynaud*, Paris, Petra, 2013. On pourra également se référer à quelques textes « d'étape », comme *L'emprise des droits intellectuels sur le monde vivant*, Paris, Éditions Quae, 2016, qui offrent un regard sur tout un pan de ses travaux.

ce monde, et ainsi comprendre les manières originales et personnelles dont chaque autrice et auteur de ces mélanges s'y rapportent.

1. De l'autre côté du miroir : l'entrée par des marchés en construction

Malgré la centralité que les thématiques liées à la protection de la diversité biologique ont acquise dans ses travaux les plus récents et l'attention qu'a suscitée sa conceptualisation des animismes juridiques, le parcours de Marie-Angèle Hermitte à travers le monde du droit ne commence pas jalonné par les inquiétudes environnementales, mais bien par celles du marché. Marché européen d'abord, puis marché international : dans les deux cas, des marchés en construction, tout comme le droit qui est mis en place pour régler les échanges foisonnants de biens divers qui y ont lieu.

a) Le marché européen et le droit de la concurrence

Marché européen d'abord. Au début des années 1970, M.-A. Hermitte se dirige vers une carrière dans la recherche en droit européen de la concurrence – domaine qu'elle investit lors de sa thèse sous la supervision de Berthold Goldman à l'Université de Paris 2⁴. Quand elle s'en saisit, ce pan du droit est en pleine construction, tout comme l'Europe, ses institutions et son marché, appelé à devenir libre et unifié. Comme son directeur le lui conseille et comme elle le conseillera à ses propres étudiants, elle ignorera volontairement la doctrine pour se concentrer sur les matériaux de première main, notamment des décisions, dont l'examen lui permet de dégager un fil conducteur. Les contentieux qu'Hermitte étudie alors concernent tous types de secteurs, de produits et de marchés concernés par des conflits liés aux entraves au libre jeu de la concurrence, comme les ententes et l'abus de position dominante. Elle navigue à travers des domaines industriels multiples et des marchés avec lesquels elle apprend à se familiariser pour analyser les dynamiques de l'offre et la demande, une pratique qu'elle continuera d'exercer tout au long de ses recherches sur d'autres marchés, comme ceux des éléments du corps humain. Sa

4. Marie-Angèle HERMITTE, *Le droit saisi au vif, op. cit.*, pp. 31 et ss.

thèse, publiée⁵, porte déjà la marque d'une approche innovante de la rencontre du monde du droit et du monde économique. En observant comment le juge construit une casuistique, Hermitte rend compte de la construction de l'édifice d'un nouveau pan du droit européen fondé sur quelques lignes du Traité de Rome. Et dans cette construction – c'est la thèse de la jeune Hermitte – c'est par le biais d'une rationalité économique des juges qui donnent une cohérence aux décisions de justice que se construit en Europe une forme de sécurité juridique⁶. Son travail fait ainsi le lien entre les logiques juridiques et extra-juridiques d'un droit en construction.

M.-A. Hermitte devient ainsi l'une des rares spécialistes de ce domaine émergent et le CNRS la recrute comme attachée de recherche, avant même la soutenance de sa thèse. Or, sans équipe travaillant dans ce domaine, elle se retrouvera avec le statut de « chercheur isolé » avant d'être amenée à s'aventurer, un an plus tard, dans un autre pan du droit en pleine construction – le droit du commerce international, cette fois dans une équipe dirigée par Philippe Kahn. Tout en se tournant vers d'autres facettes de la vie marchande, elle continuera néanmoins de suivre les évolutions du droit européen de la concurrence en assurant pendant dix ans encore la chronique jurisprudentielle au *Journal de droit international*⁷. Cette veille du domaine lui offrira un observatoire privilégié des dynamiques économiques dans les marchés européens et internationaux ainsi que des affaires entourant les produits divers qui s'y échangent⁸.

4

5. Marie-Angèle HERMITTE, *Droit européen de la concurrence. Cohérence économique, Sécurité juridique*, Paris, Librairies techniques, collection de l'IRI, 1981 (publication de la thèse de doctorat d'État en droit privé, soutenue à l'Université de Paris 2 en 1976).

6. Voir aussi sur ces questions Marie-Angèle HERMITTE « La notion de source de droit à l'épreuve du droit européen de la concurrence », in Philippe FOUCHARD, Philippe KAHN, Antoine LYON-CAEN (éd.), *Le droit des relations économiques internationales : études offertes à Berthold Goldman [Mélanges Goldman]*, Paris, Librairies techniques, 1982, pp. 299-326 où, après avoir examiné la notion de source de droit, Hermitte s'interroge sur le rapport entre le droit et l'économie comme discipline.

7. Marie-Angèle HERMITTE, « Psychanalyse en trois mouvements pour l'article 43 de la Convention de Luxembourg », *Journal du droit international*, 1978, n° 1, p. 38 s. ; et « Sur la doctrine économique de la Commission de la CEE : d'une politique économique à une politique industrielle », *Journal du droit international*, 1983, n° 3, pp. 509-542.

8. Ainsi on trouve plusieurs publications sur le droit européen de la concurrence bien

b) *Les marchés du droit du commerce international*

Marché international, ensuite. En 1976, M.-A. Hermitte rejoint le Credimi, le Centre de recherche sur le droit des marchés et investissements internationaux, à l'Université de Dijon. Sous la direction de Philippe Kahn, on y étudie l'échange inégal Nord-Sud, les transferts de technologie vers le Tiers monde et les enjeux de l'industrialisation dans le contexte des tensions postcoloniales qui marquent la construction du « Nouvel ordre économique international », d'une *lex mercatoria*, et de ce que l'on appellera plus tard « globalisation »⁹. Hermitte y trouvera sa place en enquêtant sur les contrats de vente d'ensembles industriels. Confidentiels, elle apprendra à se les procurer en se forgeant une méthode propre d'enquête en milieu industriel, comprenant la descente sur le terrain pour visiter les entreprises, voir les installations et s'entretenir avec les ingénieurs dans certains cas et les ouvriers dans d'autres cas pour comprendre les difficultés de fabrication. Fort complexes et inconnus, ces contrats couvrent des aspects divers du transfert de technologies, allant des droits d'usage à la formation du personnel, en passant par l'assistance technique et l'assurance de la qualité.

M.-A. Hermitte et ses collègues étudient ainsi des contrats de vente d'installations sidérurgiques pour l'Algérie. Ils se rendent sur place pour visiter les sites des usines concernées et y observent comment le projet politique du développement par l'industrialisation lourde se confronte à nombre d'obstacles, le pays manquant d'ingénieurs et d'ouvriers qualifiés, et plus largement d'un tissu d'infrastructures industrielles – des conditions pour que l'usine vendue puisse bien fonctionner. Se pose donc la question de savoir quel type de contrat convient le mieux à cette situation dans le but d'assurer les performances de l'usine. À côté des contrats de type clé-en-main – des contrats uniques signés avec un en-

après cette période : cf. Marie-Angèle HERMITTE « Spéculateurs et technocrates : de la non-rétroactivité des lois à la confiance légitime », *Rev. trim. droit européen*, 1984, n° 3, pp. 455-463 ; « Capital social et droit communautaire des aides étatiques » avec Michel GERMAIN, *La semaine juridique*, 1989, n° 22, pp. 349-351 ; « Droit de la concurrence – Les décisions de la Commission des Communautés européennes », *Rec. Dalloz-Sirey*, 1990, pp. 277-282 ; *Rec. Dalloz-Sirey*, 1991, pp. 304-316 ; « Les procédures anti-dumping en droit communautaire », *Droit et pratique du commerce international*, 1991, t. 17, n° 1, pp. 42-58.

9. Marie-Angèle HERMITTE, *Le droit saisi au vif*, *op. cit.*, pp. 40 et ss.

sembler – ou ceux dits « clé-en-main lourds » – remplis de prestations matérielles et de formation de longue durée–, l'analyse réalisée montre l'émergence de contrats d'un nouveau genre, des contrats produit-en-main dont le paiement ne s'achève que lorsque l'usine a pu démontrer sa capacité à fonctionner avec le personnel local¹⁰. Hermitte et ses collègues montrent ainsi comment ces contrats traduisent l'idéologie du rattrapage ; en analysant le contenu juridique en lien avec des objectifs économiques et politiques poursuivis, c'est toute l'ambiguïté de la vente de développement par l'industrialisation qui est mise en évidence.

M.-A. Hermitte et ses collègues étudient aussi des contrats de vente de centrales nucléaires. Ils analysent alors comment y sont gérées les temporalités très longues qui séparent la signature du contrat et la livraison de la centrale. Des innovations majeures sur le plan technique sont sources d'incertitudes qui se répercutent sur le système d'assurance du risque nucléaire. Se pose alors la question du rapport du droit à l'évolution des techniques et, partant, au futur¹¹. L'analyse des contrats révèle alors une variété de mécanismes de gestion du futur. Pour prévoir la possibilité d'améliorations, la notion de « centrale de référence », désignant une centrale existante au moment de la négociation du contrat, permet de lier la performance et la sécurité de l'usine de référence à celle de l'usine vendue. Définissant aussi des objectifs de qualité liés à la sécurité pendant la conception et la construction, ces contrats prévoient des mécanismes de surdimensionnement des contraintes techniques, mais aussi des modèles d'organisation du travail décrivant chaque geste de l'ouvrier dans un manuel opératoire – ce qui facilite aussi le transfert de compétences dans le cadre de ventes, des États-Unis vers la France, de la France vers d'éventuels pays du Sud, projet abandonné par la suite¹². Enfin, ces contrats

10. Mahmoud SALEM, Marie-Angèle SANSON-HERMITTE, *Les contrats « clé en main » et les contrats « produit en main » : technologie et vente de développement*, Paris, Librairies techniques, 1978.

11. Dominique FASQUEL Marie-Angèle HERMITTE, Joseph JEHL, Georges THOMSON, « La relation du droit au futur. L'expérience de vente des centrales nucléaires », in Philippe KAHN (dir.), *De l'énergie nucléaire aux nouvelles sources d'énergie : vers un nouvel ordre énergétique international*, Paris, Librairies Techniques - Credimi, 1979, pp. 127-190.

12. Marie-Angèle HERMITTE, « Licences de marque et assurance de la qualité dans les ventes internationales d'ensembles industriels », *Journal du droit international*, 1989, n° 1.

rejetent l'équation « risque faible égal risque nul » en matière de sûreté nucléaire : dès que l'accident grave reste possible, il faut provisionner pour des éventuelles indemnités. Dans ce contexte, une tension entre la gestion des incertitudes prégnantes et le processus de production des normes dominé par les acteurs privés ouvre la porte à une inquiétude démocratique que Marie-Angèle Hermitte continuera d'explorer plus tard, une fois entrée dans le monde du droit des risques collectifs et des controverses en travaillant sur le principe de précaution et les OGM¹³.

c) *Marchés, technologies, et les Suds*

Pendant ces années, la jeune M.-A. Hermitte aura ouvert deux fronts de travail, l'un sur le droit de la concurrence, l'autre sur le droit du commerce international, qui lui auront permis de forger un rapport durable au monde marchand et ses produits techno-industriels, source constante d'épreuves pour le monde du droit. Un rapport qui nourrira par la suite son interrogation originale sur le vivant, l'innovation et le risque dans la société des sciences et des techniques. Ces premières années au Credimi inaugurent ce qui deviendra une longue relation avec les pays du Sud, tantôt pour l'enseignement – de 1978 à 1990, elle enseignera le droit du commerce international et les transferts de technologie à la Faculté de droit d'Annaba et à Alger – tantôt pour des missions de recherche ou des séjours plus ou moins longs à l'occasion de conférences sur des sujets divers qu'elle abordera au fil des années: en Afrique (Tunisie, Angola, Madagascar, Guinée-Bissau), en Amérique Latine (Brésil, Argentine,) et en Océanie (Nouvelle Calédonie). Les problématiques du développement – bientôt indissociables de celles de l'environnement et de l'inquiétude écologique reviendront incessamment, en travaillant sur de nouveaux objets, et en dirigeant de nombreux travaux, des thèses mais aussi des réseaux de recherche, ayant trait au droit, aux technosciences et aux rapports Nord-Sud¹⁴.

7

13. Voir l'analyse qu'Hermitte en fait, rapprochant cette recherche du principe de précaution *Le droit saisi au vif, op. cit.*, pp. 226 et ss.

14. On pense notamment à la codirection du réseau ALFA latino-européen sur le droit du risque entre 2005 et 2008, monté à l'initiative de son ancien doctorant, Marcelo VARELLA, docteur en droit de l'Université de Paris I. Le réseau a réuni les universités de Paris I (France), Granada (Espagne), Federal de Santa Catarina et Centro Universitário

2. Sous l'emprise des biotechnologies : le droit de l'innovation liée au vivant

Au cours des années 1980, M.-A. Hermitte se tourne au fil d'une actualité foisonnante et de nombreuses demandes institutionnelles vers les nouvelles questions que posent sur le plan juridique les innovations résultant des technosciences appliquées aux formes multiples du vivant. L'ouvrage collectif qu'elle coordonne avec Bernard Edelman en 1988, *L'Homme, la nature et le droit*, traduit pleinement cette ligne de recherche, de plus en plus personnelle et innovante. C'est ainsi qu'elle quitte le Credimi, après 12 ans, pour redevenir « chercheur isolé » jusqu'à 1991. Après avoir été accueillie par le Groupement d'analyse des politiques publiques (GAPP) de 1991 à 1995, Hermitte rejoint enfin l'équipe de recherche « Science et le droit » créée par Catherine Labrousse-Riou au sein du Centre de droit des obligations de l'Université Paris 1. Du végétal à l'animal humain et non humain, en passant par les liens entre les entités vivantes réunies au sein de la « diversité biologique », ce sera une époque de recherches multiples convergeant subrepticement sur l'étude de l'émergence d'un agencement juridique nouveau qu'elle dénommera le « droit du vivant ».

a) *Droit d'obtention végétale et biotechnologies végétales*

Le travail sur le vivant végétal se trouve à l'origine de ce parcours. C'est en se tournant vers le monde de l'agriculture au début des années 1980, et plus spécifiquement celui des semences, qu'Hermitte franchira le pas l'amenant dans le monde du droit des propriétés intellectuelles appliquées au vivant¹⁵. Quand le Credimi engage des recherches sur les « Ressources naturelles d'origine agricole », M.-A. Hermitte est intriguée par une décision qu'elle voit passer dans sa veille jurisprudentielle du droit de la concurrence et portant sur un « droit d'obtention végétale » qui se révéla être un droit de propriété intellectuelle moins protecteur que le droit de brevet et pour lequel des innovateurs semenciers plaidaient afin de protéger leurs créations variétales et dont

de Brasília (Brésil), l'Université de la República (Uruguay) et l'Université Nacional du Litoral (Argentine).

15. Marie-Angèle HERMITTE, *Le droit saisi au vif*, op. cit., pp. 67 et ss.

on savait peu de choses à l'époque. C'est à ce moment que la cour suprême des États-Unis rendit son arrêt Chakrabarty sur la brevetabilité d'un micro-organisme consacrant, selon les termes de Bernard Edelman, l'« industrialisation du vivant », alors que la FAO était en train de négocier un instrument international sur les ressources phylogénétiques. Hermitte s'immerge alors dans le monde de l'amélioration des plantes et des mécanismes pour la protection des variétés nouvelles afin de comprendre ce qui se joue entre le droit d'obtention végétale et le droit de brevet. Hermitte travaille, comme avant, sur les textes, non seulement ceux qui constituent le corpus précis de l'époque, mais aussi ceux qui lui permettent de retracer la généalogie de ce droit au fil de 50 ans de jurisprudence – une méthode qu'Hermitte utilisera souvent depuis¹⁶. En examinant les bricolages de solutions, M.-A. Hermitte montre comment le droit d'obtention émerge du désir de concilier l'appropriation de l'invention et l'utilisation libre de la ressource agricole que les obtenteurs associent toujours au travail « avec la nature » dans une sorte de co-production : les variétés nouvelles on ne les invente pas, on les obtient. Cette conception du travail avec la nature et sur la plante se détache nettement de celle propre aux biotechnologies émergentes qui voient le travail de l'inventeur comme une opération sur le gène comme entité chimique, isolée pour devenir manipulable¹⁷. Sous leur emprise, la logique du marché dans les droits intellectuels conduira à l'essor du monopole par le brevet et, avec lui, à une concentration de pouvoir dans les mains de l'industrie biochimique, qui finira par capturer l'industrie des semences¹⁸. C'est cette logique qui prévaudra dans la

16. Sur cette généalogie : Marie-Angèle HERMITTE, « Histoires juridiques extravagantes. La reproduction végétale », in Bernard EDELMAN et Marie-Angèle HERMITTE (dir.), *L'homme, la nature et le droit*, Paris, Christian Bourgois, 1988, pp. 40-82, version remaniée de l'article paru in J-C FRITZ et Philippe KAHN (dir.), *La Gestion des ressources naturelles d'origine biologique*, Paris, Litec, 1983.

17. Sur la question du bricolage et de la temporalité entre droit et technique : Marie-Angèle HERMITTE, « L'autonomie du droit par rapport à l'ordre technologique », *Ordre juridique et ordre technologique. Cahiers STS*, 1986, n° 12, pp. 96-106.

18. Sur le passage à une nouvelle logique de marché dans les droits intellectuels voir Marie-Angèle HERMITTE, « Les concepts mous de la propriété industrielle : passage du modèle de la propriété foncière au modèle du marché », in Bernard EDELMAN et Marie-Angèle HERMITTE (éd.), *L'homme, la nature et le droit*, Paris, Christian Bourgois, 1988, pp. 85-98, version profondément remaniée de l'article « Le rôle des concepts mous dans

directive européenne consacrant définitivement la brevetabilité des biotechnologies – brevetabilité dont la légitimité découle du fait que l'inventeur fait ce que la nature ne sait pas faire.

b) *La biodiversité, peuples autochtones et les choses communes*

Suivant le fil de ces recherches, M.-A. Hermitte sera amenée ensuite à se diversifier. Une première diversification résulte de son travail sur le statut juridique de la diversité biologique. Après la publication de deux ouvrages sur la création végétale¹⁹, Hermitte est reconnue comme l'une des rares juristes maîtrisant les multiples facettes des rapports entre le droit et le vivant, ce qui lui vaut d'être sollicitée par la Commission européenne pour travailler à la préparation de la Convention sur la diversité biologique, en amont de la Conférence de Rio en 1992²⁰. Elle y contribue avec un rapport sur la protection et mise en valeur des ressources biologiques publiée en 1988 dans *L'Homme, la nature et le droit*²¹. Hermitte examine alors le concept holistique de diversité biologique comme offrant une base scientifique pour une nouvelle politique intégrée de préservation de la biosphère, visant à freiner l'extinction des espèces et l'érosion génétique concomitante. Confrontée à ce concept englobant, M.-A. Hermitte avance l'idée qu'une « zone de diversité biologique » pourrait avoir un droit propre qui assure les conditions de son fonctionnement. Cherchant à renverser les bases de nos raisonnements, elle articule un dédoublement conceptuel selon laquelle cette zone de diversité, comme les éléments qui constituent, qui sont des objets au regard du droit, pourraient aussi être sujets²².

Or, en suivant l'actualité de ce droit et en se rendant sur

les techniques de déjuridicisation. L'exemple des droits intellectuels », *Archives de philosophie du droit*, 1985, n° 30, pp. 331-348.

19. Il s'agit de deux ouvrages collectifs, très techniques, que Marie-Angèle HERMITTE a dirigés : *La protection de la création végétale – le critère de nouveauté*, Paris/Dijon, Librairies techniques/Credimi, 1984 ; et *Le droit du génie génétique végétal : macro-économie, micro-économie, brevet, capital-risque, obtention végétale*, Paris/Dijon, Librairies techniques/Credimi, 1987.

20. Marie-Angèle HERMITTE, *Le droit saisi au vif*, op. cit., pp. 83 et ss.

21. Marie-Angèle HERMITTE, « Le concept de diversité biologique et la création d'un statut de la nature », in Bernard EDELMAN et Marie-Angèle HERMITTE (dir.), *L'homme, la nature, le droit*, Paris, Christian Bourgeois, 1988, pp. 238-286.

22. Marie-Angèle HERMITTE, *Le droit saisi au vif*, op. cit., pp. 83-87.

le terrain, M.-A. Hermitte fait très tôt un constat d'échec en ce sens. La Convention de Rio sur la diversité biologique adoptée en 1992 accorde la priorité à la souveraineté des États sur leurs ressources et en matière de politique environnementale à rebours des projets initiaux axés sur la conservation de la diversité biologique et le libre accès aux ressources biologiques que soutenaient des scientifiques et les associations de protection de la nature²³. Si l'institution de l'étude d'impact et du principe de précaution constituent des avancées importantes, la Convention de Rio n'offre pas de mécanismes permettant la protection des milieux en tant que tels et en tant que sujets pouvant, au moyen de leurs représentants, plaider devant des tribunaux. Dès lors, le développement économique l'emporte toujours sur la protection des éléments de la nature. C'est ainsi qu'Hermitte entre dans le monde du droit de l'environnement, indissociable d'un droit économique et du développement.

À la suite de Rio 1992, les écosystèmes et leurs ressources biologiques émergent comme un patrimoine dont les pays en développement vont règlementer l'accès. Hermitte va alors non seulement suivre ce processus mais elle va aussi y participer comme l'une des rares juristes maîtrisant à la fois les questions de propriétés industrielles, diversité biologique, génétique et contrats internationaux. Elle se rend ainsi sur le terrain, à Madagascar ou en Guinée Bissau, et s'entretient non seulement avec les gouvernements et les industriels, mais aussi avec les populations. En dialoguant avec des guérisseurs dont les connaissances intéressent le monde industriel, Hermitte engage un travail sur le partage équitable des avantages entre les divers acteurs concernés – ce qui comprend aussi la sensibilisation des communautés locales aux enjeux de la propriété intellectuelle et de la gestion du secret²⁴. Hermitte élargit le propos pour se plonger dans le monde des droits intellectuels des peuples autochtones dans le cadre des rapports marchands Nord-

23. Marie-Angèle HERMITTE « La Convention sur la diversité biologique », *Annuaire Français de Droit International*, 1992, vol. 38, n° 1, pp. 844-870. Voir dans ce volume l'analyse de Sandrine MALJEAN-DUBOIS sur l'actualité de la convention – et de l'analyse d'Hermitte sur son échec – à l'aune des constats scientifiques sur l'avènement de la sixième extinction de masse.

24. Marie-Angèle HERMITTE, *Le droit saisi au vif*, *op. cit.*, pp. 200 et ss.

Sud²⁵. Les ressources génétiques végétales sont utilisées à des fins de puissance politique et économique : s'affrontent alors différents ordres juridiques, propriété industrielle, ressources agricoles, droit de la biodiversité, connaissances des peuples autochtones et communautés locales²⁶. De proche en proche, elle est amenée à travailler sur le droit des appellations d'origine, droit intellectuel atypique, très méditerranéen, qui partage avec les revendications des communautés locales et peuples autochtones la reconnaissance des liens entre territoires, humains et non humains. Ces droits ont la particularité d'être inaliénables et imprescriptibles contrairement aux autres droits intellectuels²⁷.

c) *Le corps humain et les choses d'origine humaine*

Après avoir porté son attention sur le sujet des gènes et énuméré les questions juridiques qui peuvent y être associées²⁸, les choses d'origine humaine et le corps humain deviennent un point central du travail de recherche d'Hermitte. Elle et ses collègues démontrent dans *l'Homme, la nature et le droit* l'étendue de l'emprise de la brevetabilité, liant le végétal à l'humain dans le marché, une continuité entre vivant humain et non humain assurée par le brevet de gènes. Le brouillage des différences témoigne ainsi de la fabrication d'un droit du vivant qu'il s'agit de penser. C'est dans cet élan qu'Hermitte se lance sur la manière dont le corps humain devient, par le biais de la technique, « un champ de manières premières, exploitable de la même manière que le reste de la nature »²⁹.

Le statut juridique du corps humain et de ses produits devient ainsi l'un des sujets sensibles auxquels Marie-Angèle Hermitte aura consacré une part importante de ses recherches, prenant position pour repenser et étendre la

25. Marie-Angèle HERMITTE, « Les aborigènes, les “chasseurs de gènes”... et le marché », *Le Monde Diplomatique*, février 1992, p. 25.

26. « La construction du droit des ressources génétiques. Exclusivismes et échanges au fil du temps », in Marie-Angèle HERMITTE et Philippe KHAN (dir.), *Les ressources génétiques végétales et le droit dans les rapports Nord-Sud*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 1-124.

27. Voir dans ce volume la contribution de Delphine MARIE-VIVIEN.

28. A ce sujet et sur le plan théorique des réflexions développées dans « Le droit est un autre monde » voir aussi Marie-Angèle HERMITTE « L'expression juridique des objets génétiques », *Quaderni*, 1990, vol. 11, n° 1, pp. 75-88.

29. Marie-Angèle HERMITTE, *Le droit saisi au vif*, op. cit., p. 95.

notion de subjectivité juridique³⁰. Avec l'avènement de la biotechnologie appliquée aux produits du corps humain, de nouvelles entités issues du corps humain font irruption dans le monde des échanges et dans le monde du droit : organes, sang, sperme, tissus, embryons. Par leur caractère hybride, ces « choses d'origine humaine » ont mis en tension la traditionnelle dichotomie constitutive du droit des personnes privées entre choses et personnes. Face à elle, un travail sur les catégories existantes s'impose à Hermitte, la conduisant à repenser la subjectivité juridique et ses attributions, et la place du corps face à la *summa divisio* entre les choses et les personnes. Ce travail commence à prendre forme dès la fin des années 1980, d'abord avec son article « Le corps humain, hors du commerce, hors du marché »³¹, suivi de « Les produits du corps humain, choses d'origine humaine et à destination humaine ».

Dès lors elle traque toutes les circonstances dans lesquelles les frontières semblent s'effacer, dont John Moore, celui qui résiste à une forme grave de leucémie et se voit ponctionner nombre d'éléments de son corps qui seront finalement brevetés sans son consentement ; quand il comprend, il revendique la propriété des cellules qui lui ont été dérobées, montrant ainsi le maintien du lien entre la personne et ce qui est devenu une chose³². Les embryons humains feront l'objet de plusieurs travaux, tant leur régime juridique est tiraillé entre la personne qu'il peut devenir et la chose à laquelle on le réduit sans porter attention à la catégorie étrange, créée par la loi française, d'« être humain qui n'est pas une personne ». Cette ligne de pensée la conduira à étudier à partir de 2011 le développement du transhumanisme³³.

30. Voir dans ce volume la contribution de Silvia FALCONIERI.

31. Marie-Angèle HERMITTE « Le corps humain, hors du commerce, hors du marché », *Archives de philosophie du droit*, 1988, n° 33, pp. 323-346 ; et « Les produits du corps humain, choses d'origine humaine et à destination humaine », in Raphaël DRAÏ et Michèle HARICHAUX, *Bioéthique et droit*, Paris, PUF, 1988, pp. 218-221.

32. Marie-Angèle HERMITTE « L'affaire Moore, ou la diabolique notion du droit de propriété », *Le Monde diplomatique*, décembre 1988 et republié dans « L'homme en danger de science », *Manière de voir*, mai 1992, pp. 78-79.

33. Entre autres, voir Marie-Angèle HERMITTE, « De la question de la race à celle de l'espèce - Analyse juridique du transhumanisme », in Guillaume CANSÉLIER et Sonia DESMOULIN-CANSÉLIER (dir.), *Les catégories ethno-raciales à l'ère des biotechnologies*, Paris, Société de législation comparée, 2011, pp. 155-170. Et « Transhumanismes, GAFAM et souverai-

En 1990, Hermitte s'enfermera dans l'affaire du sang contaminé. L'enquête qu'elle mènera et qui aboutira en 1996 à la publication de son ouvrage *Le Sang et le droit : essai sur la transfusion sanguine*³⁴ va ouvrir définitivement un front de questionnements liant ses recherches sur les marchés des produits du corps humain et ce qui allait devenir son centre d'intérêt pour les prochaines années : le problème du risque et de son gouvernement.

3. De l'innovation au risque : faire le lien juridique entre les deux faces d'une société des sciences et des techniques

Élue directrice de recherche à l'EHESS avec un programme sur l'élaboration d'un droit des biotechnologies élargi au thème « Sciences et État de droit » en 1997, Marie-Angèle Hermitte suivra pleinement l'heuristique des tensions entre les deux faces de la société des sciences et des techniques, l'une n'allant pas sans l'autre : celle, claire, de la société de l'innovation et de la connaissance et celle, sombre, de la société du risque. Ayant exploré longtemps la face claire en suivant les questions de propriétés industrielles, Hermitte s'aventure dans la face sombre par la voie des mécanismes de gouvernement du risque. Elle s'y engagera en suivant les ébranlements du système transfusionnel et du gouvernement des OGM d'abord, puis ceux de la crise de la vache folle et d'autres qui suivront, pour ouvrir peu à peu des « fronts » stratégiques portant sur les phénomènes aux marges : des pans du droit encore une fois en pleine construction - principe de précaution, organisation de l'expertise, protection des lanceurs d'alerte, conférences de citoyens et démocratie technique, ... autant d'éléments qui deviennent constitutifs de « la fondation juridique d'une société des sciences et des techniques ». En les articulant, Hermitte suit la construction de ce domaine original dont elle posera, souvent en collaboration avec ses collègues de l'équipe de recherche « Science et le droit » de Paris 1, les

neté étatique » avec Gabriel DORTHE et Romain ZANOLLI, in Émilie GAILLARD et Amandine CAILLOL (dir.), *Les grandes notions du transhumanisme*, Paris, Mare et Martin, à paraître en 2023.

34. Marie-Angèle HERMITTE, *Le sang et le droit. Essai sur la transfusion sanguine*, Paris, Seuil, 1996.

bases théoriques et pratiques à l'aune des enjeux d'une démocratie technique³⁵.

a) *La précaution et le bouleversement du droit des sciences et des techniques*

Alors que le principe de précaution se formalise au Sommet de la terre de Rio de 1992, Hermitte y voit l'avènement d'une transformation profonde des mécanismes de gouvernement du risque dans la société des sciences et des techniques. Pendant les années 1990 et encore pendant la décennie suivant, Hermitte participera activement au débat français sur les notions de précaution, d'expertise, incertitude, d'alerte et de risque, dans un dialogue interdisciplinaire avec des économistes, sociologues, et experts des différents dossiers. À l'époque, Hermitte siège au comité environnement-développement à long terme du CNRS et collabore avec Christine Noiville sur le risque OGM, d'abord en tant que sa directrice de thèse, puis en tant que collègue lorsqu'elle entre au CNRS avec un projet sur les biotechnologies. Un groupe se constitue alors sur la thématique. Le cas des OGM d'une part, et l'affaire du sang contaminé de l'autre, vont être les terrains privilégiés pour étudier l'émergence du principe de précaution dans le contexte de la prise de décision sur des risques collectifs. Ainsi, lorsqu'elle travaille avec Christine Noiville la loi de 1992 sur les OGM, elles remarquent que, si l'expression n'est pas utilisée dans la directive européenne ni dans la loi française, les obligations d'une évaluation des risques et d'une autorisation préalable à toute dissémination indiquent qu'une prudence particulière est à l'œuvre³⁶. Aussi, en travaillant sur le sang contaminé au début des années 1990, Hermitte constate à quel point le système peine à trouver un droit de la responsabilité efficace pour les dysfonctionnements de masse et avance le concept de délinquance technolo-

35. Sur l'originalité et spécificité de la notion de « droit des sciences et des techniques » voir notamment Marie-Angèle HERMITTE « Qu'est-ce qu'un droit des sciences et des techniques ? À propos de la traçabilité des OGM », *Tracés. Revue de Sciences humaines*, 2009, n° 16, pp. 63-75.

36. Marie-Angèle HERMITTE, Christine NOIVILLE, « La dissémination volontaire d'organismes génétiquement modifiés dans l'environnement. Une première application du principe de prudence ? », *Revue juridique de l'Environnement*, 1993, vol. 18, n° 3, pp. 391-417.

gique, soit la commission d'infractions, volontaires ou involontaires, dont l'arme serait l'objet technique agi par une décision technique prise par une autorité publique ou privée – ou bien aussi par une omission³⁷.

Alors que la crise de la vache folle éclate en 1996, Hermitte est sollicitée pour contribuer aux annexes du rapport sur le principe de précaution que le gouvernement confie à Philippe Kourisky, biologiste, et Geneviève Viney, juriste. Les éléments théoriques du rapport sont alimentés par des études de cas produits par un scientifique et un juriste. En collaboration avec Dominique Dormont, médecin spécialiste des encéphalopathies, Hermitte y contribue en se penchant sur l'affaire de la vache folle et la question du prion³⁸. Si à sa naissance le principe est limité au droit de l'environnement (climat et biodiversité), il s'étendra au fil des crises et des controverses au domaine de la santé publique et plus largement à l'ensemble du droit des sciences et des techniques, bouleversant l'ensemble de l'architecture juridique. Le principe est imposé par des scientifiques et critiqué par d'autres scientifiques via l'appel de Heidelberg lancé à l'initiative de divers secteurs industriels. En ce sens, et à rebours des dénonciations de ces derniers l'accusant d'être un principe anti-scientifique, Hermitte montre bien l'articulation d'un cadre pour la gestion rationnelle de l'incertitude scientifique dans lequel le droit se voit affecté dans son ensemble et dans toutes ses fonctions. Dès lors, Hermitte s'attachera à comprendre le particularisme du cadre que le principe crée pour les décisions ou abstentions fondées sur des expertises scientifiques en univers controversé et incertain – qui est en somme, ce qui définit notre rapport au risque³⁹.

Hermitte s'embarque ainsi dans une interrogation sur ce qui va donner du contenu au principe de précaution, à côté d'autres principes comme le principe de prévention ou

37. Marie-Angèle HERMITTE, *Le sang et le droit. Essai sur la transfusion sanguine*, Paris, Seuil, 1996.

38. Marie-Angèle HERMITTE, Dominique DORMONT « Propositions pour le principe de précaution à la lumière de l'affaire de la vache folle », in Philippe KOURILSKY et Geneviève VINEY (dir.), *Le Principe de précaution*, Paris, Odile Jacob, 2000, pp. 341-386.

39. Marie-Angèle HERMITTE « La fondation juridique d'une société des sciences et des techniques par les crises et les risques », in Claudine BURTON-JEANGROS, Christian GROSSE et Valérie NOVEMBER (dir.), *Face au risque*, Chêne-Bourg, Georg Éditions, 2007, pp. 29-71.

le principe participation, etc. pour voir émerger un nouvel agencement juridique avec la constitution et des conventions internationales énonçant des principes généraux et des droits fondamentaux. Ces conventions gagneront progressivement en contenu via de multiples instruments mobilisant l'expertise : évaluations des risques, études d'impact, autorisations de mise sur le marché, le recours aux meilleures techniques disponibles, la traçabilité des produits⁴⁰ et le pluralisme technologique⁴¹, les agences de sécurité et de veille sanitaire, et les lanceurs d'alerte... autant d'éléments qui participent de la configuration d'un droit des sciences et des techniques qui fait le lien entre innovation et risque dans le but de construire de la confiance⁴².

b) *Organiser l'expertise, protéger les lanceurs d'alerte*

Dans ce contexte, Hermitte se confrontera à deux défis majeurs que posent les sciences et les techniques dans un État de droit, à savoir celui de l'organisation de l'expertise à finalité de décision politique et celui de la protection des lanceurs d'alerte, figures qui jouent un rôle fondamental de dernière instance de contrôle dans le nouvel agencement juridique de la société des sciences et des techniques qu'Hermitte explore. Dans les deux cas, ses travaux, souvent menés avec ceux de Francis Chateauraynaud, Pierre-Benoît Joly et Christine Noiville auront des effets considérables sur la pratique, influençant le débat et les processus législatifs.

Hermitte aborde la question de l'expertise scientifique à finalité de décision politique⁴³ et de son organisation

40. Marie-Angèle HERMITTE, « La traçabilité des personnes et des choses. Précaution, pouvoirs et maîtrise », in Philippe PÉDROT (dir.), *Traçabilité et responsabilité*, Paris, Economica, 2003, pp. 1-44.

41. Marie-Angèle HERMITTE, « La nature juridique du projet de coexistence entre filières OGM et filières non-OGM : pluralisme technologique et liberté du commerce et de l'industrie », *Cahiers Droit, Sciences & Technologies*, 2008, pp. 159-177. Traduction en italien disponible : « Il pluralismo tecnologico nel diritto delle biotecnologie », in C. GRAZIA, R. GREEN, A. HAMMOUDI (a cura di), *Qualità e sicurezza degli alimenti, una rivoluzione nel cuore del sistema agroalimentare*, Milano, Franco Angeli, 2009, pp. 301- 321.

42. Marie-Angèle HERMITTE, « Les trois économies : connaissance, risque et confiance (à propos de la traçabilité des OGM) », *Annales de la régulation*, 2009, vol. 2, pp. 193-218.

43. Marie-Angèle HERMITTE, « L'expertise scientifique à finalité politique. Réflexions sur l'organisation et la responsabilité des experts », *Justices*, 1997, n° 8, pp. 79-103 ; « Pour une Agence de l'expertise scientifique. Comment faire bénéficier les experts de l'expérience accumulée par la pensée juridique », *La Recherche*, 1998, vol. 29, n° 309, pp. 95-97 ; Expertise scientifique et État de droit - l'idée de "démocratie continue" », in Thomas

pour en tirer les conséquences pour le fonctionnement de l'État de droit. Si l'expertise fonctionne par des compromis entre différentes parties prenantes – scientifiques, industriels, administrations, Hermitte observe que les principes fondamentaux et règles de l'expertise judiciaire ne sont pas respectés dans cette autre forme d'expertise destinée à informer les décisions dont les conséquences affectent l'ensemble de la population. À cette aune, Hermitte plaide pour qu'elle se conforme aux principes directeurs de l'expertise issus de la tradition judiciaire, comme : excellence, pluralisme, indépendance, impartialité, transparence, et contradictoire. Alors que la loi Bertrand de décembre 2011 commence à s'attaquer aux conflits d'intérêts et énonce de tels principes directeurs, Hermitte est nommée au Comité de déontologie de l'Agence de sécurité sanitaire présidé alors par Pierre Le Coz, avec qui elle coécrit sur la question centrale des conflits d'intérêt⁴⁴. Ainsi, elle s'attache à lier la boîte noire de l'expertise réglementaire et la question de la démocratie, tout en questionnant la nature du lien entre décisions politiques, prises par des ministres, et les conclusions d'un comité d'experts. Si la réglementation est signée par le pouvoir politique, elle est élaborée en amont par des corps techniques compétents dans les différents secteurs qu'il s'agit de réglementer. Quel est le régime de responsabilité qui s'applique au ministre dont la décision s'avère à l'origine de dommages lorsque celle-ci suit aveuglément les avis d'experts.⁴⁵ C'est ainsi qu'Hermitte se confronte à la question de la responsabilité juridique des décideurs politiques dans la conduite des affaires techniques au moment où une réforme constitutionnelle institue cette responsabilité : les ministres doivent prendre des décisions en connaissance de cause.

Dans ce système dont Hermitte identifie peu à peu les rouages, le figure du lanceur d'alerte joue un rôle clé. Au

FERENCZI (dir.), *Les défis de la technoscience*, Bruxelles, Complexe, 2002, pp. 71-85 ; « L'expert, le profane et le politique », in Henri ATLAN *et al.*, *Savoirs et Démocratie*, Marseille, Parenthèses, 2003, pp. 101-120.

44. Marie-Angèle HERMITTE, Pierre LE COZ, « La notion de conflit d'intérêts dans les champs de la santé et de l'environnement : regards philosophique et juridique », *Journal International de Bioéthique*, 2014, vol. 25, n° 2, pp. 15-50.

45. Marie-Angèle HERMITTE, « La responsabilité pénale des ministres », *Les petites affiches, numéro spécial sur la responsabilité des professionnels*, 2001, pp. 16-23.

début des années 1990, Hermitte rencontre d'abord cette figure en travaillant sur la crise du sang contaminé. Cette crise lance un processus de transformation institutionnelle avec la création des agences de sécurité sanitaire et environnementale, puis se développe à chaque nouvelle crise ou affaire : vache folle, éthers de glycol, Médiator. Si dans ce cadre est institué un système de veille et d'information en matière de risques sanitaires et environnementaux, celui-ci ne fait pas de place aux lanceurs d'alerte, comme Christine Noiville et Hermitte le font remarquer dans un texte pionnier⁴⁶. Elles ouvriront par la suite, un grand chantier travaillé au travers de diverses collaborations⁴⁷. Alors que ce travail trouve un écho en dehors des milieux juridiques, Hermitte se voit sollicitée par des lanceurs d'alerte divers : salariés du privé, chercheurs du secteur public, fonctionnaires, journalistes, des simples citoyens qui dénoncent divers dangers et se heurtent ce faisant à de multiples obstacles. Ces sollicitations et le suivi de l'actualité lui permettront alors non seulement d'aboutir à une typologie des lanceurs d'alerte, mais aussi, comme le rappelle Christine Noiville dans son hommage, à réunir les éléments nécessaires pour formuler des propositions concrètes visant l'institution des mécanismes nécessaires à la protection des lanceurs d'alerte et à l'instruction des dossiers dont ils sont porteurs. En est un exemple, la contribution au texte de ce qui deviendra la loi Blandin du 16 avril 2013 relative à l'indépendance de l'expertise en matière de santé et d'environnement et à la protection des lanceurs d'alerte.

c) *L'institution d'espaces délibératifs : les conférences de citoyens*

Hermitte part du principe que les sciences et les techniques *gouvernement* au même titre que la décision politique, sans pour autant suivre de procédures chargées d'en assurer la substance démocratique. Confrontée au défi que posent

46. Marie-Angèle HERMITTE, Christine NOIVILLE, « L'obligation d'information en matière de santé publique à la lumière de la loi du 1^{er} juillet 1998 sur la sécurité sanitaire », *Gazette du Palais*, n° spécial « Droit de la santé », 24 octobre 1998, pp. 42-48.

47. Marie-Angèle HERMITTE, Christine NOIVILLE, « Quelques pistes pour un statut juridique du chercheur lanceur d'alerte », avec Christine NOIVILLE, *Natures Sciences Sociétés*, 2006, vol. 14, n° 3, pp. 269-277 et Marie-Angèle HERMITTE, « Aspects juridiques de la protection du lanceur d'alerte », in Jean-Marie MUR (dir.), *L'émergence des risques*, Les Ulis, EDP Sciences, 2012, pp. 265-296.

des choix technoscientifiques opérés en dehors de toute procédure démocratique alors qu'ils affectent durablement les sociétés⁴⁸, Hermitte entre dans le monde des techniques de démocratie délibérative, composantes de la démocratie technique. Dès le début de son travail sur la brevetabilité du vivant, elle est frappée par le fossé qui sépare les vues des citoyens ordinaires de celles des acteurs publics et privés compétents sur ce sujet, fossé qu'elle retrouve dans ses autres dossiers. Biotechnologies, nanotechnologies, biologie de synthèse... sont autant d'exemples de nouvelles technologies qu'Hermitte observe se développer bien avant qu'une discussion collective et structurée apte à constituer la base d'une politique ait pu avoir lieu. En démocratie, ce qui est en jeu alors, est la capacité dont disposent les citoyens pour refuser une voie technologique lorsqu'elle est estimée dangereuse, déstabilisante ou simplement indésirable. Dès lors, la question se pose de savoir de quels moyens on dispose pour la construction d'une société sobre et désirable compte tenu du fait que le droit ne peut pas être l'instance motrice – sa compétence étant en effet limitée à organiser la mise en œuvre d'objectifs institués en droit sur la base de finalités qui viennent de l'extérieur⁴⁹. C'est à l'aune de ces défis qu'Hermitte s'embarque avec des collègues dans un travail d'expérimentation démocratique autour de la création d'espaces permettant la mise en scène d'une diversité de voix et de perspectives dans le dessein de faciliter la délibération avant de formuler des avis sur les risques collectifs où les incertitudes prévalent.

Hermitte aura la chance d'être invitée à s'investir dans le développement en France des « conférences des citoyens » au fil d'une série d'expériences particulièrement marquantes. En 1998, la première est organisée par l'Office parlementaire des choix scientifiques et techniques (OPECST) sur les OGM. Hermitte fait partie du Comité de pilotage à titre d'experte des biotechnologies sous la houlette du politologue Daniel Boy⁵⁰. Peu convaincue au départ, elle constate à la fois la compétence des « profanes » pour traiter

48. Marie-Angèle HERMITTE, *Le droit saisi au vif, op. cit.*, pp. 87 et ss.

49. Marie-Angèle HERMITTE, « Faut-il compter sur le droit ? » in Dominique BOURG, Alain PAPAUX (dir.), *Vers une société sobre et désirable*, Paris, PUF, 2010, pp. 172-196.

50. *Le droit saisi au vif, op. cit.*, pp. 300 et ss.

un sujet complexe comme celui des OGM, la pertinence de leurs recommandations⁵¹ et l'ire des parlementaires. Sa deuxième expérience portera sur le changement climatique en 2002, à l'initiative de la Commission française du développement durable⁵². Cette fois, sa présence au Comité de pilotage est liée à sa connaissance de la procédure plus que des questions climatiques⁵³. Elle présidera en 2009 le Comité de pilotage d'une troisième expérience, « Ondes, santé, société » organisée par la ville de Paris au printemps 2009 en pleine controverse sur les risques sanitaires des antennes relais nécessaires à la téléphonie mobile⁵⁴. Engagée dans des conditions conflictuelles, la conférence traduit malgré tout assez bien le sentiment général d'une absence de risque, contredite par une inquiétude marquée pour les électrosensibles. C'est en 2013-2014, lors de la conférence sur l'enfouissement des déchets nucléaires organisée par la Commission nationale du débat public qu'Hermitte, à nouveau présidente du Comité de pilotage et très libre de ses choix, pourra le mieux appliquer les procédures qu'elle estime les plus favorables à l'expression informée des citoyens, et particulièrement un principe du contradictoire rigoureux⁵⁵. Cela se traduira par la demande de faire un pilote industriel expérimental, avant la réalisation en vraie grandeur, ce qui constitue l'étape actuelle du projet.

Si les expériences sont difficiles à comparer et qu'elles rencontrent des problèmes au niveau de l'organisation, des questions de représentation, ou encore d'impact sur le processus politique, Hermitte restera favorable à une procé-

51. Si la procédure n'est pas suivie directement d'une loi sur leur base, Hermitte voit rétrospectivement dans les recommandations une anticipation de ce qui advient effectivement : le moratoire, la réorganisation du système des autorisations de mise sur le marché, la mise en œuvre de la coexistence des filières OGM et non OGM, et l'organisation du Haut Conseil des biotechnologies avec un comité éthique, économique et social. En somme, une grande partie des a été mise en place, Marie-Angèle HERMITTE, *Le droit saisi au vif, op. cit.*, pp. 300 et ss

52. Marie-Angèle HERMITTE, *Le droit saisi au vif, op. cit.*, pp. 316 et ss.

53. Marie-Angèle HERMITTE « La nature juridique des quotas de gaz à effet de serre. Une histoire intellectuelle », *Annales de la régulation*, 2006, n° 1, pp. 541-585.

54. *Le droit saisi au vif, op. cit.*, pp. 322 et ss.

55. Marie-Angèle HERMITTE « Débats publics et nucléaire. L'expérience de la conférence de citoyens sur la gestion des déchets nucléaires dans le cadre du projet Cigéo », Isabelle DOUSSAN (dir.), *Les futurs du droit de l'environnement – Simplification, modernisation, régression*, Bruylant, 2016, pp. 189-205.

de dure qui permet de faire parler les gens que l'on n'entend jamais car ils sont éloignés des questions posées et ne font partie d'aucune association. Estimant, avec d'autres, qu'un encadrement légal des processus de participation citoyenne pourrait s'avérer nécessaire pour fixer un certain nombre de cadres minimaux, Hermitte s'investit avec Michel Callon, Dominique Rousseau et Jacques Testart dans la recherche partenariale entre ce petit groupe de chercheurs et l'association Sciences citoyennes. Avec eux, elle s'engage sur les questions de démocratie, de représentation, d'organisation des pouvoirs, sur les principes de participation et d'information, l'accès à la justice, et les choix technologiques en société. À l'invitation de l'association, ils s'attachent à penser des modes de certification de bonnes pratiques sur la base d'un modèle considéré comme idéal, et vont jusqu'à proposer un projet de loi pour l'inscription des « conventions de citoyens » dans un cadre constitutionnel. Si ce projet n'aboutit pas, la loi sur la bioéthique de 2011 inscrit le principe d'un débat public nécessaire avant tout projet de réforme impliquant des questions de société soulevés par les progrès de la connaissance dans les domaines concernés. Ceci implique la réunion de conférences de citoyens choisis de manière à représenter la société dans sa diversité qui, après une formation par des experts indépendants et pluridisciplinaires, débattent et rédigent un avis. L'engagement d'Hermitte avec les conférences de citoyens est un exemple non seulement de l'une des facettes centrales de la société des sciences et des techniques qu'elle a étudiées, mais aussi et surtout de sa façon particulière de les aborder, à savoir en faisant le lien entre théorie et pratique, ici, par la construction d'espaces institutionnels nouveaux.

Cet ensemble d'études théoriques et d'expériences empiriques devait conduire à la question de savoir « qui » fait bouger les fronts du droit de la société des sciences et des techniques ? Hermitte la pose lors d'un colloque sur la descendance intellectuelle d'Ulrich Beck⁵⁶. Il fallait alors affronter la critique portée à l'encontre des victimes des risques : constatant la fin de la société de classes, le politiste

56. Marie-Angèle HERMITTE, « Sujets politiques et «origine du droit» dans la société des sciences et des techniques », in Dominique BOURG, Pierre-Benoît JOLY, Alain KAUFMANN (dir.), *Du risque à la menace*, Paris, PUF, 2013, pp. 165-198.

concluait à l'impossibilité d'une société de victimes : « tout le monde », en tant que victime potentielle, ne saurait devenir un sujet politique, cette critique post-marxiste rejoignant celle des libéraux récusant « l'obsession victimaire ». Marie-Angèle Hermitte se tourne alors vers les sujets de droit qui, porteurs d'avenirs possibles, peuvent devenir « l'origine du droit » au sens romain du terme puisque certaines victimes, une fois leur traumatisme dépassé, portent des revendications plus générales ou que tous ceux qui anticipent les catastrophes cherchent à être les remparts contre leur réalisation. C'est donc à une relecture de la notion de sujet de droit qu'Hermitte se livre : frontières des personnes physiques au commencement et à la fin, double digital, humanité, générations futures, espèce humaine, ou sujets de droit non humains.

4. La découverte de l'animisme juridique : vers un nouveau Léviathan ?

En 2013, Marie-Angèle Hermitte se voit décerner la Légion d'honneur et prend formellement sa retraite, sans pour autant arrêter son voyage dans le monde du droit des sciences et des techniques. Loin de cela, installée à La Ciotat, elle s'embarque pleinement dans ce qu'elle identifiera lors de ses entretiens avec Francis Chateauraynaud comme un « animisme juridique », un mouvement dont elle avait anticipé l'émergence depuis ses travaux sur la biodiversité. Ainsi, si au cours des années 1980, Hermitte a dessiné les contours du « droit du vivant » – un agencement juridique nouveau articulant diverses branches du droit, du droit de l'obtention végétale au droit des produits du corps humain, en passant par le droit de la biodiversité–, au cours des années 2010, elle fera évoluer ce travail dans une réflexion sur un vaste processus de reconfiguration émergente des rapports entre personnes et choses au sein du droit⁵⁷.

a) Des droits pour les entités diverses de la nature ?

Des années après ses premiers travaux sur la biodiversité et la nécessité de repenser son statut juridique comme sujet

57. Sur ce vaste pan transversal de l'œuvre d'Hermitte voir les contributions intégrant la première partie de ce volume.

de droits⁵⁸, une expérience juridique sans précédent a de nouveau attiré l'attention de juristes de différentes régions du monde : l'Équateur a reconnu la nature comme sujet de droit dans sa constitution en 2008. Dans un article fondateur paru en 2011 dans la revue *Annales*⁵⁹, Marie-Angèle Hermitte aborde la question du vivant de manière nouvelle, s'écartant des voies explorées par elle jusqu'alors. En constatant un processus d'égalisation *des armes* entre humains et non-humains, il s'agit d'identifier de manière nuancée des situations de personnification substantielle et de personnification procédurale qui se nourrissent d'expériences constitutionnelles, légales et jurisprudentielles sous différentes latitudes. La Bolivie, puis d'autres localités d'Amérique latine, mais aussi la Nouvelle-Zélande, l'Inde et une liste croissante de pays accumulent les expériences de reconnaissance des droits de la nature, des animaux et des écosystèmes en particulier⁶⁰. Les nuances entre les processus sont de plus en plus évidentes, mais elles représentent également un nouveau processus pour le monde du droit : l'animisme juridique.

b) *Le mouvement de l'animisme juridique*

Au cours des années 2010, Hermitte s'embarque donc dans une vaste exploration de mécanismes par lesquels les systèmes juridiques sont retravaillés par une forme d'animisme juridique⁶¹. Hermitte élabore le concept d'animisme juridique en 2013, en revenant sur sa proposition de 1988 d'un statut juridique de la diversité biologique, entre autres⁶². Tout comme la science et la technologie l'ont amenée à dialoguer avec des sociologues, des économistes et des politologues, son travail sur l'animisme juridique est marqué par un dialogue avec l'anthropologie. En effet, elle s'inspire de

58. Marie-Angèle HERMITTE, *Le concept de diversité biologique et la création d'un statut de la nature*, *op. cit.*

59. Marie-Angèle HERMITTE, « La nature, sujet de droit ? », *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 2011, vol. 66, n° 1, pp. 173-212.

60. Comme le démontrent les hommages intégrant la deuxième partie de ce volume.

61. Marie-Angèle HERMITTE « Artificialisation de la nature et droit(s) du vivant », in Philippe DESCOLA (dir.), *Les Natures en question*, Paris, Odile Jacob, 2018, pp. 257-284, repris dans *La lettre du Collège de France*, 2019, n° 44, p. 22 et ss. Voir aussi dans ce volume la contribution de Pierre Brunet et Judith Rochfeld à la discussion sur l'animisme juridique.

62. Marie-Angèle HERMITTE, « Le concept de diversité biologique et la création d'un statut de la nature », *op. cit.*

l'ontologie animiste que Philippe Descola a identifiée chez les Achuar dans son étude d'anthropologie comparative des rapports entre humains et non humains. Ce sera à la suite d'une invitation de Ph. Descola alors professeur au Collège de France, au colloque *Les Natures en question* qu'Hermitte systématisera son concept en suggérant qu'il existe non pas une forme d'animisme mais des chemins divers : autochtones, religieux, mais aussi scientifiques, ce qui mettra plus de temps à être compris⁶³. Plus récemment, Hermitte y reviendra lors d'une séance du « parlement de Loire » qui est l'une des expériences françaises actuelles en matière de reconnaissance de droits pour un écosystème⁶⁴.

c) *Imaginer un nouveau Léviathan*

Ayant constaté que face aux enjeux de développement humain « c'est toujours le crapaud qui perd », Hermitte nous offre au fil de son voyage les éléments pour imaginer un nouveau Léviathan fait d'humains et de non-humains qui coexistent autrement, tel celui qu'Hermitte a imaginé et que sa sœur Laurence Lénard-Hermitte figurera et lui offrira sur une toile. L'histoire de cette peinture, raconte Hermitte⁶⁵, remonte à une visite à Rome avec étudiants et enseignants du doctorat européen réunis pour écouter Carlo Guizburg. À cette occasion, il évoquait le triptyque « peur, révérence, terreur »⁶⁶ qui conduisit Hobbes à la nécessité du Léviathan, créé par le pacte qui va transformer en corps politique « la multitude amorphe » habitée par la peur de l'état de nature. Le poids de cette image à laquelle Hermitte n'avait jamais porté d'attention particulière l'entraîna dans de vagues divagations qui suivaient les détours de la pensée de l'orateur, de la peste à Athènes – et son anomie – à la « grande rébellion » anglaise et ses violences, de l'invincible armada aux mémoires du philosophe – « moi et la peur nous sommes jumeaux ». Elle se fit la réflexion

63. Marie-Angèle HERMITTE, « Artificialisation de la nature et droit(s) du vivant », *op. cit.*

64. Marie-Angèle HERMITTE, « Vers des institutions animistes », in Camille DE TOLEDO (mise en récit), *Le fleuve qui voulait écrire. Les auditions du parlement de Loire*, Paris, Manuel-la Editions/LLL-Les liens qui libèrent, 2021, pp. 303-323.

65. Notes de Marie-Angèle Hermitte à propos du tableau, communication personnelle, septembre 2022.

66. Elle a été publiée avec d'autres dans l'ouvrage Carlo GINZBURG, *Peur, révérence, terreur - Quatre essais d'iconographie politique*, Dijon, Les Presses du réel, 2013, 189 p.

que si pour Hobbes, la peur venait de l'ignorance, elle nous vient aujourd'hui de la connaissance – quel retournement ! Et Ginzburg de conclure à ce moment à son souci pour la crise environnementale, prenant Hermitte par surprise :

« Supposons que la dégradation de notre milieu augmente jusqu'à atteindre des niveaux qui sont aujourd'hui impensables. La pollution de l'air, de l'eau et de la terre finirait par menacer la survie de beaucoup d'espèces animales, y compris, l'espèce appelée homo sapiens sapiens. Arrivés à ce point, un contrôle global et pénétrant en profondeur dans le monde et la vie de ses habitants, semblerait devenir inévitable. La survie du genre humain imposerait un pacte semblable à celui postulé par Hobbes. Les individus finiraient par renoncer à leur liberté à la faveur d'un super-État répressif, d'un Léviathan infiniment plus puissant que ceux du passé. Les chaînes de la société» enserreraient les mortels dans un nœud de fer, non plus pour lutter contre « la nature impie » comme l'écrivait Leopardi dans la Ginestra, mais, au contraire pour voler au secours d'une nature fragile, abimée, blessée. Un futur hypothétique dont on peut espérer qu'il ne s'avère jamais »⁶⁷.

26

Hermitte se dit alors que tous ceux qui sont attentifs à la dégradation de plus en plus rapide des écosystèmes habitables savent que, plus la réaction des États, des entreprises et des citoyens, est tardive, plus l'on demandera un Léviathan surarmé pour sauver ce qui et ceux qui peuvent encore l'être. Sa divagation face au frontispice du Léviathan se fit alors plus précise : la masse humaine figée dans cette posture de crainte et de révérence lui sembla insupportable, comme l'armement du Léviathan ; ces images hantèrent sa mémoire jusqu'au jour où sa sœur, peintre, put donner forme à un autre destin. Hermitte lui demanda, certes, de représenter la menace du changement climatique – la tornade, mais aussi d'individualiser les humains, de les retourner pour qu'ils montrent leur visage, d'en faire des hommes et des femmes venant du monde entier, conversant avec les animaux. Ils sont jeunes, et l'on sait le rôle que jouera un peu plus tard la jeunesse « agissant contre l'inaction ». Léviathan se satisfait de la diminution de ses armes, représentation dans l'esprit d'Hermitte du recours au principe

Introduction.
Hermitte
de l'autre côté
du miroir

de participation ; il n'émerge plus de la peur, mais du recours fréquent aux citoyens et des relations retrouvées avec le monde non humain.

Si la peur était moins pesante dans le tableau de sa sœur, moment de grâce, deux événements, raconte Hermitte, l'ont ramenée, depuis, à la terreur de la conférence. Ce fut d'abord Greta Thunberg au forum de Davos de 2019 : « Je ne veux pas de votre espoir, je ne veux pas que vous soyez remplis d'espoir, je veux que vous paniquiez ». « Je veux que vous ressentiez la peur qui m'habite chaque jour et que vous agissiez » ! « La perspective du réchauffement clima-



« Un nouveau Léviathan »
de Laurence Lénard-
Hermitte, partant du
concept de Marie-Angèle
Hermitte, toile à l'huile.

tique devrait instiller la peur chez les dirigeants du monde entier et les pousser à l'action ». Ce fut ensuite la pandémie orchestrée par le virus du COVID 19 :

« Allait-elle ramener l'anomie athénienne ? Il faudrait répondre à la question pays par pays. En revanche, il est une façon de regarder la pandémie comme une répétition générale du retour du vieux Léviathan. Il s'agit d'un phénomène naturel, le virus, qui surgit des êtres et des écosystèmes pressés par la proximité croissante entre les zones naturelles, leurs habitants et les actions humaines, – au moins s'il n'apparaît pas un jour qu'il sort d'un laboratoire. Le virus s'étend rapidement à toute la planète du fait des fortes concentrations humaines dans les villes et de la multiplication des voyages à travers le monde. Il faut se résoudre à enfermer la population, plus ou moins, plus ou moins longtemps, supprimer ou réduire un nombre considérable de libertés. Une pandémie n'a qu'un temps, mais ce n'est le cas ni de l'eau qui disparaît, ni des terres qui s'assèchent, ni des eaux qui montent. S'il faut attendre la double décrue, celle de la démographie et celle des pollutions, de terribles guerres puis un terrible Léviathan sont devant nous ».

5. Des engagements divers avec ce parcours

Ces mélanges regroupent des textes en hommage à Marie-Angèle Hermitte et son œuvre qui sont, comme le nom mélanges le suggère, diverses. Le sujet et l'approche des textes sont du choix libre de chacun des contributeurs et ils recouvrent donc spontanément différents pans du vaste répertoire thématique hermittien, sans pourtant le couvrir complètement. De même, nombre des contributions orbitent autour d'un ensemble de questions liées à ce que l'on reconnaît désormais comme l'animisme juridique. Les contributions engagent chacune à sa manière un dialogue avec un ou plusieurs moments de l'œuvre d'une chercheuse qui a choisi de « faire le pari du tout », balayant le droit au large afin de saisir les évolutions de l'architecture juridique au fil des épreuves qu'elle nous aura appris à saisir comme occasions pour penser la rencontre du monde du droit et du monde des technosciences. Dans cette matière textuelle hétérogène on peut ainsi identifier des zones homogènes et des fils transversaux. En les suivant, nous avons organisé les hommages qui intègrent ce volume en trois parties théma-

tiques, chacune renvoyant à une thématique structurante de l'œuvre de Marie-Angèle Hermitte.

a) *L'autre monde du droit en train de se faire : catégories, régimes, concepts*

La première partie rend compte de la centralité qu'Hermitte accorde dans son travail à l'organisation du monde du droit et son évolution. Axée sur des problématiques théoriques, elle réunit des textes discutant des enjeux liés aux configurations des catégories fondamentales du droit, des concepts juridiques, et des régimes juridiques divers dans l'histoire et aujourd'hui.

S'inscrivant dans la ligne des problématiques posées par Hermitte dans « Le droit est un autre monde », Rodrigo Míguez Núñez se penche sur la *summa divisio* entre personnes et choses pour nous inviter à explorer, dans le sillon ouvert par les travaux d'Hermitte, un « droit du continuum » offrant les moyens pour organiser la coexistence et les interdépendances entre humains et non-humains.

Viennent ensuite deux travaux proposant des perspectives historiques sur ces questions, en se penchant sur les problèmes posés par les « choses d'origine humaine », dont le caractère hybride met en tension *la summa divisio* entre personnes et choses. À l'aune de la réflexion hermittienne sur le statut juridique du corps humain, Silvia Falconieri examine les usages du corps indigène dans la matrice juridique coloniale française en Afrique subsaharienne pour montrer l'émergence d'un référent des opérations de catégorisation qui président à la distribution des droits et devoirs civils en situation coloniale. Toujours en lien avec les choses d'origine humaine, l'hommage de Marta Madero fait écho aux travaux d'Hermitte sur la transfusion sanguine par une analyse du régime juridique des « contacts de sangs » – ceux qui ont lieu lors du premier rapport sexuel entre conjoints – dans le droit canonique du XIIe au XVe siècle, suggérant une communion avec Hermitte évidente dans le travail sur la « lourde essentialité » du sang et exceptionnalité des régimes qui en résultent.

Les trois hommages suivants explorent, quant à eux, les manières d'organiser les droits sur les choses, – et des choses, dans l'histoire et aujourd'hui. Emanuele Conte offre une étude de la naissance à Modène, en 1182, d'un pa-

radigme nouveau de la propriété au prisme de la notion de *dominium utile* – expression juridique indiquant le droit de propriété dont jouissait un concessionnaire de fief, ou quelque autre forme de concession, sur la chose qui lui avait été confiée – comme une inventions audacieuse de la doctrine scolastique du droit au Moyen Âge permettant d’encadrer l’immense réseau des droits de disposition sur les choses marquant l’ancien régime. Le texte de Sarah Vanuxem continue l’exploration des relations juridiques entre les personnes et les choses et entre les choses mêmes par une étude des servitudes prédiales (ou réelles) qui permet de faire un pas de côté pour contourner les écueils qu’elle identifie dans le mouvement moderne de personnification de la nature et de ses éléments, en attribuant d’emblée des droits aux choses de la nature. Continuant la discussion des questions théoriques et techniques qui pose le mouvement d’institution de droits subjectifs pour les entités de la nature, Michele Spanò propose un regard critique sur la voie de la personnification et de la patrimonialisation pour avancer une alternative trans-subjective axée sur le fait que la si citée *summa divisio* subit trop souvent une censure, le droit n’étant pas seulement constitué de choses et de personnes, mais aussi d’actions.

30

Les deux derniers textes de la première partie nous offrent quant à eux, des réflexions sur des concepts chers à Marie-Angèle Hermitte. Delphine Marie-Vivien examine la nature juridique de l’indication géographique / appellation d’origine, droit intellectuel d’usage cher à Marie-Angèle Hermitte du fait de son caractère hybride liant la terre et la technique, dont l’auteure explore le lien avec la catégorie de chose commune. Paolo Napoli, quant à lui, se penche sur le concept de traçabilité (des personnes et des choses), que Marie-Angèle Hermitte a eu le mérite de placer au cœur du droit des sciences et des techniques, comme un moyen pour rendre compte en termes conceptuels des effets produits par la combinaison de l’activité humaine et des processus naturels dans les sociétés occidentales dont l’auteur retrace « l’entrée en scène ».

b) *La mise en droit du vivant : instituer les interrelations*

La deuxième partie réunit des textes consacrés à différents aspects du travail d’Hermitte sur la mise en droit des élé-

ments divers qui intègrent le monde vivant à l'aune de l'accélération des destructions écologiques et leur constitution comme enjeu politique et juridique central de notre temps. Tout d'abord, il est question de droit de la biodiversité. Sandrine Maljean-Dubois nous propose, dans le cadre d'une réflexion sur les limites planétaires, inscrite elle-même dans celle sur l'anthropocène, d'examiner le devenir de la Convention de Rio sur la diversité biologique – convention dont Hermitte a su montrer très tôt l'échec du point de vue conservationniste, et dont l'auteure examine les objectifs globaux à atteindre en 2010, puis 2015 et 2020 au fil des décisions de la Conférence des parties et à l'aune de l'évolution des connaissances scientifiques.

Ensuite, deux travaux se penchent depuis d'angles différents mais complémentaires sur la question des entités animales. D'une part, Jean Pierre Marguénaud salue le rôle d'Hermitte comme pionnière de la personnification des animaux en se penchant sur la question des droits des grands singes, et en particulier celle du modèle de personnification qui leur convient le mieux, entre « des personnes juridiques non humaines » et « des personnes animales », à l'aune des évolutions du droit au XXI^e siècle et de la diffusion de la personnalité juridique vers d'autres animaux que les grands singes. D'autre part, Raphael Larrère revient sur une expertise collective menée à l'INRAE à la demande de l'autorité européenne de sécurité alimentaire, portant sur les capacités cognitives des animaux (non seulement la sensibilité, mais aussi la conscience de soi, la mémoire ou l'aptitude à interpréter les intentions des congénères) et qui sont au centre des inquiétudes sur le statut moral, et sur le statut juridique des animaux, tant en dépendent non seulement les interactions que nous pouvons entretenir avec eux, mais aussi le jugement que l'on peut porter sur la façon dont ils sont traités.

Enfin, les cinq derniers textes s'inscrivent dans le sillon des travaux d'Hermitte sur le mouvement tendant à reconnaître une personnalité juridique et des droits aux entités naturelles en explorant différentes facettes. Le texte de Luis Lloredo Alix nous propose une lecture de la question des droits de la nature en clé post humaniste et décoloniale qui invite non seulement à modifier le concept de droits subjectifs, mais aussi à redéfinir la relation extractiviste

que les êtres humains entretiennent avec la nature. David Samson nous livre dans son hommage un travail visant à déterminer, à partir de l'œuvre de M.-A. Hermitte, l'espace et la possibilité d'une écologie juridique, à l'aune du devenir politique de la querelle entre l'anthropocentrisme et l'écocentrisme. Pauline Milon s'attèle à montrer comment les détours qu'a pris le droit de l'environnement rendent difficile l'acceptation du tournant subjectiviste qui s'opère en son sein par une analyse des enjeux principaux du débat, en faisant la lumière sur la notion de sujet de droit, puis sur la pratique d'États tendant à formuler des droits propres à la nature. Le texte de María Valeria Berros nous offre quant à lui une perspective latino-américaine sur le travail de Marie-Angèle Hermitte autour de la reconnaissance des droits aux entités de la nature dans ses dimensions symbolique et technique, et son actualité à l'aune compte de l'expérience qu'a connu ce mouvement dans la région. Enfin, Pierre Brunet et Judith Rochfeld concluent la partie en rendant hommage au travail de M.-A. Hermitte sur l'animisme juridique, en discutant sa proposition, basée sur les catégories ontologiques de Philippe Descola, d'en distinguer entre trois formes dites indigéniste, religieuse et, celle propre aux systèmes juridiques européens, d'un « animisme juridique à base scientifique », pour avancer la nécessité de prendre davantage en compte les constructions politiques qui sous-tendent ces reconnaissances et d'interroger les difficultés d'organisation collective que les personifications à l'œuvre recèlent.

c) *Société technologique et gouvernement du risque*

La troisième et dernière partie de cet hommage explore différentes facettes du droit dans le gouvernement des sociétés technologiques et du risque à de multiples niveaux. Dans son hommage, Gonzalo Sozzo examine les enjeux de la prise de décision fondée sur l'expertise scientifique dans le cadre administratif, législatif et judiciaire, pour discuter les enjeux soulevés par la judiciarisation des conflits politiques que connaissent certains pays comme l'Argentine et qui conduisent à penser leur spécificité dans la réflexion hermitienne sur le gouvernement des risques dans la société des sciences et des techniques. Christine Noiville et Elsa Supiot, quant à elles, rendent hommage au travail pionnier

de Marie-Angèle Hermitte sur l'importance politique d'accorder au lanceur d'alerte une protection adéquate, en se penchant sur les évolutions de ce droit relatif la protection des lanceurs d'alerte en France dans le contexte la transposition de la nouvelle législation de l'Union Européenne en la matière – elle-même basée sur « le modèle français ». Justo Corti Varela se réfère dans son travail à la manière originale dont l'œuvre d'Hermitte lie droit de l'environnement et droit économique à la lumière d'un examen historique – d'inspiration hermittienne – du glyphosate et de la manière dont cette histoire conjugue une série de questions qui traversent son œuvre, allant de réglementation des risques aux conflits d'intérêts en passant par la contestation sociale. Dans la ligne des réflexions hermittiennes sur le gouvernement des risques technologiques, Amélie Robine se penche sur la lutte contre une forme spécifique de criminalité organisée, à savoir le trafic des produits pharmaceutiques falsifiés, en interrogeant l'efficacité des réponses juridiques apportées jusqu'ici par le biais de la sécurisation de la chaîne du médicament légal par le biais d'une réglementation pharmaceutique stricte et homogène sur le plan international et l'organisation d'une forte répression des trafiquants. L'hommage se termine par deux contributions concernant la problématique de la protection des données personnelles – en particulier sa concrétisation dans cadre du Règlement général sur la protection des données, en abrégé RGPD, et d'autres instruments nouveaux – à l'heure où elles font l'objet d'une valorisation économique sans précédente dans le cadre de la dynamique d'innovation numérique productrice de nouveaux risques qu'il s'agit de gouverner. S'inscrivant dans la continuité des travaux hermittiens sur la « patrimonialisation » du corps humain et du matériel biologique, Giorgio Resta interroge ces évolutions récentes à l'aune de la question de savoir si les données – comme d'autres entités ayant acquis une valeur d'échange sur le plan socioéconomique – peuvent être considérées comme un bien techniquement appropriable, puis, si elles sont susceptibles de faire l'objet de contrats, obligatoires ou réels, avec quels effets ? Dans le dernier texte de l'ouvrage, Maria Edevacy et Marcelo Dias Varella étudient la réglementation du transfert de données à caractère personnel entre les pays où la collecte de ces données a

lieu et les pays où elles sont traitées dans le sillon de travaux d'Hermitte sur les rapports Nord-Sud, questionnant la participation des pays en développement, comme le Brésil, aux dynamiques qui animent les processus de construction de normes à vocation mondiale, comme c'est le cas du RGPD et ses instruments d'extraterritorialité été créés pour garantir l'effectivité des droits des citoyens européens.

**I.
DES CATÉGORIES JURIDIQUES EN DÉBAT**

Personas y cosas en el imaginario hermitiano: por un derecho del "continuum"

Rodrigo Míguez Núñez*

Una constante preocupación intelectual de nuestra homenajeada motiva estas líneas: el riesgo de que la organización del pensamiento jurídico en categorías de lugar a una «abstracción extrema» que comporte la completa desaparición del objeto del discurso jurídico¹. En efecto, si entendemos, como enseña Hermitte, que tanto el régimen jurídico asociado a las categorías como su contenido cambian rápidamente, según las necesidades de cada época², no extrañará que los elementos que componen las tradicionales divisiones del derecho pierdan la esencia común que justifica su agrupación y que otros, inéditos, alteren su ordenación creando áreas nuevas, zonas de indistinción o indefinidas.

Para comprender mejor este inequívoco dato es necesario consignar que las categorías se conciben como un esquema clasificatorio *a priori*, un método que «además de ser inadecuado para captar las múltiples evoluciones de la

37

* Profesor asociado de Derecho privado. Universidad del Piemonte Oriental. E-mail: rodrigo.miguez@uniupo.it

1. Marie-Angèle HERMITTE, *Le droit est un autre monde*, «Enquête», 1999, vol. 7, n. 22.

2. Marie-Angèle HERMITTE, *Pour une histoire du statut juridique du corps. À propos de L'Af faire de la main volée de J.-P. Baud*, «Natures Sciences Sociétés», 1995, vol. 3, n. 1, p. 49.

realidad social»³, constituye un obstáculo «para aceptar y clasificar lo nuevo, lo no reconducible a parámetros consolidados (es decir, a “categorías” experimentadas)»⁴. Así acontece en función de los extraordinarios procesos de desarrollo tecnológico, humano y social, y de las transformaciones culturales que desencadenan el actual «redescubrimiento de lo múltiple» y de su «complejidad»⁵, fenómenos que ofrecen la posibilidad de reflexionar acerca de uno de los tantos aspectos del “derecho en curso de construcción” que ha ocupado la atención de Marie-Angèle Hermitte: la crítica a la oposición entre natura interna (humana) y externa (no humana) que cimienta el dualismo occidental entre sociedad y naturaleza (o cultura y naturaleza) y el antídoto que a ello se formula a partir de la noción de “continuidad” o de “vitalidad material” que retoña del simple «plaisir de cousinage»⁶.

A una revisión sucinta de estos temas es dedicado el presente estudio.

1. Personas y cosas

Como es sabido, la separación persona/cosa forma parte de la más amplia ordenación de todo el *ius* en *personae*, *res* e *actiones*, operada por Gayo en sus Instituciones (*Inst.* 1.8), acogida luego por Justiniano (*Inst.* I, 2.12) y de allí adaptada a por la cultura jurídica moderna en los códigos civiles⁷. El supuesto “anatómico” de nuestra juridicidad puede decirse indeleble: desde tiempos de Gayo cada entidad de la cual el derecho se ocupa, si no es una acción, es una persona o una cosa.

Ahora bien, a los ojos del civilista esta ordenación motiva

3. Luigi BALESTRA, *A proposito delle categorie del diritto civile*, «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2015, n. 1, p. 27 y 26.

4. Nicolò LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, Giuffrè, 2013, p. 18.

5. Vincenzo SCALISI, *Complessità e sistema delle fonti di diritto privato*, «Rivista di diritto civile», 2009, I, p. 147.

6. Marie-Angèle HERMITTE, *La nature, sujet de droit?*, «Annales. Histoire, Sciences Sociales», 2011, p. 202.

7. Sobre la recepción del modelo gayano en la codificación del siglo XIX véase, André-Jean ARNAUD, *Les origines doctrinales du Code civil français*, Paris, LGDJ, 1969, p. 170 y 217, mientras que para el análisis comparado convendrá tener presente las reflexiones de Alejandro GUZMÁN BRITO, *La codificación civil en Iberoamérica. Siglos XIX y XX*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000, p. 55 y 56.

de inmediato dos esenciales consideraciones relativas a la noción jurídica de “cosa”.

La primera se refiere al enfoque tradicional empleado para explicar en términos dicotómicos y por exclusión la correlación de la “cosa” con la voz “persona”. Suele, en efecto, afirmarse que “cosa” es todo aquello que no es “persona”, razón por la que el hombre jurídico es definido como la “no cosa” por excelencia⁸. Ejemplar a este respecto es un pasaje del “*System*” de Thibaut: «aquel que generalmente es reputado sujeto de un derecho y especialmente sujeto del derecho civil, dicese persona; e inversamente dicese cosa todo aquello que es lo contrario de una persona»⁹. El resultado de este planteamiento es entender la *summa divisio* gayana en términos de una oposición en cuyo seno todo lo que no se comprende dentro de la categoría principal (la persona) cae en la categoría residual (la cosa)¹⁰. Y es con estas coordenadas que se comprende porqué la cosa, en lo que describe la tendencia típica de la modernidad jurídica, es «destinada a convertirse en un espacio en continua expansión de todo aquello que la persona distingue y aleja de sí misma»¹¹.

La segunda apreciación atañe otra usual fórmula: “cosa”, se dice, es aquella porción de la realidad externa al ser humano en cualquier modo útil a él (donde por utilidad se entiende el ejercicio del poder humano). Así, por ejemplo, lo leemos en el § 285 Código civil austriaco (1811): «[t]odo aquello que es distinto de la persona y que sirve al uso del hombre es llamado cosa en sentido jurídico». En dicha virtud se afirma que la “cosa” no posee algún valor mientras un sujeto no se apropie de ella o mientras una porción de la realidad material no comience a escasear generando un

8. Así, por ej., René DEKKERS, *Précis de droit civil belge*, 1, Bruxelles, Bruylant, 1954, p. 717; Henry, Jean y Léon MAZEAUD, François CHABAS, *Leçons de droit civil*, 12ª ed, I, 1, Paris, LGDJ, 2000, n. 173; Philippe MALAURIE, Laurent AYNÈS, *Les biens*, 5ª ed., Paris, Defrenois Lextenso, 2013, p. 6; FRANCISCO MARÍN CASTÁN, *Comentario del Código Civil*, Barcelona, Bosch, 2000, p. 7; Umberto VINCENTI, *Diritto senza identità. La crisi delle categorie giuridiche tradizionali*, Roma-Bari, Laterza, 2007, p. 40.

9. Anton Friedrich Justus THIBAUT, *System des Pandektenrechts*, Jena, Mauke, 1803, I, § 101.

10. Así, Judith ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, Paris, PUF, 2013, p. 9.

11. Roberto ESPOSITO, *Terza persona. Politica della vita e filosofia dell'impersonale*, Torino, Einaudi, 2007, p. 118.

conflicto de intereses entre los hombres¹². Y con los mismos tintes se insiste en que sólo la intermediación de la propiedad o la consideración de una relación de exclusividad con un titular permite transmutar la “cosa” en entidad jurídicamente relevante, esto es, “bien”¹³.

Por lo dicho, es fácil dar razón a quien ha identificado la «distancia incomparable» que caracteriza la juridicidad occidental: si la “cosa” es la “no persona”, si la “cosa” es una entidad pre-jurídica destinada a mutar y acceder a la vida del derecho en razón de la utilidad que preste al hombre, «personas y cosas se separan por la división más grande contenida en nuestro universo»¹⁴.

2. Cosas y “dominio instrumental”

Fijado este primer supuesto es oportuno delinear una segunda hipótesis que discurre de la gran división: entre personas y cosas media una relación de “dominio instrumental” que atribuye a las cosas el rol, pasivo e inerte, de servir o de pertenecer a las personas.

Sobre las raíces más remotas y los factores más recientes que han acentuado esta premisa puede observarse y discutirse ampliamente¹⁵, pero lo que aparece incontestable, y más relevante para los efectos de este análisis, es destacar el influjo de la metafísica cartesiana y del mecanicismo científico del siglo XVI como trasfondo filosófico de la codificación decimonónica. Sabemos, de hecho, que con Descartes el

12. El dato es reiterado en la manualística v., por ej., FRANCESCO GALGANO, *Diritto privato*, Padova, Wolters Kluwer-Cedam, 2017, p. 111; VINCENZO ROPPO, *Diritto privato*, Torino, Giappichelli, 2020, p. 78; DANIEL PEÑAILILLO ARÉVALO, *Los bienes, la propiedad y otros derechos reales*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2019, pp. 14-16; MANUEL ALBALADEJO, *Derecho Civil*, I, Madrid, Edisofer, 2013, p. 355.

13. Así, con renvíos profundizados para la tradición francesa, PIERRE BERLIOZ, *La notion de bien*, Paris, LGDJ, 2013, p. 25 ss.; ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, cit., p. 212 ss. Y en general, para el contexto europeo, ANTONIO GAMBARO, *I beni*, en *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu-Messineo-Mengoni*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 38 ss.

14. AUREL DAVID, *Structure de la personne humaine: limite actuelle entre la personne et la chose*, Paris, PUF, 1955, p. 3 y 6.

15. Así, por ejemplo, MICHEL VILLEY enseña que la filosofía estoica, cuya física comporta la exaltación del hombre en cuanto ser racional, ejerció una notable influencia en el humanismo, fecundando desde allí el pensamiento jurídico moderno. MICHEL VILLEY, *La formazione del pensiero giuridico moderno*, trad. it. di R. D’Ettore, F. Agostino, Milano, Jaca Book, 1985, p. 368-369, 381 ss. Un resumen de los factores que han acentuado el dominio instrumental es ofrecido en nuestro: *La vocazione giuridica di un’enciclica ecologica: note civilistiche a proposito della Laudato si’*, «Politica del Diritto», 2017, p. 267 ss.

hombre, el ser espiritual, es definitivamente posicionado como único actor y dominador de toda entidad a él externa. Y sabemos que con tales timbres la separación entre cuerpo y ánima, entre ánima y máquina, ha comportado que la materia, el objeto de aquello que el sujeto piensa, pertenezca al mundo pasivo de las cosas inertes, quedando subordinada a las leyes de la mecánica. Pues bien, la consecuencia más vistosa de este razonamiento ha sido concebir el mundo físico como una máquina articulada que puede ser comprendida gracias a la aplicación del análisis reduccionista y experimental¹⁶, método que terminaría por reducir las construcciones jurídicas a un infinito rompecabezas de silogismos organizados a partir de los principios universales del derecho natural¹⁷.

Por cierto, para quien observa este dato desde la perspectiva del derecho civil, es útil notar que en el imaginario planteado por la filosofía mecanicista los animales, vegetales y la entera naturaleza, reputadas entidades privadas de alma, se reducen a la condición de objetos apropiables y, así, a la «magra función de servir al propietario para verificar la absolutidad de su poder dominativo»¹⁸. De aquí, por ejemplo, se deriva la concepción del animal cosa semoviente (que sólo en reciente data comienza a quebrantarse en la codificación del derecho civil); de aquí el carácter “geométrico” conferido a la tierra, que entiende el mundo como un mosaico, o sea, un conjunto de polígonos que pueden ser medidos para recibir el valor de uso y de cambio propio del capitalismo; de aquí la reducción de los componentes del mundo natural (cuando no declarados no comercializables) a la condición de autónomos objetos de propiedad (y no de componentes de un ecosistema holístico e integrado). Del mismo mecanicismo derivan las propuestas más liberales relativas a los actos de disposición de las partes del cuerpo humano y de su material biológico, como también la

16. Cfr. Robert LENOBLE, *Per una storia dell'idea di natura*, Napoli, Guida, 1974, p. 347 ss.

17. Cfr. Franz WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, trad. it di U. Santarelli, Milano, Giuffrè, 1980, I, p. 459 ss.; VILLEY, *La formazione del pensiero giuridico moderno*, cit., pp. 470-471. Véase, además, en mérito a la influencia de la lógica cartesiana en el sistema racionalista axiomático aplicado a la división gayana, ARNAUD, *Les origines doctrinales du Code civil français*, cit., p. 125 ss.

18. Paolo GROSSI, *Beni: itinerari fra 'moderno' e 'pos-moderno'*, «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2012, n. 4. p. 1063.

tendencia (ya críticamente documentada por Hermitte) de patentar la naturaleza “descubierta”¹⁹.

Es también evidente que lo que vamos anotando se comprende cabalmente pensando en la *res extensa* como un elemento pasivo, objeto del libre arbitrio y carente de libertad, sobre el cual el hombre ejerce en modo pleno su poder y voluntad.

No debemos detenernos en los conocidos pasajes de Kant o Hegel para comprobar que en el discurso de los filósofos y juristas de la “modernidad” la apropiación de las cosas es la extensión lógica de la libertad, ni para explicar que la persona, identificada como pura *potestas*, se desarrolla independientemente de los demás en un plano superior respecto a las cosas que domina. Lo que sí interesa destacar es que esta apreciación atañe a la inaugural construcción del derecho subjetivo, es decir, la posición de ventaja o la posibilidad de acción que permite extender a la relación propietaria la misma inviolabilidad de la que goza el sujeto²⁰. Teorizados entonces los derechos naturales gracias al binomio libertad-propiedad, podemos ahora comprender porqué la subjetividad jurídica ha permitido la emancipación del hombre de todo vínculo interior o exterior, circunstancia que explica el imperio de la “antropología del tener” erigida sobre el libre y absoluto poder de utilización de los recursos y sobre el gobierno del mismo cuerpo como mero objeto²¹.

Examinada en estos términos nuestra relación con las cosas, sobran razones para afirmar que la entera cuestión del “dominio instrumental”, fundada en premisas bien radicadas en la disciplina del derecho civil, ofrece un excepcional ángulo para advertir el “antropocentrismo fuerte”, propio de nuestro Antropoceno, que reina en el derecho occidental, o sea la existencia de una estructura que plantea soluciones destinadas a posicionar el interés humano

19. Marie-Angèle HERMITTE, *L'emprise des droits intellectuels sur le monde vivant*, Paris, Quac, 2016.

20. Pietro COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, 1, *Dalla civiltà comunale al Settecento*, Roma-Bari, Laterza, 1999, p. 151.

21. Francesco VIOLA, *Antropologia e diritti*, en *Enciclopedia di bioetica e scienza giuridica*, Napoli, Editoriale Scientifica Italiana, 2009, I, p. 54.

por encima de toda realidad²². Botón de muestra de esta ideología son las citadísimas palabras de Portalis: «[L]es personnes sont le principe et la fin du droit; car les choses ne seraient rien pour le législateur sans l'utilité qu'en retirent les personnes»²³.

3. Críticas y zonas de “indistinción”

Aunque el vínculo de subordinación entre personas y cosas es un dato axiomático, sería exagerado decir que debe entenderse en términos de dogma. Cabe, en efecto, señalar que las críticas a un imaginario así planteado no son pocas y que atendibles objeciones en el campo de la filosofía, de la antropología y de la ética ambiental permean continuamente la reflexión jurídica.

Es, por ejemplo, muy conocida la tesis que – sobre la base de la neta separación entre naturaleza y cultura operada por el moderno humanismo – ha fijado como factor primario de la actual crisis ecológica el desarrollo de la técnica introducida por la revolución científica de los siglos XVI y XVII. De ahí la validez de la idea que asocia la realización de las predicciones de los padres del mecanicismo científico a la «muerte de la naturaleza» y la necesidad de regresar a una ética eco-céntrica basada en el valor intrínseco del viviente no humano²⁴. A ello se suman las críticas al antropocentrismo jurídico, a los excesos cometidos por un sistema de propiedad indulgente con su titular o el reproche del fenómeno de la “cosificación” de los diversos aspectos de la vida humana²⁵. A su vez, de tales objecio-

22. Véase, para diversas voces sobre el tema, Laurent NEYRET, *Atteintes au vivant et responsabilité civile*, Paris, LGDJ, 2006, p. 108 ss., como también el reciente aporte de Mathilde HAUTEREAU-BOUTONNET, *Le Code civil, un code pour l'environnement*, Paris, Dalloz, 2021, p. 12 ss.

23. Jean-Étienne-Marie PORTALIS, *Discours de présentation et exposé des motifs sur le projet de Code civil devant le Corps législatif* (3 frimaire an X, 24 noviembre 1801), en *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil par P.A. Fenet*, t. VI, Paris, Videcoq, 1827, p. 43.

24. Carolyn MERCHANT, *The Death of Nature. Women, Ecology and the Scientific Revolution*, London, Wildwood House, 1980. Cfr., además, en clave de política del derecho, Ugo MATTEI, Fritjof CAPRA, *The Ecology of the Law. Towards a Legal System in Tune with Nature and Community*, Oakland, Berrett-Koehler, 2015, p. 37 ss.; MÍGUEZ NÚÑEZ, *La vocazione giuridica di un'enciclica ecologica*, cit.

25. Temas sobre los cuales señalo abundante bibliografía en Rodrigo MÍGUEZ NÚÑEZ, *Le avventure del soggetto. Contributo teorico-comparativo sulle nuove forme di soggettività giuridica*, Milano-Udine, 2018, p. 24 y 25.

nes nacen innovadoras propuestas destinadas a instaurar una relación con la tierra y sus recursos más acorde con la «solidaridad ecológica»²⁶ o «planetaria»²⁷ en la perspectiva de la «“nueva alianza” entre humanidad y ambiente»²⁸. De esta forma, asuntos como la moderna teorización ecológica de los bienes comunes²⁹, la reinterpretación de la doctrina romana del dominio público en la noción del *nature's trust*³⁰, la invitación a concebir la propiedad desde la perspectiva “generativa” o de la responsabilidad hacia el ambiente³¹, o la emergente filosofía en el campo de la *Earth jurisprudence*³², entre otras ideas, se despliegan en diversas áreas del derecho y de la política económica.

No menos difundidas son las voces que afirman la ambigüedad de las líneas que separan lo natural de lo artificial y que ofrecen una radical reformulación acerca del modo de concebir las personas, los objetos y el medio ambiente³³. Si bien estas formulaciones se nutren en gran parte de la larga tradición de materialismo filosófico occidental (que describe, como lo veremos, un mundo poblado no por sujetos activos y objetos pasivos, sino que por materiales vivos

26. Noción introducida en Francia por la ley de reforma a los parques nacionales (n. 436 del 14/04/2006) y reiterada en la ley *pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages* (como se lee en el nuevo texto del art. 110-1, inc. 2, n. 6 del *Code de l'environnement*).

27. Mireille DELMAS-MARTY, *Sortir du pot au noir. L'humanisme juridique comme boussole*, Paris, Buchet Chastel, 2019, p. 18 y 90.

28. MAURO PENNASILICO, *La “sostenibilità ambientale” nella dimensione civil-costituzionale: verso un diritto dello “sviluppo umano ed ecologico”*, «Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente», n. 3, 2020, p. 55.

29. Burns H. WESTON, David BOLLIER, *Green Governance. Ecological Survival, Human Rights, and the Law of the Commons*, New York, Cambridge University Press, 2013; C. MICCICHÈ, *Beni comuni: risorse per lo sviluppo sostenibile*, Napoli, ESI, 2018.

30. Mary Christina WOOD, *Nature's Trust. Environmental Law for a New Ecological Age*, New York, Cambridge University Press, 2014.

31. Kevin GRAY, Susan FRANCIS GRAY, *Elements of Land Law*, London, Oxford, University Press, 2011, pp. 63-64; Gregory S. ALEXANDER, *Property and Human Flourishing*, New York, Oxford University Press, 2018, p. 53 ss., p. 106 ss.

32. Giulia SAJEVA, *Earth jurisprudence: new paths ahead*, «Diritto e questioni pubbliche», 2020, vol. 20, n. 2, pp. 7-10; Anthony R. ZELLE *et al.* (eds.), *Earth Law. Emerging Ecocentric Law. A guide for Practitioners*, New York, Wolters Kluwer, 2020.

33. Hito en esta reflexión es el aporte de Donna HARAWAY, *A Manifesto for Cyborgs: Science, Technology, and Socialist Feminism in the 1980s*, «Socialist Review», vol. 15, n. 2, 1985, pp. 65-107. Para diversas y actualizadas aplicaciones en esta tradición de estudios v. el conjunto de voces reunidas en el volumen Richard GRUSIN (ed.), *The Nonhuman Turn*, Minneapolis, Mn., University of Minnesota Press, 2015.

y esencialmente interactivos), debe notarse que el presente progreso de la técnica y de la biotecnología ha generado un debate sin precedentes en el discurso de las categorías gayanas. Así, si ello ya acontecía en el recurrente tema de la cosificación de la persona, son hoy los modernos estudios en tema de etología animal, los avances en la manipulación del embrión y de los clones o la revolución bio-informática que desarrolla el hombre “aumentado” o artificial, los factores que fijan la disipación del clásico confín entre hombre, animal y máquina. Como resultado, desde diversas disciplinas se individuán entes cuyo *status* es rotulado como “híbrido”, “incierto”, “intermedio” entre personas y cosas o áreas en las que dicha ordenación resulta, a fin de cuentas, impracticable³⁴. De esta forma, la construcción y función de las categorías fundantes del derecho y la necesidad de reemplazar la visión estática de las mismas con un enfoque dinámico que haga hincapié en las interacciones de sus particiones, son temáticas de creciente interés en la reflexión jurídica contemporánea³⁵.

Vayamos fijando algunos puntos.

Es indudable que lo afirmado tiene relevantes implicancias a la hora de adjudicar derechos.

Si hasta fecha reciente una de las cuestiones de mayor interés consistía en fijar exactos criterios a fin de “encajar” entidades en una correcta categoría (acciones de personificación o de cosificación a fin de individuar situaciones subjetivas), la atención actual se concentra en subrayar la crisis de la distinción semántica en zonas donde personas y cosas resultan indistinguibles³⁶. Se plantea así la cuestión de la vaguedad, de la indistinción, de lo no identificado y se revela con ello el problema insalvable de la gran divi-

34. Creo inmejorable la individuación del fenómeno descrita por Gunther TEUBNER, *Ibridi ed attanti. Attori collettivi ed anti non umani nella società e nel diritto*, Milano-Udine, Mimesis, 2015. fue ende francesa, alemana en Europa y Latinoameode ctrina francesa, a de cada odernamiento. calidad de sujetos de derecho aun

35. Cfr., por ej., Eric H. REITER, *Rethinking Civil-Law Taxonomy: Persons, Things, and the Problem of Domat's Monster*, «Journal of Civil Law Studies», vol. 1, n. 1, 2008, p. 189 ss.; François TERRÉ, *L'être et l'avoir? La personne et la chose*, en *Études offertes à Hubert Groutel*, Paris, Litec, 2006, p. 459 ss.; Nadège REBOUL-MAUPIN, *Pour une rénovation de la summa divisio des personnes et des biens*, «Petites affiches», S. 259, 28/12/2016.

36. Son explícitos al respecto Yan THOMAS, *Le sujet de droit, la personne et la nature. Sur la critique contemporaine du sujet de droit*, «Le Débat», 1998, n. 100, 1998, pp. 85-107; R. ESPOSITO, *Le persone e le cose*, Torino, Einaudi, 2014.

sión que rige nuestra juridicidad: porque en un mundo a complejidad creciente «algo que se define como no cosa ni persona no corresponde necesariamente a su opuesto»³⁷, el instrumental fundado en premisas dicotómicas y excluyentes no puede sino desatender lo que no se ajusta a su lógica. Dicho con las palabras de Hermitte, el derecho, basado en categorías abstractas e insensibles a las interacciones que animan lo viviente y lo inerte, «rende mal compte de la nouvelle situation»³⁸. Y en tal sentido, «el período de transición abierto por las ciencias de la vida y las técnicas es fascinante», pues abre «no sólo un período de adaptación de las antiguas categorías a los nuevos objetos, sino también una verdadera crisis de las categorías»³⁹. De aquí la urgencia de renovar o articular las ordenaciones fundantes del derecho a través de un instrumental, plural y alternativo, idóneo a acoger la interacción o el ensamblaje que dicta la actual agenda de nuestra experiencia.

4. Por un derecho del *continuum*

46

Podemos ya entrever que la crítica a la división instrumental entre personas y cosas envuelve la necesidad de entender la relación con lo externo como un “continuo”, es decir, como un espacio fenomenológico donde se construye la percepción de la existencia.

Precisemos mejor este dato sondeando los dos planos en que opera: el humano-inerte y el humano-viviente.

El primero, bien explorado por la psicología experimental y la filosofía orientada a los objetos, puede enunciarse con una simple fórmula: las personas, los lugares y las cosas forjan conexiones heterogéneas, formando algo símil a una mente compuesta y extendida. Discurramos, por ejemplificar, sobre las necesidades elementales o afanes personales que impregnan de subjetividad ciertas cosas instituyendo un único con su titular o sobre el “vitalismo” que adquiere la materia gracias a la interacción de los cuerpos⁴⁰.

37. Barbara JOHNSON, *Persons and Things*, Cambridge (Mass.)-London, Harvard University Press, 2008, p. 2.

38. HERMITTE, *L'emprise des droits intellectuels sur le monde vivant*, cit., p. 58.

39. HERMITTE, *Le droit est un autre monde*, cit., n. 17

40. En tema, también en relación a la bibliografía esencial sobre la filosofía de los obje-

El pensamiento de Locke, precursor de una lectura de la propiedad arraigada al interior del individuo y, por ende, fundida y confundida con su libertad, sintetiza una parte importante de estas ideas: la apropiación de la tierra representa el resultado de un proceso de humanización de las cosas, pues es a través del trabajo que el hombre agrega una parte de sí mismo, de su propia acción o libertad, al suelo que cultiva⁴¹. La propiedad es así el corolario de una acción, inherente a la esfera de “lo propio”, y de allí que pueda comprenderse (junto a la noción de “bien”) cual «sombra del sujeto reflejada sobre las cosas»⁴². Asimismo, desde la perspectiva filosófica y sociológica el vínculo que nos une a las cosas y a las funciones que ellas desempeñan en el sistema social, motiva la reflexión sobre el sentido relacional de los bienes, en un significado «menos interesado en la dominación de los objetos»⁴³. En lo específico, se afirma que los objetos materiales que utilizamos no son sólo herramientas que podemos coger y desechar a nuestra conveniencia, sino que constituyen el marco de la experiencia que da orden a nuestro ser, que de otro modo no tendría forma.⁴⁴ Estos objetos (pensemos en el tan debatido tema del *smartphone*) se convierten en productos tangibles de nuestra cultura, están cargados de un profundo significado hasta el punto de construir nuestra memoria e identidad⁴⁵. Dicho en palabras del filósofo Broncano: «las cosas que nos rodean nos hacen»⁴⁶, nos prolongan. Claro modelo de esta sombra del “yo”, de la propia identidad es el “objeto-pasión”, aquel espacio mental cerrado en el cual el titular reina y del cual es “sentido y propiedad”. Así acontece con el objeto del

tos, v. Jane BENNETT, *Systems and Things, On Vital Materialism and Object-Oriented Philosophy*, en Richard GRUSIN (ed.), *The Nonhuman Turn*, cit., p. 223 ss.

41. Umberto VINCENTI, *I fondamenti del diritto occidentale*, Roma-Bari, Laterza, 2010, p. 27; S. COYLE, Karen MORROW, *The Philosophical Foundations of Environmental Law. Property, Rights and Nature*, Oxford-Portland, Hart, 2004, pp. 48-49.

42. Paolo GROSSI, *L'inaugurazione della proprietà moderna*, Napoli, Guida Editori, 1980, p. 51.

43. Remo BODEI, *La vita delle cose*, Roma-Bari, Laterza, 2009, p. 10.

44. Mihaly CSIKSZENTMIHALYI, Eugene ROCHBERG-HALTON, *The Meaning of Things. Domestic Symbols*, Cambridge, Cambridge University Press, 1981, p. 16.

45. Ingrid PAOLETTI, *State materialisti!*, Torino, Einaudi, 2021, p. 88 e 89.

46. Fernando BRONCANO, *Espacios de intimidad y cultura material*, Madrid, Ediciones Cátedra, 2020, p. 19.

coleccionista, que no resulta definido por su intrínseca y objetiva función, sino que por la calificación que éste le confiere⁴⁷; así acontece “con una vieja prenda cuya biografía conoces porque está entrelazada con la tuya”⁴⁸; así ocurre, desde una perspectiva eco-material, con el objeto que vehícula una cultura ecológica, cuyo uso duradero en el tiempo demuestra el inseparable «equilibrio material e inmaterial entre sujeto, objeto y proceso de desarrollo de la responsabilidad»⁴⁹.

Regresando a la arena estrictamente jurídica, el mismo razonamiento explica la existencia de bienes que, por considerarse parte de la identidad, de la dignidad o por ser indispensables para la vida privada y familiar de la persona, se configuran como un fragmento inseparable del sujeto. Es con arreglo a ello que tales cosas escapan a la regla de la comerciabilidad o limitan la libertad de celebrar ciertas relaciones jurídicas, delineando específicas reglas en ámbito sucesorio y de responsabilidad por hecho ilícito. Me refiero, por cierto, a la categoría de los derechos personalísimos (cosas incorporales), pero sobretudo a aquellos bienes necesarios para la satisfacción de un interés personal o moral: anillos de boda, recuerdos de familia, bienes para el cuidado de personas con discapacidad, el vestuario para el abrigo, una parte del salario o incluso prótesis, marcapasos, chips implantados en el cerebro, etc., cosas materiales que se “humanizan” como resultado de la tecnología quirúrgica⁵⁰.

Toda esta retahíla de apreciaciones da pie a construcciones teóricas que, reconociendo la inseparable relación entre el goce ciertos bienes y la realización de derechos fundamentales de la persona, postulan la necesidad crear un estatuto jurídico propio y diferenciado para las cosas (*rectius*: “bienes”) que, por portar huellas humanas, se “animan” y escapan al mero y común valor económico. Es el ca-

47. Son clásicas, a este respecto, las notas de Jean BAUDRILLARD, *Le système des objets*, Paris, Gallimard, 1968.

48. BRONCANO, *Espacios de intimidad y cultura material*, cit., p. 19.

49. PAOLETTI, *Siate materialisti!*, cit., p. 91.

50. Fernando E. SHINA, *Los derechos sobre el propio cuerpo. ¿El valor del cuerpo humano o el precio de la moral?*, disponible en el sitio: <http://www.sajj.gob.ar/DACF200252>

so de los “bienes comunes”⁵¹ o destinados a un uso común⁵², de las “cosas subjetivizadas”⁵³, de los bienes de afección o a valor existencial, del “patrimonio de dignidad”⁵⁴, entre otras propuestas⁵⁵.

Mucho de lo hasta ahora reseñado es precioso para abordar el segundo ámbito de operatividad del *continuum*, discurso que dialoga directamente con un tema central de Marie-Angèle Hermitte: la continuidad humano-viviente es el espejo de una “común condición biológica”, de una identidad común, en el sentido de que todos los seres vivos, a pesar de sus diferencias físicas, se encuentran ligados entre sí. Elemento propulsor de esta noción es la idea de la interdependencia mutua entre las comunidades de seres humanos y no humanos, esto es, pensar la Tierra como un “organismo complejo”, perteneciente a un sistema integrado del cual depende la supervivencia de todas las formas de vida.

Una ecología de saberes (el evolucionismo positivista, los estudios etológicos y de las ciencias vegetales, consideraciones etnológicas, entre otros) da vida y justificación a lo que Hermitte, en aplicación de una hipótesis de Philippe Descola⁵⁶, denomina «animismo jurídico»⁵⁷, ya en sus diversas facetas (indigenista, religioso, científico) según el contexto objeto de análisis⁵⁸.

51. Rodrigo MÍGUEZ NÚÑEZ, *De las cosas comunes a todos los hombres. Notas para un debate*, «Revista Chilena de Derecho», 2014, vol. 41, n. 1, pp. 7-36; Luis LLOREDO ALIX, *Bienes comunes*, «Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad», 2020, vol. 19, 2020, pp. 214-236, donde amplias referencias a la doctrina más reciente.

52. Romain BOFFA, *Biens destinées*, en Marie CORNU, Fabienne ORSI, Judith ROCHFELD (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, Paris, PUF, 2017, p. 121 ss.

53. Christine CHATILLON, *Les choses empreintes de subjectivité*, thèse Paris 1, dir. R. Libchaber, 2008.

54. Judith ROCHFELD, *Du patrimoine de dignité*, «Revue trimestrielle de droit civil», 2003, p. 743 ss.

55. Luigi CARRARO, *Il diritto sui ricordi di famiglia*, en *Studi in onore di Antonio Cicu*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1951, p. 159 ss.; Grégoire LOISEAU, *Pour un droit des choses*, «Dalloz», 2006, p. 3015 ss.

56. Se trata del concepto, intrínsecamente plural, de “animismo”, entendido como forma de concebir y de organizar el mundo. Cfr. Philippe DESCOLA, *Par-delà nature et culture*, Paris, Gallimard, 2005; ID., *La composition des mondes. Entretiens avec P. Charbonnier*, Paris, Flammarion, 2014, p. 195 ss.

57. Marie-Angèle HERMITTE, Francis CHATEAURAYNAUD, *Le Droit saisi au vif. Sciences, technologies et formes de vie*, Paris, Petra, 2013, p. 94 ss.

58. Marie-Angèle HERMITTE, *Artificialisation de la nature et droit(s) du vivant*, en Philippe DESCOLA (dir.), *Les natures en question*, Paris, Odile Jacob, 2018, p. 257 ss.

La idea es universalmente útil, pues da un sostén teórico al abanico de formulaciones jurídicas – de corte no sólo occidental – que sancionan la interrelación, esto es, la “conversación”, solidaria y de mutua representación, que anima el ensamblaje del viviente.

En un primer tentativo ordenante, que no aspira a exhaustividad, es posible individuar tres áreas de concretización de este nivel de continuidad: la de los nuevos objetos, la de los nuevos sujetos (opciones que, si bien confirman el dualismo persona/cosa, lo hacen desde una renovada perspectiva “relacional”) y la de los derechos/entidades *sui generis*.

Bajo el primer aspecto, podremos reformular el universo de los bienes y ampliar el discurso a nuevas categorías de cosas (humanas, personales⁵⁹, antropomórficas⁶⁰, sensibles), desarrollar el tema de los “objetos de protección” (se piense en el debatido tema del embrión) o la noción de bienes comunes en clave holística⁶¹. El resultado es siempre el mismo: al centro del fenómeno de la apropiación ya no se instala el momento subjetivo (la posición del *dominus*), sino que la comunión (a favor del “objeto de derecho”) entre titularidad y destino, entre titularidad y utilidad, entre titularidad y valor ontológico del bien. Hablar entonces de una renovación de la taxonomía de los bienes es reconocer que el vínculo “natural” de nuestra relación con el entorno se refleja en diversos modos de “poseer”, modos que dialogan más con deberes que con derechos: bienes vivos e inertes, bienes individuales, colectivos y comunes, bienes humanos o personales, naturales y artificiales, etc.⁶².

En la arena las personas podremos desterrar los tradicionales criterios de la existencia, voluntad y capacidad y se recurrir al *genus* de la subjetividad, basado en el paradigma de la “asimetría jurídica”⁶³ para identificar en los componentes

59. Margaret Jane RADIN, *Property and Personhood*, «Stanford Law Review», 1982, vol. 34, pp. 957-1015.

60. LOISEAU, *Pour un droit des choses*, cit.

61. Ugo MATTEI, *Beni comuni. Un manifesto*, Roma-Bari, Laterza, 2011, p. 54 y 62.

62. En tema vid., REBOUL-MAUPIN, *Pour une rénovation de la summa divisio des personnes et des biens*, cit.; Jean-Baptiste SEUBE, *Les biens*, en Mustapha MEKKI, Éric NAIM-GESBERT (dir.), *Droit public et droit privé de l'environnement: unité dans la diversité?*, Paris, LGDJ, 2016, p. 179, donde más detalles bibliográficos.

63. Mireille DELMAS-MARTY, *Préface*, en Émilie Gaillard, *Génération futures et droit privé. Vers un droit des générations futures*, Paris, LGDJ, 2011, p. XIV y XV.

del mundo natural nuevos actores jurídicos. Así, brújulas alternativas como la del “valor intrínseco”, la “dignidad”, la “autonomía” (es decir, actuar en interés propio) y la “representación” son abrazadas y traducidas en subjetividad para dar voz a un interés jurídicamente protegido⁶⁴. Surge a la sazón una nueva tipología de “relación interpersonal”: si «en tentant l’oreille»⁶⁵ entendemos y hablamos en nombre del viviente no humano, seres humanos y la naturaleza no humana pueden entenderse como un conglomerado único, interdependiente y no jerárquico de intereses mutuos dignos de protección. De ahí lo razonable de atribuir el derecho a la Naturaleza en su conjunto, al sistema del que depende la propia Tierra, aunque no todos los elementos de ese sistema merezcan (según la técnica que adopte cada sistema jurídico) independientemente la condición de titulares del derecho⁶⁶.

El tercer y último conjunto de formulaciones del “continuo” es la *escamotage* que prescinde de la elección entre los polos de sujeto y objeto de derecho. Se podrá así pensar en el “centro de intereses”⁶⁷, en el “no sujeto de derecho”⁶⁸, en el derecho *sui generis*⁶⁹ (como surge explícitamente a propósito del estatuto del animal en el nuevo art. 3.38 del c.c. belga) o en la posibilidad de rescatar el tercer elemento de la ordenación gayana, la *actio*, en forma de una «personificación procedural»⁷⁰ para indicar el fenómeno que se produce cuando los mecanismos procesales dan voz a situaciones no humanas o híbridas.

64. Rodrigo MÍGUEZ NÚÑEZ, *Soggettività giuridica e natura*, «Diritto e questioni pubbliche», 2020, 2, p. 39 y 40.

65. Marie-Angèle HERMITTE, *Laissons les arbres planter du droit!*, «Revue méditerranéenne de droit public», 2019, vol. X, p. 70.

66. Así, William F. SCHULZ, Sushma RAMAN, *The Coming Good Society. Why New Realities Demand New Rights*, Cambridge, Mass.-London, Harvard University Press, 2020, p. 213.

67. Gérard FARJAT, *Entre les personnes et les choses, les centres d'intérêts (prolégomènes pour une recherche)*, «Revue trimestrielle de droit civil», 2002, n. 2, p. 221 ss.

68. Jean CARBONNIER, *Sur les traces du non-sujet de droit*, «Archives de philosophie du droit», 1989, vol. 34, pp. 198-207.

69. V., por ej., Marie-Pierre PEIS-HITIER, *Recherche d'une qualification juridique de l'espèce humaine*, «Dalloz», 2005, p. 865; TEUBNER, *Ibridi ed attanti*, cit., p. 28 y 29.

70. HERMITTE, *La nature, sujet de droit?*, cit., p. 175 y 176.

5. Conclusión

El giro no humano que delinea el “derecho del continuo” es una invitación a buscar nuevas técnicas, entre las diversas ciencias y experiencias humanas, para correr el velo y revelar la participación de lo no humano en “nuestro” mundo⁷¹. Es una invitación a entender que vivimos en una red de acciones, relaciones o conexiones entre humanos y no-humanos, y de unos y otros entre sí. Es, en definitiva, tomar conciencia de la imperiosidad de inventar y desplegar una gramática jurídica menos organizada en torno a los sujetos y los objetos y más capaz de reconocer la presencia de lo que Bruno Latour llama “actantes”⁷².

Creo que el punto crucial es precisamente éste: superar lo humano. La noción del “continuo” y el instrumental jurídico que sanciona su interrelación ponen en acto herramientas propicias para periodo histórico caracterizado por el declive del sujeto unitario construido por el Humanismo (el ser humano) y por la «descentralización progresiva del Hombre de nuestros marcos de pensamiento»⁷³. Superar el clásico humanismo es superar las separaciones jerárquicas de nuestra juridicidad y abrir una dialéctica adecuada para responder a las «exigencias teóricas crecientes del feminismo, animalismo y ecologismo y a la relación que guardamos con artefactos y contextos cada vez más tecnologizados»⁷⁴.

En la era de lo «posthumano», de la «relación de igualdad con las otras especies», de la «democracia de la naturaleza, que ve los objetos como parte integrante de nuestro universo no sólo cognitivo sino también afectivo y emocional»⁷⁵, humanos, seres vivos, lo inerte, el híbrido, «interactúan formando varios niveles de realidad»⁷⁶. Modelar esta realidad multiforme, cada vez más carente de datos

71. BENNETT, *Systems and Things*, cit.

72. José Carlos LOREDO NARCIANDI, *¿Sujetos o “actantes”? El constructivismo de Latour y la psicología constructivista*, «AIBR. Revista de Antropología Iberoamericana», 2009, vol. 4, n. 1, p. 113 ss.

73. Jon RUEDA ETXEBERRIA, *De la libertad morfológica transhumanista a la corporalidad posthumana: convergencias y divergencias*, «ISEGORÍA, Revista de Filosofía Moral y Política», 2020, vol. 63, p. 314.

74. *Ibidem*.

75. Giovanni LEHISSA, *Premessa*, en ID. (a cura di), *La condizione postumana*, «aut aut», 2014, vol. 361, p. 7.

76. LEHISSA, *Premessa*, cit., p. 7.

objetivos y de experiencias maduradas, es el reto de nuestro tiempo. Se trata de reafirmar que las categorías – como el Derecho mismo – reflejan más la aplicación de las normas que las normas mismas y que, por tanto, son «el resultado, no el presupuesto, del procedimiento de aplicación del jurista»⁷⁷. Se trata de valorar la insólita incerteza de nuestro tiempo, porque preciosa es hoy la posibilidad de recuperar la esencialidad del papel del intérprete: buscar nuevas bases reconstructivas para un auténtico intercambio entre la práctica y la teoría⁷⁸.

Atesoremos, en la compleja labor que nos concierne, el apasionante inconformismo de Marie-Angèle Hermitte.

77. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, cit., p. 221.

78. *Loc. ult. cit.*

1. Prodotti umani e tracce di corpi nel discorso giuridico del XIX e XX secolo

Fine anni Ottanta del secolo scorso. Con l'avvento delle biotecnologie, organi, sangue, sperma, tessuti e embrioni irrompono nel discorso giuridico. «Cose di origine umana» che, puntando i riflettori sul rapporto tra corpo e diritto, mettono in forte tensione la tradizionale dicotomia cose/persona, fondamento costitutivo del diritto dei privati¹. Il giurista è chiamato a rimaneggiare le categorie esistenti, a ripensare la soggettività giuridica e le sue attribuzioni, proponendo in certi casi di fare del corpo una categoria autonoma, situata al di là della *summa divisio* tra cose e persone².

* Chargée de recherche au CNRS. Institut des Mondes Africains (UMR 8171). E-mail: silviafalconieri@gmail.com

1. Lo statuto giuridico del corpo e dei prodotti umani rappresenta uno dei temi sensibili ai quali, a partire dalla fine degli anni Ottanta, Marie-Angèle Hermitte ha consacrato una parte consistente delle sue ricerche pionieristiche, prendendo posizione in favore di un ripensamento e di un'estensione della nozione di soggettività giuridica. Per una ricostruzione del suo percorso scientifico, relativo in particolare all'elaborazione di un «*droit du vivant*»: Marie-Angèle HERMITTE, *Le droit saisi au vif. Sciences, technologie, formes de vie. Entretien avec Francis Chateauraynaud*, Paris, Édition Petra, 2013.

2. La prima pubblicazione di M.-A. Hermitte in materia risale alla fine degli anni

Anni Ottanta dell'Ottocento. Sangue, razza, colore della pelle, tratti somatici, mentalità, stato d'animo e modi di vita ricorrono con una certa insistenza nelle pratiche e nei discorsi dei giuristi del tempo. Tracce di corpi che, più o meno pervasivamente e con frequenza variabile, si impongono all'attenzione dei giuristi assorti nelle operazioni di categorizzazione che presiedono alle distribuzioni di diritti e doveri civili e politici.

A distanza di un secolo, due momenti della storia giuridica in cui il corpo umano si impone prepotentemente alla vista del giurista e si situa al cuore delle operazioni del diritto³ nella molteplicità delle sue dimensioni: fisica, simbolica, psichica, culturale, come luogo di iscrizione del sociale⁴.

Gli anni Ottanta dell'Ottocento coincidono con lo *Scramble for Africa* e segnano l'apogeo del colonialismo europeo. La spartizione dei territori africani va di pari passo con un ripensamento generale dell'assetto giuridico-amministrativo dei territori d'oltremare da parte dei paesi europei coinvolti nel processo di colonizzazione, nonché con la definizione di una nuova ed autonoma branca del diritto: il diritto coloniale⁵. La definizione della condizione giuridica delle popolazioni presenti sui territori progressivamente occupati dalle potenze occidentali ne costituisce uno degli aspetti più spinosi e più dibattuti dalla giuscolo-

Ottanta: *Le corps humain, hors du commerce, hors du marché*, «Archives de philosophie du droit», 1988, n. 33; *La philosophie du droit aujourd'hui*, pp. 323-346. Sull'idea di fare del corpo una terza categoria, Florence BELLIVIER, *Entretien*, Claire BOUGLÉ-LE ROUX (dir.), *Corps & Droit. Des cheveux du roi mérovingien à l'homo numericus*, Paris, LexisNexis, 2019, pp. 45-51; EAD, *Droit des personnes*, Paris, LGDJ, 2015.

3. Yan THOMAS, *Les opérations du droit*, Paris, Seuil, 2011, edizione curata da M.-A. Hermitte e P. Napoli.

4. Ci si riferisce qui, in prima istanza, ai lavori di Pierre Bourdieu, in particolare: *Remarques provisoires sur la conception sociale du corps*, in «Actes de la recherche en sciences sociales», 14 (1977), pp. 51-54.

Sulle diverse maniere di considerare il corpo in ambito giuridico, sulla sua centralità in quanto elemento relazionale di mediazione tra sé e l'altro, cfr. BOUGLÉ-LE ROUX (dir.), *Corps*, cit. e Dominique ROGER-THIRION, *Avant-propos*, Jean-Paul ANDRIEUX, et. al. (dir.), *La chair. Perspectives croisées*, Paris, Mare&Martin, 2018, pp. 15-19. Nel quadro della storiografia italiana, si fa riferimento al monumentale lavoro: Stefano RODOTÀ e Paolo ZATTI (dir.), *Trattato di biodiritto*, Milano, Giuffrè, 2010-2012, Tomo I: *Il governo del corpo*, a cura di Stefano CANESTRARI, Gilda FERRANDO, Cosimo Marco MAZZONI, 2011.

5. Sulla centralità della conferenza di Berlino all'origine della spartizione dell'Africa tra le varie potenze europee e sulle sue ripercussioni nella definizione del diritto coloniale e internazionale, Luigi NUZZO, *Origini di una scienza. Diritto internazionale e colonialismo nel XIX secolo*, Frankfurt am Main, Klostermann, 2012.

nialistica europea e si offre quale terreno quantomai proporzio per osservare fino a qual punto le tracce di corpi, più precisamente quelle dei corpi indigeni⁶, attraggano l'attenzione di giuristi ed amministratori che se ne servono per produrre e far funzionare la panoplia di categorie che strutturano l'ordine giuridico coloniale. Testimone delle differenze individuali, il corpo orienta l'introduzione di una serie di *status* che, designando la posizione del soggetto all'interno di una collettività, producono una moltiplicazione dei soggetti di diritto e operano una distribuzione di diritti e doveri in funzione delle caratteristiche soggettive⁷. L'articolazione intima tra corpo e persona non potrebbe qui essere più palese⁸.

Riferendosi all'esperienza coloniale francese in Africa subshariana tra la fine del XIX secolo e la prima metà del Novecento⁹, questo saggio intende soffermarsi proprio sugli usi giuridici del corpo indigeno nella costruzione e nel funzionamento delle categorie di matrice coloniale. Più precisamente, ci si propone di mostrare in quale maniera e in quale misura il corpo indigeno divenga un referente, tanto centrale quanto imprescindibile, delle operazioni di classificazione che regolano il funzionamento delle relazioni giuridiche in situazione coloniale. A tal fine, l'attenzione sarà concentrata sulla maniera di concepire, argomentare e far funzionare la moltiplicazione delle posizioni soggettive che è caratteristica del pluralismo giuridico coloniale, per poi focalizzarsi più dettagliatamente sui criteri che presiedono alla definizione dell'appartenenza cittadina.

6. Per non appesantire la lettura, si decide di non ricorrere all'uso delle virgolette per il termine «indigeno», tratto dalle fonti del periodo storico al quale questo saggio si riferisce. La stessa considerazione vale per «razza», «assimilato all'indigeno», «indigeno d'élite», «meticcio», «bianco», «nero», «mulatto» *et similia*.

7. Guido ALPA, *Status e capacità giuridica. La costruzione giuridica delle differenze individuali*, Roma-Bari, Laterza, 1993. Sulla nozione di *status*, cfr. Mario BESSONE (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Vol II: *Personae fisiche. Capacità, status, diritti*, Torino, Giappichelli, 2014.

8. BELLIVIER, *Droit*, cit.

9. Ci si riferisce qui ai territori dell'Africa Occidentale Francese (Aof), creata con decreto del 16 giugno 1895 e comprendente il Senegal, la Mauritania, la Guinea, la Costa d'Avorio, l'Alto Volta, il Dahomey, il Sudan, il Niger; dell'Africa Equatoriale Francese (Aef), creata con decreto del 15 gennaio 1910 e comprendente le colonie del Gabon, del Congo Centrale, dell'Ubangi-Sciari e del Ciad; del Madagascar e della Costa francese dei Somali.

2. Il corpo indigeno al centro del pluralismo giuridico coloniale

Nella retorica di una considerevole parte della giuscolonialistica francese del periodo compreso tra la fine del XIX e la prima metà del XX secolo, la definizione dell'impresa di colonizzazione non può prescindere dalla presenza del corpo indigeno. È noto come nella manualistica coloniale che vede la luce a partire dall'ultimo ventennio dell'Ottocento¹⁰, la presenza di una popolazione caratterizzata da un alterità radicale – di lingua, di religione, di razza, di costumi, di mentalità, considerata di civiltà inferiore, al punto da essere descritta da alcuni autori attraverso i caratteri dell'ignoranza, dell'impotenza, della mancanza di energie, del ritardo mentale o della vecchiaia¹¹ – costituisca un elemento essenziale per la definizione giuridica della colonia. Benché sovente si consideri, in maniera più o meno esplicita, che queste popolazioni siano destinate a rimanere *ad libitum* in condizione di arretratezza¹², la loro civilizzazione, ovvero il loro progressivo avvicinamento allo stile di vita occidentale, costituisce un obiettivo fondamentale e imprescindibile dell'impresa coloniale.

Nel linguaggio degli specialisti di diritto coloniale, è evidente come l'operazione di civilizzazione coinvolga in maniera diretta i corpi delle popolazioni colonizzate. Arthur Girault, uno tra i maggiori teorici del diritto coloniale francese, lo afferma con chiarezza nel suo *Principes de législation coloniale*, edito nel 1895, assimilando l'opera civilizzatrice a una «*double culture*» che si esercita sui beni come sulle persone¹³. Civilizzare vuol dire occuparsi del miglio-

10. Sulla nascita del diritto coloniale e sulla manualistica, Éric DE MARI, Martine FABRE, Florence RENUCCI, *Cours d'histoire du droit colonial*, Université Numérique Juridique Francophone, on line dal febbraio 2016: <http://www.unjf.fr/>.

11. Georges FRANÇOIS, Fernand ROUGET, *Manuel de législation coloniale. Accompagné de 16 tableaux synoptiques résumés et de 14 cartes dressées par M. Meunier, Cartographe au Ministère des Colonies*, Paris, Émile Larose Éditeur, 1909, p. 15.

12. René FOIGNET, *Manuel élémentaire de législation coloniale à l'usage des étudiants en droit de troisième année. Suivi d'un résumé en tableaux synoptiques et d'un recueil méthodique des principales questions d'examen*, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1925, p. 21.

13. Arthur GIRAULT, *Principes de colonisation et de législation coloniale*, Paris, R. Larose Editeur, 1895. Su Girault: Samia EL MECHAT, *Arthur Girault et les principes de colonisation (1895)*, «Revue historique», 2011, n. 657, pp. 119-144. Silvia FALCONIERI, *Arthur Girault*, in Florence RENUCCI (dir.), *Dictionnaire des juristes. Colonies et Outre-mer (XVIII^e-XX^e siècles)*, Rennes, PUR, in corso di pubblicazione.

ramento morale delle popolazioni indigene, provvedere al «benessere» e alla «sicurezza delle loro persone, proteggere la loro incolumità fisica, liberarle dai «costumi contrari all'umanità (schiavitù, sacrifici umani)» o, ancora, farle beneficiare «almeno dell'istruzione professionale e delle nozioni elementari di igiene»¹⁴. Con ogni evidenza, queste azioni hanno come centro di imputazione il corpo indigeno e sono destinate ad incidere direttamente su di esso, a modellarlo, a trasformarlo, a proteggerlo dai pericoli, avvicinandolo progressivamente al modello occidentale¹⁵.

Le differenti condizioni giuridiche di diritto pubblico e di diritto privato – quali quelle di suddito, protetto, amministrato, cittadino francese, straniero, straniero assimilato agli indigeni, meticcio –, ovvero il pluralismo giuridico coloniale, è funzione dello scarto di civiltà e sarebbe impensabile senza il corpo indigeno che rende visibile la distanza dalla popolazione europea. Quest'alterità incarnata diviene un fatto produttivo di diritto¹⁶.

In alcuni scritti della giuscolonialistica francese il legame tra il corpo indigeno ed il godimento dei diritti civili e politici appare particolarmente limpido. Se il professore Étienne Antonelli evita di dilungarsi sul fondamento delle differenti posizioni giuridiche soggettive, limitandosi laconicamente ad affermare che, «per quel che riguarda i diritti individuali, il principio che domina la nostra legislazione è che l'indigeno non è né un cittadino francese, né uno straniero, ma un suddito francese»¹⁷, i riferimenti al corpo indigeno sono alquanto espliciti in altri autori. Il colore e i tratti somatici figurano tra i riferimenti più comuni. «Gli indigeni dei quali si tratta sono gli uomini di colore, gialli

14. FRANÇOIS, ROUGET, *Manuel*, cit., p. 11. Nella medesima prospettiva, con riferimento all'esperienza coloniale francese della fine del XIX secolo, FOIGNET, *Manuel*, cit.

Tutte le traduzioni dal francese sono opera dell'autrice del saggio.

15. HENRI MARIOL, *Abrégé de législation coloniale. Préparation aux grands concours de l'administration coloniale et aux examens de troisième année des Facultés de droit*, Paris, Larose éditeurs, 1937 (3^e éd.).

16. Nella giuscolonialistica, la centralità che i giuristi accordano al fatto appare in maniera molto marcata ed è esplicitata assai sovente. Nel 1959, alle soglie dell'indipendenza della maggior parte dei paesi africani, Gonidec spiega come «nel diritto d'oltremare, più che in ogni altra disciplina, il reale ha infinitamente più importanza della regola di Diritto», Pierre François GONIDEC, *Droit d'outre-mer*, Tome I: *De l'empire colonial de la France à la communauté*, Paris, Éditions Montchrestien, 1959, p. 7.

17. Étienne ANTONELLI, *Manuel de législation coloniale*, Paris, PUF, 1925.

in Asia, neri nelle altre parti dei nostri domini coloniali»¹⁸, si legge nel capitolo del manuale di legislazione coloniale che René Foignet consacra alla condizione giuridica degli abitanti della colonia, nel momento in cui si sofferma sulla distinzione tra indigeni cittadini e sudditi. La correlazione tra l'esercizio dei diritti civili e la dimensione corporale è di tutta evidenza quando l'autore, emettendo anche un giudizio di valore, osserva come sia buona cosa che le popolazioni colonizzate conservino il proprio statuto personale in materia civile, dal momento che l'organizzazione della famiglia, il regime di proprietà e le regole di successione sono intimamente legate alle loro abitudini, al grado di evoluzione e alle concezioni morali e religiose¹⁹.

Nella sezione del suo manuale dedicata agli abitanti dei territori francesi d'oltremare, Girault fa menzione esplicita della differenza di razze e di colori, designandola come il tratto più caratteristico delle colonie francesi. Dopo aver osservato che «uomini bianchi, gialli o neri», separati da considerevoli differenze di «razza, lingua, costumi e religione», coesistono e convivono in una stessa società, definisce gli indigeni come dei «sudditi francesi che pagano l'imposta ed obbediscono ai funzionari che il governo invia nel paese»²⁰. L'«eterogeneità demografica» giustifica la lista che Girault stila relativamente alla situazione giuridica delle popolazioni che abitano i territori francesi d'oltremare, distinguendo la popolazione d'origine francese, i neri e i mulatti delle colonie di piantagione (Antille, Guiana e Riunione), gli immigrati, gli stranieri e, infine, gli indigeni sudditi francesi, non cittadini, ai quali non si applica il diritto civile, ma che sono considerati come francesi nella loro qualità di amministratori e contribuenti fiscali²¹.

La stessa classificazione – di uomini di colore delle Antille, della Guiana e della Riunione, indigeni cittadini, sudditi, amministratori, protetti, stranieri assimilati agli indigeni, meticci – è ripresa da Henry Solus, che nel 1927 pubblica il primo trattato completo dedicato all'analisi dei risvolti privatistici delle differenti categorizzazioni utilizzate nel

18. FOIGNET, *Manuel*, cit., p. 143.

19. *Ivi*, p. 157.

20. GIRAULT, *Principes*, cit., p. 303.

21. *Ibid.*

quadro del diritto coloniale²². La prefazione del volume è peraltro affidata alle cure dello stesso Girault che, salutando l'impresa di Solus come necessaria e innovatrice, non esita neppure in questo contesto a stabilire una stretta correlazione tra colore e categorie giudiche, soprattutto quando accenna ai meticci e agli stranieri in colonia: «Gli stranieri nelle colonie sono relativamente molto più numerosi che in Francia in rapporto all'insieme della popolazione europea [...] Tra questi stranieri, alcuni devono essere assimilati agli indigeni per via del loro colore o della loro religione, mentre altri devono piuttosto essere trattati come i francesi»²³.

Tracce del corpo indigeno si trovano disseminate nella totalità del *Traité* di Solus che si compone di quasi seicento densissime pagine. Qui il nesso imprescindibile tra corpo e condizione giurica non potrebbe essere più esplicito: l'assimilazione di massa delle popolazioni indigene alla condizione giuridica del cittadino francese, osserva l'autore, sarebbe non solo inauspicabile, ma completamente impensabile per via delle specificità di razza, colore, condizione sociale, costumi, religione, ovvero di civilizzazione²⁴.

La giustizia e l'amministrazione maneggiano i frammenti di corpo al quotidiano, nello svolgimento delle ordinarie procedure che presiedono al funzionamento degli *status* specifici alla situazione coloniale, negoziandone incessantemente i contorni mutevoli e sfuggenti²⁵. La centralità del corpo umano si impone in tutta la sua evidenza soprattutto quando ci si avvicina alla frontiera, in quella zona grigia nella quale il passaggio da una categoria all'altra appare estremamente facile. L'indigeno evoluto, l'indigeno d'*élite*, lo straniero assimilato, il meticcio, il cittadino francese caduto in miseria sono alcune delle condizioni giuridiche e socia-

22. Henry SOLUS, *Traité de la condition des indigènes en droit privé. Colonies et pays de protectorat (non compris l'Afrique du Nord) et pays sous mandat*, Paris, Sirey, 1927.

23. GIRAULT, *Préface* à SOLUS, *Traité*, cit., pp. VII-XII, qui p. IX.

24. SOLUS, *Traité*, cit., p. 14.

25. In situazione coloniale, il principio di separazione dei poteri tra giurisdizione e amministrazione trova un'applicazione estremamente limitata. Gli amministratori coloniali esercitano funzioni di natura giurisdizionale e i conflitti con la magistratura rappresentano la quotidianità del funzionamento del diritto coloniale. Laurent MANIÈRE, *Deux conceptions de l'action judiciaire aux colonies. Magistrats et administrateurs en Afrique occidentale française (1887-1912)*, *Clio@themis. Revue électronique d'histoire du droit*, 4 (2011): <https://www.cliothemis.com/Deux-conceptions-de-l-action>.

li che creano una tensione permanente nella definizione del confine tra l'indigeno e il cittadino francese, minacciando di mettere in scacco la dicotomia fondamentale dell'ordine giuridico coloniale. Il rischio è che corpi africani e corpi occidentali sfumino nell'indistinzione.

In questa prospettiva, le procedure amministrative e giudiziarie di accesso alla cittadinanza francese da parte degli indigeni si rivelano particolarmente interessanti in quanto esempio manifesto di come il corpo diventi una fonte imprescindibile di informazioni per decidere della condizione giuridica degli individui in situazione coloniale²⁶. Trattandosi di provare l'avvenuto avvicinamento alla civilizzazione europea²⁷, e incidendo la civilizzazione direttamente sul corpo, il passaggio dalla condizione di suddito (amministrato o protetto, a seconda della condizione giuridica territoriale) a quella di cittadino francese coinvolge e implica quasi necessariamente il corpo indigeno, lo include come referente, più o meno, dissimulato della decisione che presiede alla definizione della condizione giuridica. L'aspetto fisico, il colore della pelle, la mentalità, lo stato d'animo, l'abbigliamento, gli alimenti, ma anche la maniera di abitare – elementi, questi, che rinviano tutti al corpo – divengono indizi fondamentali per decidere del passaggio alla cittadinanza francese in seno alle procedure amministrative e giudiziarie della prima metà de XX secolo²⁸.

26. Occorre precisare che, nell'ambito del diritto coloniale, viene operata una scissione patente e dichiarata tra la nazionalità e la cittadinanza. Gli abitanti delle colonie propriamente dette sono nazionali francesi (ovvero internazionalmente rappresentati dalla Francia) ma non sono cittadini, dal punto di vista del godimento dei diritti civili e politici, e sono retti dal diritto locale. A diverse riprese, il governo metropolitano manifesta incertezze e difficoltà nella comprensione di questa speciale condizione dei sudditi. Negli anni Trenta, ad esempio, il ministro delle colonie risponde ad una domanda scritta di un deputato che non si spiega come sia possibile che gli abitanti dell'isola di Madagascar non siano cittadini francesi, dal momento che la nazionalità malgascia è scomparsa in seguito all'annessione e che la repubblica francese riconosce «due categorie di esseri umani»: i cittadini francesi e gli stranieri. Il ministro risponde, osservando che i malgasci conservano la nazionalità malgascia, ma sono sudditi francesi e che la repubblica «riconosce più categorie di esseri umani: i cittadini, i sudditi, i protetti e gli amministrati francesi». Archives Nationales d'Outre-mer d'Aix-en-Provence (Anom), Fonds Ministeriels (Fm), Direction des affaires politiques (Affpol), 61 Col 2759: *Questions écrites du 4 décembre 1931*.

27. FOIGNET, *Manuel*, p. 143.

28. Aof, Aef e Madagascar.

3. Il corpo indigeno, referente dissimulato dell'appartenenza cittadina

Nel secondo impero coloniale, l'accesso alla cittadinanza francese da parte delle popolazioni africane assoggettate si pone per la prima volta con il senatoconsulto del 14 luglio del 1865 relativamente al territorio dell'Algeria²⁹. La questione torna alla ribalta nell'ultimo ventennio del secolo, quando una serie di decreti accorda alle popolazioni originarie dei differenti territori francesi d'oltremare la possibilità di accedere allo *status* di cittadino *optimo iure*, in maniera individuale, seguendo una procedura molto simile a quella di naturalizzazione degli stranieri, disciplinata dal decreto del 7 febbraio 1897³⁰.

Nel rapporto del Ministro delle colonie al presidente della repubblica che precede il decreto del 3 marzo 1909 relativo al territorio di Madagascar, si legge che si sarebbe dovuta accordare la qualità di cittadino, caso per caso, a tutti gli indigeni che si fossero avvicinati ai francesi per via della loro educazione, o che avessero adottato civiltà e costumi francesi o, ancora, che si fossero distinti per i servizi resi. La stessa identica formulazione si ritrova nei rapporti che precedono i decreti del 23 maggio 1912 per l'Aef e del 25 maggio per l'Aof³¹.

Eccezion fatta per il raggiungimento del ventunesimo anno di età e per le conoscenze linguistiche, le condizioni

29. Laure BLÉVIS, *La citoyenneté française au miroir de la colonisation: étude des demandes de naturalisation des « sujets français » en Algérie coloniale*, «Génèse», 2004, n. 53, pp. 25-47, on line: <https://www.cairn.info/revue-geneses-2003-4-page-25.htm>; Florence RENUCCI, *L'accession des indigènes à la citoyenneté entre assimilation et réformisme: les mesures légales prises par l'Italie et la France en 1919*, Michel GANZIN (dir.), *Sujet et citoyen. Actes du colloque de Lyon (Septembre 2003)*, Aix-en-Provence, Puam, 2004, pp. 393-420, on line: <https://books.openedition.org/puam/1650?lang=it>.

30. Decreto del 7 febbraio 1897, *Déterminant les conditions auxquelles les dispositions de la loi du 26 juin 1889, sur la nationalité, sont applicables aux colonies autres que la Guadeloupe, la Martinique et la Réunion*, Recueil Sirey, 1897, pp. 292-293.

31. Il primo decreto, relativo alla Cocincina, risale al 25 maggio 1881. Relativamente ai territori africani che interessano quest'articolo, l'accesso alla cittadinanza francese è regolamentato dal Decreto del 3 marzo 1909, relativo alle condizioni di accesso degli indigeni di Madagascar ai diritti di cittadino francese, *Journal officiel de la République française (JORF)*, 10 marzo 1909, p. 2411; dal Decreto del 25 maggio 1912, relativo alle condizioni di accesso degli indigeni dell'Africa occidentale francese alla qualità di cittadini francesi, *JORF*, 1 giugno 1912, pp. 4918-4919; dal Decreto del 23 maggio 1912, relativo alle condizioni di accesso degli indigeni dell'Africa equatoriale francese alla qualità di cittadino francese, *JORF*, 26 maggio 1912, pp. 4794-4795. Anom, Fm, Affpol, 61 Col 1638.

per acquisire lo *status* di cittadino possono subire delle variazioni o essere formulate in maniera leggermente differente spostandosi da un territorio all'altro. Per gli indigeni del Madagascar si richiedono la padronanza della lingua francese, condotta giuridica e morale conforme alle esigenze imposte dalla condizione di cittadino *optimo iure*; per il suddito dell'Aof, oltre al saper leggere e scrivere in francese si esigono comprovata devozione agli interessi della Francia, l'aver ricoperto con merito, per una durata di almeno dieci anni, un impiego francese presso impresa pubblica o privata, il possedere mezzi sufficienti di sussistenza, l'essere di buoni costumi; per le popolazioni autoctone dell'Aef, infine, oltre alla conoscenza scritta e orale del francese, ai precedenti e alla moralità, si richiede di aver compiuto il servizio militare in un corpo di truppe regolari. Condizione, quest'ultima, che non si ritrova nei decreti relativi al Madagascar e all'Aof.

La procedura è interamente amministrativa e prevede che il richiedente formuli la propria domanda, presentandosi di fronte all'amministratore della provincia di residenza, dichiarando di voler essere retto dalle leggi civili e politiche della Francia. L'amministratore procede ad un'inchiesta sul suo conto e provvede a trasmetterla al governatore generale delle colonie, insieme con l'integralità del fascicolo personale e corredata da un suo parere motivato circa l'opportunità di accordare la cittadinanza nel caso di specie. Previa discussione in consiglio di amministrazione, il fascicolo è infine trasmesso al Ministro delle colonie e la cittadinanza francese accordata con decreto del presidente della repubblica, su proposta congiunta dei ministri delle colonie e della giustizia³².

Sono proprio le inchieste amministrative relative alla moralità e alla condotta dei richiedenti a rivelare palesemente l'importanza che viene accordata ai dati ricavati dall'osservazione del corpo indigeno nella procedura di accesso allo *status* di cittadino francese³³. Le modalità e i contenuti delle inchieste sono solitamente precisati da atti

32. *Supra*.

33. Quest'aspetto sembra essere specifico alla procedura relativa agli indigeni e non se ne ritrova traccia nei formulari utilizzati nelle inchieste condotte nei casi di naturalizzazione degli stranieri. Anom, Fm, Affpol, 61 Col 2759, Formulario di domanda di naturalizzazione secondo la legge del 26 giugno 1889.

amministrativi locali (circolari, ordinanze o regolamenti del governatore generale). Nel caso della colonia del Madagascar, nella circolare confidenziale che il governatore Victor Augagneur, indirizza ai capi di provincia e ai comandanti di circolo nel maggio 1909, si dice che nello svolgimento dell'inchiesta amministrativa occorre prestare estrema attenzione «allo stato d'animo, alle abitudini, ai costumi, al grado di francesizzazione del richiedente, dal punto di vista materiale come dal punto di vista morale»³⁴. La circolare elenca in maniera dettagliata le informazioni delle quali gli amministratori devono entrare in possesso durante l'inchiesta per poter formulare le proprie valutazioni sul caso si specie: «reputazione», «condotta privata, abitudini di sobrietà o di intemperanza, probità commerciale»; stile di vita «all'europea», definito facendo attenzione al contempo alla «dimora» e alle «abitudini di vita»; informazioni della stessa natura sulla famiglia del richiedente, insistendo sulla padronanza della lingua francese e sulla maniera di vestire della moglie, nonché sullo stato d'animo e sulle occupazioni della prole; «stato d'animo», «valore intellettuale e morale, atteggiamento nei confronti del governo francese»; rapporti con la popolazione locale e situazione del richiedente anteriore all'occupazione; viene infine lasciato un largo margine alla creatività dei capi di provincia e comandanti di circolo, liberi di raccogliere ogni tipo di informazione ritenuta utile ai fini dell'istruzione del fascicolo³⁵. Anche in Aof e in Aef, le indicazioni fornite dai governatori generali insistono, benché in maniera meno sistematizzata rispetto alla colonia del Madagascar, sulla necessità di «provvedere ad un esame estremamente serio e severo delle qualità d'intelligenza, di moralità e di lealtà» dei candidati³⁶.

L'analisi dei fascicoli individuali dei malgasci ammessi alla cittadinanza francese tra il 1909 e il 1938 permette di rendersi conto di come, nel corso dell'inchiesta, la maniera di abitare sia definita da differenti indizi, quali la struttura dell'abita-

34. Anom, Fonds territoriaux (Ft), Madagascar (Mad), Gouvernement Général de Madagascar (Ggm), 6 (10) D 5, *Circulaire confidentielle du 29 mai 1909 du Gouverneur général de Madagascar aux chefs des provinces et ux commandants de cercle*.

35. *Ibid.*

36. Anom, Fm, Affpol, 61 Col 1638: documenti relativi al progetto di modifica del decreto del 25 maggio 1912.

zione, il suo confort, la pulizia, il mobilio. L'indicazione delle abitudini alimentari si accompagna con quella precisa dei cibi consumati: riso, manioca, vaniglia e patate sono considerati alimenti che designano l'essere malgascio³⁷. Allo stesso modo, dal punto di vista vestimentario, il non utilizzare le calzature è indice dell'aver integrato lo stile autoctono. Per cogliere la mentalità del richiedente, gli amministratori fanno attenzione alla natura degli studi e/o al tipo di impiego, al fatto essersi formati in stabilimenti francesi, di aver prestato il servizio militare – esperienze, queste, suscettibili di forgiare e di modificare la mentalità indigena in maniera marcata e duratura –, ma anche alle facoltà intellettuali³⁸. Per l'Aof e l'Aef, anche se meno esplicitamente che nei fascicoli relativi agl'indigeni malgasci, si fa menzione dell'adozione di «una vita degna e regolare», che si svolge di norma al di fuori dal *milieu* indigeno, reputato di «mentalità inferiore». Oltre alla «mentalità primitiva»³⁹, dalla quale occorre allontanarsi per accedere allo *status* di cittadino, gli alimenti e l'abitazione definiscono l'essere africano: «Salvo rare eccezioni, l'indigeno africano abita in una capanna e mangia il couscous», vive «in condizioni di assenza di confort»⁴⁰.

Tutti questi elementi, tratti dall'osservazione del corpo, si articolano con considerazioni di altra natura e, in funzione dei periodi, dei territori, degli obiettivi politici ed economici perseguiti, degli interessi dei differenti attori, possono imporsi in maniera più o meno predominante ed essere organizzati in scale di priorità variabili. In questa prospettiva, il ricorso ai dati corporali fornisce interessanti elementi di analisi, nel nostro caso relativamente alla maniera di concepire l'appartenenza cittadina. Molto sommariamente si può notare, ad esempio, che il corpo indigeno si impone con maggiore forza nella colonia di Madagascar, rispetto ai territori dell'Aef e dell'Aof. Delle variazioni particolarmente significative sono rinvenibili in relazione ad uno specifico momento storico,

37. Violaine TISSEAU, *Être métis en Imérina (Madagascar) aux XIX^e-XX^e siècles*, Paris, Karthala, 2017.

38. Anom, Ft, Mad, Ggm, da 6 (10) D 12 a 6 (10) D 37: Fascicoli relativi alle naturalizzazioni accordate tra il 1909 e il 1938.

39. Anom, Ft, Gouvernement Général de l'Aef (GgAef), 5 D 40 (consultabile a Aix-en-Provence in formato microfilm: 51 MIOM 190).

40. Anom, Fm, Affpol, 61 Col 1525: Fascicoli di naturalizzazione relativi all'Aof.

con riferimento allo stesso territorio. A Madagascar, negli anni che precedono il primo conflitto mondiale, l'attenzione degli amministratori si focalizza sull'integrità dell'atteggiamento dei richiedenti nei confronti dell'autorità coloniale e sulla loro capacità di integrare la comunità francese. Ne consegue che la natura degli studi effettuati, la condotta, il pagamento dell'imposta sono i criteri che balzano in primo piano, anche se le qualità individuali (intelligenza o, ancora, energia, sono ugualmente tenute in considerazione). Negli anni successivi al primo conflitto mondiale, il riconoscimento dei meriti di guerra nei confronti degli indigeni che si erano arruolati come volontari sembra costituire il criterio guida nell'attribuzione della cittadinanza francese. La valutazione dei sentimenti nei confronti della Francia si intreccia con quella dell'adozione di uno stile di vita alla francese. Il corpo emerge in maniera sempre più manifesta nella sua dimensione culturale, per imporsi con forza maggiore nel cuore degli anni venti. In questo periodo, a varie riprese, si registrano esortazioni da parte del governo generale del Madagascar, nei confronti dei ministeri delle colonie e della giustizia, affinché si adotti una maggiore larghezza nella concessione della cittadinanza, onde evitare che l'ordine coloniale possa essere messo a repentaglio dagli indigeni evoluti e dai meticci⁴¹. L'attenzione al corpo, questa volta inteso anche nella sua dimensione biologica, appare ancora più accentuata proprio nei fascicoli personali di questi ultimi, al punto da divenire l'elemento principale, quasi esclusivo, che ne definisce l'appartenenza cittadina.

La questione dell'accesso alla cittadinanza francese da parte delle popolazioni indigene è, in effetti, intimamente connessa ai problemi sollevati dalla definizione della condizione giuridica delle persone nate in territorio coloniale da coppie miste di francesi (o europei assimilati) e indigeni. Oltre a mettere in risalto la dimensione europea di questa problematica, la storiografia oramai abbondante sull'argomento ha messo in evidenza come l'aspetto più spinoso sia rappresentato dal caso dei meticci non riconosciuti da uno o da entrambi i genitori⁴². In assenza della prova legale del

41. Anom, Fm, Affpol, 61 COL 2759.

42. Per l'impero francese, in particolare, Emmanuelle SAADA, *Les enfants de la colonies. Les métis de l'Empire français entre sujétion et citoyenneté*, Paris, La Découverte, 2007 ; TISSEAU,

legame di filiazione con una persona di origine europea, si sarebbe dovuto applicare loro il regime giuridico riservato agl'indigeni o il diritto francese? Nel vuoto legislativo che perdura fino alla fine degli anni venti⁴³, la procedura amministrativa di accesso alla cittadinanza per decreto del presidente della repubblica appare la via più praticata dai nati da genitori ignoti⁴⁴.

In questi casi, e soprattutto a partire dalla seconda metà degli anni venti, l'attenzione degli amministratori è estremamente concentrata sulle informazioni che il corpo del richiedente può fornire relativamente alla sua origine e al posto occupato nella società coloniale. Nei fascicoli delle inchieste amministrative, oltre alle informazioni relative allo stile di vita, alla mentalità, allo stato d'animo, capita sovente di imbattersi anche in riferimenti diretti alla razza, all'aspetto fisico o al colore della pelle, malgrado i testi dei decreti e delle circolari amministrative non facciano menzione alcuna di tali elementi⁴⁵.

È interessante rilevare come la procedura giudiziaria di accesso alla cittadinanza francese da parte dei meticci non riconosciuti – che, non senza intoppi e diatribe tra potere amministrativo e giudiziario, corre parallelamente alla procedura di accesso alla cittadinanza francese per decreto – sia anch'essa imperniata essenzialmente attorno al corpo. A partire dalla seconda metà degli anni venti, il ricorso alle perizie antropologiche e alle inchieste di moralità diviene comune prassi nella giurisprudenza coloniale in materia. Se le perizie mirano a definire con esattezza l'origine mista del-

67

Être métis, cit. ; Bernard DURAND, Éric GASPARI (a cura di), *Le juge et l'outre-mer, tome III: Médée ou les impératifs du choix*, Lille, CHJ éditeur, 2007; Silvia FALCONIERI, *Le Penant et le Daresté face au statut juridique des métis nés de parents inconnus. Une étude comparative (1891-1946)*, *Clio@themis*, 2017, n. 12, reperibile su <https://www.cliothemis.com/Le-Penant-et-le-Daresté-face-au>. Per l'impero italiano e belga, a titolo di esempio, Barbara SÖRGONI, *Parole e corpi. Antropologia, discorso giuridico e politiche sessuali interrazziali nella colonia Eritrea (1890-1941)*, Napoli, Liguori Editore, 1998; Lissia JEURISSEN, *Quand le métis s'appelait « mulâtre »... Société, droit et pouvoir coloniaux face à la descendance des couples eurafricains dans l'ancien Congo belge*, Louvain-la-Neuve, Academia Bruylant, 2003.

43. Il primo decreto che disciplina la condizione giuridica dei meticci risale al 4 novembre 1928 e concerne il territorio dell'Indocina, v. SAADA, *Les enfants*, cit.

44. A Madagascar, tra il 1909 e il 1931, il numero dei fascicoli relativi ai meticci aumenta negli anni venti e rappresenta quasi un terzo degli accessi alla cittadinanza francese: Anom, Ft, Ggm, 6 (10) 12-37.

45. Per il territorio di Madagascar, Anom, Ft, Ggm, 6 (10) D 25 e Ggm, 6 (10) D 32.

le persone nate da genitori ignoti, apprezzandone i tratti e il colore, le inchieste, affidate al procuratore della repubblica, prendono in esame proprio quegli elementi che – come il genere di vita e la mentalità – sono largamente utilizzati nelle inchieste amministrative⁴⁶.

Che si tratti della procedura amministrativa o di quella giudiziaria, il corpo indigeno – o meglio l'idea che il colonizzatore si è forgiata dell'essenza del corpo indigeno – costituisce il perno della definizione dell'appartenenza cittadina. L'uso giuridico del corpo indigeno appare visibile, quasi tangibile.

4. Il corpo come categoria analitica nella storia del diritto coloniale

La corporeità si erge imponente nel discorso e nelle pratiche giuridiche che presiedono alla costruzione delle categorie regolano il funzionamento giuridico della società coloniale. Che si tratti degli atti dell'amministrazione, della giurisprudenza, della legislazione o della dottrina coloniale, i diversi *status* relativi alle popolazioni indigene in colonia non possono prescindere dal dato materiale, dalla fisicità, dal fatto. Incollandosi ai corpi, sfiorando un'intimità che il formalismo giuridico pretende rifuggire, queste differenti posizioni soggettive si fondano su un'essenza presunta dell'indigeno, africano nel nostro caso, e di riflesso dell'europeo, i cui caratteri sono solo di rado evocati in maniera esplicita e si deducono piuttosto *a contrario*, come in un gioco di specchi. La dimensione relazionale può introdurre delle variazioni, modificando il posto assegnato nella società coloniale e facilitando il passaggio da una categoria all'altra. La storia del diritto coloniale, focalizzata sulla moltiplicazione delle soggettività giuridiche, è in grado di apportare nuova linfa alla riflessione dello studioso di diritto vigente, impegnato nella riflessione su nuove forme di categorizzazione giuridica del vivente⁴⁷?

46. Sulle inchieste e sulla fluidità esistente tra procedura giudiziaria e amministrativa, ci si permette di rinviare a Silvia FALCONIERI, *Droit colonial et anthropologie. Expertises ethniques, enquêtes et études raciales dans l'outre-mer français (Fin du XIX^e siècle-1946)*, *Clio@themis*, 2019, n. 15: <https://www.cliothemis.com/Droit-colonial-et-anthropologie>.

47. Durante il mio ultimo soggiorno estivo di studi in Provenza (2019), si è instaurato a tal proposito un interessante scambio con Marie-Angèle Hermitte che, intenta a riflet-

La casistica coloniale esaminata induce, al contempo, ad insistere sulla pertinenza e sull'opportunità di prestare una rinnovata attenzione, da un punto di vista storico, agli usi giuridici del corpo, tornando a dialettizzare la tendenza formalista che, in nome dell'astrattezza del soggetto di diritto, ha relegato la corporeità ad un ruolo marginale nel quadro della storia del diritto europeo⁴⁸. Le pratiche di attribuzione della cittadinanza francese in situazione coloniale contribuiscono a rivisitare questa storia. Non solo. In questo contesto, le informazioni che i giuristi e gli amministratori ricavano dall'osservazione del corpo si articolano, in maniera variabile da un punto di vista spaziale e territoriale, con elementi e considerazioni di altra natura. Ne consegue che il peso, più o meno rilevante, accordato al corpo nel discorso e nelle pratiche del diritto diviene un prezioso indicatore, nel nostro caso, della maniera di concepire l'appartenenza cittadina. Nella sua intima articolazione con la nozione giuridica di persona, il corpo diviene per noi una categoria analitica estremamente interessante per leggere, e rileggere, la rete complessa di interessi politici, economici, dei differenti attori (istituzionali e non) all'interno di un contesto specifico e singolare quale quello del pluralismo giuridico coloniale⁴⁹.

tere alla redazione di un suo nuovo contributo relativo alla classificazione del vivente, ha manifestato una forte curiosità per la panoplia di categorie giuridiche operanti nel secondo impero coloniale francese.

48. In particolare, sull'occultamento del corpo nella storia della civilistica europea, Jean-Pierre BAUD, *L'affaire de la main volée. Une histoire juridique du corps*, Paris, Seuil, 1993, recensito molto criticamente da Marie-Angèle HERMITTE, *Pour une histoire du statut juridique du corps. À propos de l'Affaire de la main volée de J.-P. Baud*, «Nature-Science-Société», 1995, n. 3, pp. 48-53.

L'attenzione sui rapporti tra storia, corpo e diritto è stata di recente richiamata da BOUGLÉ-LE ROUX (dir.), *Corps*, cit. Per la storiografia italiana, cfr. il saggio di Emilia MUSUMECI, *Il corpo tra storia e diritto: prospettive per una ricerca*, «Politica del diritto», 2017, n. 4, pp. 661-688.

49. Nell'ultimo decennio, la storiografia coloniale ha mostrato un'accentuata tendenza a posizionare il corpo al centro della propria prospettiva analitica: Ann Laura STOLER, *La chair de l'empire. Savoirs intimes et pouvoir raciaux en régime colonial*, Paris, La Découverte, 2013; François GUILLEMOT, Agathe LARCHER-GOSCHA (dir.), *La colonisation des corps. De l'Indochine au Viet Nam*, Paris, Vendémiaire, 2014; Martine SPENSKY (dir.), *Le contrôle du corps des femmes dans les Empires coloniaux. Empires, genres, biopolitiques*, Paris, Kathala, 2015; *Les cahiers de Framespa. Nouveaux champs de l'histoire sociale*, 22 (2016): *La domination incarnée. Corps et colonisation (XIX^e-XX^e siècles)*.

De sangre quisiera hablar en este breve homenaje. No del intercambio de sangres, de la transfusión sanguínea, a la que Marie-Angèle Hermitte dedicó un libro notable¹, sino del contacto entre dos sangres que se produce en la primera relación sexual y del régimen jurídico que lleva aparejado.

La inconmensurabilidad de las prácticas conlleva la de los regímenes jurídicos, pero algo une el ensayo sobre la transfusión sanguínea de Marie-Angèle Hermitte con el que ha sido mi objeto de estudio durante largos años: el derecho al cuerpo del cónyuge en la canonística de los siglos XII a XV. Ambos análisis hablan de la pesada esencialidad de la sangre, de su sobrecarga semántica, ambos hacen nacer de la fusión de sangres un régimen jurídico anómalo, uno por su gratuidad, el otro por aquello que significa en ciertas condiciones: la unión de Cristo con la Iglesia, el misterio de la Encarnación.

* Profesora Titular de Historia Medieval, UNGS, Buenos Aires. E-mail: martaluisamadero@gmail.com

1. Marie-Angèle HERMITTE, *Le Sang et le droit. Essai sur la transfusion sanguine*, Paris, Seuil, 1996.

1. Génesis 2.24 “Serán dos en una carne”²

La primera interpretación de este versículo que tanto la teología como el derecho canónico ponen en el centro mismo de su reflexión sobre el matrimonio, aparece ya en el Nuevo Testamento. La unión del primer hombre y de la primera mujer prefigura la de Cristo con la Iglesia. San Pablo en la Epístola a los Efesios (5.32) funda en ella la afirmación del matrimonio como sacramento: «Este sacramento es grande, más yo digo en Cristo y en la Iglesia»³. Las *Sentencias* de Pedro Lombardo, texto fundador de la teología escolástica, escritas a mitad del siglo XII, adoptan esta misma exégesis del pasaje veterotestamentario.

En el sacramento matrimonial, reza una decretal de Inocencio III de 1206 (*Debitum*⁴), la unión de los cuerpos que se realiza necesariamente después del intercambio de consentimiento mutuo: «es el signo de la similitud, fundada en la carne, de Cristo y de la Iglesia, a la cual hace referencia esta declaración del Evangelista: *el verbo se hizo carne, y habitó entre nosotros*, ciertamente para designar la alianza contraída entre Cristo y la Iglesia con el misterio de la Encarnación».

Los debates sobre la composición del sacramento matrimonial⁵ y el rol de la unión carnal revelarán la inquietud que produce su posible eficacia ritual. La forma más corriente de lo que será una púdica elisión del coito la ofrece ya, a comienzos del siglo XIII, el gran canonista Johannes Teutonicus (m. 1252), quién considera que no se puede decir que «el acto sea por sí mismo el signo de este sacramento, porque entonces la interrupción del acto traería aparejada la ausencia del sacramento. El acto es por el contrario lo que permite la consumación del sacramento, aunque según algunos, el acto, cuando se realiza por primera vez, significa el sacramento»⁶. Esta es en efecto la postura de Vicente His-

2. Sobre este pasaje, ver recientemente Pierre LEGENDRE (ed.), *Ils seront deux en une seule chair : Scénographie du couple humain dans le texte occidental*, Bruselas, Émile van Balberghe Libraire, 2004.

3. Traducción de la *Vulgata* de Felipe SCIO DE SAN MIGUEL, Madrid, Gaspar y Roig, 1852.

4. *3 Compilatio* 1.14.2= *Liber Extra* 1.21.5.

5. Solo he tenido en cuenta las discusiones de los canonistas, los debates teológicos son infinitamente complejos, pero existen solo análisis parciales.

6. Glosa *ad 3 Compilatio* 1.14.2 (*Debitum*), Kenneth PENNINGTON (ed.), *Johannis Teutonici Apparatus glossarum in Compilationem tertiam*, Ciudad del Vaticano, 1981, p. 105.

pano (m. 1248), contemporáneo de Johannes, para quien el primer coito – y aclara, no el segundo ni el tercero – significa el sacramento⁷. Así, mientras para Vicente es el acto carnal mismo el que significa, Johannes desvanece la relación sexual en beneficio de su efecto. El primer coito deviene así un acto litúrgico cuya virtud es la de significar la unión de Cristo con la Iglesia, que, sin embargo, solo adviene una vez que ha cesado su causa. Y agrega: «En el matrimonio se significa un triple misterio: la unión de Cristo con la Iglesia, pero también la unión del alma fiel con Cristo, y también la unión constitutiva de la naturaleza divina».

Ahora bien, si los grandes textos del derecho canónico no definen lo que constituye una relación sexual suficiente para perfeccionar el sentido sacramental, son sus intérpretes los que establecerán el umbral entre los contactos corporales que no dan lugar a consecuencias jurídicas y aquellos que están jurídicamente calificados. La unión de los fluidos seminales-sanguíneos domina la interpretación medieval del acto suficiente. Solo si la sangre de los cónyuges entra en contacto bajo la forma de sustancias seminales o para-seminales⁸ se puede decir que se ha producido la *una caro* del Génesis 2.24.

2. Afinidad y polución extraordinaria

En el *Decretum* de Graciano (c.1140), la forma de la relación sexual suficiente aparece en particular en torno al canon C.35 q.2 y 3 c.10. El texto afirma que está prohibido contraer matrimonio con «una mujer que haya sido conocida por un consanguíneo o manchada por alguna polución». El *dictum post* de Graciano agrega: «esto es verdad [si la polución es] de orden natural. Pero no es así si es extraordinaria»⁹. Y el c. 11, *Extraordinaria pollutio*, una

7. *Apparatus ad 3 Compilationem* ms. Bamberg Staatsb. Can. 20, fol. 115r; y misma afirmación en su *Lectura del Liber Extra*, ms Madrid BN, 30, fol.54r.

8. Las teorías de la medicina hipocrática, galénica y árabe sobre la reproducción dominan la medicina medieval. En ambas, aunque con variantes en cuanto a su participación, se afirma la existencia de un semen femenino. En ambas los fluidos seminales son el producto de la cocción de la sangre, más perfecta en el hombre, que es cálido y seco, que en la mujer, de naturaleza fría y húmeda. La negación de la existencia del semen femenino se afirma por el contrario en la filosofía natural aristotélica. Sangre y *pneuma* son siempre los dos componentes esenciales del deseo sexual y la concepción.

9. El *dictum post* de este canon, no figura sin embargo en la primera recensión del *Decre-*

decretal de Urbano II¹⁰, confirma que esta no impide el matrimonio subsecuente de la mujer con los consanguíneos del hombre. El sentido se esclarece en el C.27 q.2 c.18: «El parentesco de sangre (se refiere a la afinidad) se anuncia en efecto por medio de las palabras (en el sentido del consentimiento matrimonial), pero no se realiza con las palabras. Y ni siquiera un beso engendra el parentesco, porque no realiza ninguna mezcla de sangre (*sanguinis commixtionem*)». La polución extraordinaria – eyaculación precoz o *coitus interruptus*, la diferencia no importa aquí – es la que no permite que las sangres se toquen. Como dirá Huguccio (*ca.* 1188), esta polución «por más criminal y condenable que sea, no parece impedir el matrimonio de la mujer así mancillada y un consanguíneo del autor de la *pollutio*». ¹¹

La unión de sangres perfecciona por lo tanto el sentido sacramental, pero también produce, cuando adviene fuera del matrimonio, un impedimento esencial de futuras uniones, el que se basa en la afinidad que los canonistas denominan *affinitas ex copula illicita*. En palabras del cardenal Ostiense (m. 1271), la afinidad es «un parentesco que nace de una relación sexual entre personas, en ausencia de toda consanguinidad»¹². En razón de la relación sexual he dicho, porque se contrae afinidad tanto por la fornicación como por la relación legítima (es decir, matrimonial), aunque recuerda que la afinidad romana difiere de la que reconocen los canonistas, dado que estos consideran que una relación sexual ilícita da lugar a una «afinidad natural sin origen legal» susceptible de impedir y romper un matrimonio¹³, mientras que los civilistas solo tienen en cuenta la afinidad que se produce por el matrimonio legítimo. Y alega la etimología propuesta por el *Digesto* que hace derivar *adfinitas*

tum. Es lo tanto de fecha algo posterior, v. sobre este tema Anders WINROTH, *The Making of Gratian's Decretum*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000.

10. Tampoco este canon figura en la primera recensión del texto, ni el c.18 que sigue.

11. Huguccio, *Summa*, ms. BSB, Clm 10247, *ad* C.35 q.2 et 3, c. 11, fol. 270rb.

12. Esta definición retoma, con leve variante, la ofrecida por Huguccio (m.1210) en su *Summa decretorum*.

13. HENRICUS DE SEGUSIO, (Ostiense), *Summa Aurea*, Venetiis, Apud Iacobum Vitalem, 1574, l. 4, *De affinitatis, Quid sit affinitas*, n. 2, col. 1359.

de *ad fines*¹⁴: «como si un parentesco accediese al límite, al término del otro [parentesco]»¹⁵.

El contacto de sangres engendra así un doble régimen jurídico: el de la prohibición del incesto¹⁶, el de la perfección sacramental.

El tema de la polución extraordinaria, aquella que no produce contacto de sangres ni da lugar al impedimento de afinidad, tiene como *sedes materiae* en la decretalística un texto de Inocencio III de 1203, *Fraternitatis tuae*¹⁷. Es en la exégesis de esta decretal que se despliegan las definiciones y los debates sobre el caso límite que rige la afinidad, es decir, en el análisis de todo aquello que no la produce, porque es la excepción la que configura la «normalidad», lo general que está incluido en lo particular¹⁸. La polución extraordinaria – voluntaria a efectos de anticoncepción, o involuntaria debido a defectos anatómicos o funcionales – revela precisamente lo indispensable, la condición *sine qua non* – aunque sea presunta – de la perfección sacramental: la unión de sangres.

En su célebre *Apparatus al Liber Extra*, el papa Inocencio IV comenta la expresión *extraordinaria* que la decretal contiene, interpretando la necesidad de la *commixtio seminis* de forma radical. Para que exista afinidad es necesario que haya mezcla seminal, es decir, emisión seminal de ambos cónyuges, en la medida en que el semen es el resultado de la cocción de la sangre¹⁹. Un hombre frígido puede, «palpando», producir una emisión de semen en la mujer y vice

14. D.38.10.4.3 «altera ad alterius cognationis finem accedit». La definición del Ostiense agrega la palabra «meta» (término). *Limes* es el borde, el umbral, el límite, la frontera.

15. Sobre la afinidad, ver la obra mayor de Françoise HÉRITIER, *Las dos hermanas y su madre. Nuevas perspectivas en la teoría del incesto*, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, 1997.

16. Junto a la consanguinidad y el parentesco espiritual.

17. *Fraternitatis tuae 3 Compilatio* 4.9.2 = X.4.13.7.

18. Cómo ha demostrado brillantemente Yan Thomas en toda su obra, «es en el momento mismo de la excepción, cuando una solución expresa su circunstancia más extrema, que su grado de generalidad es mayor», *L'extrême et l'ordinaire. Remarques sur le cas médiéval de la communauté disparue*, en *Penser par cas*, Jean-Claude PASSERON y Jacques REVEL (eds.), *Enquête 4*, Paris, Éditions de l'EHESS, 2005, p. 46.

19. Existen diversas teorías sobre la producción de semen. La hematogénesis, se impone a partir del siglo XIII a través de Aristóteles y Avicena – el esperma es el residuo de los alimentos que se transforman por un proceso de cocción, primero en sangre, pasando por el corazón, luego en esperma atravesando los testículos; pero nunca desaparecen del todo las teorías de la pangénesis – según la cual el esperma proviene de todo el cuer-

versa, pero no hay allí ni matrimonio consumado, ni mezcla de sangres, ni afinidad. Y si se acepta que, en el caso en que haya habido penetración se reconozca la validez jurídica del acto, es solo porque el acto carnal que sigue al consentimiento da lugar a la presunción en una situación en la que la prueba es imposible²⁰.

Los comentarios sucesivos se interrogarán sobre aquello que exige la producción de afinidad, que se transforma en la clave del coito suficiente: ¿es necesario que el hombre y la mujer tengan una emisión seminal? ¿O acaso es suficiente que el hombre deposite el semen en la vagina, o incluso *circa*, siempre y cuando este sea aspirado por la matriz y en ella se una a la materia sanguínea femenina? Inocencio IV (m. 1254) y el Ostiense, e incluso Johannes Andrea (m. 1348) consideran que la mezcla de semen es el único horizonte de realización de la *una caro*, pero Zabarella (m. 1417) y el Panormitano (m. 1445) expresan – traduciendo tardíamente el impacto de la filosofía natural aristotélica – un rechazo categórico de la existencia del semen femenino. El Panormitano en particular, citará a este efecto un *consilium* de Federico Petruccio de Siena, alumno de Johannes Andrea y muerto probablemente como él de la peste en 1348, en el que Federico afirma que la tesis de la doble emisión seminal es falsa y que es verdad lo que dicen los médicos de su tiempo, según los cuales la mujer concibe únicamente del semen del hombre²¹. La idea de la existencia de semen femenino no será sin embargo abandonada y, de todos modos, la sangre seguirá siendo indispensable, en tanto la materia sanguínea femenina, desprovista de principio activo, que en el interior de su cuerpo se mezclará con el semen – considerado por la escolástica como «la sangre más pura del hombre» –, es siempre el núcleo esencial de la *una caro*.

po – y del origen encéfalo-miélico, v. Danielle JACQUART y Claude THOMASSET, *Sexualité et savoir médicale au Moyen Âge*, Paris, 1985, p. 73-78.

20. INNOCENTIUS IV, *Apparatus super quinque libros Decretalium*, ad X.4.13.7. Existe numerosas ediciones de este texto.

21. NICHOLAUS DE TUDESCHIS (Abbas Panormitanus), *Commentaria in Decretalis Gregorii IX*, Venetiis, Apud Iunctas, 1582, ad X.4.13.7, n. 3, fol.371, cf. Federico PETRUCCIO DE SIENA, *Consilia et quaestiones*, Venetiis, Per Pagninum de Paganinis, 1508, fol. 108.

3. *Verum semen*

En el año 1587, en respuesta a una misiva enviada al papa Sixto V por el obispo de Novara, Cesare Spacciani, nuncio apostólico residente en España, a propósito del matrimonio de los eunucos – que este describe como ampliamente tolerado en los reinos hispánicos, y a propósito del cual había surgido una gran controversia entre franciscanos y jesuitas²²-, el papa responde con el breve *Cum frequenter* (1587) instaurando la posibilidad de la denuncia pública y la separación forzada de los impotentes – definidos como todo aquel que carezca de ambos testículos y que, por lo tanto, sea incapaz de producir *verum semen*. Miguel de Medina, teólogo y humanista, eminente representante de la posición de los franciscanos frente a los jesuitas, había sostenido que el matrimonio de los «frígidos, los eunucos y los castrados» era *verissimum coniugium* si la mujer había consentido sabiendo la condición del esposo. Para él solo contaba que se «conservasen indisolublemente los hábitos comunes de la vida» y declaraba que, aunque el *vulgo* y la mayor parte de los teólogos y canonistas considerasen que, para que hubiese afinidad y adviniere la carne única era indispensable la emisión seminal, el pasaje del Génesis (et erunt duo in carne una) implicaba el *carnalem coitum* y no las efusiones seminales. Era, por lo tanto, no solo indigno, sino también fastidioso, inconveniente y peligroso, ocuparse con tanto esmero de esas *seminales profusiones*²³.

Sería, sin embargo, como lo demuestra el breve, la posición de los jesuitas que ganaría la batalla y la obra monumental del jesuita granadino Tomás Sánchez, *De sancto matrimonio*²⁴, publicada por primera vez en 1602, encarnará el paroxismo de la lógica seminal, que exigía, contra el pudor del franciscano, una nueva etapa de la reflexión prolija de

22. Archivum Secretum Vaticanum, Fondo Segreteria di Stato, Spagna, vol. 32, citado por Aidan McGRATH O.F.M., *A Controversy Concerning Male Impotence*, Roma, Pontificia Università Gregoriana, 1988, p. 14: «E nata una controversia grande tra quasi tutti li Frati Theologi da una parte, et li Padri Gesuisti dall'altra, sopra permettere che li castrati piglino moglie si come sin'hora si é fatto, e ve ne sono in numero infinito che l'hanno ».

23. Miguel de MEDINA, *De sacrorum. Hominum continentia libri V*, Venetiis, Ex officina Iordani Zileti, 1569, pp. 497-500.

24. Thomas SÁNCHEZ, *De sancto matrimonii sacramento disputationum, Tomus primus*, Lugduni, 1625, p. 140.

los actos y los gestos aptos a producir la unión sanguíneo-seminal que realizaba la perfección sacramental.

La *disputatio* 21 del *liber II* del tratado de Sánchez analiza cuándo se considera que el matrimonio ha sido consumado y los argumentos son estrictamente de orden seminal: toda efusión seminal fuera del ‘vaso’ natural, no consuma el matrimonio», pero, «por cualquier procedimiento (*arte*) < que permita > que el semen sea recibido dentro del ‘vaso’ natural, sin su penetración» se considera el matrimonio consumado, aún cuando – según las *summae* Rosella, Sylvestre y Tabiena – esto se logre a través de artes diabólicas. Porque para significar «a través de la unidad de la carne, el misterio de la Encarnación, por el que Cristo *per unitatem carnem est Ecclesiae coniunctus*», es necesario que el «semen viril penetre en el ‘vaso’ femenino». Así, lo que antes se denominaba *carnelem commixtionem*, actualmente se denomina *sanguinis commixtionem* «id est, seminis commixtionem». Por lo tanto: «tota consummationis ratio est, seminis receptio, et carniū commixtio est omnino impertinens».

Si bien el texto enfatiza la necesidad de la recepción de *verum semen* – es decir, de quien tenga al menos un testículo – dentro de la vagina, la existencia del semen femenino no es del todo abandona, aunque no se la exija; y el jesuita intenta un equilibrio improbable entre la afirmación de la ausencia de semen femenino basada en un principio filosófico – «*communior et probabilior*» –, y la necesidad del semen femenino en la concepción, que «*satis probabiliter multi tenent*» – alegando a Hipócrates, Galeno, y los grandes médicos del siglo XVI español, en particular Francisco Valles y Cristóbal de Vega.²⁵

Del contacto de sangres emergen perfiles estatutarios que, a partir de la Edad Media central, el derecho y la teología sacramental han estructurado minuciosamente: la afinidad, que conlleva la multiplicación de los círculos de prohibición matrimonial por incesto – aun cuando el IV Concilio Laterano las haya reducido al cuarto grado y haya suprimido la

prohibición por afinidad de segundo y tercer tipo²⁶ –, y el matrimonio consumado, indisoluble, *ad vitam*, que produce una alienación corporal – entrada en posesión, y por lo tanto demandas en restitución de espolio cuando uno de los cónyuges se aleja del otro. Gravosas e imprevisibles consecuencias de una exégesis que confiere a este contacto el poder de perfeccionar el sentido del sacramento matrimonial. El signo de la Encarnación solo parece poder residir entonces en el contacto de fluidos seminales-sanguíneos. Es en un instante fugaz, en un gesto realizado una sola vez en la vida según reglas precisas, en una liturgia en la que la sangre de los cónyuges evoca el misterio de la Encarnación, que reside esa otra transustanciación que, bajo las especies de los cuerpos que se unen para que los fluidos derivados de la sangre se mezclen, son el signo de Dios hecho hombre en el vientre de una mujer, y el de la unión de Cristo con la Iglesia formada con el agua y la sangre que mana de su flanco en la cruz²⁷.

26. Sobre el IV Concilio Laterano y la supresión de la afinidad derivada, v. Alejandro MORIN, *The Fourth Lateran Council's Non debet (c. 50) and the Abandonement of the System of Derived Affinity*, en Atria A. LARSEN, Andrea MASSIRONI (eds.), *The Fourth Lateran Council and the Developement of Canon Law and the ius commune*, Tournhout, Bélgica, Brepols, 2008, pp. 169-186.

27. Esto último, según RADULPHUS ARDENS, *Add. hom.* I, 21, *PL* 155, 1743 y Roberto DE MELUN, *Sent.*, París, BN, Nat.Lat. 14885, f. 147 va/b, citados por Pedro M. ABELLÁN, S.I., *El fin y la significación sacramental del matrimonio desde San Anselmo hasta Guillermo de Auxerre*, Granada, Colegio de la Compañía de Jesús, 1939, p. 49 y 122 respectivamente.

1. Le *dominium utile*

Histoire d'une chimère ? Dans un article de 1998¹, Robert Feenstra revenait sur l'un des sujets majeurs de son activité scientifique auquel il avait alors déjà consacré presque 40 ans de travail². Il s'agissait du *dominium utile*, l'une des inventions les plus audacieuses de la doctrine scolastique du

* Une version anglaise de cet article, plus étendue, a été publiée dans la revue *Glossae*, 15 (2018). Je tiens à remercier Charles Ogoubiyi pour son aide linguistique sur ma version française.

** Professeur à l'Université de Roma Tre. Directeur d'Études cumulant à l'EHESS. E-mail : emanuele.conte@uniroma3.it

1. Robert FEENSTRA, « *Dominium utile est chimaera? Nouvelles réflexions sur le concept de propriété dans le droit savant (à propos d'un ouvrage récent)* », *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 1998, n° 66, pp. 381-397.

2. Les travaux que le même Feenstra rappelle dans la première note de son article sont deux : « Les origines du *dominium utile* chez les glossateurs (avec un appendice concernant l'opinion des ultramontani) », publié en 1971 dans les mélanges en l'honneur de H.J. Scheltema et après dans R. FEENSTRA, *Fata iuris romani. Etudes d'histoire du droit*, Leyde, Presses Universitaires, 1974, pp. 215-259. Le deuxième article est Robert FEENSTRA, *Dominium and ius in re aliena : The Origins of a Civil Law Distinction*, sorti d'abord dans Peter BIRKS (ed.), *New Perspectives in the Roman Law of Property. Essays for Barry Nicholas*, Oxford, Clarendon, 1989, et réimprimé dans Robert FEENSTRA, *Legal Scholarship and Doctrines of Private Law, 13th-18th Centuries*, Aldershot, Variorum, 1996, comme essai numéro III.

droit au Moyen Âge, et en même temps, un outil conceptuel d'une très grande importance pour encadrer en termes juridiques l'immense réseau des droits de disposition sur les choses qui avait marqué en profondeur les siècles qu'on qualifie d'« Ancien régime ».

En effet, l'abolition de la distinction entre *dominium directum* et *dominium utile* et des autres formes de qualification juridique des pouvoirs de nature féodale sur les choses compte parmi les ruptures les plus profondes imposées à la France puis à l'Europe juste après la Révolution.

Comme chacun sait, ce *dominium utile* était l'expression juridique indiquant le droit de propriété dont jouissait un concessionnaire de fief, ou quelque autre forme de concession, sur la chose qui lui avait été confiée. Le seigneur qui l'avait concédée gardait sur cette chose une autre sorte de propriété, le *dominium directum*, qui se limitait à lui reconnaître le droit de recevoir les hommages liés à la chose transmise, et à garder des pouvoirs de contrôle sur son concessionnaire. C'est justement en tant qu'expression d'un monde marqué par la féodalité que la Révolution avait aboli ce dédoublement de la propriété, pour rassembler dans les mains d'un seul titulaire le pouvoir juridique de jouir et de disposer : la propriété devenait ainsi un droit qui ne pouvait qu'être unitaire et indivisible. Les droits réels qu'il était légitime de constituer sur la propriété d'autrui devenaient ainsi un petit nombre très limité par la loi, tandis que la coexistence de deux formes de propriété sur la même chose devenait impossible.

Comme le *dominium utile* avait joué le rôle de représentant majeur d'un monde juridique dépassé par les nouveautés du 19^e siècle, il n'est pas surprenant qu'il ait attiré les attentions des historiens du droit qui se sont consacrés à plusieurs reprises à étudier les origines, les raisons et les applications d'un concept juridique sans doute fondamental dans l'histoire de l'Europe³.

3. Une bibliographie complète serait très large. Une première mise au point se trouve dans le célèbre article de Eouard MEYNIAL, « Notes sur la formation de la théorie du domaine divisé (domaine direct et domaine utile) du XII^e au XIV^e siècle dans les romanesques. Étude de dogmatique juridique », dans *Mélanges Fitting*, II, Montpellier, Société anonyme de l'imprimerie générale du midi, 1908, 411-461 ; après la guerre, ainsi que les travaux de R. Feenstra déjà mentionnés, il faut rappeler l'article de Helmut COING, « Zur Eigentumslehre des Bartolus », *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*,

Ce concept de *dominium utile* est le produit d'un droit savant, très influencé par la puissance du nouveau vocabulaire juridique qui s'était imposé en Occident des suites de la redécouverte du droit romain codifié par Justinien ; sans que l'expression ou le contenu juridique lui-même n'aient existés dans les sources romaines. Il s'agit, c'est certain, d'une invention de la doctrine, qui – pour ne rien arranger – allait aussi à l'encontre d'un principe fondamental du droit classique qui était lui clairement présent dans le Digeste : deux personnes ne peuvent exercer un *dominium* sur la même chose en même temps (D. 13.6.5. 15). Lorsqu'une seule chose se trouve en propriété de plusieurs sujets, le droit romain considérait chaque propriétaire comme titulaire d'une portion idéale du tout, d'une partie de la valeur de la chose. De cette partie idéale le sujet était le seul propriétaire, bien que cette propriété parfaite ne pouvait se manifester qu'au moment de la dissolution de la communion avec les autres.

Voilà donc le grand intérêt de ce sujet pour l'histoire du droit : comment les glossateurs ont-ils pu parvenir à une subversion aussi évidente de leurs sources ?

En 1971, Feenstra avait abordé le grand problème par la « porte principale ». Il s'était posé le problème des origines : qui avait, et pour quelle raison, employé pour la première fois cette expression étrange ?

Concentré sur le problème historique de la naissance de l'expression juridique « *dominium utile* », Feenstra identi-

Romanistische Abteilung, 1953, n° 70, pp. 348-371. Paolo GROSSI a publié deux livres aux années soixante : *Locatio ad longum tempus. Locazione e rapporti reali di godimento nella problematica del diritto*, Napoli, Morano, 1963, et *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale*, Padova, Cedam, 1968, et nombreux articles, ensuite collectés dans *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, Milano, Giuffrè, 1992. Dans ce siècle, entre les autres : ENNIO CORTESE, « Controversie medievali sul dominio utile. Bartolo e il quidam doctor de Aurelianus », in *Amicitiae pignus* (Etudes pour A. Cavanna), Milano, Giuffrè, 2003, I, pp. 613-635 ; DIRK HEIRBAUT, « Feudal Law: the Real Ius Commune of Property in Europe, or: Should We Reintroduce Duplex Dominium? », *European Private Law*, 2003, n° 3, pp. 301-320 (à page 312 de cet essai v. plus d'indications bibliographiques) ; THOMAS RUFNER, « The Roman Concept of Ownership and the Medieval Doctrine of *Dominium Utile* », in JOHN W. CAIRNS, PAUL J. DU PLESSIS (eds.), *The Creation of the Ius Commune: From Casus to Regula*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 2010 (Edinburgh Studies in Law 7), pp. 127-142. Tout récemment, sur les théories des orléanais, MARGUERITE DUYNSTEE, *L'enseignement du droit civil à l'université d'Orléans du début de la guerre des cent ans (1337) au siège de la ville (1428)*, Frankfurt am Main, Klostermann, 2013 (Studien zur europ. RG, 253), pp. 155 et s.

fia dans l'historiographie deux partis opposés, représentés d'un côté par Edouard Meynial, qui en 1908 avait consacré à Hermann Fitting un article qui allait devenir célèbre : *Notes sur la formation de la théorie du domaine divisé* ; pour représenter l'opinion contraire, Feenstra sélectionna le travail fort documenté et beaucoup moins connu d'un auteur allemand : Karl Lautz, qui avait publié en 1916 un petit livre (qu'il avait pourtant achevé déjà en 1886) portant le titre de *Entwicklungsgeschichte des Dominium utile*.

Les deux ouvrages proposaient deux théories opposées. Pour Lautz, la création de ce dédoublement de la propriété avait été le résultat d'une discussion savante entre les premiers glossateurs du droit romain, qui s'interrogeaient sur les effets de la prescription. En effet, les sources montraient beaucoup d'incertitudes sur la qualification du droit acquis par le possesseur *ad usucapionem*, qui se voyait protégé par le droit civil même s'il n'était pas le titulaire d'un véritable droit de propriété. L'action en justice que ce possesseur pouvait exercer pour récupérer la chose qu'il avait acquise par prescription était une action *utilis*. On pouvait croire que c'est de ce contexte que l'expression *dominium utile* avait été exprimée pour la première fois. Une discussion interne à l'école, donc, qui en ce cas ne se préoccupait pas de créer des instruments aptes à traiter la réalité historique des relations sociales, mais se contentait d'adapter une expression typique du procès (« *utilis* » se dit des actions) au droit de fond. Ce serait donc une logique interne au droit romain qui aurait emmené la science juridique médiévale à la formulation du dédoublement de la propriété, qui en effet, procédait de celles-ci.

De son côté, Meynial proposait une interprétation bien différente : ce n'était pas le débat savant qui s'était déroulé en marge des textes du droit romain, mais les influences extérieures d'une société marquée en profondeur par les institutions germaniques qui auraient convaincu les juristes de faire violence à leurs textes pour y introduire une notion qui y était étrangère.

Pour étonnant que cela puisse sembler, c'était un savant français qui se rangeait du côté du droit germanique⁴,

4. Dans l'ouvrage de Lautz l'idée que le *duplex dominium* soit le reflet de la *Gewere* germanique est attribuée surtout à George PHILLIPS, *Grundsätze des gemeinen deutschen Pri-*

dont la force de pénétration aurait été capable de forcer les juristes savants à produire une interprétation forcée et finalement fautive du droit romain, pour qu'il soit possible de respecter des idées juridiques germaniques. Par contre, l'allemand Lautz restait plutôt fidèle à une idée du droit comme complexe de règles abstraites énoncées par les juristes à partir des propositions normatives positives, afin de les comprendre dans un système rationnel qui ne subissait pas forcément des conditionnements de l'extérieur.

L'article de Meynial dénonçait explicitement, dès les premières pages de son travail, l'influence subie par la littérature allemande d'histoire du droit germanique, et notamment par les écrits de Otto von Gierke⁵.

Pour aller plus loin, Gierke s'inspirait lui-même d'une littérature allemande antérieure qui, précisément en matière de droits réels, avait postulé l'influence d'une « idée juridique » typiquement germanique, celle de la *gewere* (traduite en français comme *saisine*) qui aurait marqué en profondeur non seulement les pratiques, mais aussi les doctrines des premiers juristes du 12^e siècle, forçant les textes romains à comprendre des structures qui leur étaient étrangères⁶. La recherche de Meynial sur les origines de l'expression *dominium utile* n'était donc que le dernier acte d'un legs historiographique fortement enraciné dans la tradition allemande⁷.

Notre *dominium utile* se trouve donc serré entre deux visions fort typiques de l'historiographie juridique, depuis

vatrecht mit Einschluss des Lehnrechts, I, Berlin, 1829, pp. 237-239. Après Phillips, cette idée, qui sera reprise par Meynial, a été soutenue par un grand nombre d'auteurs allemands.

5. FEENSTRA, « *Dominium utile est chimaera* », cit., p. 384, le relève : « D'après Meynial, l'élément le plus important dans la formation du *dominium utile* aurait été "la conception foncière germanique". Sur ce point, il s'était inspiré des idées d'Otto von Gierke ».

6. L'un des plus anciens témoignages de cette vision se trouve dans le livre de Berthold DELBRÜCK, *Die dingliche Klage des deutschen Rechts*, Leipzig, Breitkopf u. Härtel, 1857, pp. 101-111, où il traite de la distinction entre *possessio civilis* et *possessio naturalis* comme une construction des glossateurs très influencée par la *gewere* germanique. Andreas HEUSLER, *Die Gewere*, Weimar, Böhlau, 1872, pp. 297-326, reprend et développe l'interprétation de Delbrück.

7. Emanuele CONTE, « Droit médiéval. Un débat historiographique italien », *Annales. Histoire, Sciences sociales*, 2002, n° 57/6, pp. 1593-1613 : 1601-1607. Voir aussi ID., « *Gewere, vestitura, spolium : un'ipotesi di interpretazione* », in Orazio CONDORELLI, Franck ROUMY, Mathias SCHMOECKEL (dir.), *Der Einfluss der Kanonistik auf die europäische Rechtskultur*, Bd. 1: *Zivil- und Zivilprozessrecht*, Köln-Weimar-Wien, Böhlau, 2009, pp. 169-191.

toujours concentrée sur les développements institutionnels beaucoup plus que sur les contingences proprement historiques. Ainsi, les constructions de la doctrine ne se justifient pas comme des réponses à des cas particuliers ou à des contextes historiques bien déterminés dans le temps et dans l'espace, mais résulteraient des forces historiques immanentes, qui se confronteraient pour produire des objets dogmatiques.

C'est précisément cette attitude qui a souvent retenu les historiens du droit de s'appliquer à une recherche soucieuse apte à reconstruire les contextes politiques, économiques et sociaux des théories juridiques. La doctrine du domaine divisé n'a pas échappé à cette règle.

2. Pillius de Medicina et la naissance du *dominium utile*

Grâce aux recherches minutieuses menées par Feenstra en 1971, nous savons avec certitude que c'est au glossateur Pillius de Medicina qu'il faut attribuer l'invention de l'expression qui nous occupe.

Il est d'ailleurs remarquable, que les historiens du droit, intéressés par vocation à l'histoire des formules juridiques, ne consacrent pas le même intérêt aux circonstances historiques qui en encadrent les tournants. Dans notre cas, ce manque est d'autant plus évident que l'histoire personnelle de Pillius, et les conditions politiques de la ville où il a travaillé comme juriste sont bien connues et bien documentées⁸.

C'est à Modène que Pillius proposa des innovations majeures dans l'enseignement du droit : dans son *Libellus disputatorius* il propose aux étudiants d'abandonner les inutiles apparats de gloses, pour se concentrer sur le texte du *Corpus Iuris Civilis*, afin d'apprendre à en tirer les arguments pour le traitement dialectique des questions de droit⁹. Il n'aurait pas pu proposer un changement aussi

8. Sur la biographie de Pillius, voir désormais les entrées du *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, sous la dir. de Birocchi, Cortese, Mattone et Miletti, Bologna, Il Mulino, 2013, par Ennio CORTESE (vol. II, 1587-1590), du *Dizionario biografico degli italiani*, Rome, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, 2016, par Emanuele CONTE (disponible aussi en ligne), de *Autographa. Autografi di italiani illustri*, I.1 *Giuristi, giudici e notai*, sous la dir. de G. Murano, Bologna, Clueb, 2012, par Elio TAVILLA.

9. Voir le *prooemium* du *Libellus*, édité par Annalisa BELLONI, *Le questioni civilistiche del*

profond à Bologne, la patrie des apparats des glossateurs ; comme il n'aurait pu introduire d'abord à Bologne une autre nouveauté bouleversante : l'étude dans une école de droit romain d'un texte ouvertement coutumier, comme l'était le traité sur les coutumes féodales composées par le juge milanais Obertus de Orto.

Il s'agissait d'une opération fort innovatrice. Aucun juriste de formation bolonaise, avant lui, n'avait jamais rédigé une chaîne de gloses sur un texte qui n'était pas plein de l'autorité de la loi. Les gloses aux *Libri Feudorum*, par contre, s'attachent à un texte qui, pour sa plus grande partie, n'est qu'un traité sur les coutumes féodales rédigé par un juge qui n'avait pas la prétention de se présenter comme législateur. Ainsi, dans les marges de ce traité, les gloses de Pillius sont les premières qui construisirent le réseau de citations de droit romain qui était le premier souci des maîtres de droit¹⁰. Ce fut ce réseau de liens entre les coutumes rédigées par Obertus, les constitutions impériales des souverains médiévaux, et les lois romaines, qui permirent aux *Libri Feudorum* de devenir l'une des sources les plus citées par les glossateurs et d'entrer, triomphalement, quelques décennies plus tard, dans le *Corpus Iuris Civilis* standardisé par l'édition bolonaise en même temps que la glose ordinaire d'Accurse¹¹.

La rencontre entre la coutume féodale et le droit romain est donc l'une des grandes innovations introduites par Pillius lors de son passage de Bologne à Modène. Notre glose qui fait mention du *dominium utile*, par exemple, en explique un passage del *Libri Feudorum* (2.3) selon lequel celui qui ne peut pas aliéner sa chose ne peut pas non plus la transférer avec une *investiture* féodale. La glose se posait donc une question pratique : si un héritier reçoit un fond avec le legs qu'il ne peut pas vendre, peut-il le donner comme fief?

secolo XII : da Bulgaro a Pillio da Medicina, Frankfurt am Main, Klostermann, 1989, p. 54 : « Surgite, surgite, surgite quasi de sompno scolares tepidi, multiplici scriptorum fere imbuti, et textum, maxime trium voluminum Institutionum, Digestorum et Codicis, superfluis scilicet apparatibus reiectis, lectitate... »

10. Antonio ROTA, « L'apparato di Pillio alle Consuetudines feudorum e il ms. 1004 dell'Arch. di Stato di Roma », *St. e mem. per la storia dell'Univ. di Bologna*, 1938, n° 14, pp. 61-103.

11. Sur ce procès voir Ennio CORTESE, *Il rinascimento giuridico medievale*, 2^e éd. révisée, Rome, Bulzoni, 1996, pp. 50-52.

Pour y répondre, Pillius posa le problème de la qualification juridique de l'acte, et fit référence à deux passages du Code Justinien. Dans C. 4.51.7 il est dit que la défense de vendre s'accompagne d'une interdiction d'aliéner la chose, par exemple, sa constitution comme hypothèque ou mise en gage. Sous le *genus* aliénation sont alors comprises une série de situations juridiques, pas seulement la vente. Qu'est-ce qui unifie ces situations diverses ? Un passage du Code en offre une définition générale : « *Est autem alienatio omnis actus per quem dominium transfertur* » (C. 5.23.1). Donc l'*investitura* était un acte par lequel on transférait un *dominium* : le vassal obtenait un *dominium utile*, tandis que le seigneur gardait le *dominium directum*¹². C'est pour cela, ajoutait-il, que lorsqu'un vassal avait été légitimement saisi de son fief par l'*investitura*, il pouvait défendre son droit par une action de revendication (*rei vindicatio utilis*), tandis que la revendication *directa* restait la prérogative de son seigneur, titulaire du *dominium directum*.

On voit là une construction fort savante, qui mobilisait en même temps un texte coutumier et des sources de droit romain pour parvenir à une rationalisation des relations féodales encadrées dans les règles du droit savant.

3. Le contexte historique des innovations dogmatiques

Lorsque Pillius formule cette théorie, il était désormais professeur à Modène, la ville qui a voulu l'arracher à la proche Bologne en lui payant un meilleur salaire et, comme il nous en informe, en lui offrant son aide pour payer les dettes que le jeune savant y avait amassées. De surcroît, comme les professeurs de Bologne étaient tenus de prêter serment de ne pas enseigner ailleurs pendant trois ans, son salaire lui fut payé pendant deux ans sans qu'il ne puisse vraiment se consacrer à cette activité.

Or, Modène était une ville en plein et rapide développement. Au cours des années 1170 et durant la lutte des communes contre Frédéric Barberousse, elle avait renforcé ses relations avec le parti anti-impérial : des traités de paix avec

12. ROTA, *L'apparato*, cit., p. 105 : « alienatione omnis actus continetur, per quem dominium transfertur, ut C. de fundo do. l. 1 (C. 5.23.1). Respondeo : falsum est, immo dominium alienat, scilicet utile, retinet tamen directum, unde utilis et non directa vindicatio datur ».

d'autres communes envisageaient une assistance militaire mutuelle ; d'autres, avec des petites communautés proches, établissaient sa prééminence croissante sur les territoires environnants.

Le registre des privilèges¹³ de la commune rassemble les actes les plus importants produits par le gouvernement de la ville, et témoigne surtout de cette activité diplomatique. Dans ce recueil, parmi des actes d'assujettissement des *hominibus* des campagnes, des traités avec des villes grandes et petites, il n'y avait qu'un seul document qui concernait les droits des citoyens de Modène sur leurs propres biens. Un acte que la commune considérait comme une véritable base de la vie économique de la communauté. Ludovico Antonio Muratori, qui le publia pour la première fois en 1740, nous informe que cette loi était encore en vigueur à Modène à son époque¹⁴.

Daté de 1182, ce document témoigne d'un accord conclu entre le gouvernement de la ville et les hautes autorités ecclésiastiques, portant sur le régime à appliquer aux biens des établissements ecclésiastiques détenus en concession par les citoyens de la ville. Cet accord fut établi à la suite d'un arbitrage accepté par les parties afin de clore une querelle qui les avait opposés. L'évêque, les chanoines de l'église majeure, l'abbé du monastère de saint Pierre et l'abbesse du monastère de Sant-Eufemia avaient porté plainte contre la Commune de Modène à cause d'une nouvelle « loi municipale » qui leur portait préjudice. Cette loi statutaire ne concernait pas seulement les terres de leurs établissements, mais aussi celles d'autres propriétaires de la ville¹⁵.

13. *Registrum privilegiorum Comunis Mutinae*, ed. L. Simeoni e E.P. Vicini, Reggio Emilia, Deputazione di storia patria per le antiche Provincie modenesi, 1940.

14. Ludovico Antonio MURATORI, *Antiquitates Italicae Medii Aevi*, vol. III, diss. 36 (*de emphyteusibus, precariis et laicorum decimis*), coll. 149-156. En introduisant sa transcription, le célèbre abbé, historien et juriste, se montre parfaitement conscient de la valeur juridique du document, en utilisant la distinction entre *dominium directum* et *dominium utile* : « Saepe lites efferebant inter episcopos et clerum mutinensem ac cives, emphyteuseon caussa, contententibus iis hos aut ob pensionem non solutam aut ob mortem alicuius, aut alias ob caussas, excidisse a iure suo ac fundos directis dominis esse restituendos. Contra nitebantur vices. Quare post diuturnam certamen ad istam concordiam devenutum est, quae adhuc in civitate nostra viget » (col. 150).

15. *Registrum*, cit., p. 78 : « Cum lis et controversia esset inter comune et populum Mutine ex una parte et dominum Ardicionem episcopum et dominum Bonifacium prepositum et canonicos ecclesie maioris pro ecclesia, et dominum Michaellem abbatem sancti

Le texte de la nouvelle loi contestée est entièrement retranscrit dans le document. On y trouve des prescriptions très minutieuses concernant les droits des possesseurs de maisons et de terres dans le périmètre de la ville et de ses environs : ils pouvaient, en premier lieu, les aliéner librement, pourvu que le loyer à payer au propriétaire soit préservé¹⁶. Si la concession avait été faite à titre de fief, elle aurait été transmissible seulement aux héritiers mâles, mais grâce à cette loi, les femmes pouvaient également hériter en l'absence d'héritiers mâles. Les subconcessions féodales étant – bien entendu – possibles, pourvu que le vassal reconnaisse les droits du propriétaire originaire¹⁷. Dans ce cas, si le premier vassal mourait sans héritiers, le seigneur ne pouvait pas récupérer sa terre, qui restait concédée au sous-vassal pour la même rente¹⁸.

Ces prescriptions sur les biens détenus à titre de fief concernaient un grand nombre de terres et de maisons de la ville¹⁹. Il en restaient d'ailleurs qui demeuraient concédées sous la forme *precharia*, concession la plus utilisée depuis des siècles par les établissements ecclésiastiques. Le fils de l'auteur de la principale partie des *Libri Feudorum*, Anselmus (ou Anselminus) de Orto, en traite dans un ouvrage plutôt près des pratiques²⁰. Il nous informe que les églises concédaient très souvent leurs terres «*precario*», c'est-à-dire contre le paiement d'un loyer. Les contrats étaient rédigés par écrit et ne valaient pas pour plus de trois générations ;

Petri, et dominam Mariam abbatissam sancte Euphomie pro ecclesiis suis ex alia de lege municipali et ordinamento civitatis et populi quam constituerant tam in terris predictarum ecclesiarum quam aliorum hominum ».

16. *Ibidem*: « qui habent vel habebunt domos vel casamenta in civitate Mutine vel extra infra hos fines... possint ea, salva domini pensione, quomodocumque voluerint dare ».

17. *Ibidem*: « et ut qui habent vel habebunt domos vel casamenta in civitate vel extra infra predictos fines per feudum, succedat filia femina si masculus desierit in predicto feodo, et possint ea quomodocumque voluerint alii concedere, dum tamen non per proprium ».

18. *Ibidem* : « Et si ille qui concessit domum vel casamentum quod habebat per feudum sine filiis decesserit, dominus non possit auferre predictum feudum, set recipiat quod vasallus erat solitus recipere » .

19. Roland RÖLKER, *Nobiltà e comune a Modena. Potere e amministrazione nei secoli XII e XIII*, Modena, Aedes Muratoriana, 1997 (tr. it. mise à jour de l'éd. allemande de 1994), p. 3 et p. 27.

20. Anselminus de Orto, *Super contractibus emphyteosis et precarii et libelli atque investiture*, ed. R. Jacobi, Weimar 1854. Sur Anselmus voir désormais l'entrée *Anselmo dell'Orto*, par Ennio CORTESE, dans *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., pp. 77-78.

ils pouvaient être renouvelés par un accord entre les parties²¹. La succession des concessionnaires étant parfois limitée aux hommes, mais s'étendant parfois aux femmes²².

Le statut modénais de 1182 réglementait la matière avec la même faveur pour les concessionnaires que pour le cas déjà mentionné des fiefs. L'espace de choix du concédant y est encore plus restreint : lorsque la concession en *precharia* se termine, elle sera renouvelée automatiquement pour un prix établi par la loi²³. Mais dans le cas où le contrat prévoyait une limitation de la succession aux mâles – comme le signale Anselme – c'était la loi de la ville qui en changeait impérativement la disposition : contre le vouloir du concédant exprimé dans le contrat, il était toutefois prévu que les femmes, en l'absence d'un hériter masculin²⁴, puissent, elles aussi, succéder.

Cet élargissement des pouvoirs des titulaires d'un titre de jouissance issu d'une concession est également confirmé pour les biens détenus en *livellus*, autre contrat largement utilisé pour la concession des biens des églises. Il est alors naturel de le trouver lui aussi étudié par Anselminus dans son petit traité, à la suite de la *precharia*. Ce contrat dont la durée devait être limitée à 29 ans pouvait déjà prévoir en ses termes le renouvellement de la concession²⁵. En outre, l'acte de 1182 applique aux *livelli* les prescriptions déjà établies pour les fiefs et les *prechariae*. Pour les trois types de concessions, il ajoute qu'en cas de rente impayée, le concessionnaire ne perdra pas son droit, mais sera obligé de payer le double ainsi que les frais engagés par le propriétaire pour

21. Anselminus, *op. cit.*, pp. 15-16 : « Plerumque enim ecclesiae, quia non possunt dominium suarum rerum in alios transferre, certa pensione constituta solent aliis precario concedere: antiquitus enim precibus tantum dabantur, hodie vero pretio sine damno ecclesiae, in scriptis conceduntur, ita ut non transgrediantur tertiam generationem. Sed tamen ex pacto possunt renovari ».

22. *Ibidem* : « Quomodo in hoc contractu succedatur videndum est. Plerumque enim ecclesiae solent hoc precarium concedere ita ut masculi tantum succedant, quandoque ut masculi et feminae. Prius tamen masculi quam feminis defertur, et ideo quandoque masculi tantum succedunt, quandoque masculi et feminae ».

23. *Registrum*, *cit.*, p. 78 : « Item ordinaverunt cives Mutine ut finita precharia dominus cogatur eam renovare pro decem sol. unumquemque iugerum infra predictos fines; extra vero illos fines cogatur dominus renovare bubulcam pro duobus sol. ».

24. *Ivi*, p. 79 : « Item ordinaverunt in prechariis quod si precharius decedat sine illis heredibus qui debent succedere per pactum precharie, tunc femine ex eo descendentes succedant sicut masculi deberent succedere predicto modo renovandi eis servato ».

25. Anselmus, *op. cit.*, 16-17.

obtenir le paiement²⁶. De même, le propriétaire qui aurait retardé la rénovation d'une concession se verrait dénoncé par le gouvernement de la ville : après la troisième dénonciation sans réponse ; la concession se renouvelerait automatiquement²⁷.

Cette transcription de la norme municipale fait partie d'un document qui témoigne de l'accord conclu entre les seigneurs ecclésiastiques et la ville à la suite d'un arbitrage. Les arbitres établirent donc que la nouvelle loi demeurerait en vigueur, mais reconnurent aussi une compensation pour les églises. Il est donc évident que le nouveau régime (que Muratori affirmait être encore en vigueur dans la Modène de son époque²⁸) réduisait l'ampleur du droit des propriétaires. Un droit qui aurait été défini par Pillius, comme un *dominum directum*.

Il s'agit donc là de normes qui permirent une nette amélioration de la condition matérielle des citoyens laïques de Modène. Les droits réels sur les biens dont ils jouissaient grâce aux concessions obtenus des grands propriétaires ecclésiastiques en sortaient sécurisés ; la marge de manœuvre des seigneurs, elle, s'avérait considérablement réduite.

4. La règle juridique dans et hors de son contexte historique

La lecture analytique de cette norme statutaire de 1182 donne donc une image assez précise des forces sociales et économiques qui s'agitaient dans la ville de Modène pendant les années de croissance politique qui ont vu Pillius s'installer à Modène et y formuler sa théorie. Durant ces

26. *Registrum*, cit., p. 79 : « Et ut in omnibus suprascriptis capitulis non amittat quis ius suum eo quod aliquo tempore steterit quod non solverit pensionem, set teneatur eam duplare; et si dominus in petenda pensionem aliquas expensas fecerit sive in advocato proprio sive comuni vel iudici, ille qui debuit eam solvere omnes illa expensas resarciet quas predictus dominus occasione pensionis sine fraude suo iuramento monstraverit se fecisse ».

27. *Ibidem* : « et si predicti domini tam clerici quam laici predictas precharias et libellos renovare distulerint ut suprascriptorum est postquam requisiti fuerint a prechario vel libellario vel eorum nuntio et trina denuntiatione facta per rectorem civitatis vel eius nuntium, perinde habeatur ac si precharia vel libellus renovatus fuisset, nec interim donec renovet teneatur pensionem prestare, ita tamen ut quandocumque voluerit ei renovare cogatur precharius vel libellarius solvere predictam in renovatione cautelam, scilicet octo sol. vel decem pro iugero, ut suprascriptum est ».

28. Voir *supra*, note 14.

années, les terres de l'Italie communale furent de plus en plus mobilisées : elles sont mieux exploitées et forment l'objet d'un nombre croissant de contrats d'achat-vente²⁹.

L'analyse du texte nous a en effet montré que ce tournant de l'histoire des idées juridiques fut concourant de changements majeurs introduits par voie de législation par des pouvoirs séculiers grandissants. Les « bourgeois » de la ville, titulaires de ces pouvoirs, firent pression pour une stabilisation de leurs droits sur des terres qu'ils possédaient sous forme de concession.

C'est exactement sur ce point que Pillius insistait : le droit que les concessionnaires à titre de fief, de *precharia* ou de *livellus* exerçaient, pouvaient s'encadrer en droit comme une forme de propriété, un *dominium*. Son opération audacieuse se comprend beaucoup mieux en le rapprochant du procès d'approbation du nouveau statut de la ville où il travaillait, qui engagea toute sa puissance diplomatique et politique pour changer radicalement les rapports de force entre les grands établissements ecclésiastiques et la plâtée des familles « bourgeoises » qui constituaient la commune de Modène.

La théorie du domaine divisé n'est donc pas une « prise de conscience » juridique de l'ancien équilibre typique du Moyen Âge. Encore moins le juriste se limite à « habiller » d'une validité tirée du vocabulaire romain une réalité que les historiens du droit ont qualifiée autrefois de « germanique » et aujourd'hui de coutumière, imposée par le fait ou par la mentalité. Au contraire, l'opération dogmatique de Pillius fait partie d'une contingence historique qui parvient à une innovation juridique, réalisée à la fois par la voie législative et par la doctrine.

D'un côté, c'est le statut qui modifia radicalement la nature des concessions traditionnelles. De l'autre côté, c'est la doctrine qui transforme le cadre général de référence.

La « loi municipale » (pour reprendre la définition de notre texte) sera qualifiée de « coutume » un an plus tard, dans la paix de Constance. Elle n'a toutefois rien à voir avec l'expression législative d'une ancienne institution cou-

29. Paolo CAMMAROSANO, « La situazione economica del Regno d'Italia all'epoca di Federico Barbarossa », *Bullettino dell'Istituto Storico Italiano per il Medio Evo*, 1990, n° 96, pp. 157-173, p. 160.

tumière établie par le fait et le temps³⁰. Bien au contraire, le statut bouleversa complètement les rapports juridiques traditionnels, en réalisant une véritable expropriation des droits « seigneuriaux » au profit des vassaux et des autres concessionnaires.

En ce sens novateur les « coutumes » des villes italiennes étaient interprétées par l'ancienne historiographie libérale, qui voyait dans l'expérience des communes du Moyen Âge tardif une première révolution des bourgeois contre la noblesse³¹. Loin de représenter une tradition locale ancienne, leurs statuts proposaient des changements majeurs dans les équilibres sociaux : la loi luttait donc contre la servitude de la glèbe, contre les privilèges de la noblesse et du clergé, et instaurait une répartition foncière visant à établir des droits individuels des citoyens.

C'est comme cela que l'éditeur de 1864 des coutumes modénaises voyait les règles statutaires de 1327 qui confirmaient un statut daté de 1221 qui, à son tour, répétait en substance les mêmes prescriptions que nous avons vu énoncer dans le document de 1182³².

Aussi l'interprétation doctrinale du domaine divisé, qui a suscité tant d'études de la part des historiens du droit, constitue plus une rupture des équilibres qu'une réelle « prise de conscience » des structures enracinées dans la mentalité médiévale. Pillius, le professeur de droit romain payé par la Commune de la ville, inventa le *dominium utile* pour formaliser en une théorie juridique audacieuse et très

30. Cette fonction réformatrice de la coutume médiévale a été souligné déjà par André GOURON, « La coutume en France au Moyen Age », *Recueils de la société Jean Bodin*, n° 52, *La coutume*, Bruxelles, 1990, pp. 193–217, désormais dans André GOURON, *Droit et coutume en France aux XIIe et XIIIe siècles*, Aldershot, Variorum, 1993, XXI : « L'apparent respect... vis-à-vis de l'ancienneté des usages ne doit pas tromper : il s'agit bel et bien d'un nouveau droit, dont on chercherait en vain de lointains précédents » (p. 201).

31. Par exemple Edgar QUINET, *Les Révolutions d'Italie*, Paris, Chamerot, 1848, p. 50 et passim. Pour quelques observations cfr. aussi Emanuele CONTE, *Res publica. Il modello antico, la politica e il diritto nel XII secolo*, in Vincenzo COLLI, Emanuele CONTE (dir.), *Iuris Historia. Liber amicorum Gero Dolezalek*, Berkeley, Robbins Collection, 2008, pp. 193-212, pp. 194-195.

32. *Statuta civitatis Mutine* (anno 1327 reformata), éd. Cesare CAMPORI, Parma 1864 (Mon. di storia patria delle provincie modenese, serie degli statuti, t. 1). Le chapitre de 1221 se trouve à pp. 332-337 (rubr. LX du livre III). Des observations dans un ton plutôt libéral à pp. CXIV-CXV de l'introduction de Campori.

réussie ce que les concessionnaires avaient obtenu par voie de législation.

Si l'historiographie juridique n'a jamais proposé cette interprétation, fort historique, de la naissance de la théorie du domaine divisé, c'est à cause du manque d'attention des historiens du droit pour la documentation de la pratique.

Le document de 1182 ne constitue pas, à cet égard, une trouvaille récente. Il est publié depuis plus de 250 ans dans le principal recueil de sources médiévales italiennes, les *Antiquitates* de Muratori, et a également été édité en 1940 avec le registre qui le contient³³. Il a été mentionné dans plusieurs histoires de Modène, depuis Tiraboschi en 1793³⁴, et jusqu'à l'ouvrage récent de Rölker³⁵. Il s'agit donc d'un document bien connu. Et pourtant, les recherches des historiens du droit n'ont jamais considéré l'ancienne loi modénaise comme une source à évaluer.

Encore influencés par une sorte d'évolutionnisme intellectuel largement dépassé, les historiens du droit n'ont pas l'habitude de s'intéresser au contexte historique dans lequel les innovations dogmatiques se réalisent. Ils préfèrent se concentrer sur les ouvrages des juristes, où ils cherchent les témoignages d'un « progrès » des doctrines qui devrait transparaître à l'intérieur même de la littérature. C'est, au fond, l'ancienne tradition de l'« histoire interne du droit »³⁶ qui continue de conditionner ces études.

Cela dit, il faut souligner que la contingence historique n'est certainement pas la seule dimension de l'histoire juridique. Les créations doctrinales se produisent, évidemment, à la suite d'une situation particulière, pour répondre aux besoins des sociétés, fort identifiables historiquement, où les juristes opèrent. Et pourtant, les concepts dogmatiques sont des objets intellectuels capables de se détacher de la contingence historique dans laquelle ils ont été créés, pour servir des exigences de toute autre nature, dans des

33. *Registrum privilegiorum*, cit., 78-83

34. Girolamo TIRABOSCHI, *Memorie storiche modenesi...*, Modena, Società tipografica, 1793, pp. 199-200.

35. *Nobiltà e comune*, cit., 182.

36. Emanuele CONTE, « Storia interna e storia esterna. Il diritto medievale da Francesco Calasso alla fine del XX secolo », *Rivista Internazionale di Diritto Comune*, 2006, n° 17, pp. 299-322.

contextes fort éloignés de celui qui les avait générés. Le cas de notre *dominium utile* en compte sans doute parmi les exemples plus évidents, car, comme on l'a vu, il a été très largement repris par la doctrine du *ius commune*.

Sur le sujet du fief, entendu comme institution juridique, il faut signaler, l'ancienne tendance à considérer les constructions doctrinales comme le reflet d'une tradition juridique coutumière, voir « germanique », bien enracinée dans l'histoire des peuples européens, a influencé la lecture historique traditionnelle. Lorsque Reynolds³⁷ souligne la grande variabilité des relations féodales dont témoigne la documentation, et la difficulté de les comprendre sous la dénomination légale de « fief », c'est l'influence unificatrice des qualifications juridiques qu'elle remet en question. L'attention aux faits, propre au regard de l'historienne, refuse de se soumettre aux généralisations juridiques. Chaque document parle pour lui, car toutes les généralisations des mots techniques employés par la pratique composeraient une superstructure imposée par un constructivisme juridique étranger à la recherche historique³⁸. L'histoire, dit Reynolds, ne peut se faire que dans la contingence.

Et d'ailleurs, le cas du *dominium utile* nous montre que l'invention doctrinaire, qui concerne exactement des définitions générales à appliquer dans des contextes différents, est elle-même un produit de l'histoire. Pillius n'aurait probablement jamais introduit une nouvelle définition de la propriété s'il n'avait opéré dans le contexte de temps et d'espace qui était le sien. De même, c'est sa capacité à répondre aux exigences concrètes de son temps qui fit la fortune de la nouvelle théorie.

La diffusion du vocabulaire savant, si rapide et efficace en matière féodale, devint indispensable au moment où des institutions ecclésiastiques, locales ou royales, adoptaient un procès rationnel, suivant un ordre établi qui se fondait précisément sur la qualification en droit du cas en question. Cette qualification, qui fondait le traitement juridique des cas en cours procédait forcément par la voie de la géné-

37. Susan REYNOLDS, *Fiefs and Vassals. The Medieval Evidence Reinterpreted*, Oxford, Oxford University Press, 1994.

38. Voir, entre autres, le compte-rendu de Frederic L. CHEYETTE dans *Speculum* 1996, n° 71, pp. 998-1006.

ralité : elle puisait dans les *regulae* établies par la doctrine juridique afin de les appliquer à des contingences fort éloignées du milieu et du contexte où la règle elle-même avait été créée³⁹.

Comme l'observait Dirk Heirbaut⁴⁰, le juriste pourrait aussi laisser aux spécialistes l'étude de la contingence historique transmise par les documents, pour se concentrer sur le droit savant. C'est une position quelque peu exagérée, car, comme nous l'avons vu, l'étude proprement historique du moment génétique d'une doctrine juridique peut nous aider à en comprendre le sens. Malgré tout, l'historicité du droit présente cet aspect particulier, qu'elle partage avec d'autres « histoires des savoirs » : les doctrines intellectuelles qui se forment dans un contexte historique particulier, pour répondre à des exigences historiquement déterminées, ne cessent pas d'exister une fois que les contingences qui les avaient engendrées se dissipent dans les changements du social. Au contraire, ce que la loi, la doctrine, l'usage pratique des juristes ont créé pour réagir à une réalité contingente dépasse ensuite la dimension de la contemporanéité pour demeurer dans le patrimoine des outils qui peuvent servir au travail des intellectuels des contextes historiques aussi lointain qu'étranger de leur première naissance.

Voilà donc comment la définition du droit du concessionnaire comme *dominus utilis*, inventée à Modène pour des raisons que nous avons pu comprendre grâce au document de 1182, était destinée à l'immense succès que l'on a restitué.

39. Voir Emanuele CONTE, « Ordo iudicii et regula iuris : Bulgarus et les origines de la culture juridique (XII^e siècle) », in Joël CHANDELIER, Aurélien ROBERT (dir.), *Frontières des savoirs en Italie à l'époque des premières universités (XII^e-XV^e s.)*, Rome, École Française de Rome, 2015, pp. 155-176.

40. Cit. note 3.

Il est généralement admis que seules les personnes – des êtres humains ou groupements d'êtres humains – sont titulaires de droits. En droit français, on tient pour élémentaire cette affirmation : seuls les humains (les personnes physiques) ou les groupements d'humains (les personnes morales) ont des droits. Inversement, les non-humains (les minéraux, végétaux ou animaux), eux, n'ont pas de droits. Ils sont, à l'opposé, ce sur quoi portent les droits : des choses-objets de droit. C'est ainsi que l'on assimile couramment les personnes aux sujets de droits, les choses aux objets de droit. Tandis que les personnes – humains ou groupements d'humains – sont assimilées aux sujets de droit, les choses – en particulier, les ressources dites naturelles – sont assimilées aux objets de droit.

Dans cette perspective, il n'est d'autre solution pour attribuer quelques droits aux êtres minéraux, végétaux ou animaux que de leur accorder la personnalité juridique, soit de leur attribuer la qualité de sujet de droit. Autrement dit : parce que l'on tient pour équivalentes les notions de

* Maîtresse de conférences à l'Université Côte d'Azur. E-mail : sarahvanuxem@msn.com

personnalité juridique et de sujet de droit, il n'est d'autre issue, pour reconnaître des droits aux choses de la nature, que de les faire entrer dans la catégorie des personnes, que de transférer les animaux, végétaux et minéraux de la catégorie des choses à celle des personnes. C'est pourquoi nous assistons aujourd'hui à un mouvement de personnification de la nature et de ses éléments : après la constitution équatorienne de 2008, laquelle a conféré la qualité de sujet de droit à la Terre-mère ou Pachamama, la loi bolivienne des droits de la terre-mère de 2010 a également attribué à celle-ci la personnalité juridique. Récemment, aux États-Unis, le lac Erié s'est pareillement vu reconnaître le droit d'exister, de prospérer et d'évoluer naturellement. En France aussi, le code de l'environnement de la Province des îles Loyauté de Nouvelle-Calédonie prévoit que les « éléments de la Nature » participant de l'identité kanake « pourront se voir reconnaître une personnalité juridique »¹.

Du point de vue écologique, la personnification de la nature et de ses éléments apparaît salutaire. Et l'on ne peut que se réjouir que cette solution – imaginée par M.-A. Hermitte dès 1988 – fasse florès². Pour autant, cela n'interdit pas d'en faire la critique et de pointer ses éventuelles insuffisances, non pas pour revenir sur ces avancées³, ni même pour endiguer le flot des choses personnifiées, mais pour essayer de parfaire la proposition et tenter d'aller plus loin dans l'édification d'un droit non occidental moderne – que M.-A. Hermitte qualifierait probablement d'animiste⁴. Au titre des limites au mouvement de personnification de la nature et de ses éléments, on peut, dès lors, relever que celui-ci n'est autre qu'un mouvement de représentation : personnifier la nature revient à lui accorder un ou des porte-paroles.

1. Article L. 110-3 du Code de l'environnement de la province des Iles Loyauté de Nouvelle-Calédonie.

2. Bernard EDELMAN, Marie-Angèle HERMITTE, *L'homme, la nature et le droit*, Paris, Christian Bourgeois, 1988 ; Marie-Angèle HERMITTE, « La nature, sujet de droit ? », *Annales*, 2011, vol. 66, n° 1.,

3. Ce qui pourrait être analysé en une atteinte au principe de non-régression du droit de l'environnement.

4. Marie-Angèle HERMITTE, « Artificialisation de la nature et droit(s) du vivant », in Philippe DESCOLA (dir.), *Les natures en question*, Paris, Odile Jacob, 2018. Voir aussi Marie-Angèle HERMITTE, *L'emprise des droits intellectuels sur le monde vivant*, Paris, éd. Quae, 2016, p. 53.

Le mot personne est alors entendu au sens moderne du Léviathan de Thomas Hobbes : la personne est ce au nom de quoi une autre personne parle ou qui parle en son nom ou au nom d'une autre personne⁵. Personnifiés, la nature et ses éléments ne seraient jamais que d'éternels mineurs non émancipés ou des majeurs vulnérables au nom desquels leurs représentants, par exemple un tuteur, seraient autorisés à parler. C'est ainsi que la Constitution équatorienne reconnaît la possibilité « à toute personne physique ou morale, collectivité ou groupe humain d'exercer » des actions en justice pour obtenir des mesures afin de faire cesser les atteintes portées à la terre-mère ou Pachamama⁶. De même, le Code civil français prévoit, la possibilité, pour toute personne ayant qualité et intérêt à agir, d'exercer une action en réparation du « préjudice écologique » lequel consiste « en une atteinte non négligeable aux éléments ou aux fonctions des écosystèmes »⁷. Nous voici donc autorisés à parler au nom de la nature ou de ses éléments endommagés, y compris sur le territoire métropolitain. Une technique occidentale moderne⁸, la personnification de la nature présente, encore, ce défaut – pour qui voudrait édifier un droit a-moderne, et échapper à l'individualisme possessif – de dissimuler la multiplicité des éléments chapeautés par l'unité de la personne. La personnalité masque le collectif ; elle le réduit, le ramène à un individu.

D'où cette question : pour reconnaître des droits aux animaux, végétaux ou minéraux, ne serait-il pas possible de procéder autrement que par la voie de la personnification ? Ne pourrions-nous attribuer d'emblée des droits aux choses de la nature ? Du point de vue juridique, serait-ce là une solution parfaitement incongrue, une voie totalement hétérodoxe ? En vérité, le droit civil renferme un droit des choses et, notamment, un droit des relations entre les choses mêmes. Il s'agit des servitudes dont l'article 637 du

5. Thomas HOBBS, *Léviathan*, 1651, introduction, traduction et notes de François TRI-CAUD, Paris, Dalloz, 1999, voir le chapitre XVI intitulé « Des personnes, des auteurs et des êtres personnifiés », p. 161-169.

6. Article 397 de la Constitution équatorienne.

7. Article 1246 du code de l'environnement.

8. En ce sens, voir les développements de Marie-Angèle HERMITTE consacrés à René DEMOGUE, notamment, in « La nature, sujet de droit ? », *loc. cit.*

code civil donne cette définition : « une servitude est une charge imposée sur un héritage pour l'usage et l'utilité d'un héritage appartenant à un autre propriétaire ». Elle est une obligation imposée à un fonds de terre de rendre un service à un autre fonds et, réciproquement, un droit accordé à celui-ci d'obtenir une prestation de celui-là. L'article 686 du code civil confirme l'existence de droits et obligations entre des choses, qui précise qu'il « est permis aux propriétaires d'établir sur leurs propriétés, ou en faveur de leurs propriétés, telles servitudes que bon leur semble, pourvu néanmoins que les services établis ne soient imposés ni à la personne, ni en faveur de la personne, mais *seulement à un fonds et pour un fonds* »⁹. La disposition atteste aussi de la liberté de création de servitudes dont nous bénéficions, soit de la possibilité que nous offre le code civil d'attribuer des droits aux choses de la nature ou, tout au moins, aux fonds de terre, sans passer par leur personnification.

L'objectif n'est cependant pas d'abandonner le mouvement de personnification de la nature. Il est de le rejoindre, et ce dans son versant le plus novateur, lequel n'est pas celui de la personnification d'une nature abstraite (telle la Pachamama sud-américaine), non plus celui de la personnification de certains non-humains (tels les chimpanzés dont les individus sont alors élevés de rang), mais celui de la personnification d'un écosystème ou d'un milieu de vie (tel le fleuve Wanganui). Dans le cas néozélandais, en effet, la personnification ne se réduit pas à conférer des porte-paroles au fleuve. Car la tribu maorie, habilitée à parler au nom de celui-ci, trouve son identité dans le fleuve, se pense comme étant le fleuve même, et s'exprime, donc, *in fine*, en son propre nom. En vérité, ce à quoi sont attribués des droits, c'est à un monde-fleuve accueillant humains et non-humains en son sein, et formé des multiples relations existantes entre ces entités¹⁰. De même, les servitudes tissent des relations entre les fonds de terre, soit entre les choses mêmes – ce sont les servitudes prédales ou réelles –, mais aussi entre les choses et les personnes – ce sont les servi-

9. C'est nous qui soulignons.

10. Ferhat TAYLAN, « La stratégie d'inséparabilité des collectifs humains et des milieux naturels. La loi "Te Awa Tupua" », in Christian LAVAL, Pierre SAUVETRE, Ferhat TAYLAN (dir.), *L'alternative du commun*, Paris, Hermann, 2019, p. 165-178.

tudes mixtes, aujourd'hui dénommées droits réels –, ou entre les personnes – ce sont les servitudes personnelles, désormais appelées droits personnels –. Au final, la multiplicité des servitudes et, partant, des liens de droit entre choses, entre choses et personnes, et entre personnes pourrait constituer un territoire habité ou milieu, à l'image du fleuve Wanganui. C'est là une solution qui, sur le territoire métropolitain, pourrait inspirer les habitants de Zones À Défendre ou À Désirer, lesquels affirment ne pas parler au nom de la forêt ou du bocage, menacé par quelque projet aéroportuaire ou urbanistique, mais s'exprimer en tant que bocage ou forêt¹¹.

Reste que la proposition selon laquelle les servitudes et, en particulier, les servitudes prédiales procèdent de la reconnaissance de droits aux choses pourrait ne pas être admise, de sorte qu'avant d'explorer cette voie (2), il nous faut faire le point sur la manière dont ces servitudes sont généralement comprises (1).

1. Le traditionnel refus d'une interprétation littérale des dispositions légales

Une incursion dans la littérature relative aux servitudes réelles ou services fonciers montre que la doctrine majoritaire n'admet pas l'existence de droits ainsi conférés à des fonds de terre : tandis que certains commentateurs se contentent de récuser l'idée que des choses puissent avoir des droits (a), certains s'escriment à résoudre ce qu'ils regardent comme un problème (b).

a) *Dénoncer les dispositions relatives aux servitudes*

a.1) *Une erreur commise par le législateur*

Repartons de la définition des servitudes fournie par le code civil : une « servitude est une charge imposée sur un héritage pour l'usage et l'utilité d'un héritage appartenant à un autre propriétaire », énonce l'article 637. Ainsi donc une servitude serait une charge imposée sur une chose, et non sur une personne, pour l'usage et l'utilité d'une autre chose, non d'une personne. Relatif aux servitudes établies par le fait de l'homme ou servitudes conventionnelles, l'ar-

11. Voir l'interview donné par Philippe DESCOLA à *Libération*, le 30 janvier 2019.

article 686 en apporte la confirmation, qui accorde aux propriétaires la permission « d'établir sur leurs propriétés, ou en faveur de leurs propriétés, telles servitudes que bon leur semble, pourvu néanmoins que les services établis ne soient imposés ni à la personne, ni en faveur de la personne, mais seulement à un fonds et pour un fonds ». L'insistance des rédacteurs du code civil – une servitude relie des choses, non des personnes – n'aura pas échappé à ses commentateurs. Ainsi Demolombe enseigne que les servitudes réelles supposent l'existence d'une relation entre deux fonds considérés « pour eux-mêmes, *per se*, d'une manière directe et principale, indépendamment de la personne des propriétaires »¹².

Néanmoins, les auteurs conçoivent mal, en général, qu'un fonds puisse être obligé de rendre service à un autre fonds lequel tirerait bénéfice dudit service. Aussi Marty et Raynaud précisent-ils que ce sont les personnes des propriétaires fonciers qui, en vérité, profitent des avantages, non les fonds¹³. Dans leur traité, Planiol, Ripert et Picard font expressément état d'une difficulté : « beaucoup d'auteurs » se contentent de la formule selon laquelle « le service doit profiter au fonds et non à la personne, sans s'apercevoir que les droits ne profitent jamais qu'aux personnes et non aux choses ». Sûrs de leur fait, les auteurs affirment que l'opposition « entre le service qui profite au fonds et celui qui profite à la personne a quelque chose d'*inintelligible* »¹⁴. La majorité de la doctrine contemporaine se montre encore plus véhémement : après avoir relevé que le service « ne doit pas être établi en faveur de la personne, mais pour un fonds », les professeurs Mazeaud affirment simplement, comme s'il n'était nul besoin de démonstration, que « l'expression est évidemment *inexacte* »¹⁵. Non moins péremptoire, Christian Larroumet énonce que « c'est s'illusionner que de voir dans la servitude un rapport entre les fonds

12. Charles DEMOLOMBE, *Traité des servitudes ou services fonciers*, 4^{ème} éd., Paris, éd. Lahure, tome 11, 1867, §. 678-679.

13. Gabriel MARTY, Pierre RAYNAUD, 2^{ème} éd., *Droit civil. Les biens*, Paris, Sirey, 1980, p. 191.

14. Marcel PLANIOL, Georges RIPERT, Maurice PICARD, *Traité pratique de droit civil français. Les biens*, tome 3, Paris, LGDJ, 1952, p. 921, § 944-945. C'est nous qui soulignons.

15. Henri, Léon et Jean MAZEAUD, François CHABAS, *Biens. Droit de propriété et ses démembrements*, 5^{ème} éd., Paris, Montchrestien, 1994, n° 1711, p. 430. C'est nous qui soulignons.

[...]. Sans doute, la servitude suppose-t-elle un fonds dominant et un fonds servant, mais elle n'est pas due par le fonds lui-même ». Et l'auteur de conclure : « il est *absurde* d'envisager un immeuble – débiteur »¹⁶.

Plusieurs articles du code civil laissent, pourtant, à entendre que des fonds débiteurs, ceux que l'on nomme les fonds servants, sont tenus d'exécuter des prestations de service au profit de fonds créanciers, appelés fonds dominants, lesquels auraient la propriété de droits de créance contre les premiers. Par exemple, l'article 699 dudit code vise le « fonds auquel la servitude est due » ; l'article 701 traite du « fonds débiteur de la servitude », et plusieurs autres articles font état du « fonds assujetti ». Mais une interprétation littérale des textes paraît ô combien difficile : s'ils commencent par énoncer que « la règle exigeant que le service profite au fonds et non à la personne est, à première vue, un peu obscure » puisqu'une « chose, telle qu'un fonds, ne peut être créancière », Malaurie et Aynès indiquent, ensuite, qu'il « est *incorrect* de dire qu'une dette est imposée à la chose » et qu'il est même « encore plus *incorrect* de dire que le fonds dominant est créancier ». Car « les droits profitent aux personnes, non aux choses »¹⁷. Où l'on voit que le refus de penser l'attribution de créances et de dettes, soit de droits et d'obligations à des choses, s'arrime directement à la *summa divisio* des personnes et des choses, comprise comme une opposition des sujets de droit (humains ou groupes d'humains) et des objets de droit (les non-humains, y compris les fonds de terre). C'est parce que cette division apparaît intangible à leurs yeux que ces auteurs n'hésitent pas à qualifier les dispositions légales relatives aux servitudes d'inintelligibles, d'inexactes, d'absurdes ou d'incorrectes.

a.2) *Une manière anthropomorphiste de s'exprimer*

Les commentateurs du code civil ne peuvent toutefois pas laisser à penser que ses rédacteurs seraient des imbéciles, et il leur faut trouver une explication. Aussi, arguent-ils d'un effet de style : « lorsque qu'on dit qu'un terrain est

16. Christian LARROUMET, *Les biens. Droits réels principaux*, Paris, Economica, 2006, § 808. C'est nous qui soulignons.

17. Philippe MALAURIE, Laurent AYNÈS, *Droit des biens*, 7^{ème} éd, Paris, LGDJ, 2017, § 1109-1112. C'est nous qui soulignons.

grevé d'une servitude de passage, ce n'est qu'une *façon de parler*, expliquent les uns ; en réalité, on veut dire par là que le propriétaire du terrain est tenu de laisser passer »¹⁸. Sans doute, est-il faux de dire qu'une chose est titulaire de droits, mais l'expression est employée car « elle fait *image* », écrivent d'autres¹⁹. Ce n'est que « par *métaphore* que l'on peut qualifier le fonds servant d'immeuble débiteur et le fonds dominant d'immeuble créancier », confirme un troisième²⁰. Toujours dans la même veine, un dernier observe que le code use d'une « *commodité de langage* » et procède à une « mise en scène » lorsqu'il dispose qu'un fonds de terre doit une servitude à un autre « fonds à qui elle est due »²¹. Une façon de parler ou commodité de langage, une image ou métaphore, il n'y a guère de doute : le code civil ne peut pas vouloir dire ce qu'il dit. Une fiction nous conduirait à faire comme si une entité non-humaine, un fonds de terre était obligé de rendre service à une autre entité non-humaine quand, en réalité, il n'en serait rien.

L'idiotie manifeste du législateur expliquée, il leur faut dire plus précisément ce que ces dispositions ont de si aberrant et ridicule. C'est que nous renouerions par là avec cette tendance naïve, sinon primitive, « à attribuer des formes ou des caractères humains à des divinités, des forces de la nature, des animaux, des plantes »²², et pêcherions, alors, par anthropomorphisme. Des auteurs énoncent, en effet, explicitement que l'attache d'un « surcroît de prérogative » au fonds dominant « se traduit par une terminologie *anthropomorphique*, que l'on trouve jusque dans les articles » 701, 702 et 705 du code civil, lesquels traitent des fonds

18. *Ibid.* C'est nous qui soulignons.

19. MAZEAUD, CHABAS, *op. cit.*, n° 1711, p. 430. C'est nous qui soulignons.

20. LARROUMET, *op. cit.*, § 790. C'est nous qui soulignons.

21. GÉRARD CORNU, *Droit civil. Les biens*, 13^{ème} éd., Paris, Montchrestien, 2007, § 90 p. 222. C'est nous qui soulignons. Notons que si G. Cornu ne s'attarde pas sur ce point, c'est simplement que le débat lui paraît « théorique ». Or, en nous ramenant aux fonds de terre et, partant, à des questions territoriales, locales, le droit des servitudes pourrait revêtir un nouvel intérêt pratique, ce dont attesteraient la récente création de l'obligation réelle environnementale, au départ pensée telle une servitude environnementale, et l'admission prétorienne des droits réels de jouissance spéciale (Cass. 3^{ème} civ., 31 octobre 2012, n° 11-16304), confirmant l'absence de *numerus clausus* des droits réels, jadis nommés « servitudes personnelles ».

22. Selon la définition de l'anthropomorphisme donnée par le *Dictionnaire de l'Académie française*.

servant ou dominant comme des débiteurs ou créanciers de la servitude²³. L'un d'entre eux s'exprime même avec une certaine condescendance à l'endroit des rédacteurs du code qui, « sans doute victimes d'un *anthropomorphisme* excessif », ont pu « qualifier un fonds de débiteur de la servitude ». Convaincu d'avoir la Raison pour lui, le professeur ajoute que « ces dispositions ne veulent évidemment pas dire qu'un lien de droit serait envisageable entre ces deux immeubles, mais uniquement que la servitude doit bénéficier au fonds, et non à son propriétaire »²⁴. Il n'empêche que pour tenir leur position, ces juristes n'ont d'autre choix que de se livrer à des acrobaties.

b) *Trois manières d'arraisonner le droit des choses*

b.1) *Substituer les propriétaires fonciers aux fonds comme termes de la relation*

Parce qu'il se représente les fonds de terre tels des corps immobilisés, incapables de rendre un service, sinon passivement, au bénéfice d'un autre fonds, parce qu'il ne saurait imaginer qu'une chose puisse être comprise autrement que comme un substrat corporel privé d'esprit²⁵, un premier auteur en tire cette conclusion que les servitudes ne peuvent être dues « que par le propriétaire du fonds servant au propriétaire du fonds dominant », et qu'en définitive, le rapport entre les fonds n'est « rien d'autre qu'un rapport de droit entre les propriétaires de ces fonds »²⁶. Contre la lettre de la loi, Christian Larroumet se trouve donc contraint de poser qu'une servitude constitue une relation entre humains propriétaires fonciers. À telle enseigne qu'une servitude ne devrait pas être qualifiée de charge, mais d'obligation réelle ou *propter rem*, c'est-à-dire d'un rap-

23. François TERRÉ, Philippe SIMLER, *Les biens*, 10^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2018, § 870, note n°1. C'est nous qui soulignons.

24. Jean-Baptiste SEUBE, *Droit des biens*, 7^{ème} éd., Paris, LexisNexis, 2017, p. 106, §. 315. C'est nous qui soulignons.

25. À cet égard, relevons qu'outre l'anthropologie de la nature, ce sont la pédologie ou la science du sol, mais aussi l'éthologie et les travaux relatifs à l'intelligence animale, ainsi que la biologie et les récentes avancées relatives à l'intelligence végétale, qui invitent le juriste à se déprendre de cette habitude consistant à regarder les êtres non-humains et, en particulier, les sols comme des choses inanimées. Chacune de ces sciences atteste que les fonds de terre, loin de former des entités inertes, sont composés d'une multitude d'êtres vivants et non-vivants, que d'aucuns disent dotés d'une intentionnalité.

26. LARROUMET, *op. cit.*, § 790.

port entre deux personnes par lequel l'une s'oblige envers l'autre à raison d'une chose. Pour cet auteur, en effet, le rapport entre les fonds servant et dominant est « un rapport entre leurs propriétaires, dont l'un est créancier d'une obligation réelle, et l'autre débiteur », la servitude consistant en « une obligation réelle à laquelle peuvent être adjointes des obligations dites accessoires qui, en réalité, font partie du contenu même de la servitude »²⁷.

Il faut savoir que l'article 686 du code civil précité (qui permet aux propriétaires d'établir des servitudes pourvu que les services établis ne soient imposés ni à personne, ni en faveur de la personne, mais seulement à un fonds et pour un fonds) est généralement interprété comme signifiant que les personnes ne peuvent s'obliger volontairement à raison des choses dont elles seraient propriétaires qu'à des obligations de ne pas faire, non à des obligations de faire. Cette prohibition des obligations positives, dites *in faciendo*, signifie qu'un propriétaire ne saurait librement grever, par exemple, une tourbière d'une obligation d'entretien, laquelle suivrait le fonds en quelques mains qu'il passe et, partant, s'imposerait à ses ayants droit. En revanche, il pourrait conclure, mais au profit seulement d'un autre héritage, par exemple du fonds voisin, une obligation, négative, de laisser passer en son domaine. Cette restriction des obligations accessoires aux servitudes aux seules obligations dites *in patiando* s'explique par la crainte de voir indirectement rétabli le servage²⁸.

Or en assimilant les notions d'obligation et de servitude réelles, Christian Larroumet permet de relativiser, sinon de

27. *Ibid.*

28. En ce sens aussi, Nadège REBOUL-MAUPIN, « les obligations réelles environnementales : chronique d'une naissance annoncée », *Recueil Dalloz*, 2016, p. 2074 : « Le droit français des biens est globalement hostile à ce qu'une dette soit attachée à la propriété pour satisfaire une personne [...]. D'autant plus si l'on y adjoint des services positifs (des corvées !) ». Sur la prohibition des obligations *in faciendo*, voir Frédéric ZENATI, Thierry REVET, *Les Biens*, Paris, PUF, 2008, n° 312 : les auteurs confirment que « le fondement de la règle *servitus in faciendo consistere nequit* est recherché dans l'article 686 du code civil qui prohibe les servitudes imposées à la personne [...], ce dont on déduit qu'une servitude ne peut imposer un *facere* mais seulement de souffrir ». Toutefois, ils observent qu'une telle interprétation « est discutable car ces servitudes ne sont rien d'autre que le contraire de celles, visées *expressis verbis*, par ledit article, qui sont imposées à un fonds. La prohibition ne vise que les servitudes grevant la personne, sinistre souvenir du servage ; elle ne concerne pas les obligations de faire qui sont liées à un fonds dont on peut se libérer par l'abandon ou l'aliénation de la chose ».

lever, cette interdiction d'obliger le propriétaire foncier à faire quelque chose sur le fondement d'une servitude grevant son fonds. Comme il l'explique, définir la servitude tel un rapport entre les propriétaires des fonds permettrait de donner « une assise beaucoup plus solide » aux obligations mises à la charge de ces derniers, et de les envisager « d'une façon beaucoup plus cohérente »²⁹. Car une fois les notions de servitude et d'obligation réelles confondues, il n'y a plus à expliquer comment un propriétaire foncier peut être obligé à raison d'une servitude grevant son fonds alors que les servitudes sont dites obliger uniquement les fonds. Il n'est plus besoin de restreindre le champ des obligations dues par les propriétaires fonciers de par la chose grevée afin de ne pas trop attenter à la règle selon laquelle les servitudes obligent les seules choses. Car cette dernière proposition : les servitudes obligent les choses, se trouve simplement réfutée. Autrement dit, en disant que les servitudes ne sont autres que des obligations interpersonnelles, il n'apparaît plus nécessaire de limiter le domaine des obligations liées aux servitudes afin ne pas trop attenter à l'article 686 du code civil (qui précise que seules les choses peuvent se voir imposer des services), et de ne pas risquer de voir un jour des personnes obligées à l'égard des fonds de terre comme les serfs y furent jadis attachés.

Cette dernière position doctrinale est étonnante, non seulement parce que c'est depuis une conception naturaliste ou subjectiviste – seules les personnes ont des droits – que les servitudes – des relations *a priori* entre choses – sont expliquées et consolidées, mais aussi parce qu'une analyse inverse des servitudes a pu être proposée avec ce même effet d'étendre potentiellement le champ des obligations contractées par les propriétaires à raison d'une servitude grevant leur fonds. À propos des servitudes, Carbonnier se demande, en effet, si les choses inanimées n'ont pas une âme³⁰.

29. LARROUMET, *op. cit.*, § 790.

30. Jean CARBONNIER, « Métaphysique des biens : les choses inanimées ont-elles une âme ? », in *Flexible droit*, 10^{ème} éd., Paris, LGDJ, 2001, p. 362 et s. Jean CARBONNIER, *Les biens*, 9^{ème} éd., Paris, PUF, 1978, Thémis droit, n° 56 p. 248.

b.2) *Personnifier les fonds de terre, soit les termes de la relation*

Prenant acte de l'existence d'une relation entre les fonds, le doyen Carbonnier propose de regarder la servitude tel un rapport d'obligation entre des choses personnifiées : « il ne serait pas impossible de faire apparaître dans l'immeuble, unité économique, communauté domaniale, une personne morale ayant des intérêts distincts [...] de ceux du propriétaire foncier. La servitude ne serait alors que la créance ou la dette d'une personne morale envers une autre »³¹. À la différence de Christian Larroumet, Carbonnier admet l'existence d'une relation entre fonds, mais il ne saurait davantage se résoudre à l'idée que les choses aient des droits. Au vrai, l'auteur n'envisage pas même cette possibilité, et entreprend de personnifier les fonds. Le mérite de cette proposition serait d'expliquer certaines règles en vigueur et, en particulier, d'induire des « conséquences en faveur de la validité des servitudes *in faciendo* ; c'est, dirait-on, la personne morale qui est engagée [...] pour assurer l'exécution de l'obligation personnelle qu'elle a assumée »³². En plus des servitudes mettant à la charge des propriétaires fonciers des obligations de ne pas faire, les servitudes comprenant des obligations de faire, pourraient être admises. Car une fois les fonds de terre élevés au rang de personne, il ne paraîtrait plus incongru que des entités non-humaines s'engagent les unes envers les autres à des obligations *in patiando* ou *in faciendo*. Cette solution permettrait encore de comprendre l'existence de relations entre les propriétaires fonciers quand les servitudes devraient obliger les seuls fonds : sans doute, un rapport de droit existe-t-il entre les propriétaires des fonds dominant et servant, mais « le sujet du rapport de droit n'est pas envisagé dans sa personnalité humaine », explique Carbonnier. Il est envisagé « abstraitement, ès qualité de propriétaire du fonds, de sorte qu'il change toutes les fois que le fonds change de propriétaire », et que les propriétaires n'interviennent jamais « qu'en tant que représentants ou organes de ces personnes morales »³³.

107

31. CARBONNIER, *Les biens*, cit., n° 46.

32. *Ibid.*, n° 56.

33. *Ibid.*, n° 56.

Dans cette vision, il n'est plus de choses, mais seulement des personnes au sens hobbesien du terme, c'est-à-dire, ou bien, des entités – humaines ou non-humaines³⁴ – au nom desquelles d'autres personnes parlent, ou bien, des entités – nécessairement humaines³⁵ – qui parlent en leur nom ou au nom d'autres personnes³⁶. En effet, tandis que les fonds de terre sont des personnes en tant que d'autres personnes – les propriétaires fonciers – parlent en leur nom, les propriétaires fonciers sont des personnes en tant qu'ils parlent au nom d'autres personnes – les fonds de terre –. À suivre Carbonnier, le mouvement de personnification de la nature et de ses éléments aurait donc déjà un précédent métropolitain reposant sur plusieurs dizaines d'articles du code civil : les servitudes seraient un exemple de personnification des choses de la nature, en l'occurrence des fonds de terre.

Pour nous qui imaginions ouvrir le droit des servitudes pour reconnaître des droits aux choses de la nature sans passer par leur personnification au sens d'une représentation, nous voici ramenée au pied du mur. Tout se passe comme s'il n'était décidément pas possible de sortir de la conception subjectiviste, moderne ou naturaliste, qui interdit d'attribuer des droits à d'autres entités que les humains, sauf à faire comme si celles-ci étaient des êtres humains et, partant, à leur fournir des représentants humains. À l'examen, il s'agit là d'une position anthropomorphiste, consistant à donner aux fonds de terre le masque de visages humains. Carbonnier n'en aurait sans doute pas convenu, qui annonçait la personnification de la terre-mère ou Pachamama dans sa *Métaphysique du droit* : « les écologistes s'avancent et sous leur pas font éclore l'anthropomorphisme, écrivait le juriste. Ils entendent les gémissements de la forêt que déchire l'autoroute, les plaintes du fleuve menacé d'un barrage. Ils rêvent de faire reconnaître, face aux humains, des droits à la Terre, sinon à Gaïa, mère des dieux »³⁷.

34. Par exemple, un mineur non émancipé, un incapable majeur, une église ou un hôpital.

35. C'est-à-dire un être humain, soit une personne physique, ou un groupe d'êtres humains, soit une personne morale.

36. HOBBS, *op. cit.*

37. CARBONNIER, « Métaphysique des biens [...] », cit., p. 362 et s.

b.3) *Requalifier la relation entre les fonds*

Parmi les auteurs qui relèvent l'étrangeté des servitudes – pourvoyeuses de droits à des choses ? –, et qui tentent de résoudre le problème, il faut réserver une place à William Dross. À l'inverse de Christian Larroumet, celui-là entend respecter la lettre de l'article 637 du code civil : la servitude est instituée pour « l'usage et l'utilité d'un autre héritage », non pour les propriétaires fonciers. Et il n'y a pas là, selon lui, « une simple manière de parler, une ellipse stylistique, mais un choix théorique fondamental que confirme la suite du code ». Comme Carbonnier, William Dross reconnaît l'existence de rapports entre les fonds, mais à la différence de ce dernier, il ne présuppose pas la personification des fonds. Mais alors que nous le pensions prêts de reconnaître, avec nous, des droits aux choses, l'auteur emprunte une autre voie : « dès lors que, dans le système du code civil, la servitude ne peut profiter à une personne mais seulement à un fonds, elle ne saurait être un droit, conclut-il, par cela qu'une chose n'est jamais titulaire d'un droit »³⁸. Sa solution n'est donc pas de dire que le rapport de droit existe, non entre des fonds, mais entre les propriétaires d'iceux (Christian Larroumet), ni de poser que le rapport de droit existe entre des fonds, mais personnifiés (Carbonnier). Elle est de nier l'existence même du rapport de droit ! Parce qu'il ne conçoit pas que des choses puissent être attributaires de droits, William Dross en déduit qu'une servitude ne saurait être un ...droit.

Selon toute apparence, le professeur continue de raisonner dans les termes du subjectivisme ou du naturalisme ; il ne lui paraît pas concevable qu'un droit (au sens d'un *right*) puisse avoir une autre signification que celle d'un pouvoir d'une personne-sujet sur une chose-objet. Traditionnellement qualifiée de droit réel ou *jus in re*, la servitude renvoie pourtant l'image d'une chose propriétaire d'un *droit en* une autre *chose*, soit d'un fonds de terre doté d'un bien ou droit dans un autre fonds de terre, ou pour le dire encore autrement, d'un milieu terrestre prenant place au sein d'un autre milieu terrestre. D'ailleurs, certains juristes ne rencontrent aucune difficulté à admettre que des choses

38. William Dross, *Droit des biens*, 3^{ème} éd., Paris, LGDJ, 2017, § 381, p. 324.

puissent être mises au service d'autres choses, que des obligations puissent peser sur certains fonds, et des droits bénéficier à d'autres fonds.

2. La défense écologiste d'une interprétation littérale des dispositions légales

Une frange de la doctrine paraît prête d'accepter ce que les dispositions du code civil laisse à entendre : il est des choses qui sont propriétaires de droits en d'autres choses. Encore faut-il préciser qu'une telle lecture des servitudes prédiales ne saurait seule suffire à attribuer des droits à l'ensemble des choses de la nature. Il existe, en effet, un certain nombre de conditions à l'imposition de servitudes qui pourraient limiter la portée de la proposition. On peut, en outre, douter du caractère écologique de certaines dispositions légales et décisions de justice intéressant les servitudes, notamment celles relatives aux arbres. Pour autant, le principe de fixité des servitudes peut être regardé comme un principe de stabilité des situations, possiblement adapté à l'âge de l'anthropocène. Par ailleurs, les servitudes prédiales présentent cet intérêt de poser certaines questions cruciales : celle de l'écologie et de la démocratie, notamment, au travers de l'inquiétant fantôme du servage, celle du devenir du droit naturel aussi, dès lors que les fonds de terre ne nous apparaissent plus comme des choses inanimées.

a) *La possible lecture littérale du droit des servitudes prédiales*

a.1) *Reconnaître des droits aux choses*

Baudry-Lacantinerie et Chauveau regardent la servitude telle une charge par rapport au fonds qui la doit, et un droit par rapport au fonds auquel elle est due³⁹. De même, Aubry et Rau énoncent que les servitudes réelles peuvent être comprises « soit activement et comme droits, soit passivement et comme charges ». Le vocabulaire employé peut laisser à penser que ces auteurs raisonnent d'après une vision subjectiviste opposant un sujet actif du droit de servitude à un objet passif. Cependant, il s'agit du fonds dominant et

39. Gabriel BAUDRY-LACANTINERIE, Maxime CHAUCHEAU, *Traité théorique et pratique de droit civil. Des biens*, Paris, éd. L. Larose, 1896, p. 503-504, § 790-791.

du fonds servant, soit de choses⁴⁰. Les servitudes sont, en outre, conçues telles des qualités inhérentes aux fonds de terre ; ce sont des qualités actives ou passives des choses, qui ne peuvent s'en détacher et qui, partant, les suivent, indépendamment de toute stipulation et en quelques mains qu'ils passent⁴¹. À l'examen, ces juristes appréhendent les servitudes depuis les choses des fonds de terre, non d'après les personnes-sujets de droit.

Une mise au service ou affectation de terres à l'usage d'autres terres, les servitudes influent néanmoins sur la situation des propriétaires fonciers. Définissant la servitude telle une relation d'immeuble à immeuble, Christian Foix relève ainsi qu'une charge pèse sur le propriétaire du fonds servant consistant à astreindre celui-ci à une obligation de respecter l'exercice de la servitude sur le fonds⁴². Cette charge pesant sur le propriétaire est une obligation accessoire à la servitude, une obligation réelle ou *propter rem*. Au lieu de confondre cette obligation avec la servitude, comme Christian Larroumet, Christian Foix considère que cette prestation personnelle à accomplir par le propriétaire du fonds servant coexiste avec la servitude⁴³. Dans cette perspective, une charge d'entretien, par exemple d'un chemin, peut venir s'ajouter à la charge, propre au fonds servant, de desservir son voisin, et l'exécution des obligations dues par les humains vis-à-vis de leurs terres, assurer l'exécution des obligations de celles-ci envers d'autres terres. Ainsi l'admission de servitudes intégrant des obligations de faire, à la charge des humains-propriétaires, n'apparaît pas plus délicate que celle de servitudes comprenant uniquement des obligations de ne pas faire.

a.2) *Abandonner une conception subjectiviste au profit d'une vision réicentriste*

Christian Atias professe également qu'une servitude établit un lien de droit, *vinculum juris*, entre des choses, et renvoie

40. Charles AUBRY, Charles RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, tome 3^{ème}, Paris, éd. Marchal et Billard, 1897-1902, p. 112-114.

41. *Ibid.*

42. Christian FOIX, *Droit des servitudes*, Paris, Ellipses, 2008, § 001-003, p. 13-14.

43. *Ibid.*

à la somme d'Eric Meiller⁴⁴ : expression de la destination du fonds servant, une servitude serait une affectation que le propriétaire du fonds servant ne peut librement changer. D'après Eric Meiller lui-même, la nouveauté de sa thèse « consiste à considérer l'affectation du fonds servant, non point comme la conséquence contingente d'un droit subjectif, mais comme l'essence même de la servitude ». Selon lui, « la servitude n'est rien d'autre qu'une espèce d'affectation, plus précisément une affectation que le propriétaire du fonds servant ne peut changer sans l'accord du propriétaire du fonds dominant »⁴⁵. En affirmant qu'une servitude ne découle pas d'un droit subjectif, mais qu'elle révèle et signifie, d'abord, la situation juridique des fonds, en se référant expressément à Roubier (lequel distingue entre les droits subjectifs, assurés en faveur d'intérêts individuels, et les situations juridiques objectives, établies d'autorité en vue du bien commun⁴⁶), et en reprenant l'acception séculaire de la servitude comme qualité ou état d'un fonds, Eric Meiller semble prêt de rompre avec la conception occidentale moderne. Il semble prêt d'abandonner une conception subjectiviste, organisée autour de l'opposition entre le libre vouloir du sujet de droit – ici le propriétaire foncier – et l'entière disponibilité des objets de droit – les fonds de terre – pour adopter une vision réicentriste (P. Grossi⁴⁷), articulée autour des choses du droit, soit des fonds de terre.

Toutefois, Eric Meiller choisit de se placer sous l'égide de Frédéric Zenati-Castaing et Thierry Revet, soit sous le patronage d'auteurs qui ne se départissent pas d'une conception subjectiviste : « un service rendu par la chose », la servitude forme la matrice du droit réel, lequel désigne un droit sur la chose d'autrui – objet de propriété, elle-même identifiée au droit subjectif. Si l'affectation du fonds dominant au fonds servant permet au propriétaire du premier de jouir privativement de certaines utilités de la chose d'autrui et crée une situation que le propriétaire du fonds

44. Christian ATIAS, *Droit civil. Les biens*, Paris, LexisNexis, 12^{ème} éd., 2014, p. 192, § 255, p. 200, § 267.

45. Eric MEILLER, *La notion de servitude*, Paris, LGDJ, 2012, p. 392-397.

46. Paul ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques* [1963], Paris, Dalloz, 2005.

47. Paolo GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, Laterza, [1995] 2011, pp. 72-74.

servant et ses ayants cause se doivent de respecter⁴⁸, cette situation n'en forme pas moins l'objet d'un droit subjectif de propriété. Tout se passe alors comme si une définition non-subjective de la servitude était adoptée, mais en régime ou dans un monde restant subjectiviste. La conception moderne de la propriété rend la compréhension des servitudes malaisée : comprise tel un pouvoir de maîtriser absolument un fonds immobilisé, la propriété foncière apparaît limitée, sinon contredite par la mise au service de celui-ci au profit d'un autre fonds.

Il y aurait pourtant une autre manière de penser la propriété permettant de rendre pleinement compte des servitudes : comprise tel un pouvoir d'habiter les fonds de terre, la propriété foncière obligerait leurs habitants-propriétaires à respecter leur écoumène ou milieu de vie dans leur interaction avec d'autres écosystèmes. Dans cette vision, les servitudes seraient les droits appropriés ou places occupées par un fonds en un autre fonds. Ces droits existant dans des choses asservies à d'autres, obligerait les habitants-propriétaires de celles-là à accomplir ou s'abstenir de certaines actions afin de respecter l'affectation de leur habitat ou terre au fonds dominant. En d'autres termes, une servitude serait un droit dans la chose (*jus in re*) approprié par une autre chose ou *res*, et contraignant les dénommés propriétaires de celle-ci (c'est-à-dire ses habitants attitrés) à exécuter des obligations réelles ou *propter rem* aux fins de respecter l'affectation d'une chose à l'autre. Quant aux dénommés propriétaires (ou habitants avec titre) de la chose dominante, ils bénéficieraient médiatement de la prestation de service rendue par la chose servante ; ils profiteraient indirectement de la propriété qu'aurait la chose habitée d'un droit de créance à l'encontre d'une autre chose. Prenons l'exemple d'un service de pacage dû par des pâturages, fonds servant, aux fermes d'un hameau, fonds dominant : quoiqu'ils ne soient pas créanciers du service dû par des terres à leurs demeures, les villageois en tirent des moyens de subsistance et peuvent être obligés, vis-à-vis de leurs maisons, de s'abstenir ou, au contraire, d'accomplir certaines actions, par exemple, d'entretien de canaux ou de chemins.

48. MEILLER, *op. cit.*, pp. 392-397.

a.3) *Reconnaître une intentionnalité à la nature et réinventer le droit naturel*

Une lecture littérale peut être faite non seulement de la définition, mais aussi des différentes catégories de servitudes prédiales : on distingue classiquement trois types de servitudes selon leur origine : les servitudes naturelles, les servitudes légales et les servitudes conventionnelles. C'est que l'article 639 du code civil prévoit qu'une servitude « dérive ou de la situation naturelle des lieux, ou des obligations imposées par la loi, ou des conventions entre les propriétaires ». Comme l'article 637 du même code (qui définit la servitude telle une relation entre héritages), cet article 639 embarrasse partie de la doctrine : poser que des obligations peuvent découler de la configuration des lieux apparaît tout aussi inconséquent que d'attribuer des obligations aux fonds de terre. C'est pourquoi beaucoup d'auteurs, dont Planiol et Ripert, n'hésitent pas à ranger les servitudes dites naturelles dans la catégorie des servitudes légales⁴⁹. Certains, tels Aubry et Rau, relèvent que l'article 639 « déclare » que certaines servitudes dérivent de la situation naturelle des lieux quand elles « ne sont en réalité que des servitudes légales »⁵⁰. Encore une fois, ce serait par facilité ou commodité de langage que les rédacteurs du code civil s'exprimeraient. En l'occurrence, ils sembleraient reconnaître une intentionnalité aux fonds de terre quand, en réalité, les choses de la nature seraient inertes.

Cependant, Aubry et Rau notent aussi que l'article 640 du code civil relatif à la servitude d'écoulement naturel des eaux provenant des fonds supérieurs ne fait que « sanctionner un état de choses créé par la nature elle-même »⁵¹. D'autres auteurs reconnaissent clairement à la nature un pouvoir normatif. Par exemple, à propos des servitudes d'écoulement des eaux, Durantou observe que « c'est là une loi de la nature, mais qui cependant veut être confirmée par la loi civile, afin d'en régler et déterminer les effets ». L'auteur y insiste : c'est « véritablement *la nature qui les a écrites elle-même* sur les héritages tels qu'ils sont, pour ainsi

49. PLANIOL, RIPERT, PICARD, *op. cit.*, p. 879.

50. AUBRY, RAU, *op. cit.*, § 328, note 3.

51. AUBRY, RAU, *op. cit.*, § 329.

dire, sortis de ses mains »⁵². En réponse à ceux qui nient la différence des servitudes naturelles et légales, Baudry-Lacantinerie et Chauveau expliquent pareillement que « les premières sont écrites en quelque sorte sur le sol par la nature elle-même », et « sont l'œuvre de la nature bien plus que de la loi, qui ne fait en quelque sorte que les enregistrer et ordonner aux particuliers de les respecter »⁵³. Également convaincu que « les servitudes naturelles » sont « imposées par la nature », Solon interroge son lecteur : n'est-ce pas « la loi naturelle, qui soumet le fonds inférieur à recevoir [...] les rocs et les éboulements du terrain qui se détachent d'en haut ? N'est-ce pas aussi dans la nécessité [...] qu'ont pris naissance ces passages sans lesquels l'homme n'aurait pas pu exploiter le champ dont les produits devaient le nourrir ? »⁵⁴.

Ainsi, une partie de la doctrine élève la nature au rang de source du droit des servitudes. Sans doute, cette position n'emporte-t-elle pas le refus de toute forme de positivisme juridique. Car les servitudes dessinées par la nature n'en sont pas moins consacrées par la loi. Mais la question du droit naturel, inévitablement, se pose. Ainsi, pour Demolombe, les servitudes dérivant de la situation des lieux « existent naturellement, par la force même des choses » ; elles « ont, avant tout, pour cause la disposition des terrains, la conformation des propriétés » et « sont écrites, pour ainsi dire, sur le sol, tel que Dieu lui-même l'a fait [...] »⁵⁵. Le lien avec le jusnaturalisme est expressément établi par Carbonnier, qui observe que les servitudes dérivant de la situation des lieux « résultent d'une situation naturelle et de la force des choses (*du droit naturel*), précise-t-il, non pas d'une disposition plus ou moins arbitraire du législateur »⁵⁶. Serait-ce à dire que les juristes de la tradition romano-germanique ou civiliste ne

52. A. DURANTON, *Cours de droit français suivant le code civil*, Tome V, 2^{ème} éd., Paris, Alex-Gobelet, 1828, § 144-145, p. 135.

53. BAUDRY-LACANTINERIE, CHAUCHEAU, *op. cit.*, § 817-820, pp. 522-524. C'est nous qui soulignons.

54. Victor Hippolyte SOLON, *Traité des servitudes réelles, à l'usage des jurisconsultes, des experts et des propriétaires*, 1837, Videcoq et Delamotte, Paris, § 19 p. 54.

55. DEMOLOMBE, *op. cit.*, p. 9.

56. CARBONNIER, *Les biens*, cit., p. 193 : « La conséquence de cette nécessité est qu'elles ne peuvent, à la différence des servitudes légales, donner lieu à indemnité au profit des fonds assujettis ».

pourraient sortir de la conception occidentale moderne sans renouer avec les présupposés du droit canon, avec l'histoire judéo-chrétienne, et la croyance en un dieu unique ?

En fait, nous pourrions peut-être plutôt choisir de réinterpréter le droit à la lumière d'autres spiritualités, de certaines formes de paganisme, et voir dans les servitudes dérivant « de la situation naturelle des lieux » autant de rapports commandés par les dieux et déesses de la biodiversité, par des divinités immanentes aux fonds de terre. Le cas échéant, les servitudes autoriseraient à jeter des ponts avec d'autres façons que celle occidentale moderne de vivre la condition humaine, et qui ne rangent pas les non-humains, en particulier, les fonds de terre dans la catégorie des choses inanimées. Dans cette perspective, nous pourrions notamment relire les articles 703 et 704 du code civil relatifs à l'extinction des servitudes : « les servitudes cessent lorsque les choses se trouvent en tel état qu'on ne peut plus en user », dispose le premier ; « elles revivent si les choses sont rétablies de manière qu'on puisse en user [...] », prévoit le second. Ainsi la servitude de puisage s'éteint lorsque la source d'eau se tarit, mais revit quand celle-ci rejaillit⁵⁷. Car la servitude retrouve son utilité et peut, à nouveau, être exercée. N'est-ce pas à dire alors que la loi reconnaît aux forces de la nature un pouvoir de dire le droit ? N'est-ce pas que les Naïades, nymphes des sources, des fontaines et des lacs, s'emploient à dessiner, puis commandent partie des relations juridiques ou servitudes entre les fonds de terre ?

Il reste que l'on peut s'interroger sur la portée d'une telle relecture des servitudes prédiales, c'est-à-dire sur la possibilité de mobiliser ce droit, de l'employer comme un levier pour briser avec la conception occidentale moderne au profit d'une vision écologique.

b) *La portée d'une lecture littérale du droit des servitudes prédiales*

b.1) *Le potentiel écologique des servitudes prédiales*

Sur le plan écologique, les servitudes prédiales pourraient présenter quelque intérêt dans la mesure où il existe un

57. La seule limite est que les conditions doivent être à nouveau réunies avant expiration d'un délai de trente ans, sinon il y a prescription extinctive.

principe de fixité des servitudes susceptible d'assurer la pérennité ou la durabilité de la mise au service d'une terre au profit d'une autre terre. Ce principe rappelle l'objectif de stabilité des situations, recherché à l'époque médiévale et justifiant, précisément, l'établissement de servitudes. Il résulte de l'article 701 du code civil, d'une part, qui dispose que le propriétaire du fonds servant ne peut « changer l'état des lieux, ni transporter l'exercice de la servitude dans un endroit différent de celui où elle a été primitivement assignée », de l'article 702, d'autre part, qui prévoit que le propriétaire du fonds dominant ne peut « faire ni dans le fonds qui doit la servitude, ni dans le fonds à qui elle est due, de changement qui aggrave la condition du premier ». Cette fixité est d'autant mieux assurée que la servitude a vocation à la perpétuité : parce que la servitude est une dépendance du fonds dominant, qu'« elle ne peut être détachée de cette propriété, être cédée, saisie ou hypothéquée indépendamment de ce fonds »⁵⁸, et que la propriété foncière est potentiellement perpétuelle, les servitudes sont également réputées telles. Dans la mesure aussi où la servitude doit profiter au fonds bénéficiaire, non aux propriétaires fonciers, les intérêts des fonds, tout au moins du fonds dominant, devraient prévaloir sur les intérêts humains et, partant, prévenir le dépérissement ou l'appauvrissement des terres.

Ce sont toutefois là des principes, assortis de limites. Ainsi les servitudes conventionnelles, établies par les propriétaires des fonds, peuvent être temporaires. De plus, les servitudes, si elles ont vocation à la perpétuité, s'éteignent par leur non-usage au terme de trente années. Surtout, l'aliéna 3 de l'article 701 du code civil prévoit une dérogation au principe de fixité : lorsque l'assignation primitive devient plus onéreuse au propriétaire du fonds assujéti, ou quand elle l'empêche d'y faire des réparations avantageuses, il peut offrir au propriétaire de l'autre fonds un endroit aussi commode pour l'exercice de ses droits, et ce dernier ne peut, alors, le refuser. S'agissant de la servitude légale de passage pour cause d'enclave, elle peut être modifiée afin de livrer un passage suffisant, compte tenu de l'évolution

de la société contemporaine, et de la destination du fonds dominant, laquelle peut être modifiée par son propriétaire. Pour les besoins d'une société orientée vers la croissance et le développement économiques, les juges pourraient alors autoriser l'artificialisation de terres afin de laisser passer des véhicules motorisés quand n'existait jusqu'alors qu'un modeste sentier.

Le 22 mars 2011⁵⁹, la Cour de cassation a d'ailleurs censuré une décision de la Cour d'appel guadeloupéenne relative à une servitude de passage conventionnelle. Les juges d'appel avaient alors refusé l'élargissement d'un passage pour le rendre carrossable au motif que cela aurait aggravé la servitude au préjudice du fonds servant, en méconnaissance du principe de fixité des servitudes. Pour la haute juridiction, la Cour d'appel aurait dû vérifier « si l'élargissement de la servitude piétonnière destinée à permettre d'accéder au fonds était compatible avec l'usage pour lequel la servitude lui avait été consentie, à une époque où l'utilisation d'un véhicule automobile était peu répandue à Basse-Terre, et si, compte tenu des nécessités de la vie moderne, le passage était suffisant pour un accès normal du propriétaire à son fonds ». Par cet arrêt, la Cour de cassation fait donc primer le recours à l'automobile sur l'intangibilité des servitudes. Il ne faudrait toutefois pas en tirer argument pour avancer que les servitudes prédiales présentent peu d'intérêt en termes écologiques. En effet, la décision montre, *a contrario*, comment le principe de fixité pourrait aider à lutter contre l'artificialisation et, en l'occurrence, le carrossage des terres s'il était interprété à la lumière des besoins d'une société en transition écologique.

Il n'en demeure pas moins que certaines des dispositions relatives aux servitudes n'apparaissent pas écologiquement vertueuses. Voyons les dispositions relatives aux distances à respecter pour les plantations sur des fonds voisins : l'article 671 du code civil prévoit que ces distances sont réglementées par les usages locaux et les règlements, et, à défaut, édicte des mesures à respecter⁶⁰. L'article 672 ajoute qu'un voisin peut exiger que les arbres qui seraient plantés à une

59. Civ. 3^{ème}, n° 09-70533.

60. Civ. 3^{ème}, 14 janvier 2016, n° 14-25089.

distance moindre que la distance légale soient arrachés ou réduits à la hauteur déterminée dans l'article précédent. Puis, l'article 673 confère à celui sur la propriété duquel avancent les branches des arbres, arbustes ou arbrisseaux du voisin la possibilité de contraindre ce dernier à les couper. De même, celui sur l'héritage duquel avancent des racines, ronces ou brindilles a le droit de les couper lui-même à la limite de la ligne séparative des fonds voisins. La loi autorise ici à élaguer des arbres et faire obstacle à leur avancement dès lors qu'ils dépassent la frontière des fonds de terre, et ce, sans préciser que la coupe ne doit néanmoins pas représenter un danger pour les arbres ou, tout au moins, pour certains arbres présentant un intérêt supérieur en termes, par exemple, de biodiversité.

Dans une décision du 30 juin 2010⁶¹, la Cour de cassation a ainsi fait primer ce droit imprescriptible de faire couper des branches surplombant un fonds voisin, alors même que l'exercice de ce droit ne pouvait que conduire à l'abatage d'un cèdre de grande hauteur, plus que centenaire, et autour duquel les bois avaient été classés. En l'espèce, les propriétaires du fonds voisin l'avaient acquis sans pouvoir ignorer que « l'environnement arboré de leur propriété et du lotissement les obligerait à nettoyer régulièrement leurs terrain et piscine, construite par le précédent propriétaire à proximité de l'arbre ». Ils savaient qu'un simple élagage « ne serait pas de nature à faire cesser les inconvénients liés à la chute des aiguilles de l'arbre et laisserait inchangé le débord de la frondaison situé à cinq mètres de hauteur » de sorte que ce qu'ils requéraient n'était autre que la mise à mort du cèdre. Pour les juges d'appel de Lyon, une telle demande en réduction de ramure était abusive, et ils l'avaient rejetée. La haute juridiction considéra cependant que la Cour d'appel avait violé la loi en « instituant des restrictions au droit imprescriptible du propriétaire sur le fonds duquel s'étendent les branches de l'arbre du voisin de contraindre celui-ci à les couper », et elle cassa sa décision.

Le critère de l'abus du droit de propriété s'est pourtant déplacé ces dernières années : de l'intention de nuire à autrui à l'absence d'intérêt sérieux et légitime. Aussi, la

61. Civ. 3^{ème}, 30 juin 2010, n° 09-16257.

Cour de cassation aurait-elle pu considérer que les époux demandaient à faire un exercice abusif du droit conféré par ledit article 673, en se préoccupant davantage de leur charge de nettoyage que de la survie d'un arbre. Il n'est toutefois pas certain qu'une telle jurisprudence puisse prospérer longtemps, qui méconnaît le principe constitutionnel de prévention des atteintes portées à l'environnement⁶², et apparaît aux antipodes de l'évolution générale du droit des arbres. Depuis la loi du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages, les allées et alignements d'arbres qui bordent les voies des routes sont, en effet, protégés : l'article L. 350-3 du code de l'environnement pose une interdiction de principe d'abattre, de porter atteinte, de compromettre la conservation ou de modifier radicalement l'aspect d'un ou de plusieurs arbres de ces allées ou alignements.

b.2) *Le domaine des servitudes prédiales*

Au titre des limites présentées par les servitudes prédiales, il faut noter que leur domaine se réduit, comme l'indique l'étymologie, aux héritages. Mais que faut-il entendre par héritage ? Des auteurs considèrent que l'héritage aurait « logiquement » dû, « dans sa généralité, désigner toute propriété soit mobilière, soit immobilière ». Et c'est seulement parce que « dans notre ancien droit coutumier », on l'employait exclusivement pour désigner les terrains nus ou bâtis que notre législateur l'emploierait au sens restreint d'héritage⁶³. Sans doute pourrait-on ajouter que les relations sont plus difficiles à établir entre des choses non foncières, mais consommables, périssables, mobiles ou transportables. En toute hypothèse, la servitude du code civil relie nécessairement, pour l'heure, des fonds de terre, soit des terrains non bâtis ou des bâtiments, alors qualifiés d'immeubles et, plus précisément, d'immeubles par nature⁶⁴. Concrètement, cela signifie que l'on ne pourrait pas affecter des animaux ou du matériel agricole – immeubles par des-

62. « Toute personne doit, dans les conditions définies par la loi, prévenir les atteintes qu'elle est susceptible de porter à l'environnement ou, à défaut, en limiter les conséquences » (article 3 de la Charte de l'environnement).

63. BAUDRY-LACANTINERIE, CHAUVEAU, *op. cit.*, 1896, § 792.

64. Art. 687 du code civil.

tinuation d'une ferme ou d'une exploitation agricole –, non plus des droits immobiliers – immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent – au service de fonds de terre. Autrement dit, les servitudes prédales ne sauraient être mobilisées pour faire des legs ou des donations de biens meubles à des lieux-proprétaires, comme il en était fait jadis à des temples ou églises⁶⁵.

Au nombre des restrictions faites au domaine des servitudes prédales, précisons que les arbres, pourtant immeubles par nature, en seraient exclus. Sur la base d'un unique arrêt du 6 avril 1841⁶⁶, plusieurs auteurs affirment, en effet, qu'une servitude ne peut être établie sur un ou plusieurs arbres seulement, à l'exclusion du terrain lui-même. En d'autres termes, une servitude ne saurait concerner la seule propriété arboraire. La règle est pourtant unanimement critiquée par les auteurs citant la décision de justice. De fait, le motif donné au soutien de la règle n'emporte guère la conviction : il est avancé que l'existence d'un arbre serait limitée à un terme relativement court, trop court pour l'établissement de servitudes⁶⁷. À la pensée des séquoias, des chênes ou des cèdres centenaires, on ne peut que s'interroger sur le bien-fondé et, partant, le maintien de l'interdit prétorien.

Reste une dernière limite à mentionner : dans la mesure où les servitudes prédales ont vocation à la perpétuité et où elles s'imposent aux héritiers des propriétaires fonciers les ayant constituées, comme à de potentiels acquéreurs ou donataires des fonds, l'on pourrait imaginer préserver

65. Voir sur ce point la théorie de Moïse de Ravenne et sa mobilisation en droit médiéval. Emanuele CONTE, *Diritto comune. Storia e storiografia di un sistema dinamico*, Bologna, Il Mulino, 2009, p. 159–88 ; Emanuele CONTE, *La fuerza del texto. Casuística y categorías del derecho medieval*, ed. de Marta Madero, Madrid, Universidad Carlos III, 2016 ; Emanuele CONTE, « Affectation, gestion, propriété. La construction des choses en droit médiéval », in Paolo NAPOLI (études réunies par), *Aux origines des cultures juridiques européennes. Yan Thomas entre droit et sciences sociales*, École française de Rome, 2013, p. 73–86 ; Ennio CORTESE, « Per la storia di una teoria dell'archivescovo Mosé di Ravenna (m. 1154) sulla proprietà ecclesiastica », in Italo BIROCCHI, Ugo PETRONIO (a cura di), *Scritti*, Spoleto, Centro italiano di studi sull'alto medioevo, 1999, pp. 579–617 ; Yan THOMAS, « L'extrême et l'ordinaire. Remarques sur le cas médiéval de la communauté disparue », in *Les opérations du droit*, Paris, EHESS, Gallimard, Seuil, 2011.

66. D.P. 1831. I. 214 ; S. 1841. I. 414.

67. LARROUMET, *op. cit.*, p. 476 ; PLANIOL, RIPERT, PICARD, *op. cit.*, pp. 866 et s, § 886 ; BAUDRY-LACANTINERIE, CHAUVEAU, *op. cit.*, § 792, p. 504.

durablement des terres en établissant des servitudes entre elles. En vertu de l'adage selon lequel « on ne peut avoir de servitude sur sa propre chose », il est néanmoins requis que les fonds servant et dominant appartiennent à des propriétaires différents. Cela signifie qu'un même propriétaire foncier ne pourrait affecter ses divers fonds les uns aux autres afin de les rendre interdépendants. Seul, un propriétaire ne pourrait pas grever ses fonds de manière à empêcher durablement, par exemple, l'artificialisation des sols. En revanche, plusieurs propriétaires fonciers pourraient établir des servitudes conventionnelles – de ne pas bâtir, de ne pas utiliser de produits phytopharmaceutiques, etc. – entre leurs fonds de terre et constituer ainsi un milieu, écosystème ou monde protégé.

Toujours est-il que le domaine des servitudes prédiales paraît singulièrement limité. C'est que les rédacteurs du code civil entendirent poursuivre l'idéal révolutionnaire de l'émancipation humaine individuelle et maintenir ferme l'abolition des privilèges. Or, les servitudes évoquaient le système féodal et, plus précisément, le joug du servage⁶⁸. Dès lors, le législateur de 1804 s'employa à faire disparaître la majorité des servitudes à commencer par celles asservissant les serfs aux seigneurs. Au moins en apparence, le législateur supprima les servitudes personnelles – soumettant une personne à une autre personne –, les servitudes mixtes – soumettant une chose à une personne –, pour conserver les seules servitudes réelles – soumettant une chose à une chose – et, plus précisément, les seules servitudes prédiales – soumettant un fonds de terre à un fonds de terre –. Au moins en apparence, disons-nous. Car, en réalité, seules les appellations disparurent. S'agissant des servitudes personnelles, il faut, en effet, préciser que l'article 1780 du code civil, s'il prohibe les engagements perpétuels, n'interdit pas que les humains engagent leurs services à d'autres pour un temps ou pour une entreprise déterminée, sans quoi nous ne connaîtrions ni contrats de

68. DEMOLOMBE, *op. cit.*, p. 4-5 : à l'époque du code civil, « les temps n'étaient pas encore loin où les baux à fief établissaient des rapports de supériorité et de dépendance non seulement entre les héritages, mais encore entre les propriétaires, et où l'on avait, en même temps qu'un fief dominant et un fief servant, un seigneur et un vassal, qui ne possédait qu'à la charge de foi et hommage ».

travail, ni prestations de service. Désormais appelées droits personnels, les servitudes personnelles subsistent donc. Simplement, des conditions sont posées pour prévenir la résurgence de toute forme d'esclavage. Quant aux servitudes mixtes, non seulement elles demeurent, mais elles demeurent usuelles : appelées « droits réels », ce sont, par exemple, les droits d'usufruit, d'usage, d'habitation, d'emphytéose ou encore de jouissance spéciale. Où l'on voit que la notion de servitude intéresse un champ plus vaste que celui du droit des biens, et concerne encore, à l'examen, les obligations interpersonnelles de prêter ou de rendre service. À telle enseigne que l'étude des servitudes pourrait effectivement toucher aux fondements de notre droit, et autoriser un changement de la vision que nous en avons. Où l'on voit aussi que les servitudes ne signifient pas nécessairement la négation des libertés individuelles.

b.3) *Le potentiel liberticide ou, à l'inverse, libérateur des servitudes prédales*

Commençons par rappeler que les servitudes ont existé hors la féodalité, et que la Révolution française entendit libérer ensemble les terres et les humains⁶⁹ : en 1791, l'assemblée constituante proclama que le territoire français, dans toute son étendue, était libre comme les personnes qui l'habitaient, de sorte que les rédacteurs du code civil précisèrent, à l'article 638, qu'une servitude ne pouvait établir « aucune prééminence [ou supériorité] d'un héritage sur l'autre ». De même que la prohibition des engagements perpétuels nous garantit de l'esclavage, la servitude telle qu'elle peut seulement exister aujourd'hui ne crée « de relations qu'entre les héritages eux-mêmes, considérés uniquement en leur qualité d'immeubles, abstraction faite de la personne de ceux qui les possèdent » de sorte « qu'il n'en peut résulter aucune prééminence sociale, ni politique, ni honorifique, de l'un des propriétaires envers l'autre »⁷⁰.

69. BAUDRY-LACANTINERIE, CHAUVEAU, *op. cit.*, § 799.

70. DEMOLOMBE, *op. cit.*, pp. 4-5 : le juriconsulte précise que la loi des 28 septembre-6 octobre 1791 (titre I, art. 1) avait posé l'un des grands principes du nouveau droit public de la France en ces termes : « Le territoire de France, dans toute son étendue, est libre comme les personnes qui l'habitent [...] » ; « ce fut évidemment pour se conformer à cette déclaration de l'assemblée constituante, et afin de la consacrer de plus en plus, que les rédacteurs du Code Napoléon insérèrent eux-mêmes, dans l'art. 638, la disposition

L'on peut dès lors se demander si le code napoléon ne réunit pas déjà les conditions pour qu'une prolifération des servitudes réelles ne puisse conduire à restaurer les formes de dépendance personnelle ou de sujétion auxquelles la Révolution française mit un terme.

L'exemple peut être pris des obligations réelles s'imposant aux propriétaires fonciers à raison de l'existence de servitudes. On se souvient que la majorité des auteurs recherchent le fondement d'une prohibition des obligations *in faciendo* dans l'article 686 du code civil, lequel interdit les servitudes imposées à la personne, et dont on déduit qu'elles ne peuvent imposer un *facere*, une obligation de faire, mais seulement une souffrance, une obligation de ne pas faire. Or Thierry Revet et Frédéric Zenati – que l'on ne saurait suspecter de vouloir étendre le champ des servitudes – observent que la disposition légale ne renferme pas une telle limitation des obligations *propter rem*. Selon eux, une telle interprétation « est discutable car ces servitudes ne sont rien d'autre que le contraire de celles, visées *expressis verbis*, par ledit article, qui sont imposées à un fonds ». Aussi, la prohibition vise-t-elle uniquement « les servitudes grevant la personne, sinistre souvenir du servage ; elle ne concerne pas les obligations de faire qui sont liées à un fonds dont on peut se libérer par l'abandon ou l'aliénation de la chose »⁷¹. Nous avons donc une confirmation de ce que le droit des servitudes nous prémunirait déjà en l'état, c'est-à-dire tel qu'il existe depuis 1804, contre le potentiel liberticide de celles-ci.

Mais peut-être y-a-t-il plus important encore : revenant sur cette émancipation ou libération des terres qui induirait l'absence de prééminence d'une terre sur l'autre (article 638 du code civil), mais sans interdire la mise au service d'une terre envers une autre (article 637 du même code), nous pourrions être en mesure de quitter l'humanisme des modernes, pour aller vers une écologie des relations, mais sans renouer des liens de vassalité ou féodalité. Expliquons-nous : si, les terres sont libres, comme les personnes

suivante : « la servitude n'établit aucune prééminence d'un héritage sur l'autre » (*Ibid*). Tandis que l'article 1780 al. 1 du code civil dispose : « on ne peut engager ses services qu'à temps, ou pour une entreprise déterminée », l'article 638 du code civil prévoit que « la servitude n'établit aucune prééminence d'un héritage sur l'autre ».

71. ZENATI, REVET, *Les Biens*, cit., n° 312.

qui l'habitent, mais qu'elles demeurent autorisées à s'obliger envers d'autres entités, l'émancipation révolutionnaire peut être comprise autrement que comme une proclamation de pure autonomie ou indépendance. Si la liberté des terres est aussi celle de se lier à d'autres terres (services fonciers) ou à des personnes (droits réels), c'est- que l'idéal révolutionnaire est un refus de la dépendance des terres et des personnes, mais au profit d'une interdépendance des êtres plutôt que de leur indépendance.

Dans manières d'être vivant, Baptiste Morizot présente l'« imaginaire politique » moderne comme reposant sur une opposition entre indépendance et dépendance, et sur l'idée que nous aurions conquis notre indépendance en nous émancipant doublement : « à l'égard de la Nature pensée comme contrainte à notre liberté », d'une part, « et des appartenances sociales codées comme aliénantes pour l'individu », d'autre part. Détachés des héritages ou terres, les humains seraient, en plus, devenus autonomes les uns par rapport aux autres. De manière décalée, l'imaginaire politique contemporain pourrait véhiculer « une pensée écopolitique des interdépendances » qui ne chercherait plus à jouer « l'indépendance contre la dépendance », mais s'essayerait à « faire la différence entre les liens qui libèrent et les liens qui aliènent ». Dans cette perspective, explique le philosophe, « le problème devient cartographique, il consiste à distinguer les liens qui asservissent de ceux qui donnent de la puissance d'agir », les attachements « qui fragilisent de ceux qui vivifient »⁷². Or, c'est précisément une carte que dessinent les servitudes réelles ou services fonciers : des charges imposées « sur un héritage pour l'usage et l'utilité d'un héritage appartenant à un autre propriétaire », les servitudes réelles établissent des liens entre des fonds de terre voisins. Elles découlent du rapport de proximité ou de vicinité existant entre divers fonds, et engagent des terres au service d'autres terres. Des services de passage aux services de puisage en passant par les services d'écoulement des eaux, la question n'est plus alors celle de la légitimité des dépendances imposées, mais celle de la pertinence des réseaux tissés.

72. Baptiste MORIZOT, *Manières d'être vivant*, Arles, Actes Sud, 2020, pp. 272-275.

Conclusion

Aujourd'hui, le mouvement de personnification de la nature et de ses éléments vient concrétiser ce rêve que M.-A. Hermitte aura très tôt dessiné, et que nous pourrions peut-être prolonger en empruntant la voie des servitudes, mentionnée par Carbonnier. Réinvestir le droit des servitudes pourrait encore présenter un autre intérêt lié : en plus d'infléchir le mouvement de personnification de la nature, la piste des servitudes pourrait faire dévier le mouvement des Communs. De même que le premier mouvement demeure occidental moderne en ce qu'il repose sur une conception de la personne comme représentant ou porte-parole, le second mouvement reste pareillement occidental moderne en ce qu'il réduit les communautés à des sociétés, c'est-à-dire à des collectifs d'humains, et considère les animaux, végétaux ou minéraux telles des ressources naturelles, plutôt que comme des partenaires, compagnons ou membres de la communauté. Or, les servitudes pourraient ouvrir aux communautés comprenant humains et non-humains, soit à des collectifs non-naturalistes. S'agissant des droits d'usage de bois, de forêts ou de pâturages de communautés villageoises, la lecture des anciens commentateurs du code civil nous apprend, en effet, que ces communaux, s'ils appartenaient tantôt à l'universalité des villageois, revenaient le plus souvent à leurs maisons, soit à l'ensemble des bâtiments ou corps de ferme situés en un lieu-dit. Aussi était-ce, le plus souvent, des choses et, plus précisément, des pierres, du bois, du chaume qui détenaient la propriété de droits de dépaissance ou de forestage sur d'autres choses et terres voisines⁷³. Expressément qualifiés de servitudes réelles, ces droits d'usage collectifs avaient donc des choses non-humaines pour propriétaires et communiars⁷⁴.

73. Émile TÉTU, *Des droits d'usage en bois de chauffage. De l'affouage communal*, Paris, Pichon, 1900, p. 45-46 ; Philippe Antoine MERLIN, *Recueil alphabétique des questions de droit qui se présentent le plus fréquemment dans les tribunaux*, tome 8, 4^{ème} édition, Paris, Garnery, 1827-1830, pp. 682-683 ; Alexandre DURANTON, *Cours de droit français suivant le code civil*, Tome V, 2^{ème} éd., Paris, Alex-Gobelet, 1828, § 66 ; Gabriel THOMAS, *De la servitude réelle usagère dans les forêts*, thèse pour le doctorat, Nancy, 1870, p. 180, p. 218-219, p. 276 ; Claude Nicolas LALAURE, *Traité des servitudes réelles, à l'usage de tous les parlements et sièges du royaume, soit pays de droit écrit, soit pays coutumiers*, Caen, G. Le Roy, 1786, p. 9.

74. En ce sens, Alice INGOLD, « Terres et eaux entre coutume, police et droit au XIX^{ème} »

Ajoutons que les servitudes pourraient encore aider à dépasser l'identité moderne posée entre choses et non-humains, d'une part, personnes et humains, d'autre part. Car non contentes d'attribuer des droits aux choses, les servitudes et, plus précisément, les servitudes d'utilité publique, peuvent être regardées comme une mise au service de fonds de terre au bénéfice soit de la Terre, soit de ses habitants potentiellement non-humains : de même que les personnes-humaines peuvent avoir des droits d'usufruit, d'usage ou d'habitation sur un bâtiment, soit des servitudes que l'on qualifiait jadis de personnelles, des personnes-végétales, minérales ou animales pourraient se voir reconnaître des droits analogues sur certaines terres. En effet, lorsque l'on classe des sites fréquentés, à l'année ou de manière saisonnière, par des espèces animales, végétales ou minérales protégées, il est permis de penser que nous affectons des fonds de terre au service de personnes collectivement habitantes des lieux. En effet, un site classé Natura 2000 ou concerné par un arrêté de protection de biotope peut être regardé tel un fonds de terre servant des personnes non-humaines, par exemple, les personnes collectives de la droséra *rotundifolia* ou du busard cendré, espèces protégées. Rappelons que si le mouvement de personnification de la nature et de ses éléments nous paraît insuffisant – mais ô combien nécessaire et important –, c'est en tant que la personnification s'entend d'une représentation. Or ici le terme de personne signifierait bien plutôt l'habitant, l'habitant de fonds de terre ou, plus largement de milieux terrestres ou écosystèmes, et les habitants renvoyer, notamment, à des espèces animales, minérales ou végétales.

*ultima, sfinita goccia di possibilità di
dirti natura*

Andrea Zanzotto

1. Paradossi della giuridificazione della natura

Il paradosso della giuridificazione della natura può enunciarsi come segue: molta ideologia; poca tecnica. Non c'è sintomo più indubitabile del moralismo che incornicia i dibattiti sul rapporto tra “natura” e “diritto” dell'immane evocazione della *summa divisio* tra cose e persone che ne costituisce l'ormai prevedibile ouverture. Il richiamo alla celebre distinzione galiana dovrebbe fornire l'abbrivio alla critica di quel processo di reificazione della natura, che, insieme alla “cosizzazione” degli altri esseri viventi non umani, costituirebbe la prova esemplare della cattiva coscienza moderna (o anche, a seconda dei gusti, capitalista, occidentale, “naturalista”). Da un lato le cose o gli oggetti, a designare il polo della passività e della disponibilità; dall'altro le persone o i soggetti dotati di volontà e inclini all'appropriazione. A questa dinamica implacabile, spesso descritta con i toni dell'omiletica quando non dell'apocalittica, in cui il diritto

* Questo saggio riprende, con qualche modifica, il mio “*Perché non rendi poi quel che prometti allora?*” *Tecniche e ideologie della giuridificazione della natura*, in Yan THOMAS, Jacques CHIFFOLEAU, *L'istituzione della natura*, Macerata, Quodlibet, 2020, pp. 103-124.

** Maître de conférences de l'EHESS (LIER-FYT)

e le sue operazioni sono costretti nei panni degli esecutori materiali di un crimine aberrante, viene portato quale contro-prova un ormai classico bouquet di controesempi: le sentenze o le leggi che attribuiscono personalità giuridica a luoghi fisici (è il caso di fiumi e montagne in India; di un fiume e dei suoi dintorni in Nuova Zelanda) o la costituzionalizzazione della natura *sans phrase* (è il caso citatissimo della Costituzione ecuadoriana del 2008 che riconosce lo statuto di soggetto di diritto alla Pachamama). Se il peccato originale commesso dal diritto ai danni della natura è quindi quello di avere separato gli esseri in cose e persone, soggetti e oggetti, allora l'antidoto dovrebbe necessariamente risiedere in una conversione e diversa distribuzione delle classi; e la natura, da rappresentante esemplare di cosa e oggetto, dovrebbe conoscere finalmente gli agi e i fasti della personalità e della soggettività giuridica¹.

Questo spartito tanto monotono ha assunto il carattere di una vera e propria ideologia. Le scienze sociali, genericamente disinteressate alle operazioni e alle tecniche giuridiche, trovano in questo *récit* moralizzante un doppio riscatto: da un lato si autorizzano nella loro prestazione critica, recuperando la natura alle scienze "umane"; dall'altro possono identificare nel "diritto" un nemico anonimo e totipotente, rappresentante assoluto delle peggiori nequizie inflitte ai danni della natura (un nemico – sia detto per inciso – particolarmente allettante allorché il Capitale perde punti e la questione ecologica sembra, nel campo della teoria, fare l'economia del conflitto di classe). Questo doppio movimento non fa però altro che testimoniare contro le intenzioni che lo animano fino al punto di disdirle. Nella crociata intrapresa dalle scienze sociali in nome e per conto della natura (persona, soggetto) contro il diritto reo di "cosificarla" e oggettivarla ciò che si produce è nient'altro che un parossismo del naturalismo e un'iperbole dell'antropocentrismo. La grande narrazione ecologica finisce cioè per "naturalizzare" gli stessi concetti – soggetto e oggetto,

1. Per una recentissima messa a punto su storia e dogmatica della persona giuridica e del soggetto di diritto alla luce dei progetti di giuridificazione della natura si veda Rodrigo MÍGUEZ NÚÑEZ, *Le avventure del soggetto. Contributo teorico-comparativo sulle nuove forme di soggettività giuridica*, Milano-Udine, Mimesis, 2018, a cui rimando anche per la bibliografia di riferimento sul dibattito.

persona e cosa – che pretenderebbe di disfare assumendone pacificamente l'apparente gradiente morale e senza il benché minimo tentativo di metterlo sotto cauzione. La preferibilità morale dell'essere soggetto contro l'indegnità della cosificazione è assunta al primo grado; nulla del carattere storico e operativo della distinzione viene chiamato in causa: si tratta semplicemente di estendere l'area di vigenza delle categorie e lasciare che certe "cose" o taluni "oggetti" possano accedere alla soglia di soggetti e persone guadagnandone così i titoli e le prerogative. Come se l'abbinamento di queste ultime con una maggiore protezione giuridica e una più elevata moralità fosse un carattere proprio delle categorie e non già il ricercato effetto della loro istituzione polare e polemica. L'idea cioè che si tratti di deporre la dicotomia stessa e non già di farla lavorare altrimenti in virtù di discutibili abracadabra dialettici non è neppure presa in considerazione.

L'antropocentrismo e il naturalismo che governano non troppo segretamente la separazione delle cose dalle persone e dei soggetti dagli oggetti è paradossalmente irrobustito e confermato proprio da quanti immaginano che fare di un fiume una persona sia la soluzione preferibile ai fini di una sua più efficace tutela giuridica. L'idea secondo la quale a un essere sia sufficiente trascorrere da un ripiano all'altro della topica ontologica per trasvalutarsi è allo stesso tempo miope e velleitaria. Finché non si metterà in discussione la struttura stessa della topica – e non già le sue interne articolazioni – si continuerà a giocare un inesausto, e fatalmente frustrante, gioco a somma zero che se potrà offrire qualche consolazione morale certamente non garantisce nessuna effettività agli esiti di queste manovre puramente metafisiche. Ciò per cui varrebbe la pena adoperarsi – e che questo saggio comincia appena a impostare – è un riposizionamento del dibattito su un piano squisitamente tecnico. In questo caso, e contro ogni attesa, il diritto potrebbe rivelarsi l'alleato migliore e dotato di più numerose e sofisticate risorse per una situazione del problema che non finisca paradossalmente per confermare quegli assunti che ci si proponeva di combattere. Va da sé, ogni manovra giuridica è essa stessa imbevuta di ideologia e ogni decisione è partigiana di un interesse. Non è quindi in ballo la partita della neutralità di una tecnica contro il conflitto delle morali. Molto più

sobriamente si tratta di offrire argomenti tecnici capaci di rispondere a quel singolare effetto di eterogenesi dei fini con il quale le scienze sociali e l'ecologia, una volta alle prese con la "natura", non fanno che urtarsi.

2. Animismo giuridico

Una delle premesse maggiori dell'argomento ecologico, da cui si fanno derivare poi le più divergenti conclusioni, è che la più scottante posta in gioco dell'antropocene sia quella di immaginare le astuzie per fare entrare la natura nel mondo del diritto. Che questi escamotage si chiamino "persona" o "soggetto" è secondario. L'idea di partenza descrive un campo polare: il diritto, da un lato, e la natura, dall'altro. Ma questa relazione disgiuntiva e di pura esteriorità è un effetto di chimera prodotto dalle stesse scienze sociali. Un'impostazione genuinamente tecnica e non metafisica della questione garantisce un immediato guadagno. Un'analisi giuridica della natura impone infatti un'immagine radicalmente alternativa: quella di una relazione di implicazione tra "natura" e "diritto" interna alle stesse operazioni giuridiche capaci di istituirla. Reimpaginata giuridicamente, quella che – sul calco della venerabile dicotomia natura-cultura – aveva l'apparenza della più coriacea delle opposizioni, si scioglie in una articolazione puramente tecnica – ancorché dipolare – inerente al medesimo discorso. Per dirla altrimenti: la "natura" è essa stessa un "artificio", prodotta e mobilitata dal discorso dei giuristi con l'obiettivo di compiere manovre giuridiche specifiche. La natura non è dunque l'altro per eccellenza dal diritto – il suo fuori, il suo oltre, il suo "contro" – quanto piuttosto una finzione tecnica, una costruzione pratica, puntualmente schierata dai giuristi per operare sulla distribuzione e la composizione degli esseri. Essa è perciò già da sempre inclusa – anche e spesso nella forma dell'eccezione – nel discorso giuridico che la produce.

La giuridicità di una "natura" non pregiudicata da argomenti metafisici è una delle più straordinarie intuizioni formali del diritto civile romano. Secondo la lezione di Yan Thomas è proprio attorno alla genesi naturale del diritto che si consuma uno strappo tra la tradizione filosofica e il

sapere giuridico². Che l'autonomia del diritto coincida con un reimpiego originale di alcune tecniche filosofiche è fin troppo noto. Qui si tratta piuttosto della revisione di un *topos*: la natura come fonte – tanto in senso genetico che normativo – del diritto. I giuristi, diversamente dai filosofi, non concederanno nessun credito a questa ipotesi. Al contrario: la natura – lungi dall'essere gerarchicamente sovraordinata al diritto – funzionerà come espediente per estenderne la vigenza e la capacità ordinativa. Come scrive Thomas: «Le traitement juridique du droit naturel montre que la transcendance n'est pas une dimension dans laquelle les juristes de Rome aient inscrit leurs normes»³. Se la trascendenza non ha concorso a nutrire la topologia del rapporto tra diritto e natura a Roma allora, benché eccepita, essa è sempre co-estensiva al diritto che la evoca puntualmente mettendola al lavoro nella soluzione di casi: la natura fa ordine nel discorso del diritto, partecipando alla distribuzione degli esseri e alla composizione dei collettivi. Essa è perciò piuttosto l'esito che non la condizione delle operazioni giuridiche che la invocano.

L'idea secondo la quale la natura sia essa stessa istituita giuridicamente milita contro quelle ipotesi che – proprio con l'intenzione di valorizzarla – altro non fanno che “naturalizzarla” ulteriormente⁴. È il caso, in teoria della proprietà, del “Progressive property collective”⁵: la difesa di un approccio pluralista al diritto di proprietà e l'avanzamento di argomenti in difesa della sua funzione sociale sono ancorati a un naturalismo di vaga ascendenza aristotelica che attribuisce alla “natura” – e dunque specialmente alla terra – un carattere intrinsecamente obbligante. Principi di equità o di più giusta distribuzione delle risorse non sono

2. Cfr. Yan THOMAS, *L'institution juridique de la nature. Remarques sur la casuistique du droit naturel à Rome*, in ID., *Les opérations du droit*, Paris, EHESS-Seuil-Gallimard, 2011, pp. 21-40.

3. *Ivi*, pp. 25-26.

4. Il cui più intelligente fustigatore è senz'altro William CRONON, *The Trouble with Wilderness; Or, Getting Back to the Wrong Nature*, in ID. (ed.), *Uncommon Ground: Rethinking the Human Place in Nature*, New York, W.W. Norton & Co., 1995, pp. 69-90.

5. Cfr. Gregory S. ALEXANDER, *et al.*, *A Statement of Progressive Property*, «Cornell Law Review», 2009, vol. 94, pp. 743-744; ID., *Pluralism and Property*, «Fordham Law Review», 2011, vol. 80, pp. 1017-1052; Eduardo PEÑALVER, *Land Virtues*, «Cornell Law Review», 2009, vol. 94, pp. 820-888.

cioè argomenti politici che il diritto può tecnicamente vestire con i suoi abiti formali ma caratteri propri dei beni, che detteranno – silenziosamente, c'è da credere – i loro stessi regimi giuridici. L'attribuzione di una speciale virtù a un bene è un modo come un altro per procedere alla sua – qui soltanto metaforica – accessione al campo della personalità: essa non può essere appropriata privatamente poiché implicherebbe, “naturalmente”, un carattere sociale o comune, che la destina a una regolazione giuridica alternativa a quella della proprietà privata esclusiva. La natura sopporta insomma, anche giuridicamente, processi di romanticizzazione, naturalizzazione e ontologizzazione⁶: alla “natura”, a un oggetto o a un bene, è attribuita una normatività intrinsecamente positiva, o una qualità morale, capace di avere effetti di conformazione sul diritto di proprietà. In simili argomenti – che non casualmente investono i diritti reali – è nuovamente al lavoro quella moralizzazione implicita del rapporto tra cose e persone, oggetti e soggetti: moralizzare la natura, rivestire un bene di un carattere intrinsecamente sociale vuol dire “vestirlo” con una dignità che non gli competerebbe, sottrarlo cioè a quello statuto di cosa che lo destinerebbe altrimenti all'appropriazione privata esclusiva. Il protocollo è sempre lo stesso: non si lavora a smontare l'infrastruttura logica che permette alla distinzione tra persone e cose, soggetti e oggetti, di alimentarsi e mantenersi in vita, ma si procede a una operazione di restauro ontologico; le cose sono promosse a persone oppure a esse vengono attribuiti caratteri e prestate proprietà tipicamente appartenenti al dominio dei soggetti, come se queste fossero già iscritte e prescritte nella “natura” stessa di questi ultimi e non già l'effetto della loro posizione nella dicotomia che dalle prime li separa. Il moralismo pregiudica una volta di più la tecnica e invece di avvicinare la soluzione la allontana, avvolgendola in una nebbia troppo spesso dotata di un distinguibile carattere reazionario.

È sorprendentemente proprio il diritto di proprietà a fornire la riserva più nutrita di modi alternativi di trattare la “natura” – i beni – a dispetto di quella dicotomia tra cosa e persona, tra soggetto e oggetto, che ci intestardiamo

6. Tentazione da cui non è esente il volume di Sarah VANUXEM, *La propriété de la terre*, Marseille, Wildproject, 2018.

a considerare come il suo prodotto più tipico. L'indebitato investimento sulle operazioni giuridiche che permettono a un ente di trascorrere dall'una all'altra delle categorie induce a un diffusissimo moralismo della cosificazione⁷: ridurre qualcosa al rango di merce è infatti considerata la più esecrabile delle azioni. Se sottoponessimo questo giudizio morale a un'illuminazione giuridica ne ricaveremmo ben altre informazioni. Nella storia del diritto civile, la patrimonializzazione è stata usata innumerevoli volte come escamotage al fine di imputare diritti⁸. Vale a dire che è proprio l'operazione inversa a quella che moralmente appare la più blasonata (e in effetti evocata quando le scienze sociali fanno entrare la natura nel cono di luce del diritto) – cioè la personificazione – a permettere di conquistare tutele giuridicamente più robuste. Contrariamente a quanto presumiamo, la patrimonializzazione non condanna qualcosa a degradarsi allo stato di passivo oggetto di appropriazione ma può al contrario essere il più efficace schema di attribuzione di diritti. La trasformazione in una cosa, in un oggetto o in un bene è spesso giuridicamente assai più efficace – in termini di tutela – che la scelta di imboccare la via inversa e “promuoverla” al grado di persona. L'indisponibilità – categoria chiave di un diritto dei beni non ordinato all'egemonia del diritto di proprietà – è stata più spesso l'effetto della patrimonializzazione di una persona che non della personificazione di una cosa⁹.

Anche l'opposizione tra personificazione e patrimonializzazione si stempera alla luce di una lettura che investe meno sulla moralità intrinseca – o sui presunti caratteri ontologici – dei poli di una relazione immaginata come autoevidente e statica e assai più sulle operazioni tecniche capaci di conseguire risultati e obiettivi specifici. L'una tecnica e l'altra si equivalgono giuridicamente e saranno quindi da giudicare non già in virtù della loro preferibilità morale quanto piuttosto della loro performance funzionale. Il for-

7. Su cui ha scritto pagine importanti Emanuele COCCIA, *Le Bien dans le choses*, Paris, Payot et Rivages, 2013.

8. Cfr. Yan THOMAS, *Le sujet de droit, la personne et la nature*, «Le Débat», 1998, vol. 3, n. 100, specialmente le pp. 92-97.

9. È questo un tema centrale di tutta l'opera di Yan Thomas, basti pensare a Id., *Il valore delle cose*, Macerata, Quodlibet, 2015.

sennato, e tecnicamente ingiustificato, investimento sulla personificazione della natura come via regia alla sua tutela si dimostra a conti fatti un'operazione che, facendo della natura un essere monolitico e identificato da sue tipiche proprietà ontologiche, naturalizza la stessa dicotomia tra soggetto e oggetto, cose e persone, che quel medesimo gesto di "promozione" o "elevazione" si proponeva di contestare. Cose e persone, soggetti e oggetti, non sono ritagli discreti dell'essere, ma posizionamenti continui del discorso. È perciò che considerarli moralmente pregiudicati (per il bene i soggetti e le persone, per il male le cose e gli oggetti) significa renderli indisponibili alle operazioni giuridiche che possono lasciarli trascorrere da un capo all'altro della dicotomia secondo criteri che sono squisitamente logici e niente affatto ontologici. L'animismo – qualche millennio prima che al fiume Whanganui fosse riconosciuto lo statuto di persona giuridica – è una delle prestazioni più tipiche del diritto civile¹⁰.

3. Dai soggetti (e gli oggetti) agli assemblaggi

135

La celebre ricerca che Riccardo Orestano ha dedicato alle persone giuridiche in diritto romano custodisce un capitolo decisivo per la storia della demoralizzazione della personificazione¹¹. L'indagine consacrata alle imputazioni materiali nel diritto civile classico è esemplare di questa possibilità – in puntuale contrappunto alle strategie argomentative della "progressive property" – di risalire dai tipi di appartenenza alle posizioni di imputazione. Orestano oppone alla più tipica soluzione soggettivistica delle relazioni di appartenenza – qualcosa è di qualcuno – una serie di esperienze apocriefe che contraddicono un modello di concepire l'appartenenza che è più il frutto dei pregiudizi degli interpreti che non l'autentico messaggio dei testi. L'inchiesta di Orestano ha un merito ulteriore: allorché si rende

10. Cfr. Marie-Angèle HERMITTE, *Artificialisation de la nature et droit(s) du vivant*, in Philippe DESCOLA (dir.), *Les Natures en question*, Paris, Odile Jacob-Collège de France, 2018, pp. 257-254; EAD., *L'intérêt d'une constitutionnalisation des normes relatives au vivant*, in Xavier BIOY (dir.), *Droits constitutionnels du vivant. Approches comparées de nouveaux objets constitutionnels : bioéthique et environnement*, Paris, Mare & Martin, 2019, p. 21 ss.

11. Riccardo ORESTANO, *Il "problema delle persone giuridiche" in diritto romano. I*, Torino, Giappichelli, 1968.

possibile pensare l'appartenenza fuori dallo schema grammaticale della specificazione – un oggetto di un soggetto – è anche lo stesso soggetto (o la persona) a uscirne profondamente stravolto. Il suo carattere di unicità, di individualità, di generalità e di totalità dovrà essere radicalmente rivisitato. Ma andiamo per gradi. Secondo Orestano sono esistite a Roma relazioni giuridiche di interesse non meramente privato che non solo non rispondevano allo schema classico dell'appartenenza, ma che erano imputabili a qualcosa di diverso da un soggetto unitario (che fosse il popolo o il principe). In questi casi – si tratta perlopiù di luoghi e di spazi fisici – l'appartenenza pubblica o l'interesse generale investe non già un soggetto unico ma i singoli componenti di esso, i quali, conseguentemente, più che proprietari del bene, ne sono piuttosto gli utenti. Si tratta cioè di situazioni di appartenenza in cui è assente un soggetto unico cui imputarla. Chiaramente, di fronte al loro evidente stravolgimento, continuare a impiegare le categorie di appartenenza e di imputazione nel senso che ci è oggi familiare è un semplice ripiego; sono esse stesse a essere messe in crisi dal tipo di relazione che dovrebbero descrivere.

Orestano ritiene di poter classificare queste relazioni secondo tre generalissime figure. La prima prevede una interpretazione oggettiva della situazione: il bene non è cioè soggettivamente imputato a un proprietario ma oggettivamente reso disponibile all'uso di tutti. Lo schema giuridico che sostiene questa situazione è quello di una tutela amministrativa. Se è la destinazione – e non la titolarità – a determinare il regime giuridico del bene, allora una magistratura avrà l'incarico di garantirla in nome e per conto della sua utenza. La seconda soluzione, al contrario, investe direttamente la titolarità, al solo fine, tuttavia, di diffonderla e moltiplicarla: non c'è in questo caso un proprietario al singolare – un soggetto proprietario definito – ma un movimento che soggettivizza l'oggettività dell'uso. Si tratta in altre parole di un'appartenenza diffusa o polverizzata: tutti e ciascuno dei *cives* sono proprietari di un bene senza che ciò li trasformi in un soggetto unitario cui la situazione sarebbe da imputarsi nella sua totalità. Il terzo caso è forse quello più esotico. Esso comprende quelle situazioni di appartenenza in cui sono le cose stesse a essere considerate centri di imputazione. I luoghi dunque possono essere proprietari

di altri luoghi¹². È il territorio stesso che – senza bisogno di diventare una persona e in virtù di una operazione tecnica – diviene punto di riferimento e centro di imputazione delle relazioni che lo riguardano. Il parossismo è elevato: la tutela di un territorio non è più assegnata a un soggetto, ma è essa stessa titolare della situazione di appartenenza che lo concerne.

Questa serie di casi – è lo stesso Orestano a scriverlo – non ha nulla a che spartire con l'idea di soggetto di diritto: situazioni simili non si lasciano antropomorfizzare, entificare né personalizzare: «Ciò che caratterizza questo tipo di imputazioni è proprio la mancanza di ogni elemento di “soggettività” in senso moderno. Esse emergono da una considerazione puramente oggettiva, che fa assumere le cose stesse a punto di riferimento di relazioni giuridiche, senza implicare alcun elemento di “capacità”, di “personalità” o di “soggettività”»¹³. Non soltanto le situazioni di appartenenza si confessano governate più dalla funzione che dalla titolarità¹⁴, ma esse sono imputabili a quanto – le cose – la famigerata *divisio* avrebbe condannato a essere null'altro che il polo passivo di una situazione di cui si trovano a essere inopinatamente i soggetti (ammesso, tra l'altro, che continuare a impiegare questi termini e quello schema abbia ancora un qualche residuo di plausibilità). Cose proprietarie o cose titolari di altre cose vuol dire quindi: trasformazione del rapporto di appartenenza, sovversione del primato “soggettivo” sulla relazione e infine, e forse

12. Cfr. ID., *L'assimilazione canonistica degli enti ecclesiastici ai pupilli e la sua derivazione romanistica*, in *Études d'histoire du droit canonique dédiées à Gabriel Le Bras*, I, Paris, Sirey, 1965, pp. 1353-1357. Sulla celebre e sfortunata ipotesi di imputare diritti e attribuire beni a luoghi sacri, formulata nel XII secolo da Mosè da Ravenna, si vedano ENNIO CORTESE, *Per la storia di una teoria dell'arcivescovo Mosè di Ravenna (m. 1154) sulla proprietà ecclesiastica*, in Stephan KUTTNER, Kenneth PENNINGTON, (eds.), *Proceedings of the Fifth International Congress of Medieval Canon Law (Salamanca 1976)*, Città del Vaticano, Biblioteca Apostolica Vaticana, 1980, pp. 117-155; Emanuele CONTE, *Intorno a Mosè. Appunti sulla proprietà ecclesiastica prima e dopo l'età del diritto comune*, in Italo BIROCCHI, et al. (a cura di), *A Ennio Cortese*, Roma, Il cigno, 2001, I, pp. 345-367; Yan THOMAS, *L'extrême et l'ordinaire. Remarques sur le cas médiéval de la communauté disparue*, in Jean-Claude PASSERON, Jacques REVEL, (dir.), *Penser par cas*, Paris, Éditions de l'École des Hautes Études en Sciences Sociales, 2005, pp. 45-73, adesso anche in ID., *Les opérations du droit*, cit., pp. 207-237.

13. ORESTANO, *Il “problema”*, cit., p. 318.

14. Inutile ricordare che è questa la differenza specifica dei beni comuni. Cfr. Ugo MATTEI, *Proprietà (nuove forme di)*, in *Enciclopedia del diritto. Annali V*, Milano, Giuffrè, 2012, pp. 1117-1132.

soprattutto, possibilità di configurare giuridicamente una pluralità o un assemblaggio di cose.

4. Aldilà del diritto soggettivo

Si potrebbe considerare quella finora svolta poco più che una premessa. La questione dell'assemblaggio – la possibilità cioè di far entrare in diritto un puro molteplice che non è né soggetto né oggetto, né cosa né persona, ma che, soprattutto, *non è un individuo* – impone una rettifica complessiva dei termini del dibattito per come li abbiamo finora conosciuti. Alla luce di una lettura squisitamente tecnica della presunta opposizione tra “diritto” e “natura” ciò che occorre mettere fuori gioco sono, da un lato, la doppia coppia oppositiva cosa-persona e soggetto-oggetto, e, dall'altro, l'idea stessa di una “natura”, considerata come oggetto o soggetto, cosa o persona, *à part entière*. Procediamo con ordine. Se il diritto romano, nella sua operatività concreta, nell'artigianale prassi casuistica, non ha considerato la famigerata *summa divisio* come una descrizione ontologica delle cose del mondo, ma come un insieme graduale di posizionamenti interni al discorso giuridico, è perché l'ontologizzazione e la moralizzazione della dicotomia sono il frutto di una sovrascrittura moderna¹⁵. L'operatore di questa reimpaginazione, capace di tradurre una questione di carattere logico in una realtà di natura ontologica, è il diritto soggettivo. Di più: *la separazione tra soggetto e oggetto, tra cose e persone, è l'apparenza dialettica della forma logica del diritto soggettivo*.

Quello che deve interessare quante e quanti sono preoccupati di una efficace tutela della “natura” non è quindi tanto il suo carattere di cosa o persona, la sua promozione a soggetto o l'insieme di operazioni che permettono di riscattarla da quella passività che inerebbe naturalmente allo statuto di oggetto giuridico. Non sono cioè i poli della dicotomia a rendere tanto faticoso il trattamento giuridico della “natura”. Ciò che vi si oppone strenuamente è l'infrastruttura o l'alimento della dicotomia: il diritto soggettivo. Ma, come si diceva, per riconoscere davvero il carattere

15. Cfr. Yan THOMAS, *Res, chose et patrimoine (Note sur le rapport sujet-objet en droit romain)*, «Archives de Philosophie du Droit», 1980, n. 25, pp. 413-426.

logico e tecnico di questo ostacolo non è soltanto della apparente centralità della dicotomia cose-persone, o soggetto-oggetto, che occorre sbarazzarsi, ma anche dell'idea che ciò che si tratta di giuridificare sia qualcosa come la "natura" in quanto tale. Dovrebbe ormai essere chiaro: "natura" è un nome che non fa altro che sanzionare l'effetto che della dicotomia si cerca di scongiurare; che vi siano cioè oggetti inerti, cose appropriabili da un lato, e soggetti proprietari o persone morali dall'altro. Continuare, in diritto, a parlare di "natura" equivale, analiticamente, a riprodurre l'effetto della dicotomia e a rendere lo spettro delle soluzioni tecniche sempre più angusto. Il caso della personificazione è in questo senso esemplare: sia il caso di un qualunque ente "naturale" (un fiume, una montagna) cui si attribuisca lo statuto di persona o di soggetto di diritto. Ideologicamente questa trasmutazione alchemica consentirà forse una speciale "valorizzazione" di questi luoghi; tecnicamente si sarà soltanto prodotto un montaggio governato dalla tecnica della rappresentanza: andranno cioè individuati i soggetti di diritto titolati a parlare – e ad agire in giudizio e a tutela – di quella "persona" o di quel soggetto di diritto. Come si vede l'effetto è soprattutto simbolico. Non per questo trascurabile, ma certamente, da un punto di vista tecnico, meno che risolutivo: la dicotomia soggetto-oggetto, cosa-persona si troverà puntualmente confermata, quando, per poter rappresentare la "persona" montagna o fiume, si farà ricorso a un'altra persona, vicaria o rappresentante di quella. Che la montagna e il fiume guadagnino il rango di persone o siano destinati a rimanere cose, che siano riconosciuti nel novero dei soggetti oppure "ridotti" a semplici oggetti, lo schema rappresentativo, e insieme con lui quello dicotomico, è puntualmente confermato. Quando al riconoscimento dei diritti non si accompagnano le tecniche del loro esercizio, l'impasse è destinata a riprodursi e riproporsi.

La situazione comincerà ad apparire meno ingarbugliata soltanto allorché distribuiremo le parti in commedia su un piano genuinamente tecnico e attribuiremo a ciascuna di esse un nome più conveniente. Se quello della personificazione della natura è un falso problema è anche perché esso è in buona misura già risolto. Ciò che resta da pensare è, al contrario, *come fare entrare le non persone* – il molteplici, i collettivi non entificati, gli assemblaggi, gli ibridi – in

diritto. Un problema che si pone non per motivi morali o ideologici, ma squisitamente tecnici. Si pensi al danno ambientale. Come determinare la parte del colpevole e quella della vittima in situazioni in cui cose e persone, oggetti e soggetti si mescolano e si indeterminano senza posa? L'impossibilità di determinare imputabilità e causalità non dipende certamente dalla natura di oggetto o soggetto, di cosa o di persona (un fiume, un gruppo di abitanti che su quel fiume abitano, una fabbrica che produce materiali forse tossici stabilita nelle vicinanze, i materiali tossici stessi) dei protagonisti della scena del danno; essa discende integralmente dall'interdetto di considerare giuridicamente capace qualcosa che non è – meglio: che non ha la forma logica di – un individuo. Non è la natura, non sono le cose o gli oggetti – e massimamente la loro confusione – a trovare sbarrata la strada dei tribunali; e non è neppure il mancato riconoscimento a essi del blasone della persona giuridica o dei galloni del soggetto di diritto. È il molteplice, l'assemblaggio, l'evento e il concorso di cause a vedersi inibito l'accesso al discorso giuridico moderno: essi contraddicono la forma logica del diritto soggettivo – l'individualità – e restano perciò giuridicamente intrattabili. Il diritto soggettivo nomina nel diritto privato moderno il bando del molteplice e la necessaria riduzione logica degli attori di una scena giuridica alla grammatica dell'Uno. Cose o persone, soggetti o oggetti, c'entrano fino a un certo punto: il *clivage* separa innanzitutto l'uno dal molteplice¹⁶.

L'intera questione può dunque essere riformulata una volta di più. Se non vale la pena di considerare la distinzione tra persone e cose, oggetti e soggetti, come l'obiettivo polemico principale quando si ha come scopo la giuridificazione della natura è perché queste posizioni si sono rivelate delle pure disposizioni tecniche, dei meri effetti di manovre giuridiche: se una cosa può essere titolare di diritti, non c'è ragione di credere che sarebbe meglio – più degno, più civile, più razionale – trasformarla in una persona. Una volta stabilito che il problema non risiede nella personificazione

16. Su questo tema mi permetto di rimandare ai miei Michele SPANÒ, *Making the Multiple: Toward a Trans-Subjective Private Law*, «South Atlantic Quarterly», 2019, vol. 118, n. 4, pp. 839-855; ID., *Più d'Uno. La class action tra "tortificazione" del diritto civile e tramonto del diritto soggettivo*, «Parolechiave», 2018, n. 2, pp. 149-164.

o nell'attribuzione dello statuto di soggetto di diritto, occorre spostare radicalmente il fuoco dell'analisi. Il diritto non ha nessuna difficoltà a rendere le cose titolari di beni, a scambiarle di posto con le persone; ciò che gli è inibito – al contrario – è il trattamento dei collettivi non entificati, degli assemblaggi, delle forme di vita in cui cose e persone, soggetti e oggetti, organico e inorganico, astratto e concreto, si confondono e si indeterminano. La questione va posta quindi tecnicamente e non più ideologicamente, logicamente e non ontologicamente: non è la “natura” a non entrare in diritto perché il fiume è una “cosa” e la foresta è un “oggetto”; un fiume e una foresta non entrano *in quanto tali* in diritto – a meno, appunto, di essere *indifferentemente* personificate o patrimonializzate – perché sono una figura del molteplice, un assemblaggio, una mescola, un'assemblea di esseri eterogenei e plurali, fundamentalmente irriducibili alla metrica dell'unità e dell'individualità che è l'unica forma logica ammessa dal dispositivo del diritto soggettivo che presiede alla soglia della giuridicità. Come ha suggerito Philippe Descola, «il faut imaginer que puissent être représentés non pas des êtres en tant que tels – des humains, des Etats, des chimpanzés ou des multinationales; mais bien des écosystèmes, c'est-à-dire des rapports d'un certain type entre des êtres localisés dans des espaces plus ou moins vastes, des milieux de vie donc, quelle que soit leur nature: des bassins-versants, des massif montagneux, des villes, des littoraux, des quartiers, des zones écologiquement sensibles, des mers, etc.»¹⁷.

141

Descola, insomma, riconosce, pur senza dichiararlo, che se il diritto è capace di distinguere cose e persone, oggetti e soggetti, ma non eco-sistemi (o assemblaggi o *milieux*) è perché il dispositivo del diritto soggettivo accetta solo sostanze e mai relazioni, identità e non posizioni, qualità e non attributi; perché, cioè, in altre parole, il diritto moderno è governato da parte a parte dal diritto soggettivo e dalla forma dell'individualità con cui esso decide ogni schema di tutela giuridica. Non è quindi la “natura” a intrattenere un rapporto turbolento con il diritto, ma tutto quanto non sia

17. Philippe DESCOLA, *Humain, trop humain*, «Esprit», 2015, vol. 420, n. 12, p. 21.

riducibile alla misura del rapporto obbligatorio e alla forma del diritto soggettivo.

5. Agire e riparare. I collettivi non entificati e la procedura

Una volta riconosciuto nel diritto soggettivo il vero ostacolo all'ingresso di collettivi non entificati nel diritto, ed essendoci così lasciati alle spalle tanto la questione della dicotomia soggetto-oggetto quanto quella della "natura", non resta che segnalare quelle risorse giuridiche che potrebbero permettere una soluzione tecnica a questo sbarramento. Se risaliamo alla ormai molte volte richiamata *summa divisio* ci accorgeremo che la sua formula subisce troppo spesso una singolare censura, un distratto, ma non meno colpevole, sforbiciamento. Non di sole cose e persone sarebbe infatti costituito il diritto, ma anche – *tertium datur* – di azioni. L'oblio a cui sono andate incontro le procedure è certamente singolare; è infatti proprio questo lo spazio di articolazione tra diritti e interessi in cui l'apparentemente intransitabile logica individualista presidiata dal diritto soggettivo sembra disponibile a essere negoziata. Lo spazio delle tutele e dei rimedi è quello in cui le posizioni soggettive di vantaggio si lasciano definire e almeno virtualmente configurare dalla qualità degli interessi in gioco. La titolarità e l'azionabilità, il riconoscimento di un diritto e il suo esercizio, accorciano le distanze che sembrano separarli e consentono di pensare – basti il caso degli interessi diffusi – a una metrica della tutela processuale esonerata dal primato del diritto soggettivo.

Christopher Stone è l'autore di uno dei saggi che più ha contribuito a reimpostare i termini del dibattito sui diritti della natura¹⁸. La sua intuizione fondamentale – che è anche quella di Marie-Angèle Hermitte¹⁹ – è aver riconosciuto nella "personificazione procedurale" la strada

18. Cito il celeberrimo *Should Trees Have Standing? Toward Legal Rights for Natural Objects*, «Southern California Law Review», 1972, vol. 45, pp. 450-501, nella recente edizione francese in volume, preceduta da un'importante introduzione di Catherine Larrère: Christopher STONE, *Les arbres doivent-ils pouvoir plaider ?*, Lyon, Le passager clandestin, 2017.

19. Cfr. Marie-Angèle HERMITTE, *La nature, sujet de droit ?*, «Annales. Histoire, Sciences Sociales», 2011, vol. 66, n. 1, spec.pp. 197-210.

più promettente da battere per tutelare gli oggetti naturali. Ancora una volta quindi il sostanzialismo così tipico della dicotomia soggetto-oggetto, persone-cose, è tagliato sagittalmente dall'azione. Un approccio procedurale ha un effetto meta-giuridico sulla disposizione dei termini in gioco: a guadagnare il centro della scena, a discapito dei diritti, saranno conseguentemente gli interessi e saranno necessariamente questi ultimi a dettare la qualità soggettiva degli attori (cose e persone, soggetti e oggetti) abilitati ad adire una corte perché un danno (il cui carattere patrimoniale è meno che evidente) possa essere riparato. I celebri "vantaggi procedurali"²⁰ sciorinati da Stone – possibilità di agire in giudizio a proprio nome, riconoscimento di un danno specifico, riparazione del danno a proprio esclusivo vantaggio – non riguardano quindi la "natura", ma ogni collettivo (assemblaggio, milieu, ibrido) che non sia una persona, una forma-di-vita che componga un sistema di relazioni molteplici. Lo stesso Stone deve riconoscere che la questione dell'attribuzione dello statuto di soggetto giuridico a un oggetto naturale è in qualche misura secondario rispetto all'invenzione di manovre procedurali capaci di schivare la presa del diritto soggettivo e la patrimonializzazione del danno. La responsabilità civile è insomma quello spazio giuridico in cui hanno occasione di venire a giorno tanto le impasse del diritto soggettivo quanto le piste che occorre percorrere per venirne finalmente a capo. Qualità degli attori titolati ad agire (la possibilità che essi non siano necessariamente persone), natura del danno (la possibilità che esso non sia necessariamente patrimoniale), forme della riparazione (la possibilità di istituire un beneficiario o fiduciario impersonale): sono i tre nodi tecnici da sciogliere. Ciò che non smette di costituire un problema è quel "nome *proprio*" che dovrebbe agire in giudizio. Esso è, infatti, il nome del modo in cui il molteplice può o non può essere raccolto in una unità. La consistenza – sostanziale o puramente attributiva – di quel nome è l'oggetto di un ripensamento dello stesso carattere "soggettivo" – ovvero individuale – del diritto (ad agire). Alle persone (e alle cose) e ai diritti soggettivi si oppongono perciò le azioni e le tu-

20. STONE, *Les arbres*, cit., pp. 54-55.

tele: in esse e attraverso esse possono emergere – e trovare tutela – diritti senza soggetto.

Il giurista che più d'ogni altro si è impegnato a ordinare questo dossier è senz'altro René Demogue. Non soltanto ha censurato il carattere ideologico e moralistico di una discussione sul soggetto di diritto incapace di affrancarsi dall'idea di volontà e dunque di persona, ma ha indicato in quella di "interesse" (tutelato) la categoria più qualificata da opporle²¹. L'idea secondo cui l'interesse sia il vero e proprio "sostrato" della persona sovverte il suo primato (ideologico) e permette nuove operazioni (tecniche). La moltiplicazione dei centri di imputazione – dei soggetti di diritto – equivale all'emersione di diritti senza soggetto²² (o di interessi diffusi) e al potenziale riconoscimento di danni anonimi²³. Il soggetto di diritto è cioè null'altro che un centro (anonimo, impersonale) di interessi; un punto di imputazione che assembla e organizza un certo numero di diritti. La sovversione della logica del diritto soggettivo tocca qui uno dei suoi vertici e senza che vi sia nessun bisogno di convocare cose e persone, soggetti e oggetti. È il carattere individuale, individualista e individuante del diritto soggettivo a essere messo sotto cauzione: se il soggetto di diritto non è che un "centro di diritti"²⁴ allora potrà darsi il caso in cui esistano più soggetti per uno stesso diritto e che a esserne titolari siano soggetti indeterminati. La disarticolazione tra titolarità di un diritto soggettivo e capacità di agire in giudizio è operata rifiutando l'idea che ogni diritto debba avere un rappresentante; sicché è l'intera dialettica che articola il riconoscimento di posizioni soggettive di vantaggio alla loro azionabilità a girare a vuoto. Demogue è qui molto vicino a proporre qualcosa che oggi la teoria del diritto privato chiama "diritti trans-soggettivi"²⁵: la distinzione tra esercizio e godimento del diritto avviene a tutto vantaggio del primo,

21. René DEMOGUE, *La notion de sujet de droit. Caractère et conséquences*, Paris, Sirey, 1909.

22. Cfr. Riccardo ORESTANO, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto. Linee di una vicenda concettuale*, «Jus», 1960, vol. XI, pp. 1-48.

23. Cfr. Louis JOSSEMAND, *De la responsabilité du fait des choses inanimées*, Paris, A. Rousseau, 1897.

24. DEMOGUE, *La notion*, cit., p. 29.

25. Vedi almeno Pasquale FEMIA, *Il civile senso dell'autonomia*, «The Cardozo Electronic Law Bulletin», 2019, vol. 25, n. 1, spec. pp. 8-10; Christoph MENKE, *Kritik der Rechte*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2015; Andreas FISCHER-LESCANO, Hannah FRANZKI, Jo-

che ordina e fabbrica quindi anche le posizioni soggettive corrispondenti. Le tutele e gli interessi configurano i diritti al punto che non c'è nulla di logicamente cogente – ma molto di ideologicamente invadente – nel considerarne legittima una titolarità puramente individuale. L'effettività governa per intero il programma di ricerca di Demogue: se ogni diritto implica sempre un *titolare di esercizio* allora ogni interessato ha diritto di agire (anche solo perché sia designato un titolare dell'esercizio). La tutela civile dei diritti, ribaltando la gerarchia tra interessi e diritti, lascia finalmente immaginare l'accesso al diritto anche di un collettivo impersonale: la qualità e la configurazione del soggetto è infatti integralmente determinata dall'evento che lo implica²⁶.

Al regime del diritto soggettivo in cui soltanto un soggetto individuale può vedersi riconosciuta la capacità di tutelare i propri diritti si oppongono interessi adespoti, collettivi, anonimi o diffusi: essi polverizzano l'individualità della titolarità in un'infinita e molteplice distesa di modi d'essere, capacità e potenze di agire, assemblaggi e forme di vita in cui organico e inorganico, cose e persone, si indeterminano nella confusione e collusione di cause e di colpe, di danni, ingiustizie e torti. Un fiume, i suoi abitanti, la fabbrica poco distante, i prodotti tossici che essa produce, sono tutti potenziali sequenze di quell'assemblaggio, di quell'ibrido, di quell'attante²⁷ o di quell'attore che – impossibile da individuare – insorge e domanda tutela allorché un torto o un danno sia capace di istituirlo e comporlo. I diritti trans-soggettivi sono i contro-diritti del molteplice non personificato né patrimonializzato: non un soggetto dotato di diritti – *un soggetto di diritto perché dotato di diritti soggettivi* – ma una forma di vita che isola un fascio di interessi che non sono né particolari né generali, ma che, insorgendo, spezzano la forma logica dell'individuale e comandano una tutela all'altezza della loro morfologia.

han HORST (herausgegeben von), *Gegenrechte: Recht jenseits Subjekts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2018.

26. Ho difeso questa posizione in Michele SPANÒ, *Il comune rimedio. Un'apologia minima della tutela*, in Alessandra QUARTA, Michele SPANÒ (a cura di), *Beni Comuni 2.0. Controegemonia e nuove istituzioni*, Milano-Udine, Mimesis, 2016, pp. 133-144.

27. Cfr. Gunther TEUBNER, *Ibridi ed attanti. Attori collettivi ed enti non umani nella società e nel diritto*, Milano-Udine, Mimesis, 2015; Bruno LATOUR, *Reassembling the Social: An Introduction to Actor-Network-Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2005.

Soltanto imboccando questo sentiero – irto di ostacoli che sono indubbiamente più ideologici che tecnici – potremo forse lasciarci alle spalle una volta per tutte gli introvabili, e a conti fatti non così desiderabili, “diritti della natura” e riconoscere finalmente la natura per quello che (giuridicamente) è: l’evento che si produce ogni volta che il diritto decida di ripararla.

Introduction

147

L'appellation d'origine (AO) moderne est née en France et dans le Sud de l'Europe au début du XX^{ème} siècle, définie comme étant la dénomination d'un pays, d'une région ou d'une localité servant à désigner un produit qui en est originaire et dont la qualité ou les caractères sont dus au milieu géographique, comprenant des facteurs naturels et des facteurs humains¹. Elle a été étendue à toute l'Union Européenne (UE) en 1992², à côté du concept plus englobant et moins exigeant de l'indication géographique (IG), internationalisé dans tous les pays membres de l'Organisation Mondiale du Commerce en 1995 par l'Accord sur les aspects de droits de propriété intellectuelle touchant au commerce (ADPIC). L'IG identifie « un produit comme étant originaire du territoire d'un Membre, ou d'une ré-

* Chercheuse en droit au CIRAD (Centre de coopération internationale en recherche agronomique pour le développement), UMR Innovation, Montpellier, France.

1. Article L431-1 du Code de la Consommation.

2. La réglementation en vigueur actuellement est le Règlement (UE) n° 1151/2012 du 21 novembre 2012 relatif aux systèmes de qualité applicables aux produits agricoles et aux denrées alimentaires, ci-après dénommé règlement européen n° 1151/2012.

gion ou localité de ce territoire, dans les cas où une qualité, réputation ou autre caractéristique déterminée du produit peut être attribuée essentiellement à cette origine géographique »³. Ainsi les appellations d'origine ou indications géographiques⁴ Comté, Roquefort, Champagne, Parmigiano Reggiano, porcelaine de Limoges, pashminas du Cachemire, café de Colombie, thé Darjeeling, bœuf de Kobé, nuoc mam de Phú Quôc, poivres de Kampot ou de Penja désignent des produits réputés en raison de leur origine géographique incluant des facteurs humains et/ou naturels, codifiés dans un cahier des charges qui définit les caractéristiques du produit, le mode de production et l'aire géographique, et le lien entre le produit et son origine géographique. Depuis l'accord APDIC, de nombreux pays non-européens ont adopté des réglementations et des politiques volontaristes de reconnaissance des IG pour valoriser leur patrimoine agricole, alimentaire et artisanal. En 2018, l'association oriGIN a recensé 8127 IG enregistrées au niveau mondial, dont 3836 en Europe et 3084 en Asie. Au niveau mondial, les offices nationaux de propriété intellectuelle ont notifié à l'OMPI l'enregistrement de 65 900 IG qui, toutefois, comprennent aussi les marques géographiques⁵.

Cette internationalisation des IG à travers le droit de la propriété intellectuelle pourrait inciter à croire que leur nature juridique est clarifiée en tant que droit de propriété intellectuelle sur un signe distinctif, à l'instar des marques, ici une dénomination d'un produit. Pourtant, la question semble loin d'être réglée, sa codification à travers le droit rural, que ce soit en France ou dans l'Union Européenne a toujours questionné la nature juridique de l'AO et ac-

3. Voir article 22.1 de l'accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle liés au commerce (ADPIC, ou TRIPS en anglais) de l'Organisation mondiale du Commerce (OMC). Ce même concept d'IG a été introduit dans le règlement communautaire de 1992. L'arrangement de Lisbonne concernant la protection des appellations d'origine et leur enregistrement international prévoyait déjà une protection internationale mais en 1995, limitée à 28 parties contractantes.

4. Dans la suite de cet article, les termes AO et IG recouvrent l'ensemble des définitions des réglementations françaises, y compris l'appellation d'origine contrôlée (AOC), européenne (appellation d'origine protégée, indication géographique protégée), internationale et des législations nationales citées.

5. Voir le communiqué de presse : https://wipo.int/pressroom/fr/articles/2019/article_0012.html.

tuellement, ce sont les pratiques dans les pays se dotant nouvellement de réglementations sur les IG qui mettent en lumière la nécessité de clarifier la nature et la fonction des IG. En effet, on observe la pratique croissante d'accoler, à côté de la désignation protégée comme IG, un logo spécifique audit produit, ou un logo national officiel destiné à être apposé sur tous les produits bénéficiant d'une IG dans ledit pays. Dans l'Union Européenne, l'utilisation d'un logo national officiel signalant que le produit est une IG (rouge pour l'AO et bleu pour l'IG), facultative lors de leur création en 1992, est devenue obligatoire en 2016. En Asie, tous les pays dotés de cadres juridiques spécifiques aux IG⁶ ont également un logo national, dont l'usage est réglementé par des dispositions spécifiques au sein de textes juridiques distincts de la réglementation sur les IG. Dernier exemple en date, le règlement relatif à la production, à l'utilisation et à la gestion du logo IG de l'Organisation Africaine de la Propriété Intellectuelle⁷ comprend 24 articles, créant un régime juridique fort détaillé en comparaison de l'annexe sur les IG de l'Accord de Bangui⁸.

Cette pratique, fort compréhensible à des fins de promotion auprès des consommateurs, peut à première vue apparaître comme la conséquence de l'influence des normes volontaires dont le respect est signalé par l'existence d'un logo, que ce soit l'agriculture biologique, le commerce équitable ou les autres labels de développement durable. Mais elle apparaît aussi être la résultante d'une compréhension erronée de la nature juridique de l'IG, Ainsi le principe d'octroi d'un monopole sur un nom géographique peut être perçu comme trop exclusif lorsque les producteurs n'ont pas été suffisamment associés à la démarche de protection du nom et donc à la nécessité de respecter le cahier des charges pour pouvoir l'utiliser. Par exemple, en Thaïlande, ne sont contrôlés avant commercialisation par les organismes en charge du contrôle et de la certification des produits ou dans les marchés par les autorités publiques en

6. Excepté le Vietnam.

7. Règlement relatif à la production, à l'utilisation et à la gestion du logo IG de l'Organisation africaine de la Propriété intellectuelle, 14 décembre 2015.

8. Accord relatif à la création d'une Organisation africaine de la Propriété intellectuelle, 2 mars 1977, révisé le 24 février 1999.

charge de la répression des fraudes que les produits qui utilisent le logo officiel national des IG⁹ ; en pratique, l'usage du nom objet de l'IG est laissé libre à tous les producteurs, y compris ceux qui ne respectent pas le cahier des charges. De même se développe au Vietnam la doctrine de n'interdire que les usages du logo spécifique du produit, qui est systématiquement compris dans la demande de protection de l'IG, à côté du nom objet de l'IG. Ici aussi, les usages du nom objet de l'IG sont laissés libres, ne faisant pas l'objet de droit exclusif¹⁰.

Cette pratique croissante et contraire à la loi qui prévoit effectivement la protection exclusive du nom, oblige à s'interroger : serait-ce une mauvaise compréhension de la nature juridique de l'IG, du fait en particulier de sa forte mobilisation par les pouvoirs publics qui répugneraient à exclure des producteurs qui ont été peu associés à la démarche d'enregistrement de l'IG ? Ces pratiques croissantes dans les différentes régions du monde au moment où l'internationalisation du concept est en voie d'achèvement incitent à réexaminer avec attention le régime juridique de l'AO et de l'IG pour affiner leur nature juridique et ainsi mieux appréhender la gouvernance et la protection associée à l'AO et l'IG. Nous allons ainsi tout d'abord questionner la nature de droit de propriété de l'IG, que nous pensons devoir rejeter au profit de la qualification de droit intellectuel d'usage (1). Etant hors de la propriété, le concept de chose commune permet d'affiner ce droit d'usage, qui est réglementé pour être au bénéfice d'une communauté d'utilisateurs restreinte (2). L'exclusivité du droit d'usage sanctionné par l'action en contrefaçon nous invite cependant à nous éloigner de la pure chose commune, pour envisager la nature juridique de l'AO/IG comme étant un démembrement de la catégorie de chose commune (3).

9. Art.1 point 5.1, *Department of Intellectual Property Regulation on Permission to Use the Thai Geographical Indication Logo*, B.E. 2551 (2008).

10. Position de l'Office national de la Propriété intellectuelle, exprimée notamment lors d'un séminaire sur les IG organisé par l'Office européen de la Propriété intellectuelle, 20 septembre 2019, Hanoi, Vietnam.

1. Un droit intellectuel d'usage

a) *Le rejet de la propriété, y compris intellectuelle*

L'internationalisation du concept d'AO/IG a toujours été opérée à travers le droit de la propriété intellectuelle. Ainsi, dès 1883, les indications de provenance font partie des droits entrant dans le champ de la Convention d'Union de Paris à laquelle se rattachent l'Arrangement de Lisbonne concernant la protection des appellations d'origine et leur enregistrement international de 1958, avant que l'Accord sur les ADPIC n'inclue un chapitre spécifique aux IG en 1994. Toutefois, au préalable, rappelons qu'en France, eu égard à sa codification multiple au sein du droit rural, du droit de la consommation et du droit de la propriété intellectuelle, d'autres qualifications de l'appellation d'origine ont pu être apportées par la doctrine française. En 1995, D. Denis rejette l'idée de valeur marchande de l'appellation d'origine qu'il qualifie d'« institution de droit public reconnue, contrôlée et protégée par les pouvoirs publics »¹¹. Il classe tout de même les appellations d'origine dans la catégorie des signes distinctifs, de qualité, alors que plusieurs auteurs dont S. Visse-Causse ont qualifié l'AO d'accessoire de la propriété foncière¹², un « droit réel d'usage à fin d'exploitation d'une dénomination issue d'un tènement et accessoire de la propriété foncière »¹³. Mais cette qualification doit être rejetée car l'appellation d'origine désigne « un produit et non pas une terre »¹⁴, et que les droits à une appellation, ne sauraient figurer en eux-mêmes parmi les droits attachés au fonds, et ne peuvent donc pas être cédés, ni figurer dans l'assiette du nantissement du fonds. De son

151

11. Dominique DENIS, *Appellation d'origine et indication de provenance*, Paris, Dalloz, 1995, p. 26.

12. Jacques VIVEZ, *Traité des appellations d'origine*, Paris, LGDJ, 1943, pp. 76-77 ; Robert TINLOT, François RONCIN, « Vers une définition moderne des produits d'origine », in INAO (dir.), *Le goût de l'origine*, Paris, Hachette, 2005, pp. 30-43.

13. Séverine VISSE-CAUSSE, *L'appellation d'origine : valorisation du terroir*, Paris, Adef - Association des Études foncières, 2005, p. 332.

14. Voir l'arrêt de la cour d'appel de Reims (Reims, ch. civ. sect. 1, 28 avr. 2008, Douge c/ INAO, JCP 2009. IV. 1557), qui, péremptoirement, énonce que « le droit à l'appellation ne constitue pas un droit acquis attaché aux parcelles en tant qu'accessoire du droit de propriété ». C. Le Goffic démontre très bien l'impossibilité d'une telle qualification, voir Caroline LE GOFFIC, *La protection des indications géographiques en France, en Europe et aux États-Unis*, Paris, Litec, 2009, p. 258 et suiv.

côté, L. Lorvellec considère que « l'appellation d'origine est complètement étrangère à l'idée de propriété, y compris de propriété intellectuelle, elle n'est qu'un signe destiné à éclairer les consommateurs il n'est pas possible d'appeler propriété un droit sans titulaire et sans objet défini ». Il récuse ainsi toute appartenance du droit des appellations d'origine au droit de la propriété intellectuelle et considère que « l'AOC est une partie du droit de l'information des consommateurs et non pas de l'actif des entreprises. Elle définit une règle du jeu sur le marché mais ne crée pas un monopole »¹⁵. Mais, justement, du fait du droit exclusif sur le nom objet de l'IG pour les seuls produits répondant au cahier des charges, une grande majorité de la doctrine soutient cette qualification de droit de propriété intellectuelle. Ainsi, pour R. Plaisant et Fernand-Jacq, « quoique la norme juridique de la propriété ne soit nullement convenable à un droit ainsi désigné, retenons simplement que le rédacteur de la loi, ou ses interprètes, ont entendu entourer le droit qui nous est soumis de la protection la plus large, des garanties les plus étendues, des actions les plus efficaces ». Le caractère très contradictoire de toutes ces propositions doctrinales montre que demeurent nombre de questions non résolues, tenant à la nature juridique incertaine des IG, dont la question du titulaire du droit. Ainsi les réglementations européenne et françaises sont muettes sur la question de la titularité des droits, de même que l'Arrangement de Lisbonne et l'accord ADPIC. D'autres pays attribuent la propriété au déposant de l'AO/IG, en distinguant entre le propriétaire et l'utilisateur de l'IG¹⁶, ou bien la propriété est dévolue à l'Etat : Vietnam, Cuba¹⁷, Guatemala, Mexique¹⁸, Panama, Pérou¹⁹.

15. Louis LORVELLEC, « La protection internationale des appellations d'origine contrôlées », in Louis LORVELLEC, *Ecrits de droit rural et agroalimentaire*, Paris, Dalloz, 2002, pp. 385-398, p.387.

16. Le couple propriétaire/utilisateur de l'IG est présent dans trente-sept textes juridiques des membres de l'OMC, voir Jacques AUDIER, « Passé, présent et avenir des appellations d'origine dans le monde: vers la globalisation », *Bulletin de l'O.I.V.*, 2008, n° 929-931, pp. 405-435.

17. Décret-Loi 228 de 2002.

18. Art.127 de la loi sur la propriété industrielle.

19. Art. 88 du Decree-Law 1075 de 2009.

En France, en l'absence de dispositions dans les textes juridiques, la doctrine propose des interprétations diverses de la titularité des droits. R. Plaisant considère que l'appellation d'origine « appartient à une collectivité sans personnalité et non à une personne juridique définie »²⁰. D'après M.C. Piatti, l'appellation d'origine est « détenue en copropriété par l'Etat et les exploitants »²¹. J. Audier considère que l'appellation d'origine est caractérisée par un démembrement de la propriété, selon une distinction entre le « droit sur » l'appellation d'origine et le « droit à » l'appellation d'origine : « l'autorité publique est titulaire d'un droit de propriété intellectuelle sur l'appellation d'origine qu'elle a reconnue, elle confère un droit d'usage de cette appellation d'origine aux personnes et groupements de personnes dans les conditions qu'elle détermine »²². Poursuivant ce raisonnement au niveau européen, N. Olszak considère que le titulaire des AOP/IGP serait la Communauté européenne, affirmant que « cette propriété étatique garantit en principe la stabilité et la durée des indications géographiques »²³. Puis J. Audier, au regard de l'internationalisation de l'IG comme droit de propriété intellectuelle, remet à jour sa qualification: les titulaires du droit sur l'AO/IG sont les demandeurs à l'enregistrement (groupements de producteurs ou entités publiques)²⁴. Sans qualifier le droit sur l'IG, J. Audier qualifie a contrario le droit à l'appellation d'origine/IG de « droit d'usage, patrimonial incorporel »²⁵. Pour F. Pollaud-Dulian, l'AO/IG appartient à la « collectivité évolutive des producteurs locaux qui remplissent ses conditions d'emploi » et en aucun cas à l'Etat²⁶. Vision qui ne rejette pas la propriété, assez proche de celle de A. De Almeida,

20. Jean-Marie AUBY and Robert PLAISANT, *Le droit des appellations d'origine, l'appellation d'origine Cognac*, Paris, Librairies Techniques, 1974, p. 69.

21. Marie-Christine PIATTI, « L'appellation d'origine (essai de qualification) », *Revue trimestrielle de Droit commercial*, 1999, n° 3, pp. 557-581.

22. Jacques AUDIER, « De la nature juridique de l'appellation d'origine », *Bulletin de l'OIV*, 1993, pp. 21-37. Cf. aussi : PIATTI, « L'appellation d'origine (essai de qualification) », cit..

23. Norbert OLSZAK, *Le droit des appellations d'origine et des indications de provenance*, Paris, Tec&Doc, 2001, pp. 95-97.

24. AUDIER, « Passé, présent », *art. cit.*, p. 425

25. AUDIER, « De la nature juridique », *art. cit.*, p. 34.

26. Frédéric POLLAUD-DULIAN, *Droit de la propriété industrielle*, Paris, Montchrestien, 1999, p. 728.

pour qui l'IG est une propriété communale du droit allemand (la *Gemeinschaft zur gesamten Hand*). L'usage et le fruit de l'AO/IG appartiennent à l'ensemble de la collectivité des producteurs (*Gemeinschaft*) de la région délimitée dont les produits sont conformes aux règles établies. Ce droit communal est indivisible et appartient de manière indépendante à chacun des membres de la communauté. En conséquence, il n'est pas possible de concéder une licence sur ce droit, ni d'attribuer ou de transférer ce droit. Les titulaires de droits peuvent être distincts du déposant²⁷. Enfin C. Le Goffic, dans une démonstration fort intéressante à bien des égards, que nous allons analyser et discuter considère que « l'appellation d'origine est une chose commune, insusceptible d'appropriation, faisant l'objet d'un droit d'usage individuel non-exclusif, réglementé, de tous les opérateurs commercialisant des vins conformes »²⁸.

On assiste donc à une fragmentation des points de vue au fil du temps, la référence à une catégorie que l'on croyait claire étant effacée au profit de régimes juridiques encadrant le droit à l'IG. Il s'agit donc de revenir aux concepts fondateurs de l'IG. Ainsi, il faut s'interroger sur l'utilité de ce concept de propriété, rejeté en France par la jurisprudence qui n'a eu de cesse d'affirmer le caractère inappropriable, incessible et indisponible de l'appellation d'origine, « non susceptible d'appropriation privée »²⁹. De même, de nombreuses réglementations de par le monde consacrent l'inaliénabilité de l'AO/IG qui ne peut faire l'objet d'aucune cession, licence, hypothèque ou garantie³⁰. On peut se demander comme C. Le Goffic quel est l'intérêt de conférer un tel droit de propriété quand on ne peut jouir d'aucun de ses attributs. Il paraît dès lors utile de rappeler avec M.A Hermitte et N. Olszak³¹, l'histoire de la création de

27. Alberto FRANCISCO RIBEIRO DE ALMEIDA, « The Legal Nature of Geographical Indications and Designations of Origin », *European intellectual property review*, 2014, n°10, pp 640.652.

28. Caroline LE GOFFIC, *op. cit.*, p. 288. Cette qualification, bien que basée sur l'exemple du vin s'applique en fait à toute appellation d'origine.

29. « L'appellation d'origine n'est pas susceptible d'appropriation » : Cass. Com., 24 mars 1992, *préc.* ; v. également Cass. Com., 1er déc. 1987.

30. Voir Section 24, The geographical Indications of Goods (Registration and Protection) Act, 1999.

31. Marie-Angèle HERMITTE, « Les appellations d'origine dans la genèse des droits de

la catégorie des droits de propriété intellectuelle qui explique son imperfection. Sous l'Ancien régime, la propriété industrielle³² n'était pas reconnue en tant que telle mais protégée par des privilèges particuliers précaires pour les inventions et des règlements corporatifs pour les marques. La Révolution française, établissant la liberté économique, a proclamé la valeur fondamentale du droit de propriété, au deuxième rang des droits de l'homme après la liberté. Les juristes des Lumières vont surtout s'intéresser au brevet et au droit d'auteur qui consacrent la « propriété des idées ». Considérée comme une catégorie relativement autonome par rapport à l'ensemble de l'ordre juridique, les droits de propriété intellectuelle s'accommodent cependant mal du concept de propriété au sens du code civil, étant par nature des objets incorporels. C'est pour cette raison qu'à la fin du XIXe siècle, E. Picard proposa la création d'une nouvelle catégorie juridique, au même rang que les droits réels (sur une chose), les droits personnels (sur une personne) : les droits intellectuels, entendus comme étant des droits d'exploitation exclusifs sur les conceptions intellectuelles, les productions intellectuelles³³. Cette qualification de droit intellectuel permettait de reprendre les tenants du droit de propriété intellectuelle pour ce qui est de la création et d'un régime de droits conférés très étendu tout en évitant la qualification de propriété qui dès le départ a été perçue

155

la propriété intellectuelle », in NOMBRE MOITY-MAÏZY (dir.), *Systèmes agroalimentaires localisés. Terroirs, savoir-faire, innovations*, 2001, pp. 195-206 pp. 196-198 ; Norbert OLSZAK, 2002, « La propriété industrielle est-elle bien une propriété? », *Recueil Dalloz*, Paris, Dalloz, pp. 1894-1896 .

32. La propriété industrielle est considérée comme une sous-catégorie de la propriété intellectuelle comprenant les marques et autres signes distinctifs tels que les indications géographiques, les brevets, les obtentions végétales, à l'exclusion de la propriété littéraire et artistique, souvent appelée « droit d'auteur ».

33. Edmond PICARD, « Embryologie juridique. Nouvelle classification des droits », *Journal de droit international privé* 1883, t. X, p. 589- 591 ; On notera au passage la théorie des droits de clientèle émise par P. ROUBIER dans son ouvrage « Le droit de la propriété industrielle », Paris, Sirey, 1952, catégorie autonome de même niveau que les droits réels et personnels. Les droits de clientèle se caractérisent par une exclusivité, un monopole. A l'intérieur des droits de clientèle, P. Roubier propose un groupe de droits qu'il a qualifiés d'intellectuels mais qui ne regroupent que les droits procédant d'un acte de création intellectuelle, à l'exclusion des signes distinctifs. Cette doctrine suscite des réserves en raison de son fondement sur la fonction des droits de propriété industrielle et non sur le contenu du droit et nous retiendrons donc le terme de droits intellectuels, au sens large, comprenant toutes les conceptions intellectuelles conférant un usage exclusif, y compris les marques.

comme inadéquate par la doctrine, quand bien même cette qualification a été appliquée par le conseil constitutionnel, rappelant que la propriété, y compris intellectuelle, figure au nombre des droits de l'homme consacrés par les articles 2 et 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789³⁴.

b) *Un droit intellectuel inaliénable sur un nom de lieu*

Il faut donc partir de ce concept fondamental d'inaliénabilité. Ce serait parce que les IG sont généralement des noms de lieux, ou pour quelques exceptions des noms non géographiques renvoyant à un lieu³⁵, qu'ils sont dits inaliénables, incessibles ou encore indisponibles. Les noms de lieux sont en effet des choses communes, telles que l'air ou la mer, c'est-à-dire selon l'article 714 du Code civil, « des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous. Des lois de police règlent la manière d'en jouir ». Autrement dit c'est une chose que l'autorité souveraine décide d'affecter à l'usage du public selon des règles d'usage qu'elle détermine. Des restrictions sont possibles à l'usage si elles ont pour objet d'assurer la permanence de l'usage commun et de préserver la chose commune. Selon M.A. Chardeaux, « les choses communes ne sont pas *par nature* inappropriables. Tout au contraire, leur inappropriabilité est organisée par le droit »³⁶. Le domaine des choses communes s'est ouvert récemment à des éléments incorporels tels que les idées, les découvertes scientifiques, l'information. L'idée de chose commune est liée à celle de « patrimoine national »³⁷, catégorie floue, au sens avant tout politique³⁸, mais servant souvent à qualifier les AO et les IG (voir infra)³⁹. Ainsi, C. Le Goffic retient la catégorie de la chose commune pour qualifier l'appellation d'origine⁴⁰.

34. Décision n° 2017-649 QPC du 4 août 2017.

35. Par exemple Reblochon, Basmati ou Feta.

36. Marie-Alice CHARDEAUX, *Les choses communes*, Paris, LGDJ, 2006.

37. AUDIER, « De la nature juridique » *art. cit.* ; NORBERT OLSZAK, « L'appellation d'origine, un bien sublime ? », in Jacques BÉGUIN, Rémy CABRILLAC, Philippe CONTE, Jean-Baptiste SEUBE (dir.), *Études offertes au Doyen Philippe Simler*, Paris, LGDJ, 2007, pp. 777-788.

38. LE GOFFIC, *op. cit.*, p. 275.

39. OLSZAK, « La propriété industrielle est-elle bien une propriété ? ... » *art. cit.*, p. 1894.

40. LE GOFFIC, *op. cit.*, p. 272 et suiv.

En premier lieu, il s'agit de constater que tous les noms de lieux ne sont pas des AO/IG, seuls ceux utilisés pour nommer un produit réputé rattaché à ce lieu sont qualifiables d'AO/IG. Ainsi, selon l'Arrangement de Lisbonne et son Acte de Genève, seules les dénominations réputées ou notoires peuvent être protégées comme AO⁴¹. Pour ce qui est de l'IG, quand bien même dans la majorité des réglementations prises en vertu de l'Accord ADPIC, ainsi que dans l'Acte de Genève de l'Arrangement de Lisbonne, le critère de réputation est un des trois critères alternatifs, il paraît difficile d'envisager un produit tirant une qualité ou une caractéristique de son environnement géographique sans en tirer une réputation. Les dossiers de demande d'IG, en pratique, font référence à l'histoire et à la réputation du produit et donc du nom. En effet, l'AO/IG est un signal pour le marché d'un produit spécifique. Cette réputation est due aux spécificités de l'origine géographique, spécificités provenant de facteurs humains collectifs, les savoir-faire partagés et possédant une profondeur historique des producteurs, ne serait-ce que d'une génération de producteurs, associés généralement mais pas systématiquement à des facteurs naturels, le sol, le climat, l'eau etc. Ce critère de réputation semble distinguer le nom de lieu utilisé par tous les habitants du nom de lieu devenu AO/IG. En effet, alors que C. Le Goffic considère que « ce qui manque à l'appellation d'origine est l'aspect création intellectuelle »,⁴² de même que S. Visse-Causse ou S. Stern pour qui le seul choix d'une dénomination ne vaut pas création intellectuelle,⁴³ il semble au contraire qu'à la différence des noms de famille qui bénéficient tous du droit des patronymes, seuls les noms géographiques désignant des produits réputés peuvent faire l'objet d'une protection par le droit des AO/IG. La valeur du signe est bien la résultante de la création de l'homme qui transforme un nom préexistant banal en un nom réputé et renommé, un nom qui a un nouveau sens grâce aux savoir-faire de l'homme. C'est la création intel-

41. Art. 2.1 de l'Acte de Genève, 2015.

42. Caroline LE GOFFIC, *op. cit.*, p. 251.

43. Séverine VISSÉ-CAUSSE, « La protection de l'appellation d'origine par l'action en contrefaçon », *Revue de Droit Rural*, janvier 2016, n° 439, p. 45 ; Stephen STERN, « Are GIs IP? », *European Intellectual Property Review*, 2007, vol. 29, n° 2, pp. 39-42.

lectuelle qui justifie le droit exclusif sur le nom, sanctionné par l'action en contrefaçon.

En effet, la protection de l'AO/IG confère un droit exclusif sanctionné par le biais de l'action contre les utilisations prohibées, intentées devant les tribunaux de chaque pays où l'appellation/IG est protégée, en vertu de la législation nationale. En France, depuis la loi du 29 octobre 2007, qui a pour objectif la lutte contre la contrefaçon, les actes constitutifs d'atteintes aux AO/IG constituent une contrefaçon engageant la responsabilité de son auteur.⁴⁴ Il ne s'agit plus d'une "usurpation", terminologie auparavant privilégiée par l'Institut National de l'Origine et de la Qualité (Inao). Cette évolution s'est encore accentuée en France avec la loi du 11 mars 2014⁴⁵ qui énumère les actes de contrefaçon de manière uniforme pour tous les droits intellectuels⁴⁶. De même dans de nombreux pays, comme au Vietnam, les IG, à l'instar de tous les autres droits de propriété intellectuelle, bénéficient de l'action en contrefaçon.⁴⁷

Or la contrefaçon est généralement une atteinte à un droit de propriété, certes « intellectuelle ». Sa violation est une faute, qui n'a pas à être prouvée, contrairement au régime de l'action en concurrence déloyale fondée sur les articles 1240 et 1241 du Code civil. Alors que les autres attributs du droit de propriété sont absents de l'IG, l'action en contrefaçon en est partie. Nous verrons plus loin qui peut tenter une telle action.

Est-ce que cette mise en lumière de création intellectuelle, la réputation, protégée par l'action en contrefaçon associée modifie la qualification proposée par C. Le Goffic ? Pour ce faire, il s'agit d'analyser en détails le régime juridique de l'usage de l'AO/IG afin de voir si le deuxième élément de la définition de chose commune, un usage commun à tous, c'est-à-dire ouvert à un nombre indéterminé

44. Article L. 721-1 à L. 722-8 du Code de la Propriété intellectuelle.

45. Les mots : « atteinte à une indication géographique » sont remplacés par le mot : « contrefaçon » dans les articles L. 722-1 à L. 722-7 du code de la propriété intellectuelle.

46. Voir Jean-Christophe GALLOUX, « Les lois n° 2014-315 du 11 mars 2014 renforçant la lutte contre la contrefaçon et n° 2014-344 du 17 mars 2014, relative à la consommation », *Revue trimestrielle de Droit commercial*, 2014, p. 57

47. Article 129.3 de la Loi sur la Propriété intellectuelle de 2005.

de personnes non individualisées, réglementé par des lois de police, est applicable.

2. Un droit d'usage réglementé au bénéfice d'une communauté restreinte identifiée

Selon les termes de l'article 714 du Code civil, l'usage des choses communes « est commun à tous », élément central du régime des *res communes*, et non pas à une collectivité restreinte identifiée. Cet usage peut être réglementé par des lois de police. M.A. Chardeaux démontre que l'expression « lois de police » ne doit pas être prise uniquement dans son acception moderne de droit international privé, à savoir les lois dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique du pays, mais qu'il peut s'agir de tout type de règle organisant la jouissance des choses communes. Ces règles ont en commun de protéger les choses communes contre des usages abusifs.⁴⁸

a) *Des règles d'usage élaborées par les producteurs, validées par l'autorité publique*

L'IG est donc un droit d'usage. L'usage de l'IG consiste en l'apposition de la dénomination objet de l'AO/IG sur le produit ou dans les documents l'accompagnant, les outils de publicité et le dépôt de marques complexes incluant l'AO/IG⁴⁹. Soulignons que le terme usage dans l'expression « droit d'usage » joue sur la polysémie du mot : il s'agit à la fois du droit d'utiliser et d'un droit né de l'usage coutumier d'un signe, usages qui se devaient d'être constants, loyaux et locaux pour la reconnaissance d'une appellation d'origine⁵⁰. L'idée de coutume proposée par M.A. Hermitte⁵¹ implique que l'usage est collectif, connu des consomma-

159

48. Marie-Alice CHARDEAUX, *Les choses communes*, Paris, LGDJ, 2006.

49. LE GOFFIC, *op. cit.*, p. 260 qui rappelle la jurisprudence qui a justement reconnu la validité des marques « Gold collection Champagne » et « Nadezhda Champagne » enregistrées par un déposant, domicilié à Moscou, qui ne possédait aucune terre dans l'aire géographique bénéficiant de l'appellation d'origine, et n'exerçait aucune activité liée au vin de Champagne, dans la mesure où les produits désignés par ces marques bénéficiaient bien de l'appellation, CA Paris, 25 avril 2007.

50. Mais pas nécessaire pour une AOC, L641-5 du Code rural.

51. Idée émise à l'occasion d'une discussion à partir des résultats de la présente recherche.

teurs, et prolongé. Ces usages coutumiers sont le fait des producteurs, codifié dans ce qu'on appelle désormais un cahier des charges. Leur reconnaissance juridique implique un examen des usages coutumiers par l'autorité publique.

Plusieurs auteurs dont C. Le Goffic et N. Olszak considèrent que les cahiers des charges, sont des formes de « lois de police » qui règlent la manière de jouir de ces noms géographiques, choses communes, au sens de l'alinéa 2 de l'article 714 du Code civil⁵². Toutefois cette qualification est discutable, car les cahiers des charges sont avant tout élaborés par les producteurs, basés sur leurs pratiques anciennes et partagées, quand bien même leur reconnaissance passe par un acte réglementaire.

Il va de soi que le droit d'utiliser l'AO/IG est subordonné au respect du cahier des charges, partie à la demande d'AO/IG, qui représente donc les règles d'usage. Dans l'UE, seul un «groupement», c'est-à-dire toute association principalement composée de producteurs ou de transformateurs concernés par le même produit, quelle que soit sa forme juridique, peut déposer une demande d'AO/IG⁵³. En France, ces règles relèvent des producteurs rassemblés au sein de l'organisme de défense et de gestion, l'ODG,⁵⁴ qui a une obligation de représentation des opérateurs⁵⁵. Dans une affaire récente, la Cour d'appel de Paris, saisie d'un litige concernant la Porcelaine de Limoges, a décidé que l'ODG qui incluait 75% des opérateurs représentant 90% du volume de production répondait au critère de représentativité⁵⁶. Ce même principe de représentativité du demandeur qui va donc élaborer les règles d'usage existe ailleurs dans le monde⁵⁷, par exemple en Suisse, où la représentativité s'examine au niveau de chaque collège et doit prendre en

52. Norbert OLSZAK, « Le génie des AOC », *Lamy droit des affaires*, 2004, vol. 2, n° 68, p. 83 : les cahiers des charges des appellations d'origine et les décrets de reconnaissance des AOC « peuvent être considérés comme les lois de police de l'article 714 du Code civil qui fixent la manière de jouir de ces noms géographiques »

53. Article 49 et article 3.2 du règlement européen n° 1151/2012.

54. Article L642-22 du Code rural.

55. Article L642-18 du Code rural.

56. CA Paris, 25 sept. 2018, n° 121/2018.

57. Delphine MARIE-VIVIEN, Aurélie CARIMENTRAND, Stéphane FOURNIER, *et al.*, « Contro-

compte à la fois au moins 50% des volumes de quantités produites par les membres et au moins 60% de membres du nombre d'entreprises ou de producteurs concernés ; ou en Inde, où le demandeur peut être un groupement de producteurs ou une organisation publique, représentatifs de l'intérêt des producteurs⁵⁸.

L'autorité publique, compétente en matière de reconnaissance et d'enregistrement des AO/IG, examine avec attention les éléments constitutifs de la validité de l'AO/IG : l'existence d'un lien entre le produit et son origine géographique (l'usage du nom, l'histoire du produit, les caractéristiques du milieu, les conditions de production). Ce rôle de l'autorité publique dans l'examen de cahiers des charges élaborés par les producteurs est systématique dans les pays ayant un système IG *sui generis*, tel l'Inao en France⁵⁹, qui peut certes demander d'en modifier le contenu lors de l'examen du cahier des charges, mais en respectant les choix du demandeur⁶⁰. Ceci dit, cette intervention de l'Etat dans le contenu du cahier des charges peut aller jusqu'à la rédaction du cahier des charges par l'Etat lui-même au niveau central, local ou à travers ses agences⁶¹, comme en Inde ou en Thaïlande⁶². Cette validation des règles d'usage de l'IG, le cahier des charges, distingue l'IG des marques de certification ou collective, dont les règlements d'usage doivent certes faire partie de la demande, mais sans qu'il en soit fait un examen de fond par les autorités publiques.

161

b) *Le caractère collectif de l'IG, un usage commun à tous ?*

Le caractère collectif est inéluctable du fait du partage des modes de production élaborés au fil du temps, qui ont contribué à la création collective du produit ayant conféré au lieu sa notoriété ; il résulte donc selon N. Olszak des

versies around Geographical Indications: are democracy and representativeness the solution? », *British Food Journal*, 2019, vol. 121, n°12, pp. 2995-3010.

58. Article 11 de la Loi sur les IG.

59. Article L642-5 du Code rural.

60. Article L642-5 du Code rural.

61. Delphine MARIE-VIVIEN and Estelle BIÉNABE, « The Multifaceted Role of the State in the Protection of Geographical Indications: A Worldwide Review », *World Development*, 2018, vol. 98 n° October, pp. 1-11.

62. Section 7.1, Act on Protection of Geographical Indication B.E.2546 (2003)

« usages de production ». ⁶³ Ce principe fut affirmé très tôt. Ainsi, lors des discussions de la loi de 1919 qui définit la notion d'appellation d'origine, la proposition d'un droit de propriété individuelle fut rejetée au profit du concept de droit collectif, utilisable par tous les producteurs ⁶⁴. Quand bien même il n'y aurait qu'un seul producteur, comme ce fut le cas pour l'appellation d'origine « Romanée-Conti », ⁶⁵ l'appellation d'origine est dans son essence collective.

Mais cette nature collective de l'AO/IG, essentielle, est-elle synonyme d'usage commun à tous ? Il semble que l'on pourrait, à première vue, douter de ce point. En effet, en premier lieu, il apparaît que l'usage du signe est réglementé pour n'être qu'à l'usage d'un collectif particulier, le groupe des opérateurs respectant le cahier des charges. De nombreux auteurs réservant ce droit à « une collectivité de producteurs géographiquement circonscrite ». ⁶⁶ D'après Denis Rochard, il s'agit de droits d'usage collectif exclusif sur le territoire de protection, tous les producteurs et/ou transformateurs de l'aire géographique dont le produit porte le nom peuvent recourir à la dénomination protégée, sous réserve de conformité aux conditions en subordonnant l'usage. Le cercle des bénéficiaires est géographiquement circonscrit à ladite zone, excluant donc les producteurs situés en tout autre lieu ⁶⁷.

Pourtant comme très justement souligné par C. Le Goffic, aucune disposition ne restreint le droit d'usage des appellations d'origine ou indications géographiques à une collectivité particulière, géographiquement localisée, de

63. Norbert OLSZAK, « La réforme des AOC et les libertés ». Note sous CE, ord. réf., 12 février 2007, n° 301131, Association Sopravit et autres, *Gazette du Palais, Spécial « Droit agricole »*, 2007, vol. 227, pp. 9-14, p. 13.

64. *Une réussite française : l'appellation d'origine contrôlée*, INAO, 1985 p. 20.

65. Cass. com., 1^{er} déc. 1987, *JCP* 1988, II, 21081.

66. Caroline BHUL, *Le droit des noms géographiques*, Paris, Litec, 1998, p. 112 ; Jérôme PASSA, *Droit de la propriété industrielle*, LGDJ, 2013, n° 540 ; Frédéric POLLAUD-DULIAN, *Droit de la propriété industrielle*, Paris, Montchrestien, 1999, nos 1528 et 1529 ; Paul ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle* Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1952 p. 769 ; Séverine VISSE-CAUSSE, *op. cit.* ; Eric AGOSTINI, « Corporel et incorporel », *Dalloz*, 2004, pp. 821 ; Jacques AUDIER, « De la nature juridique de l'appellation d'origine », *Bulletin de l'O.I.V.*, 1993, vol. n° 743-744, pp. 21-37.

67. JurisClasseur Rural, V° Qualité des produits Cote : 05,2001 Date de fraîcheur : 15 mars 2001, Fasc. 10 : Qualité des produits, Appellations d'origine, Denis ROCHARD.

producteurs⁶⁸. Au contraire, le code rural ne donne pas d'indication sur les personnes bénéficiaires du droit d'usage mais uniquement sur les produits⁶⁹, et les règlements communautaires précisent expressément que les AO/IG peuvent être utilisées par tout opérateur commercialisant des produits conformes au cahier des charges correspondant⁷⁰. Selon cet auteur, il n'est donc pas exact d'affirmer que le droit d'usage est réservé aux producteurs locaux, mais au contraire, ce droit d'usage revient à tout opérateur entre les mains desquels circulent les produits concernés. C. Le Goffic reconnaît que « tout opérateur » n'est pas exactement synonyme de « toute personne », et considère, en pratique, que l'usage des appellations ne peut être qu'au bénéfice de personnes jouant un rôle dans la circulation du produit, mais que cet usage est commun car indépendant du statut de cette personne ou de son appartenance à un groupement déterminé. Toutefois, il faut revenir sur cette notion d'opérateur. Pour le code rural français, un opérateur est toute personne qui participe effectivement aux activités de production, de transformation, d'élaboration ou de conditionnement prévues par le cahier des charges⁷¹. La réglementation européenne de son côté ne définit pas le concept d'opérateur, mais on constate que ce terme est utilisé uniquement dans les dispositions sur les contrôles du respect du cahier des charges avant sa mise sur le marché⁷². Ainsi, dans l'Union Européenne, l'usage est subordonné à la vérification du respect du cahier des charges du produit, avant sa mise sur le marché, par une ou plusieurs autorités compétentes désignées par l'Etat membre et/ou un ou plusieurs organismes de contrôle agissant en tant qu'organisme de certification de produits et accrédités selon la norme

68. Caroline Le GOFFIC, *La protection des indications géographiques en France, en Europe et aux Etats-Unis*, Paris, Le droit des affaires, Propriété intellectuelle, IRPI, Litec, 2009.

69. Article L641-5 du Code rural : Peuvent bénéficier d'une appellation d'origine contrôlée les produits agricoles, forestiers ou alimentaires et les produits de la mer, bruts ou transformés, qui remplissent les conditions fixées par les dispositions de l'article L. 115-1 du code de la consommation, possèdent une notoriété dûment établie et dont la production est soumise à des procédures comportant une habilitation des opérateurs, un contrôle des conditions de production et un contrôle des produits, art. L641-11

70. Article 12 règlement européen n° 1151/2012.

71. Article L. 642-3 du Code rural.

72. Considérant 47, Article 46 du règlement européen n° 1151/2012.

EN 17 065⁷³. Le point est important, car qui dit contrôle avant commercialisation dit identification individuelle des opérateurs par l'autorité compétente en matière de gestion de l'AO/IG. En France il s'agit de l'organisme de défense et de gestion (ODG)⁷⁴. En effet, l'utilisation d'une AO/IG y est subordonnée à un plan de contrôle ou un plan d'inspection comprenant outre un contrôle des conditions de production et un contrôle des produits, une habilitation des opérateurs, individuelle et nominative⁷⁵.

Dans d'autres pays, l'usage de l'IG est soumis à l'autorisation du déposant de l'IG devenu propriétaire dans les cas où la réglementation qualifie le déposant de propriétaire ; c'est le cas de l'Inde qui prévoit également une procédure d'enregistrement des utilisateurs autorisés par l'office de la propriété intellectuelle, comme de la Thaïlande où les utilisateurs du logo national sont enregistrés.⁷⁶ Au Vietnam, ce sont les autorités en charge de la gestion de l'IG, en général les pouvoirs publics au niveau local qui tiennent le registre des utilisateurs. Quoiqu'il en soit, il y a donc identification individuelle des utilisateurs de l'IG et non un usage commun à tous.

c) Un droit d'usage distinct pour les producteurs et les commerçants ?

Selon la réglementation européenne, les opérateurs qui élaborent et stockent un produit commercialisé au titre des systèmes d'AO/IG ainsi que ceux qui mettent ces produits sur le marché sont soumis au système de contrôle pré-commercialisation⁷⁷. Toutefois la réglementation européenne, quelque peu floue, est interprétée diversement dans les Etats membres. Ainsi, en France, seules les personnes intervenant dans la production et la transformation du produit font l'objet des contrôles avant mise sur le marché, avec identification individuelle avant utilisation de l'IG⁷⁸. Les

73. Voir article 36, 37 et 38 règlement européen n° 1151/2012.

74. Article L. 642-3, al. 3, du Code rural.

75. Article L. 641-5 et L642-3 du Code rural.

76. Clause 8 of the Department of Intellectual Property Regulation on Permission to Use the Thai Geographical Indication Logo, B.E. 2551 (2008)

77. Article 46.2 du Règlement 1151/2012.

78. Article L642-3 du Code rural.

conditionneurs, les metteurs en marché tels que fromagers découpant le fromage ou bouchers opérant la découpe de la viande et donc utilisateurs de l'IG ne font pas l'objet de tels contrôles avant commercialisation par les organismes de certification au même titre que les producteurs. Il n'y a donc pas pour eux d'identification individuelle auprès de l'organisme de certification et de l'organisme de gestion de l'IG. Il semble alors nécessaire de s'interroger sur la distinction possible entre les usagers impliqués dans la production, qui font l'objet de contrôles spécifiques avant commercialisation du produit désigné par l'AO/IG et à ce titre sont individuellement identifiés et ceux utilisant l'AO/IG en l'apposant l'AO/IG sur l'emballage ou les éléments de vente, soumis aux contrôles post-commercialisation, en général par les autorités de contrôle des marchés, en France la Direction générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des fraudes. Les « usagers producteurs », concernés par l'une ou plusieurs des étapes de production du cahier des charges, doivent être localisés dans la zone délimitée et respecter les règles du cahier des charges, alors que les « usagers commerçants » n'ont pas cette contrainte, ils doivent seulement s'approvisionner en produits authentiques sur lesquels ils apposent l'IG. Dans d'autres pays, une approche différente affleure, avec une qualification identique des usagers producteurs et des usagers commerçants. Ainsi les commerçants peuvent être membres de l'organisation collective des producteurs/opérateurs et identifiés nommément à ce titre, comme au Cambodge, ou bien peuvent être enregistrés par les autorités de gestion. Ainsi, en Thaïlande, le droit d'usage de l'IG et du logo national IG est expressément stipulé comme bénéficiant aux producteurs de la zone délimitée et à tout commerçant, un tel usage pouvant être révoqué en cas de non-conformité avec le cahier des charges⁷⁹. Dans les pays membres de l'OAPI, le logo officiel IG ne peut pas être utilisé par des tiers hors du contrôle du groupement représentatif des producteurs

79. Article 25 de Act on Protection of Geographical Indication B.E.2546 (2003), Clause 6 du Department of Intellectual Property Regulation on Permission to Use the Thai Geographical Indication Logo, B.E. 2551 (2008).

du produit sous IG, donc tous les utilisateurs du logo sont identifiés nommément⁸⁰.

Peut-on dès lors considérer que le droit d'usage s'applique selon les mêmes prescriptions aux producteurs ou aux commerçants. Faut-il que les commerçants soient nommément identifiés comme utilisateurs de l'IG et soumis à un contrôle pré-commercialisation par le groupement de producteurs et l'organisme de contrôle/certification ? En particulier en France où la réglementation n'impose pas aux commerçants d'adhérer à l'ODG, qui est une obligation spécifique de tous les producteurs/transformateurs⁸¹ ?

En fait, outre les difficultés pratiques d'enregistrer tous les commerçants aval, y compris ceux qui seraient impliqués dans le reconditionnement du produit avec leur marque propre de conditionneur ou de distributeur (ainsi du conditionneur Twinings qui appose l'IG Darjeeling sur le thé offert au consommateur final), une différence majeure entre les usagers producteurs et les usagers commerçants porte sur la possibilité d'intenter une action en contrefaçon. Il paraîtrait en effet assez inéquitable de conférer les mêmes droits aux opérateurs impliqués dans la production, à l'origine de la réputation qu'aux opérateurs uniquement impliqués dans la commercialisation. Ainsi, la réglementation européenne stipule que les groupements ont compétence pour intenter une action contre les atteintes aux AO/IG⁸², ainsi que les Etats membres qui doivent prendre les mesures administratives ou judiciaires appropriées pour prévenir ou arrêter l'utilisation illégale, mais les opérateurs ne sont pas expressément désignés comme bénéficiaires de cette action⁸³. En France, l'action en contrefaçon peut être intentée par toute personne autorisée à utiliser l'AO/IG ou tout organisme auquel la législation donne pour mission la défense des IG tels que les syndicats ou associations ayant pour objet de défendre l'appellation/IG⁸⁴, c'est-à-dire les

80. Article 2 du Règlement relatif à la production, à l'utilisation et à la gestion du logo IG de l'Organisation africaine de la Propriété intellectuelle, 14 décembre 2015.

81. Article L642-21 du Code rural.

82. Article 45 du règlement européen n° 1151/2012.

83. Article 13.3 du règlement européen n° 1151/2012.

84. Article L. 722-2 du Code de la propriété intellectuelle

organismes de défense et de gestion (ODG)⁸⁵, ainsi que par l'Inao⁸⁶. Il y a donc ici une différence majeure avec la qualification de C. Le Goffic qui considère que le droit d'usage de l'IG revient à tout opérateur entre les mains desquels circulent le produit, puisque la portée de ce droit d'usage et les conditions de ce droit d'usage ne sont pas les mêmes, suivant la nature des personnes qui font circuler le produit, alors qu'il nous semble qu'un attribut essentiel du droit d'usage, l'action en contrefaçon, n'est pas disponible de la même manière à tous les utilisateurs de l'IG.

3. La nature juridique de l'AO/IG, un droit intellectuel d'usage d'une chose commune

a) Un démembrement de la chose commune

Inappropriable en France, l'IG est inaliénable dans de nombreux pays, même si le vocable de propriété est utilisé. L'IG n'est pas un bien et ne peut se voir appliquer le modèle de la propriété tel qu'on le conçoit dans le code civil.

De ce rejet du concept de propriété, C. Le Goffic déduit la qualification de l'appellation d'origine de chose commune. Pour cet auteur, l'usage est commun à tout opérateur entre les mains de qui circulent les produits désignés par une appellation d'origine et la liberté d'usage des choses communes peut être subordonnée à une autorisation qui a pour but de préserver la chose commune, des « lois de police ». Pour C. Le Goffic, l'usage des appellations correspond à l'usage des choses communes, dont nul n'est exclu, « quel que soit son statut, sa capacité ou sa nationalité »⁸⁷. Ainsi pour cet auteur, « l'appellation d'origine est une chose commune, insusceptible d'appropriation, faisant l'objet d'un droit d'usage individuel non-exclusif, réglementé, de tous les opérateurs commercialisant des vins conformes ».

Cependant, il nous semble que l'AO/IG n'est pas la chose commune, mais un démembrement de la chose commune, pour plusieurs raisons. En premier lieu, l'usage n'est réservé qu'à un nombre délimité et individualisé d'utilisateurs et de ce fait ne peut donc être considéré comme un usage

85. Article L. 642-17, al. 1^{er} du Code rural.

86. Art. L. 642-5 du Code rural.

87. LE GOFFIC, *op. cit.*, p. 260

commun. Ensuite, les règles d'usage de l'AO/IG, les cahiers des charges, sont élaborées par les utilisateurs de l'IG, le collectif des producteurs à l'origine de la création intellectuelle de la réputation, ou tout au moins reposent sur les pratiques des producteurs si une autorité publique élabore le cahier des charges au nom des producteurs, règles ensuite validés par l'autorité publique et ne sont donc pas assimilables à des lois de police décidées par les seules autorités publiques. Enfin, les usagers bénéficient d'un droit d'usage exclusif via l'action en contrefaçon, ce qui n'est pas le cas des usagers d'une chose commune. Il semble que l'IG ne soit pas la chose commune, mais plutôt un démembrement de la chose commune. Ici la chose commune est le nom de lieu, dont l'usage est commun à tous, d'ailleurs bien au-delà des habitants du lieu. La chose commune fait alors l'objet d'un usage particulier au bénéfice d'un certain collectif pour désigner non plus un lieu, mais un produit rattaché à ce lieu. On est ainsi face à un démembrement de la chose commune, dont les utilités, subissant sans doute l'attraction de l'exclusivité ou de la propriété, ne sont pas toutes laissées à l'usage commun, et ce en vertu du fait que l'IG est le nom géographique devenu réputé, réputation qualifiée de création intellectuelle.

Le droit d'usage collectif exclusif de la chose commune est conféré aux producteurs parce que le nom est une chose différente lorsqu'il devient une IG de ce qu'il est pour les habitants. C'est bien la création en un lieu qui justifie l'affectation d'une utilité de cette chose commune à un groupe particulier. On n'est plus en face de la chose commune mais d'une de ses utilités parmi d'autres, un démembrement, qui fait l'objet d'un droit exclusif sanctionné par l'action en contrefaçon, au bénéfice d'un groupe de personnes en vertu de la réputation de leur création. Cette utilité de la chose commune est un droit intellectuel, du fait de l'action en contrefaçon, qui va au-delà de l'action en justice disponible à toute personne souhaitant jouir d'une chose commune. L'usage commun de la chose commune n'est pas l'usage exclusif d'un droit intellectuel. Cette action en contrefaçon est attachée à un droit d'usage et non pas à un droit de propriété, actionnable par les producteurs, individuellement ou collectivement ainsi que par les pouvoirs publics dans certains pays. Ce droit intellectuel est en fait uniquement

au bénéfice des producteurs/opérateurs impliqués dans la production du produit, et donc à l'origine de la réputation du produit. L'IG est un droit intellectuel d'usage d'une chose commune, au bénéfice des opérateurs intervenant dans la définition des règles d'usage, le cahier des charges. Par droit intellectuel, il s'agit d'un droit exclusif, donc un droit d'agir en contrefaçon. Ce droit intellectuel d'usage est un démembrement de la chose commune qu'est le nom géographique utilisable par tous les habitants du lieu. Du fait de cette action en contrefaçon et du fait que les règles d'usage sont en premier lieu élaborées par les utilisateurs de l'IG, on n'est plus face à la chose commune mais face à un démembrement de la chose commune.

Ainsi le nom Roquefort peut être utilisé par tous les habitants, mais ce même nom Roquefort ne peut être utilisé pour désigner du fromage de lait de brebis que par les producteurs, opérateurs, conditionneurs, metteurs en marché. Et l'action contre les usurpations et contrefaçons de Roquefort ne peuvent être intentées que par les producteurs, qui sont à l'origine de la réputation du fromage Roquefort. Alors que les habitants de Roquefort n'ont pas de droit d'usage exclusif du nom Roquefort. Les économistes de leur côté font appel au concept de ressource commune développé par E. Ostrom, pour caractériser la gouvernance collective des IG par leurs utilisateurs⁸⁸. Ce n'est en effet pas le concept de bien public, qui serait l'équivalent de la chose commune pour les économistes, mais bien le concept de « commun » (commons en anglais), géré par les utilisateurs qui qualifie l'IG.

Ceci dit, ce démembrement peut aller assez loin et empêcher le nom géographique de rester une chose commune. En effet, comme le pointe N. Olszak, des établissements implantés sur la commune ne pourraient utiliser son nom au risque de détourner ou d'affaiblir la notoriété de l'ap-

88. Elinor OSTROM, "Beyond Markets and States: Polycentric Governance of Complex Economic Systems", *American Economic Review*, 2010, vol. 100, n° 3, pp. 641-672. Voir aussi Stéphane FOURNIER, Estelle BIÉNABE, Delphine MARIE-VIVIEN, *et al.*, « Les indications géographiques au regard de la théorie des communs », *Revue internationale des études du développement*, 2018, vol. 233, n° 1, pp. 139-162, et plus généralement sur les communs Judith ROCHFELD, Marie CORNU and Fabienne ORSI, *Dictionnaire des biens communs*, Paris, PUF, 2017.

pellation d'origine (par exemple une centrale nucléaire), les « appellations d'origine en viennent à faire perdre leur qualité de chose commune aux noms géographiques qui pourraient devenir indisponibles si certains producteurs sont un peu chatouilleux sur la notoriété de leur terroir »⁸⁹. Mais ce serait un cas extrême, qui n'est pas à défendre, car le nom de lieu doit rester disponible pour un usage commun. Ici, le véritable problème est celui d'activités implantées sur le même territoire risquant de nuire à la qualité des produits désignés par l'AO/IG. En effet, a contrario, Laguiole, dénomination faisant déjà l'objet d'une appellation d'origine pour du fromage, pourrait très bien devenir une IG pour des couteaux ; le couteau servant à couper le fromage, sans que cela ne porte atteinte à la notoriété du fromage ! Mais le problème de l'usage du nom Laguiole est déjà bien complexe, et la qualité de chose commune du nom géographique et donc de son libre usage par tous, y compris par la commune elle-même, a été au cœur des nombreuses affaires opposant la commune à un fabricant de couteaux non localisé dans la région. Les marques ont été annulées, non pas du fait qu'elles étaient trompeuses, l'entreprise signalant que les couteaux étaient fabriqués en Chine, mais parce que leur grand nombre empêchait la commune d'utiliser son nom⁹⁰. C'est donc à bon droit que les juges ont réaffirmé la nature de chose commune des noms de lieux, qui ne devrait pas faire l'objet de marques, y compris déposées par les communes elles-mêmes, mais là c'est une autre histoire !

On peut aussi signaler que les choses communes à tous en matière de droit de la propriété intellectuelle, sont ce que l'on nomme le domaine public, et le domaine public en matière d'IG sont les dénominations génériques, pour lesquelles le critère de réputation liée au lieu n'existe pas ou plus. La chose commune serait dès lors ce qu'on appelle désormais les indications de provenance, qui sont les lieux d'origine des produits mais sans lien qualitatif. Mais ici, il s'agit d'une chose devenue commune par le domaine public

89. OLSZAK, « L'appellation d'origine, un bien sublime ? », art. cit.

90. Caroline LE GOFFIC, « La saga 'Laguiole', illustration du conflit entre marques et indications géographiques », *Revue Francophone de la Propriété Intellectuelle*, 2015, vol. septembre, n° 1, pp. 100-108.

par suite de non usage du droit intellectuel, et non pas une chose commune originelle comme le sont les noms de lieux.

b) *Conséquences de la nature juridique de l'AO/IG*

Cette qualification de droit d'usage exclusif d'une chose commune, ou droit intellectuel d'une chose commune réaffirme la fonction de l'IG de conférer un monopole d'exploitation sur le nom utilisé pour distinguer des produits originaires du lieu. A contrario, qualifier l'AO/IG de chose commune entraîne le risque d'une ambiguïté quant à l'usage exclusif d'un nom. La compréhension d'un usage commun à tous conduit à un transfert de la réputation du nom de lieu qui deviendrait ou resterait générique, une chose commune, à la réputation du logo spécifique au produit AO/IG, ou à la réputation du logo national IG, avec un droit exclusif uniquement sur le logo. Ce glissement vers la reconnaissance de logos en lieu de la réputation d'un nom géographique est renforcé par l'influence du monde des normes volontaires telles que l'agriculture biologique, reconnue à travers un logo, risquant alors de faire perdre à l'AO/IG sa vocation et sa raison d'être de protection d'un nom fondé sur lien qualitatif entre un produit et son origine géographique.

171

Par ailleurs la qualification d'AO/IG de chose commune et donc de qualification des cahiers des charges de lois de police entraîne l'effacement du principe de règles d'usage fondées sur les pratiques des producteurs, à la base de l'AO/IG. Même si les autorités publiques élaborent le cahier des charges, il est indispensable que les opérateurs impliqués dans la production soient associés, sous peine de voir l'IG inutilisée sur les marchés, comme on l'observe dans les pays où c'est la règle⁹¹.

La qualification de démembrement d'une chose commune permet donc au contraire de finement articuler gouvernance publique-privée de l'AO/IG

Enfin, il reste à régler la question des usagers de ce droit intellectuel d'usage d'une chose commune. Ce droit intellectuel étant justifiée par la création de la réputation, ne

91. Delphine MARIE-VIVIEN, "Protection of Geographical Indications in ASEAN countries: Convergences and challenges to awakening sleeping Geographical Indications", *The Journal of World Intellectual Property*, 2020, vol. 23 n° 3-4 p. 1-22.

devraient alors bénéficier du droit d'agir en contrefaçon que les opérateurs à l'origine de la création de la réputation. Mais la question est loin d'être simple, les metteurs en marché, conditionneurs pouvant aussi être à l'origine de la création de la réputation, mais est-ce vraiment du même niveau que la création des producteurs assurément non, mais l'accès au marché est un tel défi que ces opérateurs sont les ambassadeurs des producteurs !

1. Una delle caratteristiche più fruttuose della ricerca di Marie-Angèle Hermitte è quella di non aver mai dissociato l'inchiesta sugli oggetti empirici dall'interrogazione sugli strumenti che permettono a quegli oggetti di divenire tali, di offrirsi a un'esperienza necessariamente condivisa. In altri termini la dialettica tra il dato e il costruito ha sempre agito come un nerbo tonificante di un lavoro intellettuale che, da giurista, Hermitte ha saputo interpretare tenendo a distanza il pericolo di un ingenuo naturalismo, sempre in agguato, visti anche i temi trattati, come riparo tanto comodo quanto ideologico. Ma all'idea di militanza, intesa come lotta apodittica per una causa, l'opera di Hermitte è, ed è sempre rimasta, estranea, anche quando si è trattato di offrire un contributo intellettuale a posizioni indiscutibilmente schierate sul piano della difesa ambientale. Dall'incontro tra un'osservazione che parte dal terreno e una ri-

173

* Vorrei dedicare queste brevi notarelle a Marie-Angèle Hermitte, con cui ho avuto il piacere di condividere una parte significativa della mia vita lavorativa, oltre che momenti di sana e generosa amicizia, ai tempi del Centre d'étude des normes juridiques "Yan Thomas".

** Directeur d'études à l'EHESS. E-mail: napoli@ehess.fr

cognizione delle tecniche che formano quell'altro mondo chiamato diritto nasce la riflessione sulle categorie. Queste, va chiarito, non sono soltanto quelle proprietà generali che appartengono a ogni essere, secondo l'impostazione classica di Aristotele, ma si formano a un altro livello, quello dei problemi della ragione pratica: come rendere conto in termini concettuali degli effetti prodotti dalla combinazione di attività umana e processi naturali? Una di queste categorie germogliate da tale combinazione e che Marie-Angèle Hermitte ha avuto il merito di portare all'attenzione della razionalità giuridica, economica e più in generale amministrativa è la tracciabilità. In un testo del 2003 che illustrava gli *enjeux* di quella che era una vera e propria impresa tecnica ma anche un nuovo atteggiamento mentale nel guardare al mondo della produzione agro-alimentare, della salute, dell'informatica e della telecomunicazione, Hermitte condensava la funzione della tracciabilità intorno a «des objectifs de maîtrise, dans un cadre organisé où peut s'exercer une vigilance»¹. Ciò valeva per le persone come per le cose, i protagonisti sociali sottoposti a sistemi tecnici di sorveglianza, che nel caso delle cose sono apertamente rivendicati a garanzia di trasparenza, mentre nel caso delle persone appaiono più o meno travisati, imprigionati in un regime d'incoffessabilità a metà strada tra ragion di stato e pudore dissimulatorio. L'ampiezza del fenomeno, nonostante la sua recente comparsa, si configurava già allora con i tratti olistici di un progetto di società «poursuivi autant par les pouvoirs privés que par les pouvoirs publics»². È così che, in un lasso di tempo davvero breve, la tracciabilità s'imponeva come un'inedita esigenza strutturale delle società occidentali: organizzare una vigilanza generalizzata non più soltanto sugli esseri umani, processo già risalente al XVIII secolo, ma anche sulle cose, la cui storia ne documenta ormai un'ascesa al livello di vere e proprie soggettività. Le cose non vanno perciò trattate come meri oggetti, cioè come entità situate di fronte a soggetti pronti a conoscerle e disporne, bensì come autentici attori di processi scientifici, tecnologici e naturali che non possono lasciare indifferente

1. Marie-Angèle HERMITTE, *La traçabilité des personnes et des choses. Précaution, pouvoir et maîtrise*, in Philippe PÉDROT (dir.), *Traçabilité et responsabilité*, Paris, Economica, 2003, p. 2.

2. *Ibid.*, p. 3.

il diritto. Il rischio, altrimenti, è il benessere e la libertà di un gran numero di esseri umani oltre che la salvaguardia di quell'etica omnicomprensiva che risponde al nome di biodiversità animale e vegetale.

L'entrata in scena della tracciabilità comporta questa rivisitazione ontologica che alimenta una nuova visione materialista, ma anche un apparato di contromisure giuridiche capace di tener testa a questa sfida. Avrebbe torto chi riducesse il fenomeno della tracciabilità al parafulmine teoretico e morale di una *raison marchande* che governa una società in cui le espressioni della soggettività si compongono intorno ai prosaici ruoli di produttori, venditori, acquirenti e consumatori. Un malinteso così triviale, lo stesso di cui spesso è rimasto vittima anche un istituto come la *class action*, quando si è voluto maldestramente inquadrarlo in un espediente giuridico funzionale alla logica del capitale, confonde il piano dei mezzi con la realtà cui possono applicarsi. In questa confusione, la tracciabilità apparirebbe così un procedimento consustanziale a una realtà che lo annette al proprio marchio di fabbrica, mentre risulta negletta la vocazione intrinsecamente pragmatica della tracciabilità, un modo per designare mezzi relativamente autonomi che, da agenti nomadi, sono in grado di prestare il proprio servizio ai contesti più diversi. La demonizzazione del "mezzo", innescata dalla riflessione novecentesca sulla tecnica e i suoi arbitri, ha spesso creato una cortina fumogena intorno a questa nozione, facendo velo a quella che invece è la sua proprietà più interessante: privo di contenuti e valori che lo definiscano a priori, ogni mezzo si piega a impieghi in uno spettro indefinito di situazioni, ma proprio in ciò rivela la sua autentica sovranità: la capacità a investire i contesti senza rimanerne inesorabilmente assoggettato. La tracciabilità, in questo senso, è una congerie di mezzi indipendenti più che di mezzi servili.

E tuttavia la tracciabilità non nasce da sé stessa ma è figlia di una preoccupazione maggiore che caratterizza la coscienza occidentale da alcuni decenni: il principio di precauzione³. Che la precauzione prima di erigersi in principio sia stata per secoli una precisa forma di normatività adottata

3. *Ibid.*, p. 20 ss.

dalle monarchie territoriali d'*Ancien Régime* è anche questo un dato quasi banale da ricordare. Così come non va dimenticato che, per il linguaggio giuridico, il termine “precauzione” non possiede una connotazione tecnica precisa tale da poter definire una classe di atti normativi dotati di proprie caratteristiche. La precauzione in genere designa un atteggiamento psicologico nei riguardi della realtà, un preciso modo di riempire il vuoto temporale e decisionale tra l'azione individuale o istituzionale e un evento storico che s'intende condizionare e perciò padroneggiare. In questo senso il concetto di precauzione riporta alla ribalta dell'intelligenza storica un'idea di causalità meno esigente nelle sue pretese deterministiche, perché non propone la visione monistica causa-effetto ormai archiviata nelle scienze sociali, ma suggerisce piuttosto l'esempio di un'azione, pubblica o privata, su uno scenario denso di variabili di cui si punterà a influenzare la sintesi in una certa direzione.

Tuttavia l'impiego del termine “precauzione” nel linguaggio di cancelleria dell'*Ancien Régime*, in particolare di quella francese e in seguito nel discorso pubblico della seconda metà del XVIII secolo, rinvia all'arsenale di misure di polizia volte a scongiurare il prodursi di un avvenimento giudicato dannoso per l'interesse della comunità urbana e il suo buon ordine economico e securitario, oltre che per quello della sovranità. Che l'azione di governo si basasse sull'adozione di “*précautions*” era l'indice di una connotazione tattica nell'esercizio del potere, soprattutto in quel campo a geometria variabile denominato ordine pubblico. Ma la tattica è a sua volta il correlato di una concezione tutelare dello Stato, ferocemente contestata per esempio da un Turgot. Con massicce dosi d'ironia, il *contrôleur général* di Luigi XV sosteneva infatti che «pour être législateur systématique, il faut pouvoir se flatter d'avoir tout prévu»⁴, un atteggiamento le cui radici razionali affondano in quella metafisica del dettaglio codificata dal potere pastorale, una tipologia del politico che dopo Foucault è rubricabile tra i gemiti genealogici del welfare, mentre sarebbe miope relegarla solo tra le prerogative istituzionali della teologia cristiana.

4. *Fragments et pensée détachés pour servir à l'ouvrage sur la géographie politique*, in *Œuvres de Turgot et documents le concernant*, 5 vol., Paris, Alcan, 1913, I, p. 330.

Criterio guida nella gestione dei rischi e puntello delle pratiche regolative nelle economie succedute ai gloriosi Trenta, oltre che “parte fondamentale delle politiche dell’UE”, come ricordava una Comunicazione della Commissione sul Principio di Precauzione del 2 febbraio 2000, la regione prudenziale che ispira tale principio è tanto nota quanto foriera di divisioni tra orientamenti liberisti da un lato e sensibilità sociali e ambientaliste dall’altro, se con queste ultime due si vogliono designare i campi discorsivi che rispecchiano le principali ontologie collettive tra secondo e terzo millennio. E tuttavia occorre essere cauti perché ripartizioni di campo troppo schematiche si espongono a clamorose smentite, quando si pensa che un consigliere giuridico del presidente Obama, il costituzionalista Cass Sunstein, non ha lesinato critiche sferzanti al principio di precauzione, reo di produrre la paralisi decisionale e, a conti fatti, più danni di quelli che pretende evitare⁵.

Ma probabilmente ancor prima del principio di precauzione, cui si deve il merito di aver allestito la cornice in cui la tracciabilità emerge come questione politica e morale, si può risalire ancora più a monte al livello di un vero e proprio paradigma della razionalità investigativa. Usiamo il termine razionalità con l’intento deliberato di evitare il tranello weberiano della *Rationalisierung*, legge trascendente che onnicomprende la modernità sotto il segno di una razionalizzazione crescente. Con razionalità s’intende invece una modalità intellettuale e pratica particolare grazie a cui una certa struttura antropologica ha preso forma a partire dall’elaborazione di strumenti in grado di produrre una verità sul mondo. In questi termini la tracciabilità è una procedura razionale che si avvale di tecniche conoscitive relativamente affini a quello che Carlo Ginzburg quaranta anni or sono ha chiamato “paradigma indiziario”. Si tratta di quell’atteggiamento mentale che non potendo poggiare sulla certezza del fatto evidente deve elaborare procedure logiche e argomentative, spesso assai sofisticate, per ricomporre i fatti accaduti grazie al collegamento induttivo di frammenti di senso disseminati su un teatro relativamente ampio di avvenimenti.

5. Cass R. SUNSTEIN, *Laws of Fear. Beyond the Precautionary Principle*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

L'inchiesta giudiziaria e poliziesca per un verso i dispositivi amministrativi per un altro sono le forme attraverso cui la verità si determina, non in virtù dell'apprensione simultanea all'accadere dei fatti, ma come ricognizione successiva dei segni che a essi rinviano. Se non si gode del privilegio divino di osservare in un'unità sincronica immediata ciò che alla nostra percezione si offre solo come sequenza di passaggi spazio-temporali, allora non resta che farsi guidare da indicatori particolari dalla cui concatenazione una verità probabilistica sull'accaduto si può ragionevolmente desumere. La tracciabilità nasce da una costola dell'inchiesta indiziaria che cerca, districandosi tra perplessità e dubbi, di risalire dal noto all'ignoto. Tuttavia, rispetto all'incedere problematico ed esitante dell'inchiesta, la tracciabilità confida in un positivismo assai più riconciliato: la verità delle persone e delle cose risiede nella loro storia certificata, nel tragitto che queste compiono passando da una soglia all'altra, ognuna delle quali documenta un cambiamento che l'osservatore isolerà nel singolo fotogramma per poi ricomporlo nella visione d'insieme. Pensare per tracce, di cui il concetto di tracciabilità riassume la portata epistemologica, significa in definitiva elaborare una tecnologia del tragitto: seguendo e documentando i movimenti dell'essere, si perviene a un'ortologia della verità, cioè all'enunciazione di una conoscenza nel rispetto di determinate procedure che ne garantiscono la validità. "Validità" da intendersi non tanto in termini scientifici, bensì come giustificazione storico-retorica: esibita secondo modalità appropriate, la traccia soddisfa il bisogno di verità di cui ogni società non può fare a meno, e così facendo si trasforma in strumento di governo per un verso, e in misura della fiducia sociale, e quindi di sicurezza, per un altro.

2. Secondo una nota riflessione di Montaigne, « pour juger d'un homme il faut suivre longuement et curieusement sa trace »⁶. Aggiungiamo che per chieder conto dei suoi atti, però, è indispensabile anche catturare le scie depositate dalle cose, entità queste ultime che è impossibile non aggiornare alla luce di quelle combinazioni di attività umane

e prodotti tecnologici che Bruno Latour chiama ibridi. Ma lasciamo da parte queste considerazioni ontologiche e restiamo al punto che qui c'interessa maggiormente e che è di natura morfologica: il legame tra la formazione della conoscenza e il ruolo della traccia, il modo di considerare il potenziale euristico di quest'ultima tipico di un sistema di pensiero che intende aggirare l'ostacolo delle lacune cognitive da cui muove il paradigma indiziario e il suo correlato operativo che è l'inchiesta.

Negli anni Settanta del secolo scorso, Michel Foucault aveva individuato nella storia dell'*Edipo re* di Sofocle una delle prime formulazioni occidentali di un modello investigativo fondato sulla connessione di fattori eterogenei che, ricostruiti in un ordine logico, disegnano la trama probabile di un fatto accaduto nel passato. Edipo perviene così a scoprire la verità sui fatti accaduti a Tebe dopo l'uccisione di Laio, cioè la verità su sé stesso. Anziché rivelare la radice più profonda del complesso di colpa, Edipo s'inscriverebbe più prosaicamente nella storia del diritto greco preclassico, documentando l'esercizio del potere politico, l'organizzazione di un sapere della ricerca e la produzione della verità nella società greca dell'epoca. L'azione del dramma, secondo Foucault, perfeziona con gradualità la tecnica del *symbolon* che, diversamente dal simbolico di Lacan, rappresenta solo un modo di formazione del senso e della verità e non un ordine trascendentale del linguaggio e dell'uomo. Infatti, il simbolo è il risultato complesso di un processo che, riuscendo a far combaciare verità parziali e distanti tra loro nel tempo e nello spazio, consente di chiarire la verità completa di un certo accadimento storico. Nel dramma, ad esempio, la conoscenza dell'accaduto si fa luce dall'incastro progressivo e imprevedibile di elementi che si corrispondono: divinazione e testimonianza, profezia e memoria, oracolo e pastore sono le mezze verità che, rimesse in sintonia reciproca, designano l'uccisore di Laio. Grazie al ragionamento logico-empirico dell'osservatore, le singole verità parcellari sono ricollocate progressivamente nel quadro generale⁷. Secondo Foucault, Edipo rimane vittima proprio di questo

7. Michel FOUCAULT, *La vérité et les formes juridiques*, in *Dit et Ecrits*, Paris, Gallimard, 1994, II, p. 560 s. (trad. it. *La verità e le forme giuridiche*, in *Archivio Foucault*, Milano, Feltrinelli, 1997, II, p. 103 s.)

eccesso di verità e di conoscenza e non, come abitualmente si sostiene, della sua ignoranza. Egli soccombe, in definitiva, sotto il peso schiacciante del *symbolon*, cioè della congiunzione delle frazioni di verità l'una mancante dell'altra. Il simbolo è pertanto un gioco dell'esperienza, che l'ars combinatoria della mente umana disvela a cose fatte, rimettendo insieme quelle che appaiono delle coincidenze casuali, susseguentisi inizialmente con occasionalità serendipitica, perché frutto di contingenze imponderabili a priori e pertanto ricostruibili ex post grazie a un'appropriata lettura dei segni. Saranno dapprima il detective Edipo e in seguito l'analista Freud a garantire l'intelligibilità di tali segni: il primo al livello "emico" il secondo al livello "etico". Ma mentre per Freud la vicenda edipica denuncia il funzionamento dell'inconscio e del desiderio individuali, per Foucault il complesso edipico è soltanto il complesso collettivo – nel senso letterale del termine complesso: ciò che è composto di parti interdipendenti – di un modo di esercizio del potere politico e delle forme del sapere messe in atto. Se per un verso, agli occhi di Foucault, l'incastro di prove incomplete si traduceva in una tecnica, il *symbolon*, che disvela il senso globale di una storia altrimenti indiscernibile, per altro il modo attraverso cui Edipo riconnette le tessere sparse del mosaico corrisponde a un procedimento di natura induttiva, in particolare a quel genere di inferenza che Charles S. Peirce definisce "abduzione": risalire dagli effetti alle cause. L'inchiesta condotta da Edipo, secondo quanto osserva lo stesso Sofocle, riproduce il modo di procedere per segni e piste già impiegato all'epoca dalla navigazione e dalla medicina, cosicché la capacità di scoprire l'ignoto partendo dal noto si offre al pensiero occidentale e alla politica, visto che è il re Edipo in prima persona a incarnare questa volontà spasmodica, grazie all'estensione del metodo seguito da queste pratiche⁸. L'arte di governare, l'arte di guarire e l'arte di pilotare un'imbarcazione predispongono le basi razionali su cui potrà crescere il modello di una ricerca se-

8. V. Michel FOUCAULT, *Mal faire, dire vrai : fonction de l'aveu en justice*. Cours de Louvain, 1981, Presses Universitaires de Louvain e University of Chicago Press, 2012 (trad. it. *Fare il male, dire il vero: funzioni della confessione in giustizia*. Corso di Lovanio, 1981, Torino, Einaudi, 2013, pp. 67-68).

miologica della verità che ancora oggi permea il lavoro di procure e questure.

Verso la fine di quegli anni Settanta che colsero la cultura europea in un irripetibile stato di grazia, Carlo Ginzburg, come anticipato sopra, proponeva una sua ricostruzione genealogica dell'inchiesta battezzando il cosiddetto paradigma indiziario. Il giovane Freud, ben prima di scoprire l'analisi del profondo, avrebbe trovato nel metodo impiegato dal critico d'arte Giovanni Morelli per accertare l'identità dell'autore di un quadro di difficile attribuzione, la capacità di valorizzare dettagli periferici della tela in grado, proprio per questo loro carattere marginale e sfuggito alla volontà dell'autore, di svelarne la sua autentica paternità. L'insignificante diventa significativo per Morelli così come lo sarà in seguito per l'ermeneutica sintomale della psicoanalisi freudiana⁹. L'attenzione alla forma del sapere che connota la *démarche* di Foucault, costretto spesso proprio per questo motivo a precisare il suo rapporto col mestiere di storico, comporta anche nello stesso Ginzburg un'apparente perplessità sulle implicazioni del metodo formale in storia: «Usavo la morfologia come una sonda per scandagliare uno strato inaccessibile agli strumenti consueti della conoscenza storica»¹⁰. E questa sonda, nel caso della forma-inchiesta, corrisponde a un lavoro inquirente che si orienta seguendo dettagli trascurati, un procedimento il cui valore euristico, per ritornare al V secolo a. C., niente avrebbe potuto condensare meglio dello scoramamento di Edipo quando esclama: «dove mai trovare l'ardua traccia (*ichnos*) dell'antico misfatto? (108-109)». *L'ichnos* è l'orma della preda, la traccia che se trascurata sfugge, come insinua Creonte (111) con analogia venatoria di cui retrospettivamente cogliamo un germe precursore dell'ermeneutica freudiana¹¹. Questo aspetto paradossalmente è sfuggito a sua volta al creatore del complesso edipico, che nel re di Tebe vede meno il pre-

9. Carlo GINZBURG, *Spie. Radici di un paradigma indiziario*, in Aldo GARGANI (dir.), *Crisi della ragione. Nuovi modelli nel rapporto tra sapere e attività umane*, Torino, Einaudi, 1979, p. 65. Ora in ID., *Miti, emblemi, spie. Morfologia e storia*, Torino, Einaudi, 1986.

10. *Miti, emblemi, spie*, cit., prefazione, p. XIV-XV.

11. FOUCAULT (*Mal fare*, cit.) insiste invece sul termine *tekmerion* (p. 66 s.) per indicare il segno che è dato agli uomini rispetto alla certezza che è invece privilegio degli dei. Tuttavia nel testo dell'*Edipo re* il termine non compare. Cfr. la precisazione dei curatori del corso, p. 83, n. 71.

cursore di Morelli che il fondatore di una legge universale del desiderio.

La decifrazione della traccia, che nell'approccio formale di Ginzburg acquista proporzioni epistemologiche risalenti addirittura all'arte divinatoria dell'antica Mesopotamia, canonizza un modo di narrare i fatti alla luce di marcatori semiotici che circoscrivono "casi" individuali più che regolarità generali. I sintomi, come in medicina, sono ciò che affiora rapsodicamente di una realtà che si sottrae alla lettura perspicua, sono materiale per supporre fatti probabili non solo sul malato (il passato e il presente nella diagnosi, il futuro nella prognosi), ma anche sul chi è l'autore di qualcosa nel passato (giurisprudenza), o su cosa potrà accadere in futuro (divinazione)¹². Si tratta di saperi congetturali che premiano la ricerca più che il risultato, quasi a voler erigere la perplessità dell'osservatore nella decifrazione della traccia in qualità gnoseologica (e forse deontologica) distintiva, tale da fargli implicitamente compensare il deficit quantitativo rispetto alle certezze reiterabili della scienza sperimentale. In questo senso l'inchiesta indiziaria non potrà mai aspirare al rango di sapere normalizzato secondi i canoni della scienza della natura galileiana. L'idea che per quanti casi simili si potrà studiare non si perverrà mai a una conoscenza generale del fenomeno accompagna come un'ombra il paradigma indiziario, esalta le prerogative intuitive del conoscitore, il suo empirismo irredento, ma non può strapparli al suo destino di cacciatore d'incognite ideografiche. *Bref*, lo saluta come allievo diplomato a pieni voti alla scuola del sospetto.

Epperò il sospetto non crea legame sociale, e non produce quelle condizioni di sicurezza indispensabili alle ragioni del mercato e alle ragioni degli Stati che controllano le popolazioni dotandosi innanzitutto degli strumenti tecnici per conoscere la reale identità delle persone, seguirne gli spostamenti fisici e vagliarne forme e contenuti della comunicazione. Lo Stato detective potrà anche stuzzicare l'immaginario distopico e alimentare su quella base le condizioni morali e materiali di un tipo di governamentalità. E tuttavia, al di là della tenuta sociale sul lungo periodo di un

simile assetto, a risultare problematico per una democrazia è l'economia di una verità insidiata dal costante assillo del falso, dall'idea di dover immaginare dietro i segni ben altro di quel che sembrano dirci, quasi che la funzione critica sia per intero ipotecata dallo scrutare la realtà dubitando dell'autenticità di ciò che ricade nella sfera del visibile. In fondo è l'antico vizio dell'ideologia in senso marxista quello di supporre che la superficie distrae dal vero. Nelle more del paradigma indiziario, la traccia funziona sì da segnavia per l'interprete, ma certifica allo stesso tempo una mancanza, l'incompletezza del dato cognitivo, un'irredimibile invisibilità che finisce per plasmare una postura tra lo scettico e il profetico di un osservatore cui non resta che dedicarsi a una «divinazione volta al passato»¹³.

3. C'è da chiedersi allora se è da questo genere di “traccia” che deriva il paradigma eponimo della tracciabilità. Le tracce sono un'allerta per la ragione scettica o possono operare in modo diverso? Rispetto al modello dell'inchiesta che si muove su una piattaforma di incognite da trattare come una trama d'indicazioni induttive, prima di giungere alla sperata agnizione finale, il modello della tracciabilità si concepisce costitutivamente scervo da lacune di sapere. La scheda analitica sull'origine di un prodotto commerciale che ne attesta il curriculum formativo o i diagrammi che geolocalizzano in diretta gli spostamenti di chi porta un braccialetto elettronico non si limitano a funzionare da strumenti di prova, cioè come argomenti logici dimostrativi da far valere eventualmente in sede giudiziaria a sostegno di un'ipotesi di verità. Pretendono, a ben guardare, qualcosa di assai più ambizioso del ruolo, peraltro non irrilevante, di meccanismi per suffragare la realtà. Intendono piuttosto performarla quella realtà, cercando di renderla impermeabile alle strategie della corrosione dialettica su cui si esercita la critica storica. La scheda analitica, come il diagramma, è, e non rappresenta, la verità del reale, spetta semmai a chi ne contesta il contenuto provare che la realtà è diversa o i

13. Così GINZBURG, *op. cit.*, p. 83 che riferisce le considerazioni di Thomas HUXLEY (*On the Method of Zelig: Retrospective Prophecy as a Function of Science*, in *Science and Culture*, London, 1881) a proposito del cosiddetto metodo di Zelig che accomuna storia, geologia, astronomia fisica e paleontologia.

fatti si sono svolti in altro modo, ma questo implica aprire il campo della responsabilità, che però è una conseguenza del sistema della tracciabilità e non la causa¹⁴. La scheda analitica e il diagramma si possono considerare, *faute de mieux*, delle presunzioni *iuris tantum*, perché le forme del visibile e del leggibile non dissimulano un contenuto diverso da quello che esibiscono, anzi aspirano proprio a ripianare lo scarto tra il detto e il fatto, tra la misura e la cosa. Ciò che sta innanzi agli occhi non è una parte di ciò che si nasconde, ma descrive per intero ciò che c'è da sapere. Non c'è un fondo da recuperare che l'enunciazione occulta, nulla da riportare a galla sotto la punta dell'iceberg: questo il mesaggio conciliante veicolato dalla tracciabilità, che sembra rifuggire gli spasmi cinegetici del detective, il suo incessante fiutare piste che lo dirigano verso la preda sormontando i limiti dell'immediatezza sensibile. La tracciabilità pretende dire tutto sulla realtà per evitare di essere interrogata, ed eventualmente contestata proprio come nelle presunzioni *iuris tantum*, e perciò esige un profilo diverso di osservatore, lo concepisce incline al consenso preventivo¹⁵, punta sulla sua fiducia nel valore autenticamente descrittivo degli enunciati tecnici che affermano la verità di una cosa, di un soggetto o di un processo. All'accanimento dell'interprete – sia questi calato nelle vesti del detective, del critico d'arte o dello psicoanalista, per riprendere il parallelismo professionale proposto da Ginzburg – chiamato a districarsi tra una congerie d'indizi, sintomi e congetture che non è detto lo guidino infallibilmente a riannodare i fili di un senso probabile degli avvenimenti accaduti, il paradigma della tracciabilità intende restituire alla ragione una positiva serenità, affrancandola dall'inquietante tarlo del negativo, dell'opacità intrinseca ai fatti sociali che è invece il combustibile dell'inchiesta. Non si parte dalla necessità di scoprire qualcosa che si sottrae alla conoscenza, si vuole invece ridurre al minimo, sin dall'inizio, l'esposizione al rischio

14. V. HERMITTE, *op. cit.*, p. 24.

15. Giustamente osserva HERMITTE, impiegando un argomento che mi pare assai affine a quello sostenuto da Sunstein a proposito del principio di precauzione (v. *supra*), «le consensus pourrait être rompu si elle [la tracciabilità] était utilisée pour modérer la rapidité du système de production et poser des limites à la circulation des produits». *Op. cit.*, p. 34.

della delusione cognitiva, evitando d'ingenerare aspettative epifaniche da un lato e di armare menti complottiste dall'altro. La deriva senza uscita di segni che possono affastellarsi in maniera casuale, gettando l'interprete nello sconforto: il paradigma della tracciabilità paventa questo gioco pericoloso, se non ingovernabile, e prospetta una soluzione che alla catena metonimica dei significanti sostituisce il rapporto stabile tra il significato e la realtà. Diversamente dal segno che rinvia a un referente oggettivo, l'iscrizione della traccia non rimanda a qualcos'altro, non dimostra la realtà ma semplicemente la mostra, invitando l'osservatore a non andare oltre la rappresentazione, perché questa coincide con la cosa.

Si capisce allora che i dispositivi della tracciabilità funzionano di fatto come sistemi sostitutivi del concetto di prova, e in questo senso si giustificano occupando uno spazio paragiudiziario, perché organizzano delle informazioni utili a finalità di controllo e vigilanza. L'osservatore, sia questi una pubblica autorità, un consumatore o un responsabile d'azienda, potrà accontentarsi di apprendere i dati su un supporto percettivo sufficiente a predicare la verità dell'essere in questione. Una critica del giudizio (genitivo soggettivo) è ciò che la tracciabilità intende disinnescare e per realizzare questo scopo si promuove come sistema solo relativamente condizionato dall'onere della prova, se per prova s'intende, alla Hume, un'argomentazione basata sulla relazione di causa effetto immune da dubbi e incertezze. Al di là del fatto se questa concezione massimalistica della prova, senza dubbi e incertezze, risulti accettabile e non debba invece essere collegata a una visione per gradi di probabilità come sosteneva Leibniz¹⁶, mette conto qui sottolineare che la tracciabilità si premura in primis di creare il giusto atteggiamento psicologico in chi apprende e meno la comprensione della causa efficiente, cioè il rendere ragione del "come" oltre che della cosa. Il modello della tracciabilità chiama in causa più la spiegazione che la comprensione: si sostiene, secondo modalità tecniche diverse, che le cose stanno così e basta esserne persuasi, cioè maturare una ragionevole credenza sul fatto in questione. Per esempio, che la verifica

16. Sul tema si veda Fernando GIL, *Prove. Attraverso la nozione di prova/dimostrazione*, Milano, Jaca Book, 1990, pp.15-17.

al computer sull'iter di una spedizione corrisponda realmente agli spostamenti materiali subiti da un pacco in un dato spazio e durante un certo tempo; o che i pagamenti elettronici corrispondano a spese realmente effettuate e come tali utili alla detrazione fiscale; oppure che transazioni di denaro impresse sulle memorie dei sistemi informatici bancari indichino trasferimenti oggettivi di valore (dietro i quali, eventualmente, si possono nascondere illecite operazioni finanziarie); o ancora che i dati biometrici contenuti su un passaporto non dimostrino l'identità di una persona ma siano esattamente quella singolarità inconfondibile¹⁷. L'interpretazione elastica, tendenzialmente, non dovrebbe trovare cittadinanza nella tracciabilità¹⁸. Il sensibile si accetta perché esonera da ulteriori verifiche; la persuasione, come diceva Kant, è un tener per vero che si basa sulla semplice apparenza¹⁹. In questo senso abbiamo parlato sopra di presunzioni, perché la sufficienza del dato oggettivo è decisamente sbilanciata dall'investimento preponderante sulla predisposizione mentale del soggetto osservatore.

Si prospetta così una visione della realtà in cui il divario tra il fenomeno e la cosa in sé tende potenzialmente ad affievolirsi, così come quello tra strumento che prova e oggetto da provare. Al fondo della tracciabilità opera un'organizzazione del sapere che pretende esautorare una volontà di giudicare poco funzionale a esigenze innanzitutto securitarie. E l'aggettivo "securitarie" riguarda tanto i governanti quanto i governati, entrambi consumatori compulsivi della più inesauribile risorsa politica di questo inizio di terzo millennio. Nel paradigma indiziario la traccia che libera le sinapsi di Sherlock Holmes non indica la pienezza dell'oggetto ma, alla Derrida, annuncia un'assenza, anche se poi quella precarietà prospettica potrà essere riscattata dalla ripresentazione ex post della traccia, in connessione ad altre, sotto forma di un plausibile "tutto".

Nel protocollo della tracciabilità, invece, la traccia non

17. Sull'accumulazione digitale pressoché illimitata dei dati personali e la loro tracciabilità, v. Pierre-Michel Menger, Simon Paye (dir.), *Big data et traçabilité numérique: les sciences sociales face à la quantification massive des individus*, Paris, Collège de France, Paris 2017.

18. Ginzburg ricorre all'ossimoro "rigore elastico" (*op. cit.*, p. 92) per descrivere la virtù ineliminabile del paradigma indiziario. È proprio su questo aspetto che cade, a nostro modo di vedere, la differenza col paradigma della tracciabilità.

19. Cit. da Gil, *op. cit.*, p. 111

può più permettersi di risultare ambigua e imperfetta, pretende essere discretamente assertiva perché dietro di sé non deve lasciare menti interdette. L'idea che il passato torni a portata di mano nel presente grazie a un'etichetta, o che addirittura si instauri una presa immediata col presente come nel caso di un braccialetto elettronico, conferisce all'esperienza della traccia (nella tracciabilità) quel senso di onnipotenza la cui vertigine è condivisa consensualmente da governanti e governati. La traccia ha una sua parentetica che si rivolge a spiriti disposti a recepire il suo *storytelling*, l'accordo irenico è dato per scontato perché non c'è una traccia originaria che si nega alla presenza, per restare al ragionamento di Derrida, e che perciò destabilizza quell'accordo. Tracciare è insomma scrivere una storia lineare della realtà, in cui ogni tappa del cammino testimonia un progresso di conoscenza e di controllo che in sé ha una portata rassicurante sia per chi esercita un'autorità sia per l'osservatore comune. Se si vuole, è la rivincita delle certezze del laboratorio sulle cogitazioni del commissariato.

* * *

187

In conclusione, possiamo dire che la ragione della tracciabilità si realizza come illustrazione formale di un tragitto, cioè delle tappe che scandiscono dall'inizio alla fine la vita di un ente animato, inanimato o ibrido così come di un evento complesso. In questo senso la tracciabilità dispiega una realtà che è possibile riavvolgere su sé stessa, percorrendola a ritroso, proprio perché è fornita dal suo debutto la legge che unisce l'incipit e il suo ultimo esito. Il documentario pedagogico, nelle sue sequenze diegetiche progressivamente didascaliche, più che il romanzo poliziesco è il genere prosastico adeguato al discorso della tracciabilità. Il diritto può agevolmente annoverare quest'ultima tra le prole legittima del procedimento amministrativo, perché la visibilità del movimento che lega premesse e risultato finale è rivendicata sotto l'egida dell'evidenza. Per lo stesso motivo non può che classificarla tra i parenti apocrifi dell'inchiesta giudiziaria, che di quell'evidenza è per principio sprovvista.

II.
LA MISE EN DROIT DU VIVANT :
INSTITUER LES INTERRELATIONS

Les États, la nature et le droit... La Convention sur la diversité biologique à l'heure de la sixième extinction de masse

Sandrine Maljean-Dubois* **

La première évaluation globale du « GIEC de la biodiversité », la Plateforme intergouvernementale sur la biodiversité et les services écosystémiques (IPBES), dresse la synthèse des connaissances scientifiques les plus récentes et fait état d'un large consensus parmi les scientifiques au sujet de la gravité des menaces qui pèsent sur la biodiversité. Elle précise que la biosphère, dont l'humanité dépend, est altérée à un niveau sans précédent, et que la biodiversité décline plus vite qu'à aucune autre époque dans l'histoire humaine. Un million d'espèces seraient menacées d'extinction pour la plupart dans les décennies à venir¹. Nous connaissons

191

* Directrice de recherche au CNRS, Aix Marseille Université, Université de Toulon, Université de Pau & Pays Adour, CNRS, DICE, CERIC, Aix-en-Provence, France .
E-mail : maljean.dubois@gmail.com

** L'écriture de cet article prend appui pour partie sur les publications collectives suivantes : *Un Agenda de l'action pour la biodiversité : attentes et enjeux à court et moyen termes*, Policy brief, Iddri (avec Aleksandar RANKOVIC, Matthieu WEMAERE, Yann LAURANS), avril 2018 ; *What legal options for the international agreement on biodiversity in 2020? A first look at the possibilities/ Options juridiques pour l'accord international sur la biodiversité en 2020 : une première exploration*, Policy brief, Iddri (avec Matthieu WEMAERE, Aleksandar RANKOVIC, Yann LAURANS), Policy brief, Iddri, novembre 2018. L'auteure tient également à remercier Mme Ines VERLEYE, PFS Environment, qui partage régulièrement et généreusement avec elle sa grande expérience de négociatrice internationale sur la biodiversité.

1. IPBES, *Summary for policymakers of the global assessment report on biodiversity and eco-*

une extinction « de masse », définie par les paléontologues comme une période relativement courte à l'échelle géologique qui voit s'éteindre une grande partie des espèces. Ce serait la sixième crise de ce type ; la dernière ayant eu lieu il y a 65 millions d'années et ayant conduit à la disparition des dinosaures². Deux caractéristiques la distingueraient toutefois des précédentes. D'une part, cette sixième crise correspondrait à l'expansion rapide de l'espèce humaine sur terre. D'autre part, cette crise serait beaucoup plus rapide que les précédentes (1000, 10 000 fois ?), ne laissant pas le temps aux espèces de s'adapter et risquant par-là de compromettre dans le futur la re-diversification qui a suivi toutes les crises précédentes. Nous aurions franchi ici l'une des neuf limites planétaires garantissant à l'humanité un « espace de fonctionnement sécurisé » pour entrer dans une zone à risque, éprouvant au-delà du raisonnable les capacités de résilience de notre biosphère³. Le point de basculement est atteint également pour cinq autres limites, s'agissant des cycles biogéochimiques (azote, phosphore), de la déforestation, des changements climatiques, de la pollution chimique et de l'eau douce⁴.

Cette réflexion sur les limites planétaires s'inscrit dans celle sur l'anthropocène, qui serait une nouvelle ère géologique, succédant à l'holocène à partir de la révolution industrielle et marquée par l'empreinte de l'homme devenu une force géologique majeure. Ainsi, même si nous parvenions à réduire drastiquement notre empreinte écologique et inventer une civilisation sobre, la Terre mettrait des dizaines voire des centaines de milliers d'années, à retrouver le régime climatique et biogéologique de l'holocène⁵. Une récente étude confirme que la biodiversité pourrait mettre

system services, 2019, <https://www.ipbes.net/global-assessment-report-biodiversity-ecosystem-services> (consulté le 1er juin 2022).

2. Vincent DEVICTOR, *Nature en crise. Penser la biodiversité*, Paris, Seuil, Coll. Anthropocène, 2017, p. 27.

3. Johan ROCKSTRÖM *et al.*, « A safe operating space for humanity », *Nature*, 2009, vol. 461, n° 24, p. 473.

4. Will STEFFEN *et al.*, « Planetary Boundaries: Guiding human development on a changing planet », *Science*, 2015, vol. 347, n° 6223.

5. Christophe BONNEUIL, Jean-Baptiste FRESSOZ, *L'événement anthropocène, La terre, l'histoire et nous*, Paris, Seuil, Coll. Anthropocène, 2013.

des millions d'années à se reconstituer⁶. Selon le rapport de l'IPBES, les cinq facteurs directs de changement qui affectent la nature et qui ont les plus forts impacts à l'échelle mondiale sont, par ordre décroissant : les changements d'usage des terres et de la mer ; l'exploitation directe de certains organismes ; le changement climatique ; la pollution et les espèces exotiques envahissantes. Le rapport souligne que le changement climatique, autre conséquence des activités humaines, impacte déjà fortement la biodiversité, depuis le niveau des écosystèmes jusqu'à celui de la diversité génétique, et que ses conséquences risquent de s'aggraver dans les années qui viennent.

Force est de constater que le droit de l'environnement a échoué à éviter cette érosion de la biodiversité. Tout au contraire, le phénomène s'amplifie et s'accélère. Pourtant, des éléments de la biodiversité ont fait l'objet de conventions internationales depuis plus d'un siècle, à l'échelle régionale ou internationale. En outre, en 1992 a été adoptée la Convention de Rio sur la diversité biologique⁷ dont c'était précisément l'un des objectifs. La Convention est entrée en vigueur l'année suivante et compte aujourd'hui 196 Parties ce qui en fait l'un des traités les plus ratifiés au monde. En réalité, loin des projets initiaux soutenus par les associations de protection de la nature, la Convention de Rio est à son adoption « dans l'optique conservacionniste, un échec » comme l'analyse très justement Marie-Angèle Hermitte dès 1992 dans *l'Annuaire français de droit international*⁸. Aux fins de son article 1^{er}, ses objectifs « sont la conservation de la diversité biologique, l'utilisation durable de ses éléments et le partage juste et équitable des avantages découlant de l'exploitation des ressources génétiques [...] ». Il n'y a donc pas un seul, mais trois objectifs. Relier la conservation à l'utilisation durable et au partage des avantages n'est pas incohérent en soi. Mais l'objectif de conservation perd alors le caractère central qu'il avait dans les premiers projets. La Convention est plutôt le fruit de la rencontre entre les

6. Josh GABBATISS, « Earth will take millions of years to recover from climate change mass extinction, study suggests », *The Independent*, 9 avril 2019.

7. United Nations, *Treaty Series*, vol. 1760, p. 79.

8. Marie-Angèle HERMITTE, « La Convention sur la diversité biologique », *AFDI*, 1992, vol. 38, n°1, p. 846.

grandes ONG conservationnistes et les groupes d'intérêts dont l'activité économique dépend des ressources génétiques tels les semenciers, les industriels de l'agro-alimentaire et de la pharmacie, ces différents acteurs possédant des visions opposées sur les causes du mal, les moyens d'y remédier, ou même les objectifs à atteindre⁹. Très générale, elle contient pour l'essentiel des obligations atténuées. Les Parties doivent mettre en œuvre leurs obligations « dans la mesure du possible et selon qu'il conviendra », « en fonction des conditions et moyens qui [leur] sont propres », « en fonction de [leurs] moyens ». Convention-cadre, elle a été complétée par des protocoles additionnels : le Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques (2000), complété lui-même par le Protocole additionnel de Nagoya – Kuala Lumpur sur la responsabilité et la réparation (2010) et le Protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages tirés de leur utilisation (2010). En complément, la Conférence des Parties (COP) à la Convention a adopté une série de « décisions » stratégiques dont les plus importantes déterminent des objectifs globaux à atteindre en 2010, puis 2015 et 2020 (1). À la lumière de l'expérience passée et des nouvelles connaissances scientifiques, la COP 15, qui a été repoussée d'une année en raison de la pandémie de Covid-19 et aura lieu à Kunming, en Chine en 2022, devra définir le nouveau cadre post 2020 (2).

1. Une approche par les objectifs

La définition d'objectifs stratégiques dès 2002, puis revue en 2010, a jusqu'à présent produit des résultats insuffisants.

a) La définition d'objectifs stratégiques

La Conférence des parties a choisi une approche stratégique consistant en la définition d'objectifs politiques censés être déclinés à l'échelle régionale et nationale, et orienter et dynamiser l'action des États. La première stratégie de ce type a été définie en 2002¹⁰. Ce document fixait l'objectif

9. Catherine AUBERTIN, Valérie BOISVERT, Franck-Dominique VIVIEN, « La construction sociale de la question de la biodiversité », *Natures, Sciences, Sociétés*, 1998, vol. 6, n°1, pp. 7-19.

10. Décision VI/26, Plan stratégique pour la Convention sur la diversité biologique,

général d'« assurer, d'ici 2010, une réduction significative du rythme actuel de perte de diversité biologique aux niveaux mondial, régional et national », et l'assortissait d'une série de buts et objectifs stratégiques. Le Sommet mondial pour le développement durable de Johannesburg faisait fond sur ces objectifs¹¹, tout comme le G8/20 de Syracuse¹².

En 2010, lors de la COP X, à Nagoya, les Parties dressent un bilan négatif de la mise en œuvre de ce premier document et la COP adopte un nouveau Plan stratégique pour la période 2011-2020¹³. Les objectifs, plutôt vagues jusqu'alors, sont révisés et précisés. Le nouveau plan article 5 « buts stratégiques » avec les 20 objectifs dits d'Aichi, qui sont des objectifs pour l'essentiel chiffrés, devant être atteints en 2015 ou 2020. L'Objectif 17 prévoit en outre précisément que « D'ici à 2015, toutes les Parties ont élaboré et adopté en tant qu'instrument de politique générale, et commencé à mettre en œuvre une stratégie et un plan d'action nationaux efficaces, participatifs et actualisés pour la diversité biologique »¹⁴. Dans le prolongement, la décision de la COP « exhorte » les Parties à mettre en œuvre les objectifs internationaux, notamment à travers les stratégies et plans d'action nationaux pour la diversité biologique (SPANB), que les Parties doivent élaborer en application de l'article 6 de la Convention.

Une telle approche, que l'on peut qualifier de managériale, est largement expérimentée à l'échelle internationale. Elle est notamment au cœur du Programme de développement durable à l'horizon 2030 des Nations Unies, qui repose sur 17 objectifs mondiaux de développement durable (ODD)¹⁵. Elle correspond à une nouvelle manière de

UNEP/CBD/COP/6/20 (2002) p. 332.

11. Rapport du Sommet mondial pour le développement durable, 26 août-4 septembre 2002, A/CONF.199/20 (2002), §44.

12. *Carta di Siracusa on Biodiversity* (adopté le 24 avril 2009), Préambule, paragraphes II et VIII.

13. Décision X/2, Plan stratégique 2011-2020 et objectifs d'Aichi relatifs à la diversité biologique, UNEP/CBD/COP/DEC/X/2(2010), p. 117.

14. *Ibid.*

15. Résolution n°70/1, adoptée par l'Assemblée générale le 25 septembre 2015, *Transformer notre monde : le Programme de développement durable à l'horizon 2030*. Voir par exemple; Norichika KANIE, Frank BIERMANN, *Governing Through Goals: Sustainable Development Goals as Governance Innovation*, Cambridge, MIT Press, 2017.

penser le droit international, avec un rôle essentiellement stratégique, plus modeste par rapport aux ambitions régulatrices des années 1990, ambitions qui, quoi qu'il en soit, ont échoué à produire des résultats significatifs.

b) *Des résultats nuancés*

Contrairement aux autres conventions de Rio sur le climat et la désertification, la Convention sur la diversité biologique est arrivée dans un champ déjà très balisé. De nombreuses conventions internationales se sont intéressées à des éléments de la biodiversité depuis le début du XXe siècle (oiseaux, baleines, zones humides, commerce des espèces sauvages...). L'idée était bien que le droit existant alors était insuffisant à freiner l'extinction et qu'il fallait un nouvel outil pour approfondir la coopération et surtout faire le lien entre tous les régimes préexistants. Le rôle assigné à la Convention était aussi de porter l'enjeu biodiversité à l'échelle internationale, y compris hors de ce « complexe de régimes » consacré à la biodiversité et à ses composantes, voire de parvenir à définir des objectifs, principes, standards qui deviennent des référentiels partagés à l'échelle internationale, et soient pris en compte de manière transversale dans les différentes actions et politiques jusque hors du champ de l'environnement¹⁶. En effet, les principaux *drivers* de la biodiversité sont traités en dehors de ce complexe (climat, produits chimiques, urbanisation, transports, conflits, commerce...).

S'agissant de porter l'enjeu hors du champ de la CBD voire hors du champ de la protection de l'environnement, les objectifs d'Aichi ont produit des résultats majeurs à l'échelle internationale. Ils ont largement inspiré la définition par l'ONU des 17 objectifs mondiaux de développement durable. La biodiversité et les écosystèmes occupent en effet une place majeure dans les ODD et les cibles associées, en particulier des ODD 24 (biodiversité marine) et 15 (biodiversité terrestre), mais finalement apparaissent bien au-delà de manière transversale dans la plupart des

16. Louis GUAY, « The Science and Policy of Global Biodiversity Protection », in Philippe G. LE PRESTRE (ed), *Governing global biodiversity. The evolution and implementation of the Convention on Biological Diversity*, Londres, Routledge, 2002, p. 229.

ODD¹⁷. Est par là reconnue leur importance fondamentale pour le développement et le bien-être humain. Cela marque le chemin parcouru sur les questions de biodiversité en moins d'un siècle, de la protection des oiseaux utiles à l'agriculture¹⁸ à l'agenda mondial de développement défini par l'Organisation des Nations Unies. Dans le prolongement, les premières grandes évaluations de l'IPBES en 2018 et 2019 ont contribué à une reconnaissance accrue de l'enjeu de la biodiversité et joui d'une plus grande couverture médiatique. En mars 2019, à l'invitation de la COP de la CBD, l'Assemblée générale des Nations Unies a proclamé la décennie 2021-2030 « Décennie des Nations Unies pour la restauration des écosystèmes »¹⁹, succédant à la Décennie des Nations Unies pour la diversité biologique (2011-2020)²⁰. De son côté, le dernier G7, à Metz, en mai 2019, a placé la question en son centre. Une « Charte de Metz de la biodiversité » a été adoptée par les ministres de l'Environnement, qui fait écho aux objectifs d'Aichi et est accompagnée d'une « Initiative Leaders internationaux pour la biodiversité »²¹. Un engagement des dirigeants internationaux a été adopté, dans le prolongement, lors du sommet sur la biodiversité organisé par le Secrétaire général de l'ONU en septembre 2020²².

De nombreuses autres conventions environnementales, qui préexistaient à la Convention sur la diversité biologique, se sont également rangées sous la bannière des objectifs d'Aichi, auxquels elles ont souscrit, et qu'elles tentent de mettre en œuvre chacune à son niveau d'action et dans

17. CBD, Biodiversité et programme de développement durable à l'horizon 2030, Note Technique, non daté, <https://www.cbd.int/development/doc/biodiversity-2030-agenda-technical-note-fr.pdf> (consulté le 1er juin 2022).

18. Convention de 1902 pour la protection des oiseaux utiles à l'agriculture, <http://www2.ecolex.org/server2neu.php/libcat/docs/TRE/Full/Fr/TRE-000067.txt> (consulté le 1er juin 2022).

19. Résolution A/RES/73/284, Décennie des Nations Unies pour la restauration des écosystèmes (2021-2030), 1er mars 2019.

20. Résolution A/RES/65/161, §19.

21. Voir <https://www.ecologie-solidaire.gouv.fr/sites/default/files/2019.05.06FRCharte-deMetzsurlaBiodiversite.pdf> (consulté le 1er juin 2022).

22. Engagement des dirigeants pour la nature. Unis pour inverser la perte de biodiversité d'ici 2030 en faveur du développement durable, <https://drive.google.com/file/d/1eSS-3DoEt6BVvkA50lM0kb1fHemuJ2z-B/view> (consulté le 1er juin 2022).

son domaine²³. Cela a permis à la Convention sur la diversité biologique de finir par réussir à jouer son rôle de convention « chapeau » ou « socle ». Elle est en effet la seule à concerner toutes les espèces, toutes les activités, et ce sur toute la planète. C'est en cela qu'elle a pu être décrite comme une convention « omnibus » ou une « *convention for all life on Earth* »²⁴. Cela a accessoirement permis aussi aux conventions internationales sur la biodiversité autres que la Convention sur la diversité biologique de pouvoir bénéficier des financements du Fonds pour l'environnement mondial. Suite à une interpellation par le secrétaire général de la CITES, le conseil du FEM a demandé au secrétariat du FEM d'organiser des réunions entre les conventions sur la biodiversité pour faciliter la coordination de leurs priorités pour inclusion dans la 6^{ème} stratégie programmatrice du FEM. La coopération s'est également accrue entre les conventions sur la biodiversité. En 2006, un *Memorandum of Cooperation* a été conclu entre les agences et conventions sur la biodiversité soutenant la mise en œuvre du premier Plan stratégique de la CBD. Il a été suivi par un nouvel accord après l'adoption des objectifs d'Aichi encore plus largement signé et de la création d'une *task force* dédiée. Le PNUE a établi de son côté un *Issue Management Group on biodiversity*, qui est chargé de promouvoir la mise en œuvre du Plan d'Aichi au sein de l'ONU.

Ainsi, avec les objectifs d'Aichi, le cadre juridique mondial sur la biodiversité, jusqu'ici très fragmenté, a indiscutablement gagné en cohérence. Pourtant, la Convention sur la diversité biologique peine à aboutir à des résultats concrets à l'échelle des États, ou en tout cas à la hauteur de ses ambitions. Son plan stratégique actuel s'est terminé en 2020 sur un constat d'échec si l'on en croit les conclusions du cinquième rapport sur les perspectives mondiales de la diversité biologique paru en 2020, qui précise qu'« au

23. Guillaume FUTHAZAR, « The Diffusion of the Strategic Plan for Biodiversity and Its Aichi Biodiversity Targets within the Biodiversity Cluster: An Illustration of Current Trends in the Global Governance of Biodiversity and Ecosystems », *Yearbook of international Environmental Law*, 2014, vol. 25, n° 1, pp. 133-166.

24. Désirée M. MCGRAW, « The Story of the Biodiversity Convention: from Negotiation to Implementation », in Philippe G. LE PRESTRE (ed), *Governing global biodiversity. The evolution and implementation of the Convention on Biological Diversity*, Londres, Routledge, 2002, p. 24.

niveau mondial, aucun des 20 objectifs n'a été pleinement atteint, bien que six d'entre eux soient en partie réalisés »²⁵. Selon ce rapport, 11% des pays déclarent qu'il n'y a eu aucun progrès significatif et 1% qu'ils s'éloignent de l'objectif. Par ailleurs, moins d'un quart des objectifs nationaux sont bien alignés sur les Objectifs d'Aichi et seulement 10% de tous les objectifs nationaux sont semblables aux Objectifs d'Aichi pour la biodiversité et sont en voie d'être réalisés. Le rapport souligne que ces conclusions négatives concordent avec les rapports sur l'état de la biodiversité reflétant une aggravation importante des tendances²⁶.

À la lumière de ces constats, les Parties doivent trouver les moyens de renforcer la mise en œuvre nationale des Objectifs d'Aichi.

2. Quelles perspectives pour le post 2020 ?

La COP 15, en 2022, doit faire le bilan du plan stratégique d'Aichi et définir un nouveau cadre pour le post 2020. Beaucoup d'observateurs dressent un parallèle de ce point de vue avec la COP 21 sur les changements climatiques, qui a adopté en 2015 l'Accord de Paris fixant le cadre de l'action climatique pour le post 2020 et qui a été un vrai succès diplomatique à défaut d'être (encore ?) un succès environnemental. Après une série de réunions et ateliers, les négociations ont démarré effectivement fin août 2019, suivant la feuille de route définie à la COP 14²⁷. Le « Cadre mondial de la biodiversité pour l'après-2020 » en discussion pourrait concerner aussi bien les États que les acteurs infra et non étatiques.

a) *Un nouveau cadre pour engager les États*

S'agissant de la substance, il y a un consensus assez large entre les États sur le contenu des objectifs d'Aichi, qui ne seront vraisemblablement qu'ajustés à la marge. En par-

25. Secrétariat de la CBD, Perspectives mondiales de la diversité biologique 5, 2020, <https://www.cbd.int/gbo/gbo5/publication/gbo-5-spm-fr.pdf> (consulté le 1er juin 2022).

26. *Ibid.*

27. Décision 14/1, *Évaluation scientifique actualisée sur les progrès accomplis dans la réalisation des objectifs d'Aichi pour la biodiversité et options pour accélérer les progrès*, CBD/COP/DEC/14/1 (2018). Voir <https://www.cbd.int/conferences/post2020/wg2020-01/documents> (consulté le 1er juin 2022).

ticulier, dans le droit fil de l'approche managériale, il est question de préciser certains objectifs, voire de les chiffrer, ce qui permet de définir des indicateurs et de suivre et évaluer ensuite leur mise en œuvre par les États. Les objectifs « chiffrés », tels que l'objectif 11 sur les zones protégées, sont en effet ceux qui semblent les mieux mis en œuvre par les États. Comme le reconnaissait la déclaration adoptée à l'issue de la conférence Rio+20 L'avenir que nous voulons qui reconnaît que « Nous sommes conscients que les objectifs, les cibles et les indicateurs [...] sont précieux pour mesurer et accélérer les progrès »²⁸. Les objectifs tangibles fournissent probablement de meilleurs guides aux États et ont donc plus de chance d'être reflétés précisément et avec le même niveau d'ambition dans les législations nationales. Ils sont plus « judicieux » pour reprendre le mot des co-présidents du groupe de négociation²⁹. Beaucoup de Parties proposent à ce titre que les objectifs soient plus « SMART » au sens de specific, measurable, ambitious, realistic and time-bound.

Les États doivent aussi réfléchir à la forme de l'accord et à la portée des objectifs, lesquels ne figurent qu'en annexe à une décision de la COP, qui n'est -en dépit de la dénomination de décision- que recommandatoire. Certes, la COP a ancré juridiquement les Objectifs d'Aichi dans l'article 6 de la Convention, en considérant que la mise en œuvre de ce dernier suppose leur prise en compte, en particulier à travers les stratégies et plans d'action nationaux (art. 6§1). Les Objectifs sont donc pertinents *a minima* pour interpréter la Convention³⁰. Cet ancrage reste toutefois fragile et limité. Faut-il alors « durcir » les obligations des États et comment ? Peut-on se contenter d'une décision de la COP en choisissant plutôt de renforcer le contrôle de la mise en œuvre au moyen d'un mécanisme de suivi plus poussé ? Les Parties pourraient-elles s'inspirer ici des négociations climatiques ? Complexe et composite, la forme juridique

28. Résolution n°66/288, adoptée par l'Assemblée générale le 11 septembre 2012, L'avenir que nous voulons §104.

29. Proposition de structure possible pour un cadre mondial de la biodiversité pour l'après 2020, WG 2020-01, 18 juillet 2019.

30. Voir Cour internationale de Justice, Arrêt du 31 mars 2014, *Chasse à la baleine dans l'Antarctique*, *CIJ Rec.* 2014, § 46.

de l'Accord de Paris sur le climat a en effet été subtilement pensée. Les Parties se sont finalement accordées sur un ensemble constitué d'un accord juridiquement obligatoire, un traité relativement concis et général, complété par un ensemble de décisions de la COP. Quant aux contributions nationales, pourtant au cœur de l'accord en tant qu'outil, elles n'y figurent pas en tant que telles, mais sont recensées dans un registre web. Cette forme juridique diversifiée a favorisé le consensus final. Elle participe d'un renouvellement des formes d'engagement international de l'État qui pourrait peut-être, à certains égards, inspirer les Parties à la CDB.

Pour l'instant, le suivi international de la mise en œuvre par les États repose sur la technique bien imparfaite des rapports nationaux (article 26), lesquels font l'objet d'une analyse des progrès accomplis par le secrétariat, réalisée de manière globale et non individuelle³¹. La COP pourrait là encore s'inspirer des mécanismes de suivi établis dans le cadre de l'Accord de Paris, et notamment du cadre de transparence qui permet d'évaluer la mise en œuvre de l'Accord par les États à titre individuel, voire du bilan mondial réalisé tous les 5 ans qui permet en complément d'évaluer les efforts collectifs par rapport aux objectifs posés.

Une autre question fondamentale est celle de savoir comment prendre en compte les interactions entre les différentes limites planétaires dans le cadre d'une gouvernance mondiale qui est encore aujourd'hui « en silos ». Les ODD, inspirés par les Objectifs d'Aichi, fournissent un début de réponse en ce qu'ils favorisent l'intégration des enjeux de conservation de la biodiversité dans les différentes politiques conduites à l'échelle nationale et internationale et une vision holistique des questions d'environnement et de développement. Mais leur effectivité est encore très insuffisante et ils semblent bien fragiles face à toutes les forces contraires qui font l'anthropocène³².

201

31. Voir par ex. Progrès accomplis dans l'application de la Convention, la mise en œuvre du Plan stratégique 2011-2020 pour la diversité biologique et la réalisation des objectifs d'Aichi pour la biodiversité, Note de la Secrétaire exécutive, CBD/COP/14/5 (2018).

32. Jorge E. VINALES, *The organization of the anthropocene: in our hands?*, Brill, 2018, vol.1, n°1, pp.1-88.

b) *Agenda de l'action : un nouveau cadre pour engager les acteurs privés*

Lors de la COP14, en novembre 2018, a été annoncé le lancement d'un « Agenda de l'Action de Charm El-Cheikh à Beijing sur la Nature et les Peuples »³³. L'idée d'un agenda de l'action pour la biodiversité s'inscrit dans une tendance plus longue de renforcement de la mobilisation des acteurs non-étatiques autour des politiques environnementales internationales. Des agendas de l'action ont ainsi été créés avec le Pacte mondial (2000), les partenariats de type II de Johannesburg (2002), le registre des engagements volontaires de Rio+20 (2012) et plus récemment l'Agenda de l'action pour le climat (2014), le Cadre de Sendai sur la réduction des risques de catastrophes (2015) ou le registre d'engagements en faveur des océans pour la mise en œuvre de l'ODD 14 (2017). Il s'agit en principe de plateformes internet sur lesquelles les acteurs non et infra étatiques peuvent faire enregistrer leurs engagements de nature volontaire. L'idée est de les motiver à s'engager et de favoriser la constitution ou le renforcement de coalitions d'acteurs³⁴. Elinor Ostrom a mis en évidence l'influence positive d'une gouvernance polycentrique, incluant des acteurs non et infra étatiques, pour favoriser de nouveaux « arrangements » de nature innovante et expérimentale³⁵.

Souvent mentionné comme un exemple dont la CDB pourrait s'inspirer, l'Agenda de l'action sur le climat est l'une des initiatives de ce type les plus abouties. Lancé à Lima en 2014 par les présidences péruvienne et française des COP20 et COP21, le Plan d'Action Lima-Paris (PALP) avait pour objet premier de démontrer que les engagements des acteurs non-étatiques pouvaient contribuer à atteindre les objectifs de limitation des températures, notamment en

33. UN Biodiversity Conference 2018, Sharm El-Sheikh, Egypt Announcement: Sharm El-Sheikh to Beijing Action Agenda for Nature and People, <https://www.cbd.int/cop/cop-14/announcement/nature-action-agenda-egypt-to-china-en.pdf>, (consulté le 1er juin 2022). Voir Décision 14/34, Processus complet et participatif pour l'élaboration du cadre mondial de la biodiversité pour l'après-2020, CBD/COP/DEC/14/34 (2018).

34. Il existe déjà de nombreuses initiatives et coalitions sur la biodiversité, comme par exemple l'ICRI sur les coraux, la coalition des pays volontaires sur pollinisateurs ou les différentes coalitions et initiatives sur les forêts.

35. Elinor OSTROM, « Polycentric Systems for Coping with Collective Action and Global Environmental Change », *Global Environmental Change*, 2010, vol. 20, n°4, pp. 550-557.

aidant à combler le « fossé en termes d'ambition » avant 2020. Grâce à une implication forte des présidences et à un soutien effectif du Secrétaire général de l'ONU et du Secrétariat de la Convention-cadre sur les changements climatiques, le PALP a permis de sensibiliser et mobiliser différents groupes d'acteurs, et de formaliser des initiatives concrètes auxquelles de la visibilité a été donnée grâce à l'enregistrement des engagements volontaires sur la plateforme en ligne dénommée « NAZCA » (pour « Non State Actors Zone for Climate Action ») mise en place par le Secrétariat de la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques. NAZCA enregistre au 1er juin 2022 la contribution de 28 765 parties prenantes. Les acteurs directement impliqués dans l'organisation de la COP21 reconnaissent que le PALP a exercé une « force motrice » dans les négociations conduisant à Paris, permettant la « construction d'alliances, de coalitions multipartenaires qui agissent, vont de l'avant, impulsent et influencent les États et réciproquement »³⁶, même s'il faut bien reconnaître qu'en l'absence de contrôle, la plateforme offre aussi de belles opportunités de « greenwashing ». S'agissant de la biodiversité, la plateforme dédiée a été mise en ligne en mars 2019³⁷ et recense pour l'instant moins de 300 « engagements » ; c'est encore largement un processus à concrétiser.

Conclusion

Grâce aux objectifs d'Aichi, la CBD a indiscutablement conféré une plus grande visibilité aux enjeux de conservation de la biodiversité, et favorisé leur appréhension par les politiques et actions publiques et privées, internationales et nationales. Ces objectifs sont devenus ceux de la communauté internationale toute entière, bien au-delà du cadre de la Convention sur la diversité biologique. Pourtant, l'érosion de la biodiversité continue. Incommensurable, complexe, évolutive, en lien avec de nombreuses autres me-

36. Timothée OURBAK, *Analyse rétrospective de la COP 21 et de l'Accord de Paris : un exemple de diplomatie multilatérale exportable*, Rapport d'expertise, MAEDI, Paris, 2017, p. 14.

37. Voir <https://www.cbd.int/action-agenda/> (consulté le 17 mars 2021) ; Note de la secrétaire exécutive, *Le cadre mondial de la biodiversité pour l'après 2020 : document de travail*, CBD/POST2020/PREP/1/1, 25 janvier 2019, Partie IV, section F « Engagements volontaires et contributions ».

nances environnementales, la biodiversité peut-elle être protégée efficacement par des instruments juridiques à l'ère de l'anthropocène sans s'attaquer plus fondamentalement et véritablement aux causes sous-jacentes telles que nos systèmes de production et consommation³⁸ ? Les avancées ne sont-elles pas purement cosmétiques sans cela ?

Edward O. Wilson, le père de la biologie de la conservation, a proposé en 1996 dans son ouvrage *Half-Earth: Our Planet's Fight for Life* un « réensauvagement » (rewilding) d'ampleur : consacrer la moitié de la surface terrestre à la préservation de la biodiversité³⁹. Cette approche est à la fois plus ambitieuse et plus modeste que les politiques conduites jusqu'alors. Elle tourne le dos aux conceptions selon lesquelles l'homme peut être un efficace ingénieur écologique et véritablement « gérer » la biodiversité. Ainsi, les zones aujourd'hui dites protégées ne sont pour l'essentiel pas réellement protégées. Si elles atteignent presque 15 % de la surface terrestre, près de 33% d'entre elles sont soumises à une pression humaine intense⁴⁰. Ambitieux, un tel projet rendrait à la « nature » la moitié de la surface terrestre. Pourtant, même une initiative aussi radicale risquerait d'être mise en péril par les changements climatiques, voire le dépassement des autres frontières planétaires. En outre, elle ne tiendra pas ses promesses si elle devient un prétexte pour continuer à « abîmer » l'autre moitié. A quelles conditions le nouveau Cadre mondial, qui doit être « participatif, inclusif, sensible au genre, transformateur, exhaustif, catalyseur, transparent et flexible », pourra-t-il nous permettre de « vivre en harmonie avec la nature » en 2050⁴¹ ?

Les enjeux ne sont pas seulement éthiques ; ils sont vitaux. Là où Marie-Angèle Hermitte a ouvert des voies en véritable pionnière, les juristes doivent maintenant mobiliser toute leur énergie et leur imagination. Car, alors même

38. Kishan KHODAY, « Locating Nature: Making and Unmaking International Law », *Leiden Journal of International Law*, 2014, vo. 27, pp. 573-593.

39. William S. LYNN, « Réensauvager la moitié de la Terre : la DIMENSION éthique d'un projet spectaculaire », *The Conversation*, 20 septembre 2015.

40. Kendall R. JONES *et al.*, « One-third of global protected land is under intense human pressure », *Science*, 18 mai 2018, Vol. 360, n° 6390, pp. 788-791.

41. C'est la « vision » à 2050 au cœur du plan stratégique adopté en 2010. Voir *Non-paper submitted by the Co-chairs of the discussion group, Non-paper 1 version 1*, 29 août 2019.

que la volonté politique est encore vacillante, les instruments juridiques ne doivent pas constituer des sources de blocages, mais bien plutôt des leviers transformationnels pour nous permettre de « raviver les braises du vivant » avant que le feu ne s'éteigne⁴².

42. Baptiste MORIZOT, *Raviver les braises du vivant : un front commun*, Actes Sud, 2020.

À la toute fin du 20ème siècle, Marie-Angèle Hermitte a publié un retentissant article intitulé « Les droits de l'homme pour les humains, les droits du singe pour les grands singes ! » (Le Débat 2000 p. 168) qui contrecarrait les propositions de Paola Cavalieri et du *Great Ape Project* fondée en 1993 avec Peter Singer, d'étendre les droits de l'homme aux bonobos, aux chimpanzés, aux gorilles et aux orang-outans. Contestant farouchement que les grands singes puissent avoir les mêmes droits que les êtres humains tout en justifiant méthodiquement qu'ils puissent eux aussi avoir des droits, ce texte est un texte fondateur que devraient se donner la peine de lire toutes celles et tous ceux qui abordent la question de la personnalité juridique des animaux.

Au début du 21ème siècle, Marie-Angèle Hermitte s'est affirmée comme la grande théoricienne française de la personnalisation juridique grâce, notamment, à son étude sur « La nature sujet de droit ? » publiée en 2011 aux Éditions de l'EHESS¹. Or, le 3 novembre 2016, par une décision

* Agrégé de droit privé et de sciences criminelles. Chercheur à l'Institut de droit européen des droits de l'homme (IDEDH) Université de Montpellier. Directeur de la Revue semestrielle de droit animalier. E-mail : jean-pierre.marguenaud@unilim.fr

« *Presentación realizada por A.F.A.D.A. respecto del chimpancé Cécilia-sujeto no humano* » (Expte Nro.72.254/15) rendue par le tribunal de Mendoza et plus particulièrement par le juge María Alejandra Mauricio, un grand singe, en l'occurrence la femelle chimpanzé Cécilia, s'est vu reconnaître, pour la première fois semble-t-il, la qualité de personne juridique non-humaine. Même si une décision de justice d'une simple juridiction du fond ne suffit pas à faire une révolution planétaire, les droits des grands singes sont en train de passer de la théorie à la pratique. Aussi a-t-il semblé judicieux de retenir le thème « Les droits des singes au 21ème siècle » pour rendre hommage à Marie-Angèle Hermitte, lui porter un témoignage d'admiration et saluer son rôle de pionnière de la personnification des animaux.

Avec, en arrière-plan la diffusion de la personnalité juridique vers d'autres animaux que les grands singes, l'enjeu de la réflexion sera celui du modèle de personnification qui leur convient le mieux. Le succès argentin et les inlassables efforts déployés devant la Cour suprême de l'État de New-York par Steven M. Wise au nom de la célèbre association *Nonhuman Rights Project* dont il est le président tendent à en faire des personnes juridiques non humaines suivant une conception dont les promoteurs sont évidemment persuadés qu'elle a vocation à l'universalité. Correspondant aux contraintes et aux exigences techniques de systèmes de *common law*, il ne va pourtant pas de soi qu'elle puisse se greffer dans un système romano-civiliste à la française ou d'autres modèles adaptés au particularisme de l'entité personnifiée peuvent se développer. Aussi conviendra-t-il d'aborder successivement les droits des grands singes considérés comme des personnes juridiques non humaines (1) et les droits des grands singes envisagés comme des personnes animales (2).

207

1. Les droits des grands singes considérés comme des personnes juridiques non humaines.

Pour qui croit, avec Steven S. Wise, que l'on ne peut pas faire véritablement progresser la protection des animaux

1. Marie-Angèle HERMITTE, *La nature, sujet de droit ?*, «Annales. Histoire, Sciences Sociales», 2011, vol. 66, n. 1, spec., pp. 197-210.

si on ne leur confère pas la personnalité juridique car, sans elle, ils ne sont rien sur le plan civil et pourraient tout aussi bien être morts², la reconnaissance aux grands singes de la qualité de personnes juridiques non humaines constituerait une avancée éclatante (a). Elle peut néanmoins se heurter à des objections irritantes (b).

a) *L'avancée éclatante réalisée par la reconnaissance de la qualité de personnes juridiques non humaines aux grands singes.*

Le Professeur Olivier Le Bot ayant établi dans la Revue semestrielle de droit animalier (n°1/2015.119) que, contrairement à ce que beaucoup avaient cru, la décision de la chambre criminelle de cassation pénale de la Cour fédérale de Buenos Aires du 14 décembre 2014 n'avait pas directement reconnu la qualité de la personne juridique à la femelle orang-outan Sandra, c'est donc à la femelle chimpanzé Cécilia qu'est revenu l'honneur de devenir le premier animal reconnu comme une personne juridique non humaine grâce à la décision précitée du Tribunal argentin de Mendoza du 3 novembre 2016 (Cf. Revue semestrielle de droit animalier n° 2/2016 pages 15 à 26). Il s'agit, décidément, d'une avancée éclatante, car nul défenseur des animaux n'aurait sans doute cru pouvoir lire un jour dans une décision de justice que « La plupart des animaux et plus particulièrement les grands singes sont également faits de chair et d'os, ils sont nés, ils souffrent, ils boivent, ils jouent, ils dorment, ils ont des facultés d'abstraction, ils aiment, ils sont sociables etc... Donc la catégorie de l'individu considéré comme centre d'imputation des normes (c'est à dire personne juridique) ne devrait pas comprendre seulement les êtres humains, elle devrait comprendre aussi les grands singes...». L'avancée est d'autant plus remarquable que les conséquences personnificatrices tirées de ce constat par Mme Le juge Mauricio sont en parfaite adéquation avec les idées soutenues par Marie-Angèle Hermitte dans son article (précité) « Les droits de l'homme pour les humains, les droits du singe pour les grands singes ». La juge de Mendoza précise en effet dans sa décision de 30 pages :« dans le cas

2. Steven S. WISE, *Rattling the cage*, traduit en français par David Chauvet sous le beau titre *Tant qu'il y aura des cages*, Villeneuve-d'Ascq, Presses Universitaires du Septentrion, 2016, p. 36.

présent, nous ne déclarons pas que les animaux êtres sensibles sont pareils aux êtres humains et nous n'élevons pas dans une catégorie humaine tous les animaux existants ou la flore et la faune ; nous reconnaissons et nous confirmons que les primates sont des personnes juridiques non humaines possédant des droits fondamentaux qui devraient être étudiés et énumérés par les autorités de l'État, tâche qui dépasse le cadre de notre compétence ». De manière encore plus explicite, Mme le juge Mauricio affirme aussi : « Les animaux doivent avoir des droits fondamentaux et relever d'une législation en concordance avec ces droits pour les protéger dans la situation particulière où ils se trouvent et en fonction du degré d'évolution que la science a déterminé qu'ils peuvent atteindre. Il ne s'agit pas de leur accorder les mêmes droits qu'aux êtres humains ; il s'agit d'accepter et de comprendre une fois pour toutes qu'ils sont des êtres sensibles ayant une personnalité juridique avec des droits fondamentaux parmi lesquels ceux de naître, vivre, se développer et mourir dans un environnement adapté à leur espèce ». C'est admettre sagement et clairement que les grands singes ont des droits mais que ce ne sont absolument pas les mêmes que les droits des êtres humains.

209

L'avancée réalisée par le Tribunal de Mendoza mérite encore d'autres louanges pour avoir établi une corrélation entre la reconnaissance de la personnalité juridique des animaux et l'existence d'un lieu adapté à la jouissance des droits qu'elle devrait conférer. Ainsi a-t-il semblé n'accorder la personnalité juridique non humaine à Cécilia que dans la mesure où des démarches avaient été préalablement effectuées auprès des autorités brésiliennes pour s'assurer que, pour pouvoir jouir des droits inhérents à l'*habeas corpus*, elle serait relocalisée dans le sanctuaire de Sorocaba. Cette condition rarement évoquée participe d'un remarquable effort pour que la personnalité juridique reconnue aux grands singes confère des droits concrets et effectifs et non théoriques et illusoire. Cette volonté de préserver le droit de Cécilia de vivre dans un environnement et des conditions appropriées à son espèce pourrait cependant entraîner un effet pervers : celui d'utiliser la personnalité juridique non humaine pour donner aux grands singes plus de droits que n'en confère la personnalité juridique humaine à des individus qui cherchent désespérément un

environnement et des conditions de vie appropriés à la dignité humaine. On voit déjà que, même si elle représente une avancée historique, la personnalité juridique non humaine n'est pas à l'abri d'objections.

b) *Les objections adressées à la reconnaissance de la qualité de personnes juridiques non humaines aux grands singes.*

Il existe dans le jugement du Tribunal de Mendoza une flagrante distorsion. Pour la percevoir, il faut savoir que, du moins à l'époque, il n'existait pas en droit argentin de disposition équivalente à l'article 515-14 introduit dans le Code civil français par la loi du 16 février 2015, qui aboutit à une extraction des animaux de la catégorie des biens³, étape préalable à la personnification. Pour, la franchir, le juge argentin s'appuie, comme l'avait fait le législateur français, sur la sensibilité des animaux, puis, une fois accompli ce pas de géant, il réserve la qualité de personnes juridiques non humaines aux bonobos, aux chimpanzés, aux gorilles et aux orang-outans en raison de l'extrême proximité de leurs facultés cognitives avec celles des êtres humains. Il y a bien là une distorsion entre la condition et le critère de la reconnaissance de la personnalité juridique aux animaux qui conduit à la réserver aux grands singes, peut-être aux dauphins et aux éléphants. Quand on constate que, en Amérique du Nord, le combat personnificateur de Steven S. Wise et de son association *Nonhuman Rights Project* est destiné à ces seuls animaux, on peut se demander si cette distorsion ne serait pas inhérente au concept de personne juridique non humaine. Si tel devait être le cas, ce serait une raison majeure de ne pas la prendre pour modèle en se souvenant de la célèbre formule de Jeremy Bentham suivant laquelle, à l'égard des animaux « La question n'est pas peuvent-ils raisonner ? Ni peuvent-ils parler ? Mais : Peuvent-ils souffrir ? ». Comme le soutient Florence Burgat invoquant J-J Rousseau, la sensibilité est un critère moralement pertinent pour la reconnaissance de droits forts⁴. Le retenir comme critère de reconnaissance de la personnalité juridique aux animaux

3. Cf. sur ce point fondamental Grégoire LOISEAU, *L'animal et le droit des biens*, « Revue semestrielle de droit animalier » 2015, n. 1, pp. 423-431.

4. V. notamment *La personnalité animale* article co-écrit par Jean Pierre MARGUÉNAUD, Florence BURGAT et Jacques LEROY, «Recueil Dalloz», 2020, n.1, pp. 1-28.

n'enlèverait strictement rien aux grands singes dont la sensibilité ne fait pas de doute et apporterait beaucoup à d'autres animaux dont les facultés cognitives sont discutées. Au 21ème siècle, la personnalité juridique des grands singes est déjà, pour ainsi dire, une réalité. Le risque serait que, suivant les modalités de la personnalité juridique non humaine, elle ne devienne un barrage infranchissable à l'attribution de la personnalité juridique à d'autres animaux.

La personnalité juridique non humaine se heurte aussi à une objection d'ordre linguistique. Elle vient de l'anglais *non human rights* qui, d'une manière générale, n'est peut-être pas très pertinente quand on sait que, en droit, on peut toujours tirer davantage d'une définition positive que d'une définition négative. Il n'y pas lieu néanmoins de critiquer son adéquation aux systèmes de *common law* où, comme en Argentine, elle se développe. Il sera en revanche permis de contester sa vocation à l'universalité. Il faut en effet prendre garde aux risques d'acculturation juridique et à la tendance irréfléchie consistant à injecter dans un système qui n'est pas fait pour les recevoir des mots et des concepts traduits de l'anglais. C'est ainsi, paraît-il, que certaines Facultés de droit françaises voudraient, pour être davantage à la page, ou plutôt *up to date*, imposer que les cours de droit des biens se fasse en anglais avec des mots qui ignorent à peu près tout du droit de propriété forgé par le droit romain ! Il risquerait donc y avoir de graves mécomptes si l'on s'avisait de transposer en droit français, par exemple, la personnalité juridique non humaine forgée dans l'esprit des systèmes de *common law*. Des raisons de retenir une personnalité juridique des animaux à la française, pourraient se nourrir de l'objection majeure à laquelle s'expose la personnalité juridique non humaine à l'anglo-saxonne.

Elle a été, jusqu'à présent, opposée par la Cour suprême de l'État de New-York aux tentatives de Steven M. Wise de faire reconnaître la qualité de personne juridique non humaine à des grands singes et spécialement au chimpanzé Tommy. Selon Olivier Le Bot⁵, l'échec de cette tentative personnificatrice aux USA viendrait de ce que, aux yeux de la Cour d'Albany « la personnalité juridique a constam-

5. Olivier LE BOT, *Pas d'habeas corpus pour un chimpanzé* «Revue semestrielle de droit animalier», 2014, n. 2, pp. 131-137.

ment été définie en termes à la fois de droits et de devoirs ». On ne saurait, *a priori*, exclure que la *common law* ait suffisamment de ressources pour neutraliser cette corrélation inhibitrice dans la mesure où elle évoque irrésistiblement les procès que, au Moyen-Âge, l'ont fait à des bêtes telle que la célèbre truie de Falaise⁶. En attendant et quoi qu'il en soit, un autre modèle de personnification des grands singes en particulier et des animaux en général est d'ores et déjà à l'abri de cet obstacle....

2. Les droits des grands singes envisagés comme des personnes animales

Il conviendra de faire ressortir l'originalité du concept de personne animale (a) avant d'exposer, sous la dénomination délibérément énigmatique de « règles d'or de Montpellier » (b) les raisons qui, à l'égard des grands singes comme d'autres animaux, devraient en assurer le rayonnement.

a) *Le concept de personnalité animale*

Utilisée pour la première fois semble-t-il par le Bâtonnier Albert Brunois au milieu des années 1980 et notamment dans un colloque intitulé « Les droits de l'animal et la pensée contemporaine » organisé par la Ligue française des droits de l'animal à l'Institut de France le 12 octobre 1984, l'expression « personnalité animale » renvoie à une modalité de personnification juridique des animaux qui doit tout à René Demogue d'une part, à Léon Michoud et Louis Trotabas d'autre part.

Dans un article intitulé « La notion de sujet de droit »⁷ publié à Revue trimestrielle de droit civil de 1909 que nul ne peut se dispenser d'avoir lu avant de pouvoir prétendre participer au débat sur la personnalité juridique des animaux en France, le premier en avait magistralement délimité le cadre théorique en affirmant qu'il s'agissait simplement de poser une règle technique répondant à la question « est-il commode, pour centraliser des résultats souhaitables de considérer même les animaux comme des

6. David CHAUVET, *La personnalité juridique des animaux jugés au Moyen Âge*, Paris, L'Harmattan, 2012.

7. René DEMOGUE, *La notion de sujet de droit*, «Revue trimestrielle de droit civil », 1909, pp. 611-655.

sujets de droit ?⁸ ». Quant aux seconds, ils sont les concepteurs de la théorie dite de la réalité technique⁹ consacré par le célèbre arrêt de la chambre civile de la Cour de cassation du 28 janvier 1954 dit *Comité d'établissement de Saint-Chamond* (D. 1954.217 note Levasseur) admettant que, à certaines conditions, un groupement tel qu'un comité d'établissement pouvait avoir la personnalité morale même si le législateur ne la lui avait pas expressément reconnue. Partant de l'idée suivant laquelle il est souhaitable de considérer que les animaux, en tout cas certains animaux, sont des personnes pour pouvoir améliorer leur protection à un moment donné dans un contexte de donné, la personnalité animale, considérée comme une personnalité technique conjurant tous risques d'assimilation anthropomorphique et de renversement de la frontière entre humanité et animalité, avait été forgée en transposant aux bêtes la construction que L. Michoud et L. Trotabas avait imaginée pour les groupements¹⁰. Précisant que la personnalité animale et la personnalité morale procéderaient d'une technique identique mais s'opposeraient par le type des intérêts qu'elles serviraient à promouvoir, l'une visant l'intérêt d'un être de chair et de sang soumis à la souffrance, l'autre l'intérêt d'un être incorporel qui ne souffre jamais, cette thèse avait rigoureusement distingué les deux concepts et s'était bien gardée d'affirmer que les personnes animales seraient une variété de personnes morales. Compte tenu de l'effervescence du débat qui se développe en France depuis la loi du 16 février 2015 et qui s'intensifie depuis le jugement Cécilia, il importe donc de préciser que la personnalité animale a toujours été envisagée comme une variété de personnalité technique.

Elle présenterait l'avantage de s'adapter, positivement cette fois, à l'infinie diversité des animaux qui n'ont évidemment pas vocation à être tous protégés par des droits rigoureusement identiques. Elle s'intégrerait parfaitement au système juridique français puisqu'elle serait taillée d'après un patron dont toutes les subtilités sont connues et ne ris-

8. *Ivi*, p. 637.

9. León MICHOD, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, Paris, LGDJ, 1932.

10. Jean Pierre MARGUENAUD, *L'animal en droit privé*, Paris, PUF, 1992.

queraient pas d'être gênée aux entournures par des emprunts mal maîtrisés à un modèle de *common law*.

Elle permettrait en outre de mettre fin à l'incohérence du droit animalier français qui, depuis la loi du 16 février 2015, a eu le mérite d'extraire les animaux de la catégorie des biens mais sans dire ce qu'ils sont devenus ; ce qui commence à provoquer l'embarras des juges. A moins qu'ils ne soient versés dans la catégorie, à créer, des centres d'intérêts que Gérard Farjat avait proposé d'introduire entre les personnes et les choses¹¹, ce qui guette les animaux s'ils ne trouvent pas asile dans la catégorie des personnes, c'est une régression dans la catégorie des biens où ils prendraient place à coté des immeubles et des meubles. Les introduire dans la catégorie des personnes animales, personnes techniques limitant au minimum la portée symbolique inhérente à toute personnification d'une nouvelle entité n'appartenant pas au genre humain, serait sans doute la manière la plus raisonnable de concilier toutes les données en jeu.

Pour achever de se persuader que cette perspective de personnification des animaux à la française est tout à fait raisonnable, il convient cependant de faire valoir des arguments justificateurs supplémentaires à l'élaboration desquels Marie-Angèle Hermitte a fortement contribué.

b) « *Les règles d'or de Montpellier* »

En dehors des animaux, il y a tellement d'autres candidats, allant des fleuves aux robots en passant par les glaciers et les extraterrestres, à l'accession à la personnalité juridique qu'un colloque a été organisé à Montpellier les 16 et 17 mai 2019 sous la direction du Professeur Claire Vial sur le thème « Les droits des êtres humains et les droits des autres entités »¹². Or, à propos des modalités et des vertus d'une personnification technique dont la personnalité animale serait une déclinaison, ont été énoncées des considérations si fortes que, si l'on pouvait étendre au domaine juridique une expression qui a fait florès en matière budgétaire, on pourrait qualifier de « règles d'or ».

11. Gérard FARJAT, *Entre les personnes et les choses, les centres d'intérêts. Prolégomènes pour une recherche*, « Revue Trimestrielle de Droit Civil », 2002, n. 221.

12. « Droits des êtres humains et droits des autres entités : une nouvelle frontière? » direction Jean-Pierre Marguénaud et Claire Vial éditions Mare & Martin 2022.

La première des « règles d'or de Montpellier » a été énoncée par le Professeur Philippe Reigné. Elle répond à l'objection suivant laquelle la reconnaissance de droits ne se conçoit pas sans l'imposition corrélative d'obligations à ceux qui en bénéficient. Elle vaut à peine à l'égard des êtres humains qui au jour de leur naissance vivants et viables sont titulaires de droits mais ne seraient pas véritablement tenus d'obligations avant un bon moment. En tout cas, il est indiscutable, selon l'éminent spécialiste du droit des sociétés, que des personnes morales peuvent être titulaires de droits sans être liées par la moindre obligation à l'exemple de la masse des obligataires. Dès lors, la personne animale, appartenant avec la personne morale à la catégorie des personnes techniques, pourrait tout à fait être conçue et organisée de manière à ce que les animaux qui en bénéficieraient soient seulement titulaires de droits. Alors que, comme on l'a vu, la reconnaissance aux grands singes de la qualité de personnes juridiques non humaines butte encore sur l'écueil de l'attribution corrélative de devoirs, la personnalité animale pourrait donc être organisée d'emblée à partir de cette règle d'or conjurant les risques de dérives délirantes dont se gaussent les tenants du *statu quo* : les animaux ont des droits mais ne sont pas tenus d'obligations.

215

Les trois autres « règles d'or de Montpellier » sont dues à Marie-Angèle Hermitte: l'une est un rappel, les deux autres sont davantage prospectives.

Le rappel est celui-ci: les expressions sujet de droit et personne juridique doivent être tenues pour équivalentes. Il y a tellement de discussions, d'hésitations et d'arrière-pensées sur la distinction entre les deux notions¹³ que toute avancée concrète est paralysée. Les animaux en général et les grands singes en particulier auront beaucoup à gagner si, à l'invitation de Marie-Angèle Hermitte, l'on ne perd plus de temps à se demander s'ils devraient être des personnes ou des sujets de droit.

La prophétie la plus stimulante est la suivante: rien, au bout de nouvelles controverses comparables à celles désor-

13. Cf. les entrées « Personne » et « Sujet de droit » respectivement rédigées par Anne LEFEBVRE-TEILLARD et Anne PAYNOT-ROUVILLOIS dans le *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Lamy-PUF, 2003, sous la direction de Denis ALLAND et Stéphane RIALS.

mais oubliées qui avaient présidé à la reconnaissance de la personnalité morale, ne pourra empêcher l'attribution de la personnalité juridique à de nouvelles entités s'il est établi qu'elle peut aider à un renforcement de leur protection adaptée à leur spécificité. Or la personnalité animale semble décidément être un outil utile, sinon indispensable, pour améliorer la protection des animaux en général et des grands singes en particulier. Sa souplesse permettrait de l'adapter à la spécificité de chaque variété d'animaux à protéger. Elle pourrait même aller jusqu'à permettre de distinguer des protections différenciées pour les grands singes. Au 21^{ème} siècle, on ne pourra peut-être pas, pour tous les grands singes, subordonner la reconnaissance de leur personnalité juridique à l'organisation préalable de leur déplacement vers Sorocaba ou un sanctuaire équivalent. Peut-être faudrait-il, dès lors, songer à des droits – et libertés en l'occurrence – moins absolus pour commencer plus modestement par soustraire définitivement aux expériences scientifiques ceux qui y sont encore soumis malgré les avancées réalisées par la directive du 22 septembre 2010 ou par tenir éloignés des plateaux de télévision ceux qui y sont exhibés.

La dernière « règle d'or de Montpellier » exposée par Marie-Angèle Hermitte voudrait que la personnalité technique soit préférée à toute autre moyen d'arriver à une meilleure protection d'une nouvelle entité telle que les animaux. La personnalité juridique technique est en effet un outil dont la simplicité et l'efficacité sont éprouvées. Rechercher d'autres moyens d'arriver à la même fin alors que l'on a d'ores et déjà l'assurance qu'elle permettrait de l'atteindre serait donc une manœuvre dilatoire, pour ne pas dire hypocrite. D'ailleurs René Demogue avait déjà averti que, « de deux constructions possibles il vaut mieux choisir la plus simple »¹⁴ car avec la plus complexe, en l'occurrence les centres d'intérêts dont il avait anticipé la critique, « on aurait au fond le procédé technique de la personnification sans le nom »¹⁵.

Les grands singes qui, en France tout du moins, ne sont pas suffisamment nombreux pour exciter la convoitise de

14. René DEMOGUE, *La notion de sujet de droit*, «Revue trimestrielle de droit civil », 1909, p. 638.

15. *Ibid.*

puissants acteurs de la vie économique, paraissent tout désignés pour tester, avant la fin du premier quart du 21ème siècle, la pertinence de ces règles d'or et dédramatiser la question de la personnification juridique des animaux. Ainsi deviendraient-ils les éclaireurs de la personnalité animale plutôt que les privilégiés de la personnalité juridique non humaine...¹⁶

16. *L'animal sujet de droit ou la modernité d'une vieille idée de René Demogue* à la Revue trimestrielle de droit civil 2021 p. 591.

Que savons-nous des animaux? Que savons-nous de leur univers mental? Peut-on accéder à leur esprit, aux formes de conscience qui sont les leurs? Ce sont là des questions cruciales pour tous ceux qui fréquentent des animaux et travaillent avec eux. En dépendent les interactions que nous pouvons entretenir avec eux, ainsi que le jugement que l'on peut porter sur la façon dont ils sont traités.

La plupart des théories en éthique animale considèrent que les états mentaux dont les animaux sont capables sont des critères pertinents pour qu'ils aient un statut moral. Si certaines (comme l'utilitarisme et *Animal Welfare*) se concentrent sur la sensibilité, d'autres considèrent que des capacités, telles que la conscience de soi, la mémoire ou l'aptitude à interpréter les intentions des congénères, sont moralement pertinentes pour leur accorder un statut moral supérieur à celui d'êtres *simplement sensibles*. Or, *l'évolution des sciences tend à accorder aux animaux des capacités cognitives et un registre d'états mentaux bien plus riches que la seule sensibilité.*

Je me propose dans ce texte de présenter les résultats d'une expertise collective qui a été conduite à l'INRA sur

* Directeur de recherche INRA (retraité). E-mail : larrere.raphael@orange.fr

les formes de conscience dans le règne animal, puis d'examiner quelles conséquences cette synthèse de l'état du savoir pourrait-elle avoir sur le statut moral, et sur le statut juridique des animaux.

Le 7 juillet 2012, un collectif de scientifiques de premier plan mené par Philip Low a publié un manifeste intitulé *La Déclaration de Cambridge sur la conscience*. Il y énonce qu'« une convergence de preuves indique que les animaux non humains disposent des substrats neuroanatomiques, neurochimiques et neurophysiologiques des états conscients ainsi que la capacité d'exprimer des comportements intentionnels... »¹. Il appelle à intensifier les recherches pour mieux saisir ce que l'on peut considérer comme des processus conscients chez les animaux.

L'expertise scientifique collective sur la conscience des animaux, réalisée par l'INRA à la demande de l'Autorité européenne de sécurité alimentaire, s'est inscrite dans ce contexte, tant éthique que scientifique². Elle a été organisée par la Délégation à l'expertise scientifique collective, à la prospective et aux études (DEPE) de l'INRA et prend la suite d'une précédente expertise collective qui avait porté sur les douleurs animales³. Elle a mobilisé de 2015 à 2017, 17 spécialistes de différentes disciplines (éthologie, sciences cognitives, neurophysiologie, philosophie, éthique et droit) qui ont examiné et synthétisé une vaste bibliographie internationale (3 000 articles et plusieurs dizaines d'ouvrages).

Il a été décidé d'éviter de focaliser le travail sur les primates dont les capacités cognitives sont connues pour être les moins éloignées de celles des humains et pour lesquels on dispose déjà de synthèses. Seuls ont été examinés, en plus de ces synthèses, quelques articles récents qui les concernent. L'expertise s'est donc appliquée sur un corpus, aussi exhaustif que possible, d'articles scientifiques concer-

1. La Francis Crick Memorial Conference on consciousness in Human, and non-Human Animals, s'est traduite par une déclaration le 7 juillet 2012. Philip Low *et alii*, Cambridge Declaration on Consciousness.

2. Pierre LE NEINDRE *et alii*, *Animal Consciousness* – EFSA external scientific report, Novembre 2016.

Une synthèse de ce rapport de 165 pages a été publiée en français en 2018 :

PIERRE LE NEINDRE, Muriel DUNIER, Raphaël LARRÈRE et Patrick PRUNET (dirs), *La conscience des animaux*, Versailles, Quæ, 2018.

3. Pierre LE NEINDRE *et alii*, *Douleurs animales en élevage*, Versailles, Quæ, 2013.

nant d'autres espèces, tant sauvages que domestiques. Le travail a porté sur un nombre encore restreint d'espèces, mais sur une gamme suffisamment large (des moutons à l'abeille en passant par les primates bien sûr, mais aussi par les rats, les dauphins, les porcs, le geai buissonnier, les pigeons... etc.) afin de balayer ce que l'on sait de la diversité des aptitudes mentales dans le règne animal⁴.

Signalons enfin que, dans le groupe d'experts, la gamme des points de vue était aussi très large, allant de scientifiques convaincus que les militants de la cause animale (qu'ils qualifient d'animalistes) sont antihumanistes, à un végane.

Je me propose, après avoir justifié la problématique qui a présidé à cette expertise scientifique, d'en présenter l'essentiel des acquis, et de développer quelques considérations sur les limites de l'exercice.

1. Problématique

Si nous étions Amérindiens et animistes (au sens où l'entend Philippe Descola⁵), nous considérerions que ces non-humains que sont les animaux ont un univers mental semblable au nôtre ; qu'ils ont des représentations, une intentionnalité, des sentiments moraux, une réflexivité... bref, une conscience. Par contre, nous reconnâtrions que chaque espèce animale a un corps *sui generis*, des organes sensoriels et moteurs qui lui sont propres et donc des capacités de perception et de mouvement aussi spécifiques que le sont leurs besoins vitaux. C'est ce qui les rendrait mystérieux (sauf pour les chamanes bien sûr). Si bien que, tout en étant convaincus que la chauve-souris a les mêmes capacités mentales que les nôtres, nous reprendrions à notre compte l'affirmation de Thomas Nagel dans « *What it is like to be a bat?* »⁶ que l'on ne saura jamais ce que c'est

4. C'est en cours de route (essentiellement pour apporter une contribution en éthique et en épistémologie) que j'ai été invité à participer à ce travail collectif. Lorsque j'ai rejoint le groupe d'experts, les décisions concernant le champ de l'expertise avaient déjà été prises et la bibliographie était déjà disponible. Je ne sais pas comment cette bibliographie a été établie, mais j'ai fait confiance au service de documentation de la DEPE rodé à ce genre d'exercice. Cette bibliographie ayant concerné essentiellement des articles parus dans des revues scientifiques, je me suis contenté, comme la plupart de mes collègues, d'ajouter quelques références – principalement des ouvrages.

5. Philippe DESCOLA, *Par-delà nature et culture*, Paris, Gallimard, 2005.

6. Thomas NAGEL, « What is it like to be a bat? », *Philosophical review*, 1974, 83, pp. 435-450.

d'être une chauve-souris. Avec son sonar et ses ailes qui lui permettent de voler de nuit, la chauve-souris s'ouvre à un monde qui lui est propre et nous restera inaccessible. Nous n'hésiterions pas cependant à interpréter ce que pensent les animaux avec lesquels nous sommes en relation à partir de nos propres façons de penser et de nos propres désirs, par une sorte d'extension de la théorie de l'esprit que nous pratiquons avec nos semblables. *Nous ferions preuve d'anthropomorphisme.*

Mais nous sommes occidentaux, héritiers d'une modernité qui, depuis le XVII^e siècle, pose que les humains ont une intériorité qui les distingue des animaux, mais qu'ils n'ont rien d'exceptionnel par rapport aux autres organismes sur le plan biologique. Nous sommes ainsi convaincus que nous avons les mêmes processus physico-chimiques, le même type de fonctionnement des cellules et des organes que ceux des animaux, mais que nous avons un esprit qui nous est propre, alors qu'ils en sont dépourvus ou ne l'ont qu'à l'état d'ébauche. Ce dualisme a permis – et c'est son avantage – le développement des sciences. C'est pourquoi les scientifiques, parce qu'ils sont convaincus que notre esprit est sans commune mesure avec ceux des animaux, considèrent que toute assertion supposant aux non-humains des capacités qui sont le propre des hommes est ainsi à bannir. Chacun d'entre nous connaît ses perceptions, ses émotions, ses intentions et ses pensées. Nous pouvons saisir approximativement celles des autres humains parce que nous communiquons avec eux par le langage. Mais les projeter sur celles des animaux, même de ceux qui sont nos partenaires dans le travail ou la vie quotidienne, c'est faire preuve d'un anthropomorphisme, stigmatisé comme une erreur ou une naïveté.

C'est pourquoi les auteurs des textes de notre bibliographie s'appliquent à expliquer les comportements les plus complexes par les causes les plus simples, évitant d'introduire toute hypothèse qui serait inspirée par ce que l'on sait des capacités humaines. Ils suivent en cela cette variante du principe de parcimonie qu'est le Canon de Morgan (« Nous ne devons en aucun cas interpréter une action animale comme relevant de l'exercice de facultés de haut niveau, si

celle-ci peut être interprétée comme relevant de l'exercice de facultés de niveau inférieur.»⁷.

Étudier les formes de conscience que l'on pouvait trouver dans le règne animal c'était ainsi courir le risque d'être stigmatisé d'anthropomorphisme. En effet, les différentes figures et manifestations de la conscience ont été particulièrement étudiées chez les humains. C'est à leur propos que des concepts ont été élaborés et que des dispositifs expérimentaux ont été mis au point. Munis d'une synthèse (réalisée par un spécialiste qui a participé à l'expertise) de ce que l'on considère comme établi chez les humains, il nous a donc fallu transposer avec prudence cet acquis aux animaux.

a) *La conscience chez les humains*

On distingue chez les humains trois grandes figures de la conscience : la conscience d'accès, la conscience de soi et la conscience phénoménale.

La conscience d'accès suppose un certain nombre de capacités cognitives. Les individus qui en sont dotés sont capables de se représenter le monde et les événements qui s'y produisent comme extérieurs à eux-mêmes ; en un sens, elle suppose une certaine capacité d'objectivation. La conscience d'accès permet à ceux qui en sont dotés de choisir l'action adaptée à leur situation. Cette action sera d'autant plus pertinente s'ils sont capables de mobiliser les souvenirs qu'ils ont de leurs expériences passées (ce qui suppose une mémoire), et s'ils sont en mesure de se rendre compte que leur interprétation de la situation est erronée (ce qui suppose une capacité métacognitive).

On distingue trois formes de « conscience de soi » : corporelle, introspective et sociale. La conscience de soi corporelle serait le propre de tout être sensible. On considère qu'un être a une « conscience introspective » (on pourrait dire réflexive) de lui-même lorsqu'il est capable de se représenter ses propres états mentaux, ses émotions, ses désirs, ses intentions. La conscience de soi sociale suppose que l'on soit en mesure de reconnaître les différents membres du groupe auquel on appartient, de leur attribuer des qualités

7. Lloyd MORGAN, *An Introduction to Comparative Psychology with Diagrams*, London, W. Scott, 1894.

en fonction de leur position sociale et/ou des interactions que l'on a déjà entretenues avec eux. Un niveau de complexité supplémentaire est celui où l'individu en question est capable d'attribuer des états mentaux aux autres et de les comparer aux siens.

On parle de conscience phénoménale pour désigner les aspects qualitatifs et subjectifs des expériences conscientes. Elle suppose donc des capacités émotionnelles (ce qui est aussi un prérequis de la conscience d'accès et de la conscience de soi). On peut ainsi accorder à tout être sensible une expérience subjective.

b) *Des humains aux animaux*

Après avoir brossé un tableau synthétique de ce que les recherches sur ces formes de conscience ont appris quant aux aptitudes cognitives qu'elles exigent et aux fonctionnements neuronaux qui leur sont associés chez les humains, nous nous sommes proposé d'examiner si l'on retrouve chez des animaux des capacités cognitives et émotionnelles qui sont associées à ces différentes formes de conscience. Lorsque cela était possible (car les travaux sont bien moins nombreux), nous avons cherché à savoir si les animaux en question sont équipés de structures cérébrales et manifestent des activités neuronales équivalentes à celles qui sont considérées comme les corrélats neuronaux des processus conscients chez les hommes. D'un point de vue neurobiologique, la question n'est effectivement pas de savoir si seuls les humains possèdent une conscience, ou non, mais de comprendre de quelle complexité fonctionnelle un système nerveux central doit être équipé pour que puissent apparaître des processus conscients. Le volet neurobiologique de l'expertise ne sera pas présenté dans cet article, car il aurait exigé de longs développements et des schémas explicatifs complexes.

Si la complexité d'un comportement (naturel ou provoqué dans le cadre d'une expérimentation) est telle qu'il ne peut s'expliquer par des automatismes non conscients et si l'on sait que l'animal dispose de « tout ce qu'il faut » (capacités cognitives et mécanismes neuronaux) pour que l'on parle de conscience chez les humains, alors il n'y a pas de raison de lui refuser de disposer de formes de conscience analogues, tout en sachant que, pour être équivalentes, rien

ne dit que leurs contenus soient identiques. L'analogie diffère toujours de l'identité.

2. Brève présentation de ce qu'apprend cette expertise

Il s'est agi d'examiner si des animaux possèdent les capacités émotionnelles et cognitives qui sont associées à des formes de conscience chez les humains. Dans quelle mesure les animaux éprouvent-ils des émotions? Sont-ils bloqués dans le présent ou peuvent-ils naviguer dans le temps? Sont-ils en mesure de distinguer ce qu'ils savent de ce qu'ils ignorent, de savoir qu'ils se sont trompés? Dans quelle mesure parviennent-ils à se situer socialement et à interpréter les intentions des autres membres de leur communauté et des humains avec lesquels ils sont en contact fréquent? Telles sont les questions que nous nous sommes proposé de traiter⁸.

a) *Des émotions*

Dans le prolongement d'une des dernières œuvres de Darwin (*L'expression des émotions chez l'homme et les animaux*)⁹, de nombreuses études dites de « neuroscience affective » se sont développées ces deux dernières décennies. Les animaux ne pouvant exprimer verbalement ce qu'ils apprécient et ce qui les tourmente, leur comportement peut en témoigner dans des dispositifs expérimentaux qui les confrontent à des situations contrastées. Il s'avère que les animaux qui ont été soumis à ces expériences évaluent la situation à laquelle ils sont confrontés bien au-delà d'une simple réactivité. Cette évaluation dépend en effet du caractère prévisible ou non de la situation qui leur est imposée, de l'agrément ou du désagrément qu'elle leur procure, de la façon dont elle correspond à leurs attentes et du contrôle qu'ils peuvent (ou non) exercer sur elles. On a pu mettre ainsi en évidence une gamme d'émotions négatives chez di-

8. Pour éviter d'allonger ce texte, je ne parlerai pas ici de deux autres questions que nous nous sommes posées. La première manifeste une certaine continuité avec l'ancienne expertise collective sur la douleur : elle porte sur la conscience de la douleur, précisant ce qui distingue douleur et souffrance. La seconde porte sur la fonction adaptative et la phylogénie des formes conscience.

9. Charles DARWIN, *L'expression des émotions chez l'homme et les animaux*, 1872, Paris, CTHS, 1998.

verses espèces de mammifères. Plus rares, des expériences ont mis en lumière des émotions positives chez les moutons et chez les rats.

Certains de ces travaux montrent également à quel point ces émotions peuvent introduire des biais cognitifs dans l'évaluation de situations nouvelles : il est, par exemple, des moutons qui, confrontés à une situation ambiguë, se révèlent ultérieurement pessimistes (ou optimistes) selon la façon dont ils ont été traités auparavant.

b) *Mémoire et anticipations*

D'autres recherches, parmi celles que nous avons analysées, ont montré que des animaux ont la capacité de se souvenir et d'anticiper l'avenir. Ont été inventés des dispositifs permettant de voir si des animaux sont capables de répondre aux questions « quoi, où et quand » au sujet d'événements particuliers¹⁰. Cette « mémoire épisodique » a été mise en lumière d'abord chez le geai buissonnier, puis chez les colibris, la pie bavarde, les rats, les campagnols, les porcs, et même les abeilles. Précisons qu'il ne s'agit pas d'une mémoire autobiographique, mais d'une mémoire d'événements particuliers ou de situations passées, plus ou moins fréquentes et dans des lieux donnés.

225

Peu de travaux se sont proposé de savoir si des animaux sont capables d'anticipations. Mais des expériences sur le Tayra (un mustélidé américain), d'autres sur des mésanges à tête noire et des geais buissonniers tendent à montrer que certains animaux sont capables de planifier leur comportement en fonction du futur qu'ils envisagent.

c) *Métacognition*

La métacognition est considérée comme l'une des formes de la cognition les plus complexes et a souvent été considérée comme exclusivement humaine. Trois types d'expériences ont permis d'avancer que certains animaux sont capables de connaître l'état de leur savoir. Il s'est agi dans le premier cas de voir si des animaux sont capables de signifier qu'ils risquent de ne pas proposer la bonne réponse lorsqu'ils sont confrontés à une situation ambiguë (la première de ces expériences concluantes a été réalisée en 1995 sur

10. Autrement dit : que s'est-il passé ? À quel endroit ? Depuis longtemps ou non ?

des dauphins ; d'autres, ultérieures, ont porté sur divers primates, sur le rat et sur les abeilles). Plus rares, les expériences du deuxième type ont montré que des animaux peuvent signifier qu'ils savent qu'ils se sont trompés (tests réalisés sur des corneilles à gros bec, des singes capucins et des pigeons). Enfin, certaines expériences ont cherché à savoir si des animaux peuvent signifier qu'ils ont besoin d'informations supplémentaires pour se décider (des tests ont été réalisés avec succès chez le geai buissonnier, divers primates, le pigeon et le rat).

Ces expériences montrent que certains animaux sont capables de juger leurs performances cognitives et peuvent même rechercher des informations supplémentaires lorsqu'ils sont confrontés à une incertitude.

d) *Conscience sociale*

Enfin, nous avons analysé les travaux concernant les aptitudes spécifiques aux espèces sociales ; une attention particulière ayant concerné les animaux dont on sait qu'ils sont capables de reconnaître leurs congénères et d'interpréter leurs émotions et leurs croyances... ce que l'on qualifie de « théorie de l'esprit » chez les humains.

La reconnaissance individuelle implique de se souvenir des interactions préalables avec un ou plusieurs congénères. Elle suppose aussi une connaissance des relations de domination lorsque celles-ci existent dans la communauté à laquelle l'animal appartient. La façon dont un animal social se représente ses congénères permet à un individu d'anticiper la nature des relations qu'il entretiendra avec eux. Une telle reconnaissance (bien connue chez les primates) a été montrée chez les guêpes sociales, les vaches et les moutons.

En psychologie comparée, on dit qu'un individu a une « théorie de l'esprit » s'il est capable d'une compréhension de ses propres états mentaux et de ceux des autres : désirs, émotions, croyances et intentions. Une synthèse de 30 ans d'études chez les chimpanzés a ainsi montré que ceux-ci comprennent les intentions et les croyances de leurs congénères. En dehors de toute communication langagière, on ne peut supposer une théorie de l'esprit que dans des cas évidents de tromperie visant à induire des congénères en erreur, ou à l'inverse dans des cas d'empathie, visant à leur porter secours. Les cris d'alarme trompeurs des primates

sont bien connus, mais on a repéré aussi des tactiques de « caches trompeuses » chez les geais buissonniers et les écureuils gris. Inversement, des cas d'empathie et de coopération ont été largement observés chez les primates. Mais ils ont aussi été expérimentés chez des rats qui délivrent un congénère enfermé et partagent avec lui le chocolat enfermé dans une autre cage : les rats se comportent socialement en réponse à la détresse d'un condisciple, fournissant des preuves d'un comportement motivé d'aide empathique.

Quelques recherches ont enfin approché la façon dont des animaux domestiques se représentent les humains de leur entourage. Les primates, les chiens et les moutons sont ainsi capables de distinguer leurs partenaires humains et de mémoriser les relations qu'ils entretiennent avec eux. Une étude a montré que les moutons reconnaissent leur soigneur habituel à partir de simples photographies de son visage.

La mise en convergence de l'ensemble de ces connaissances permet d'argumenter en faveur de l'existence chez certains animaux d'une conscience d'accès et de formes de conscience de soi (introspective et sociale). Mais, que les animaux soient conscients d'une manière ou d'une autre est une chose ; autre chose serait de comprendre ce qu'est leur expérience subjective et d'appréhender leur conscience phénoménale.

227

3. Les limites de ce travail de synthèse

Cette expertise devrait avoir pour effet de stimuler les recherches concernant les formes de conscience que l'on trouve chez les animaux. Il convient néanmoins d'en évoquer les limites : les unes tiennent aux décisions que le collectif a été conduit à prendre, les autres aux recherches qu'il a examinées.

D'une part, les moyens financiers dont disposait l'expertise, et le temps disponible n'ont pas permis de rassembler les compétences qui auraient permis d'élargir le champ des investigations. C'est pourquoi nous n'avons pas pu examiner les travaux concernant le « langage non verbal » des animaux (chants d'oiseaux, cris d'alarmes, d'appels ou de reconnaissance des mammifères, chants des cétacés, etc.) alors qu'il y eut sans doute de quoi renforcer le dossier

de la conscience. De même, n'avons-nous pas abordé (sauf marginalement au sujet de l'empathie) la question des sentiments et des comportements moraux et donc des briques élémentaires de la morale que l'on retrouve en particulier chez certains primates et qu'il serait hasardeux de refuser *a priori* à d'autres mammifères. Il serait donc souhaitable de compléter ce travail par d'autres expertises.

D'autre part, l'exercice d'une telle expertise est de dresser l'état des lieux des recherches. De ce fait, ce travail est tributaire des limites de ces investigations et des éventuels biais qu'elles comportent ou qu'elles induisent.

Les travaux que nous avons examinés ne portent pas, pour la plupart, sur la conscience, mais sur des capacités cognitives que nous savons indispensables à différentes figures de la conscience chez les humains, ainsi qu'aux activités neuronales qui leur sont associées. Ont ainsi fait partie du corpus un ensemble d'observations systématiques du comportement d'animaux sauvages en milieu naturel et, plus encore, des expérimentations et des tests de compétence en laboratoire. Or, dans les deux cas, ce sont souvent sur les mêmes espèces que portent les travaux, ce qui fait que, si la gamme phylogénétique en est assez large, les résultats concernent un petit nombre d'espèces. Cette focalisation des différentes recherches sur un nombre limité d'espèces tient à ce que l'on qualifie de « dépendance de sentier ». Quand toutes les recherches d'un domaine spécifique ont été effectuées en expérimentant sur une espèce, on dispose sur elle, sur son comportement et sur ses capacités cognitives de nombreuses données facilitant les investigations et limitant les risques d'erreur. Pour les mêmes raisons, il est plus facile de publier lorsque l'on a expérimenté sur l'animal ayant été traditionnellement étudié que sur une nouvelle espèce.

Parmi les travaux de notre corpus, ceux qui ont adopté une démarche expérimentale ont été plus nombreux que les observations systématiques. Or, ces expériences destinées à saisir les réactions émotionnelles et comportementales des animaux, ou leurs capacités cognitives rencontrent des limites qui sont souvent passées sous silence.

La première est que, pour intéresser les animaux qui sont les sujets de leur expérience, comme pour leur apprendre à effectuer une tâche, les scientifiques utilisent généralement

des récompenses alimentaires. Or cela ne marche pas toujours ni avec tous les animaux. Il semble ainsi que si l'on donne à des chats un problème à résoudre ou une tâche à exécuter pour obtenir une récompense alimentaire, ils apprennent très rapidement, mais que dès qu'ils ont compris ce que l'on attend d'eux ils cessent de répondre et préfèrent avoir faim plutôt que de poursuivre l'expérience. C'est d'ailleurs ce qu'a confirmé un des éthologistes du collectif, nous disant qu'il ne « faut jamais utiliser des chats parce qu'ils s'ingénient à foutre en l'air les expériences ». Dans un article intitulé « Des babouins aux perroquets : ce que les animaux ayant participé à mes expériences m'ont appris », Dalila Bovet¹¹ explique que ses babouins et d'autres primates à leur suite lui ont appris que d'autres activités avaient plus d'importance à leurs yeux que de participer à ses expériences, en dépit des récompenses qu'elle leur offrait en cas de bonne réponse. D'où de multiples ruses pour ne pas faire les tests ou les bâcler, allant jusqu'à faire grève. Quant à ses perroquets gris du Gabon, ils s'avèrent très réticents dans l'apprentissage des mots qu'elle voulait leur apprendre. Mais ils apprennent tout naturellement et sans entraînement des expressions utilisées dans les relations sociales. Ils les utilisèrent à bon escient, disant « bonjour » et « ça va » dès que quelqu'un arrivait au laboratoire et « au revoir » dès qu'elle prenait ses affaires pour partir.

229

Autre limite que rencontrent ces expériences : les animaux répondent-ils aux questions que leur posent les chercheurs (parce qu'ils se les posent), ou bien agissent-ils selon la façon dont ils interprètent les intentions de ceux qui les manipulent ? Dans son ouvrage, *Penser comme un rat*, Vinciane Despret¹² argumente ainsi à partir d'une enquête sur les tests de psychologie cognitive que les animaux que l'on mobilise dans une expérience se posent la question de ce que veut l'expérimentateur et répondent en fonction des intentions qu'ils lui prêtent. Les capacités d'évaluation des situations, bien mises en lumière dans l'expertise collective,

11. Dalila BOVET, « Des babouins aux perroquets : ce que les animaux ayant participé à mes expériences m'ont appris », in Vinciane DESPRET, Raphaël LARRÈRE (dir.), *Les animaux : deux ou trois choses que nous savons d'eux*, Paris, Hermann, 2014.

12. Vinciane DESPRET, *Penser comme un rat*, Versailles, Quæ – collection Sciences en questions, 2009, pp. 155-167.

militent dans le même sens : dans ces expériences les animaux jugent, évaluent et prennent position par rapport à la situation dans laquelle on les met.

Je dois avouer enfin avoir été amusé de constater, à l'examen de ce corpus, que tant de chercheurs s'ingénient à inventer des dispositifs expérimentaux complexes et des scénarios de tests pour « démontrer » ce que les bons éleveurs et les animaliers de leur propre laboratoire savent déjà fort bien, de par leur expérience pratique des animaux dont ils s'occupent et avec lesquels ils interagissent

4. Conclusion. Quelles leçons tirer de l'expertise collective de l'INRA sur la conscience ?

Je vais d'abord envisager en quoi reconnaître que les animaux manifestent des formes de conscience modifie le statut moral que l'on peut leur accorder et en quoi cela impacte le jugement que l'on peut porter sur la façon dont ils sont instrumentalisés tant en élevage que dans les expérimentations scientifiques. Sera ensuite abordé ce que pourraient en être les conséquences sur le statut juridique des animaux.

a) Les animaux font partie de la communauté morale

Que les animaux soient des êtres sensibles est une conviction confortée de longue date par l'expérience qu'en ont ceux qui les fréquentent ou les élèvent et par ce que l'on sait d'eux. Il s'ensuit un certain consensus pour reconnaître que le traitement qu'on leur fait subir n'est pas moralement neutre. La sensibilité est commune aux hommes et aux animaux. Or, tout être sensible est un être à qui un tort peut être fait. Dans le *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Jean-Jacques Rousseau en avait déjà déduit qu'il s'agit là d'une condition nécessaire et suffisante pour disposer d'un droit protecteur : « Il semble en effet que si je suis obligé de ne faire aucun mal à mon semblable, c'est moins parce qu'il est un être raisonnable que parce qu'il est un être sensible ; qualité qui, étant commune à la bête et à l'homme, doit au moins donner à l'une le droit de n'être pas maltraitée inutilement par l'autre »¹³.

13. Jean-Jacques ROUSSEAU, *Discours sur l'origine de l'inégalité*, 1755, Paris, Gallimard (La Pléiade) *Œuvres Complètes*, Tome III, p. 126, 1964.

Considérant que le bonheur est un bien et la souffrance un mal, il est de même logique pour Bentham, d'étendre la considération morale utilitariste à tous les êtres sensibles. Mais il faudra attendre Peter Singer (en 1975)¹⁴ pour que les utilitaristes en tirent les conclusions pratiques.

Dans la continuité de cette reconnaissance de la sensibilité, tout un courant associant des militants de la « cause animale » et des scientifiques s'est constitué dans la revendication d'un *Animal Welfare* accordant aux animaux qui sont sous la dépendance des hommes un droit moral au bien-être et des obligations qui, pour cette raison, nous incombent.

Cette reconnaissance consensuelle du bien-être soulève néanmoins deux problèmes. En premier lieu, il y a des définitions divergentes du bien-être. Suffit-il d'éviter aux animaux d'éprouver des émotions négatives (ne pas les faire souffrir, ne pas les stresser, ne pas les mutiler) ? Faut-il élargir la définition du bien-être et se préoccuper de permettre aux animaux de bénéficier d'émotions positives ? Faut-il aussi respecter leur comportement ? L'idée, défendue en particulier par Martha Nussbaum dans son article intitulé « *Beyond "Compassion and Humanity" Justice for Nonhuman Animals* »¹⁵, est que lorsqu'un animal possède certaines capacités d'action et de comportement (qu'elle qualifie de « capacités » à la suite d'Amartya Sen) qui lui assurent une vie satisfaisante (de son point de vue), il est injuste de lui interdire de réaliser ces capacités et d'exprimer ces comportements.

En second lieu, de nombreux auteurs ont argumenté que la prise en considération du bien-être des animaux est grandement insuffisante. Tom Regan¹⁶ défend ainsi l'idée que tous les êtres qui sont les « sujets d'une vie » (*subjects-of-a-life*) ont une égale « valeur inhérente », qui interdit moralement de leur infliger des dommages et de les traiter comme de simples moyens. Envers ceux qui ne sont pas des « sujets

14. Peter SINGER, *Animal Liberation* New York Revue, 1975 (trad. fr, *La libération animale*, Paris, Grasset, 1993).

15. Martha C. NUSSBAUM, « Beyond "Compassion and Humanity" Justice for Nonhuman Animals », in Cass R. SUNSTEIN, Martha C. NUSSBAUM, *Animals Rights*, New York, Oxford University Press, 2004.

16. Tom REGAN, *The Case for Animal Rights*, Berkley-Los Angeles, University of California Press, 1983.

d'une vie», il n'y a que la sensibilité à respecter – et donc le droit de ne pas souffrir. Les êtres susceptibles d'avoir cette « valeur inhérente » sont, bien entendu, des êtres sensibles, mais ils doivent, en outre, avoir une conscience de soi et l'inscrire dans une représentation du temps. De même, dans les différents textes¹⁷ où il commente la *Déclaration universelle des droits de l'animal* Georges Chapouthier argumente qu'il faut prendre en considération leur univers mental. Il convient ainsi de distinguer de grandes catégories d'animaux selon leurs « aptitudes cognitives ». On ne saurait traiter de la même façon une moule et un primate : ces derniers doivent bénéficier de droits protecteurs plus étendus sans être pour autant identiques à ceux des humains.

Cette expertise collective apporterait ainsi de l'eau au moulin de ceux qui estiment que le respect du bien-être animal est une position éthique certes importante, mais insuffisante. Elle montre en effet que l'évolution des sciences tend à accorder aux animaux des capacités cognitives et un registre d'états mentaux bien plus riches que la seule sensibilité. En raison du faible nombre d'espèces qui ont été étudiées et des limites du champ de recherches examiné, il est difficile d'appréhender quelles conclusions pourraient être tirées au sujet des droits moraux dont devraient bénéficier les différentes catégories d'animaux en raison des formes de conscience dont ils font preuve.

Néanmoins, et pour illustrer ce que l'on peut en apprendre, je donnerai un exemple concernant la réflexion morale de Dahl Rendtorff et Peter Kemp du *Centre for Ethics and Law* de Copenhague¹⁸. Ces deux philosophes se sont demandé dans quelle mesure les principes qui guident l'éthique médicale peuvent être élargis aux animaux. Tant pour la recherche et l'expérimentation, que pour les traitements curatifs, on respecte généralement les principes suivants : le « consentement éclairé du patient », la « dignité de la personne humaine », la « vulnérabilité du patient » et son

17. Georges CHAPOUTHIER, *Les droit de l'animal*, Paris, PUF, coll. Que sais-je?, 1992; Id., *Ehomme, ce singe en mosaïque*, Paris, Odile Jacob, 2001.

18. Dahl RENDTORFF, J., Peter KEMP (eds.): *Basic Ethical Principles in European Bioethics and Biolaw, vol. I Autonomy, Dignity, Integrity and Vulnerability, Report to the European Commission of the Biomed-II Project, Basic Ethical Principles in Bioethics and Biolaw 1995-1998*, Copenhagen, Centre for Ethics and Law, Barcelona, Institut Borja de Bioética, 2000.

«intégrité». Il est évident que les deux premiers principes ne peuvent concerner que des humains. La «vulnérabilité» peut bien évidemment s'étendre aux animaux dès lors qu'ils sont, comme les animaux de rente ou de laboratoire, sous la dépendance et à la disposition d'humains. Parce qu'ils sont vulnérables, les animaux sont donc bien des «patients moraux». Mais qu'en est-il de «l'intégrité»?

Selon Dahl Rendtorff et Peter Kemp, «l'intégrité peut se dire de toute chose – entité ou système – qui a sa propre cohérence». C'est le cas de tout individu auquel on peut reconnaître une «histoire de vie». Il s'agit d'un individu qui est (ou a été) doté d'une mémoire du passé, qui peut (ou a pu) apprendre de ses expériences et dont un horizon d'attente oriente (ou a orienté) les actions intentionnelles. Cette identité, qui se maintient au cours d'une vie enrichie d'expériences, suppose de toute évidence des capacités cognitives élaborées : celles qui sont indispensables à une conscience de soi. Ce sont celles des hommes, et c'est la raison pour laquelle l'intégrité est un principe important en éthique médicale : quand un patient n'est pas en mesure de donner son «consentement éclairé», il faut respecter son «intégrité», et tout faire pour qu'il puisse poursuivre (ou achever) son «histoire de vie». Or, on a de bonnes raisons de penser que certains animaux disposent approximativement des capacités nécessaires pour en avoir une. Tout ce qui a été mis en lumière sur la mémoire épisodique et sur les émotions va dans ce sens. Si l'on suit l'argumentation du *Centre for Ethics and Law* de Copenhague, il serait donc juste de respecter leur intégrité.

233

b) *Des droits moraux aux droits juridiques*

Que nombre d'animaux aient un large éventail d'aptitudes conscientes soulève d'abord des questions morales sur la façon dont ils sont sélectionnés, élevés, traités et tués. Si la richesse des formes de conscience chez les animaux reste largement à compléter et à comprendre, il serait sage de tenir compte de ce que l'on sait déjà. La prise en considération de la conscience animale questionne ainsi de nombreuses pratiques courantes impliquant des animaux dans les productions agricoles, le travail, le compagnonnage et la recherche scientifique. Reconnaître des formes de conscience chez les animaux conduit, alors, à estimer qu'ils

devraient bénéficier de droits moraux (qu'il conviendra de préciser en approfondissant le travail entrepris).

Des citoyens à titre individuel et des associations qui se consacrent à la protection des animaux peuvent ensuite, légitimement revendiquer la traduction en droit positif des droits moraux qu'ils ont de bonnes raisons de leur accorder. Mais, passer d'une prétention justifiée à l'inscription de droits moraux dans le droit positif ne va pas de soi. Encore faut-il interpréter ces droits moraux en termes juridiques et mettre en cohérence avec eux toutes les dispositions actuelles concernant les animaux; ce qui exige un travail législatif de longue haleine. Cela suppose aussi d'interpréter la jurisprudence son évolution et les innovations qui ont été récemment intégrées dans le droit (interprétations pour lesquelles je ne suis guère compétent). Or, comme le remarque Marie-Angèle Hermitte, «en droit, les choses vont lentement»¹⁹.

Pour prendre la mesure de ces difficultés et de cette nécessaire lenteur, il suffit de rappeler l'histoire de l'inscription de la sensibilité animale dans le droit français. La reconnaissance légale des animaux comme êtres sensibles existe en droit français depuis la loi relative à la protection de la nature (loi 76-629) du 10 juillet 1976²⁰. Trente-neuf ans plus tard, le Parlement français a introduit le 16 février 2015 (Loi n° 2015-177) un nouvel article dans le Code civil (article 515-14) qui dispose : «Les animaux sont des êtres vivants doués de sensibilité. Sous réserve des lois qui les protègent, les animaux sont soumis au régime des biens». En d'autres termes : la sensibilité des animaux est reconnue, mais ils peuvent être appropriés, le droit des biens s'appliquant à eux, sauf loi spéciale en sens contraire²¹.

Le sens et la portée de ce nouvel article du Code civil ne font pas consensus et des interprétations pour le moins contrastées ont été proposées. Certains juristes, tel Philippe

19. Marie-Angèle HERMITTE, « La nature sujet de droit », *Annales. Histoire, Sciences sociales*, 2011, p. 173-212.

20. Elle figure dans le code rural (article 515-14).

21. D'autres pays, dont l'Allemagne, le Luxembourg, la Suisse et le Brésil, avaient auparavant introduit dans leurs ordres juridiques respectifs des formules plus ou moins comparables.

Malinvaud²², considèrent que cette inscription de la sensibilité animale dans le Code civil est surtout symbolique et n'aura guère d'effets sur les droits qui seront accordés aux animaux. À l'inverse, Jean-Pierre Marguénaud²³ estime que l'article 515-14 ouvre une nouvelle étape dans l'ordre juridique français vers la reconnaissance des animaux comme personnes juridiques. Dès lors que ceux-ci sont définis comme des êtres sensibles, il n'est ni logique ni moralement pertinent de les maintenir dans la catégorie des biens. On sera donc conduit à leur octroyer une personnalité juridique, dite de « pure technique juridique », qui ne soit ni calquée sur celle des personnes physiques, ni tout à fait identique à celle des personnes morales (les associations, les syndicats, les sociétés) puisque les animaux ne seraient assujettis à aucune obligation. Marie-Angèle Hermitte, qui défend une position proche de celle de Marguénaud, argumente que, dans une conception technique de la personnalité juridique, dont les personnes physiques (les humains) et les personnes morales ne sont que des modalités, « la qualité de sujet de droit peut-être conférée en tant que besoin, particulièrement pour tout ce qui est vivant, donc de besoins propres à assurer la survie de l'individu, de la population ou de l'espèce »²⁴. On pourrait considérer que la loi du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature sur le territoire français va dans ce sens. Elle justifie l'interdiction de détruire, prélever, mutiler, détenir, transporter et céder tout spécimen des espèces figurant sur une liste limitative (mais susceptible d'actualisation) d'espèces protégées animales et végétales²⁵.

235

Un autre juriste, Gérard Farjat, propose de se libérer de la *summa divisio* du droit romain et de créer une nouvelle catégorie : celle d'êtres ayant des intérêts, mais incapables de les revendiquer eux-mêmes (les animaux, les embryons,

22. Philippe MALINVAUD, « L'animal va-t-il s'égarer dans le code civil? », *Recueil Dalloz*, 2015 (2), pp. 87-88.

23. Jean-Pierre MARGUÉNAUD, « Une révolution théorique : l'extraction masquée des animaux de la catégorie des biens », *La semaine juridique*, 2015, 10-11, pp. 495-501.

24. Marie-Angèle HERMITTE, *op. cit.*

25. Ces dispositions sont aujourd'hui intégrées dans les articles 411-1, 411-2 et 415-3 du code de l'environnement qui reprend et complète les attendus de la loi de 1976. L'article 411-1 ajoute une interdiction de détruire et d'altérer les habitats naturels de ces espèces, ainsi que des mesures destinées à protéger leurs habitats.

les générations futures, etc.)²⁶. Ce qui correspond assez bien aux thèses de ce philosophe du droit que fut Joel Feinberg²⁷.

Si l'inscription dans le droit de la seule sensibilité pose déjà des problèmes délicats, on imagine qu'il sera encore plus difficile de traduire en termes juridiques des droits moraux différents selon l'étendue de leurs capacités cognitives.

c) *Se libérer des contraintes du dualisme*

Je voudrais achever mon propos en revenant sur les enseignements philosophiques que la reconnaissance de formes de conscience chez des animaux peut suggérer. Il est notable que les travaux des auteurs examinés, tout en appliquant avec détermination le Canon de Morgan, parviennent à mettre en lumière des capacités cognitives (ou des fonctionnements neuronaux) qui sont associés à des formes de conscience. De nombreuses expériences scientifiques relevant donc d'une ontologie dualiste (celle que Descola qualifie de «naturaliste») aboutissent ainsi à des résultats qui confortent l'hypothèse de formes de conscience dans le règne animal et donc d'une sorte de continuité entre les infériorités des humains et de certains non-humains – ce qui relève de l'ontologie animiste telle que Descola la définit. S'il en est ainsi, n'est-ce pas que comprendre ce qui nous différencie des animaux et ce qui nous en rapproche, et en tirer des conséquences sur les relations que nous pouvons entretenir avec eux, suppose de desserrer l'étau du dualisme et d'adopter avec prudence des éléments d'ontologie animiste²⁸ ?

26. Gérard FARJAT, «Entre les personnes et les choses, les centres d'intérêts. Prolégomènes pour une recherche», *Revue trimestrielle du droit civil*, 2002, p. 221-243.

27. Joel FEINBERG, *The Rights of Animals and Unborn Generations*, in ID. (ed.), *Rights, Justice and the Bounds of Liberty*, Princeton, Princeton University Press, 1980, p.159-184.

28. Voir ce qu'en dit Marie-Angèle Hermitte, «Artificialisation de la nature et droit(s) du vivant», in Philippe DESCOLA (dir.), *Les natures en question*, Paris, Odile Jacob, 2018, p. 257-284.

1. Introducción

237

El objetivo de estas páginas es reflexionar sobre uno de los problemas más fascinantes de la teoría jurídica contemporánea: los derechos de la naturaleza. Tengamos en cuenta que los derechos fueron originalmente teorizados como “subjettivos” o “humanos”. Sin embargo, estos adjetivos encajan mal cuando los trasladamos al asunto que nos ocupa, porque ni la naturaleza ni sus partes son sujetos en el sentido tradicional y porque tampoco pertenecen al género humano. Esto ocurre porque los derechos que inicialmente habíamos concebido como “naturales” – y

* Este capítulo ha sido realizado gracias al proyecto BICOM: «Bienes comunes: articulación cívica y jurídica» (CAM-UAM), referencia SI/PJI/2019-00474, y en el marco de un contrato Ramón y Cajal, referencia RYC2019-028316-I, financiado por la Agencia Estatal de Investigación y el Fondo Social Europeo. También es parte del *Assegno di Ricerca* «Crisi del giuspositivismo e crisi ambientale: un legame trascurato. Analisi dell'argomento a parture dei diritti della madre terra», desarrollado en la Università Amedeo Avogadro del Piemonte Orientale, bajo la tutela del prof. Rodrigo Míguez Núñez. Quiero dejar constancia de mi agradecimiento a Rodrigo Míguez por su amistad, por su confianza y por la sintonía intelectual.

** Profesor de filosofía del derecho en la Universidad Autónoma de Madrid. E-mail: luis.lloredo@uam.es

después como humanos – están empezando a trascender los límites de la especie, para adherirse a una pléyade heterogénea de nuevos sujetos². Y esto está poniendo en jaque las tipologías mediante las cuales habíamos tematizado el cosmos durante milenios³. Es decir: hablar de derechos de la naturaleza no solo requiere alterar el concepto de derecho subjetivo, sino también cuestionar distinciones como la de naturaleza y cultura o la de sujeto y objeto, o redefinir la relación extractivista que el ser humano tiene con la naturaleza⁴.

En las siguientes páginas nos preguntaremos si es aceptable y útil hablar de derechos de la naturaleza. Adelanto que la respuesta es positiva: puede hablarse de derechos de la naturaleza y, además, debe hacerse desde una óptica anticapitalista y postcolonial, o sea, no solo como metáfora o ficción jurídica, sino tomándonos en serio que, para algunos pueblos del mundo, las entidades naturales de veras tienen una personalidad merecedora de derechos. Además, la expresión de derechos de la naturaleza va más allá del problema de la titularidad, que es como suele afrontarse desde la teoría hegemónica, porque implica un cambio radical en el mismo concepto de los derechos; un cambio que, como se argumentará, nos obliga a transitar a un modelo posthumanista. Procederé del siguiente modo: primero se expondrá el vuelco epistemológico-jurídico que se está produciendo, y que está sentando las bases de un paradigma biocéntrico (§2). Después intentaré dilucidar qué quiere decir naturaleza cuando hablamos de sus derechos, y cuáles son los principales marcos teóricos desde los que se está abordando el problema (§3). En el último apartado se afrontará la cuestión de si es útil emplear la «gramática de los derechos» en relación con las cuestiones ecológicas (§4).

2. Vid. Rodrigo MÍGUEZ NÚÑEZ, *Le avventure del soggetto. Contributo teorico-comparativo sulle nuove forme di soggettività giuridica*, Milano, Mimesis, 2018, *passim*.

3. Vid. Rosi BRAIDOTTI, *Lo posthumano*, trad. Juan Carlos Gentile, Barcelona, Gedisa, 2015, pp. 108 ss.

4. Pedro MERCADO, *Derechos insostenibles*, en José A. ESTÉVEZ ARAÚJO (ed.), *El libro de los deberes. Las debilidades e insuficiencias de la estrategia de los derechos*, Madrid, Trotta, 2013, pp. 159-166.

2. Hacia un paradigma biocéntrico en la era del Antropoceno

a) *Sobre el biocentrismo: concepciones «ctónicas» y ecologistas*

Cuando se habla de ecologismo, es común aludir a dos paradigmas, el antropocéntrico y el biocéntrico, que a su vez alude a dos cosas distintas.

1) Por un lado, se habla de culturas biocéntricas para referirse a aquellas civilizaciones que Patrick Glenn denomina «ctónicas» – del griego *kthonios*, relativo a la tierra⁵ –, cuyo rasgo definitorio tendría que ver con una concepción holística del mundo. Según esta cosmovisión, los seres humanos no se encuentran en el centro del universo, sino que constituyen una más de entre las múltiples formas de manifestación de la naturaleza, a la que pertenecemos en régimen de igualdad con otras especies y a la que debemos respetar.

Este tipo de civilizaciones ha sido objeto de diversas formas de colonialismo, por lo que coexisten en ellas estratos culturales diversos, algunos de los cuales responden a formas biocéntricas de ver el mundo, mientras que otros responden a perspectivas antropocéntricas occidentales. Por último, vale la pena señalar que la historia occidental tampoco ha estado exenta de instituciones semejantes a las de las civilizaciones ctónicas: pese a la hegemonía de la concepción “apropiacionista” de la naturaleza durante los dos últimos siglos, también en Occidente han existido formas comunitarias de relación con la tierra, que a su vez fueron capaces de mantener una ligazón no extractivista con los recursos naturales⁶.

2) Por otro lado, se escucha hablar de biocentrismo desde algunas variantes de la *deep ecology*. Según estas teorías, la postura ambientalista del ecologismo superficial no sería suficiente, puesto que adopta un enfoque reformista que tiende a “ecologizar” de forma parcial nuestras prácticas, sin modificar estructuralmente la relación de supremacía que ostentamos frente a la naturaleza. Las ideas de la eco-

5. Vid. H. Patrick GLENN, *Legal Traditions of the World. Sustainable Diversity in Law*, 4th edition, Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 61-95.

6. Vid. Rafael ALTAMIRA, *Historia de la propiedad comunal*, estudio preliminar de Alejandro Nieto, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1981, *passim*.

logía profunda se basan en la propuesta original de Arne Naess⁷, pero han sido desarrolladas en las últimas décadas por numerosos autores.

De acuerdo con éstos, la crisis ecológica se asienta en una concepción antropocéntrica del mundo que dio lugar a una visión extractivista de la naturaleza, según la cual ésta es susceptible de explotación sistemática, apropiación y mercantilización. Para modificar las prácticas económicas que han desencadenado la catástrofe ambiental, no bastaría con auditorías «ecológicas» o empresas «sostenibles»⁸, sino que sería necesaria una mutación radical de nuestra cosmovisión. Este cambio implicaría transitar desde el ambientalismo, cuya plasmación jurídica fueron los derechos de tercera generación – destinados a generar un ambiente saludable para los humanos – al ecologismo profundo, cuya consagración jurídica pasaría, entre otras cosas, por establecer derechos de la naturaleza.

Estas dos versiones de biocentrismo convergen con frecuencia, pero no están exentas de fricciones. En primer lugar, mientras que el ecologismo occidental tiende a poner el acento en las generaciones futuras, para los pueblos originarios la cuestión ambiental es de inmediata actualidad: debido a la geopolítica del capitalismo, los daños ambientales más severos se producen en los países del Sur, como consecuencia de la explotación de una serie de recursos – bosques, agua, semillas⁹ – esenciales para la subsistencia de las comunidades indígenas. En segundo lugar, la cosmovisión biocéntrica de muchas culturas ctónicas concibe a la tierra como fuente de vida y objeto de cuidado, pero no encaja bien con el animalismo abolicionista occidental: el uso y consumo de animales, si bien no a escala industrializada, es común entre muchos pueblos indígenas. En tercer lugar, las cosmovisiones de estos pueblos suelen percibirse desde Occidente como manifestaciones de una religiosidad

7. Arne NAESS, *The Shallow and the Deep, Long-Range Ecology Movement. A Summary, Inquiry*, 1972, n. 16, pp. 95-100.

8. Vid. Maite PADILLA ZALACAÍN, *El ecologismo de libre mercado*, en José Luis GORDILLO (coord.), «La protección de los bienes comunes de la humanidad: un desafío para la política y el derecho del siglo XXI», Madrid, Trotta, 2006, pp. 21-38.

9. Vandana SHIVA, *Las nuevas guerras de la globalización. Semillas, agua y formas de vida*, trad. de Néstor Cabrera López, Madrid, Editorial Popular, 2007.

“esotérica”, que a veces resulta difícil conciliar con los movimientos anticapitalistas europeos¹⁰.

b) *Sobre el antropocentrismo: ¿occidental o universal?*

Acaba de mostrarse que detrás de la noción de biocentrismo se esconden enfoques distintos. Me interesa detenerme ahora en la idea de antropocentrismo, porque también es un concepto equívoco.

Para empezar, hay incongruencias a la hora de identificar la aparición del paradigma antropocéntrico. Lo más habitual es caracterizarlo como un rasgo de la Edad moderna, que surgió en el Renacimiento y se potenció a lo largo de la Ilustración, desencadenando una visión prometeica de lo humano. Asimismo, suele ser común leer que este proceso es privativo de la civilización occidental. Ambas afirmaciones son parcialmente ciertas, pero deben matizarse.

1) En primer lugar, existen discrepancias respecto a la datación del antropocentrismo. Por ejemplo, Peter Singer nos indica que la concepción del ser humano como centro del universo es anterior a la Edad moderna, para lo cual se apoya en algunos textos del *Génesis* y de la *Física* aristotélica¹¹: «y los bendijo Dios y les dijo: creced y multiplicaos; llenad la tierra y sojuzgadla y señoread en los peces del mar, en las aves de los cielos, y en todas las bestias que se mueven sobre la tierra».

Desde este punto de vista, podría afirmarse que la civilización occidental está marcada por una visión constitutivamente antropocéntrica, que se retrotrae hasta los primeros compases de nuestra cultura, pero que se potencia a partir de la Modernidad. De hecho, es sintomático que un buque insignia del Renacimiento, como la *Utopía* de Tomás Moro, surgiera de la preocupación de su autor por el “cercamiento” de las tierras comunes del Medievo, cuya explotación se había mantenido hasta entonces en un régimen de relativo equilibrio ecológico¹². De aquí podemos extraer lo siguiente:

10. Vid. Jesús ANTONA BUSTOS, *Derechos indígenas, conflictos ambientales y territoriales*, Madrid, Irredentos Libros, 2016, p. 12.

11. PETER SINGER, *Ética práctica*, trad. de Rafael Herrera Bonet, Madrid, Akal, 2009, pp. 266 ss.

12. Ugo MATTEI, *Bienes comunes. Un manifiesto*, trad. de Gerardo Pisarello, Madrid, Trotta, pp. 44 ss.

te: si bien el antropocentrismo occidental es un factor importante para entender el menosprecio de la naturaleza y su correlativo expolio, el verdadero catalizador de la crisis ecológica no es la entronización de lo humano – esto es algo muy antiguo – sino el despliegue de un capitalismo extractivo cada vez más desenfrenado.

2) En segundo lugar, respecto al carácter occidental de la mentalidad antropocéntrica, también cabe hacer matices. Tomemos el *De dignitate hominis* de Picco della Mirandola. Pese a ser un escrito muy citado, se suele pasar por alto el pluralismo de las fuentes en las que se apoyaba para defender la idea de una dignidad humana universal. En efecto, lejos de limitarse a textos bíblicos o grecolatinos, en su tratado encontramos remisiones a Zoroastro y la tradición caldea, a la Cábala, o a escritores musulmanes como Averroes o Avicena¹³. El propósito de este pluralismo era, precisamente, mostrar que la idea de dignidad humana es un principio subyacente a numerosas culturas.

Podemos incorporar otras tradiciones al análisis de Picco. En la clásica epopeya de los pueblos nórdicos, el *Kalevala*, se alude a la roturación de los bosques como un signo de heroicidad que situaba a los humanos en un escalafón superior, en tanto que seres capaces de domeñar a la naturaleza¹⁴. En la mitología china se refieren las hazañas de Boyi, «capaz de dirigir en la tierra [...] a las plantas y a los árboles, a las aves y a los cuadrúpedos»¹⁵. Y en el relato fundacional de la cultura maya, el *Popol-Vuh*, los dioses crearon a las plantas y los animales, pero pronto se dieron cuenta de que éstos eran incapaces de adorarlos, por lo que produjeron a los «monos que viven actualmente en las selvas». Estos «monos», sin embargo, sólo fueron una «tentativa de humanidad», ya que no lograron hacer frente a «la lluvia tenebrosa»¹⁶, es decir, la versión precolombina del diluvio.

13. Giovanni PICCO DELLA MIRANDOLA, *Discurso sobre la dignidad del hombre*, en Pedro RODRÍGUEZ SANTIDRIÁN (ed.), *Humanismo y Renacimiento*, Madrid, Alianza, 2007, pp. 131-167.

14. ANÓNIMO, *Kalevala. La epopeya nacional de Finlandia*, versión castellana de Alejandro Casona, Buenos Aires, Losada, 1999, pp. 17-18.

15. Emperador SHUN, *Libro de la historia*, «Canon del emperador Shun», en Gabriel GARCÍA-NOBLEJAS SÁNCHEZ-CENDAL (ed. y trad.), *Mitología clásica china*, Madrid, Trotta, 2004, p. 136.

16. ANÓNIMO, *Popol-Vuh o Libro del Consejo de los indios Quichés*, trad. de la versión francesa

En otras palabras, no fueron suficientemente inteligentes como para resistir las calamidades de la naturaleza.

Las dos precisiones anteriores no tienen el propósito de exculpar al humanismo o a la civilización occidental de la emergencia ecológica, sino que aspiran a aquilatar bien las responsabilidades, con el fin de no incurrir en imágenes caricaturescas – ni de Occidente ni de las culturas indígenas – y, sobre todo, para no caer en visiones derrotistas. Tiendo a pensar que es preferible trascender el humanismo para afrontar el desafío ecológico, dado que existe una correlación entre ese humanismo y la mentalidad avasalladora que está en la base de la catástrofe ambiental. Sin embargo, no hace falta renunciar a un humanismo humilde para aceptar transformaciones conceptuales como las que son objeto de este estudio¹⁷, porque la causa del ecocidio no está en la reivindicación de lo humano, sino en el despliegue de un capitalismo extractivista cada vez más voraz.

c) *De nuevo sobre el biocentrismo: un paradigma en formación*

Más allá de que la visión prometeica de lo humano pueda encontrarse en otras culturas, Occidente no es una realidad monolítica. De hecho, no todas las tradiciones occidentales han coincidido en el enaltecimiento de lo humano respecto de la naturaleza.

Pensemos en la visión aristotélica de las personas como animales sociales o en el naturalismo de Hume, que tiende a relativizar la frontera entre lo humano-racional y lo animal-pasional. O pensemos en concepciones cercanas al panteísmo como las de los presocráticos o la de Spinoza. La metafísica spinoziana, en efecto, reconocía la relevancia de la corporeidad, de la naturaleza animal del ser humano, de las emociones como piezas inseparables de la racionalidad o del *continuum* entre humanidad y naturalidad. Al mismo tiempo, rechazaba los dualismos cuerpo/mente, naturaleza/cultura, sujeto/objeto, que tanto han contribuido a apuntalar una frontera entre lo humano y lo natural¹⁸.

de Georges Raynaud, de Miguel Ángel Asturias y José María González de Mendoza, Buenos Aires, Losada, 1973.

17. BRAIDOTTI, *Lo posthumano*, cit., p. 22.

18. ANTONIO NEGRI, *La anomalía salvaje. Ensayo sobre poder y potencia en Baruch Spinoza*,

Todas estas tradiciones están siendo recuperadas hoy en día como consecuencia del giro biocéntrico. António Damásio publicó en 2003 un ensayo con el título *En busca de Spinoza*¹⁹, en el que trataba de reconducir los estudios sobre cognición, destacando el papel cardinal de las emociones. En 2017, Peter Godfrey-Smith dio a conocer su libro *Otras mentes*, en el que traza asombrosas analogías entre la conciencia humana y los procesos cerebrales de pulpos y cefalópodos²⁰. Añadamos las apreciaciones de Donna Haraway sobre la inteligencia de las palomas y la curiosa interacción humano-animal que estos «bichos» han mantenido con nosotros desde tiempos inmemoriales²¹.

La de Godfrey-Smith y la de Haraway son aportaciones importantes en lo que se refiere a la erosión del paradigma antropocéntrico, ya que la tendencia general de los estudios etológicos ha sido equiparar lo humano con aquellas especies más próximas a nosotros desde el punto de vista fenotípico: gorilas o chimpancés. Como mucho, se amplía a veces el radio hacia algunos mamíferos que, por sus cualidades cognitivas y ciertos patrones de conducta – elefantes, orcas, delfines –, nos resultan semejantes. Y esto, si bien nos ayuda a trascender el especismo, nos mantiene atrapados en un antropomorfismo de dudosa relevancia moral.

En este sentido, el argumento de Haraway es interesante, ya que su objetivo no es buscar especies inteligentes que «merezcan» subir de rango, sino problematizar la misma idea de supremacía y apostar por un igualitarismo «multiespecies», un concepto similar al igualitarismo «zoe-centrado» de Braidotti²². Por otra parte, la atención que Haraway ha dispensado a animales como los perros o las palomas tiende a diluir la barrera entre lo natural y lo social: se trata de especies que han forjado lazos tan densos con las sociedades humanas, que los presuntos límites

trad. de Gerardo de Pablo, Barcelona, Anthropos, 1993, *passim*; BRAIDOTTI, *Lo posthumano*, cit., pp. 71-73.

19. ANTONIO DAMASIO, *En busca de Spinoza. Neurobiología de la emoción y los sentimientos*, trad. de Joandomènec Ros, Barcelona, Crítica, 2004.

20. PETER GODFREY-SMITH, *Otras mentes. El pulpo, el mar y los orígenes profundos de la conciencia*, trad. de Joandomènec Ros, Madrid, Taurus, 2017.

21. DONNA J. HARAWAY, *Seguir con el problema. Generar parentesco en el Chtulhuluceno*, trad. de Helen Torres, Bilbao, Consonni, 2019, pp. 41 ss.

22. BRAIDOTTI, *Lo Posthumano*, cit., p. 77.

entre naturaleza y cultura han saltado por los aires. Más que de especies distintas que se relacionan mecánicamente entre sí, Haraway subraya la existencia de una continuidad «naturocultural» de «bichos» con historias sociales y naturales entrelazadas.

Pero quizá la aportación más extraordinaria a estos efectos sea la del biólogo Stefano Mancuso, que ha puesto patas arriba la multiseccular jerarquía de humano-animal-vegetal, al sostener que también las plantas poseen una inteligencia digna de considerar como tal. Lo que ocurre es que son entidades tan diferentes a nosotros, que la idea de que también ellas puedan ser inteligentes implica renunciar a todo vestigio de antropocentrismo²³.

3. ¿De qué hablamos cuando hablamos de naturaleza?

a) *El biocentrismo y los derechos de la naturaleza como reacción anticapitalista*

Existen diferentes marcos epistemológicos dentro de este paradigma biocéntrico en formación. Antes de entrar a fondo en ello, me gustaría recapitular tres ideas.

1) El biocentrismo se nutre de fuentes occidentales y extra-occidentales. Cullinan o Haraway han subrayado la relevancia de las cosmovisiones indígenas como «inspiración» para reconstruir una relación armónica con el resto de los entes naturales²⁴. Sin embargo, no todas las culturas indígenas tienen una concepción idéntica respecto a la naturaleza, ni la mentalidad de los pueblos indígenas es siempre biocéntrica²⁵. Resulta más prometedor pensar en el biocentrismo como un horizonte en el que todos estamos involucrados, con manifestaciones diversas y con “equivalencias” que pueden trabajar en sinergia, pero no como un movimiento homogéneo con objetivos precisos. Por ejemplo, las teorías occidentales de los bienes comunes pueden

23. Stefano MANCUSO, Alessandra VIOLA, *Sensibilidad e inteligencia en el mundo vegetal*, trad. de David Paradelo López, Barcelona, Galaxia Gutenberg, 2017.

24. Cormac CULLINAN, *Wild Law. A Manifesto for Earth Justice*, 2nd edition, with a foreword by Thomas Berry, Cambridge, Green Books, 2011, p. 88 ss.; HARAWAY, *Seguir con el problema*, cit., pp. 116, 140 ss.

25. Eduardo GUDYNAS, *Derechos de la naturaleza. Ética biocéntrica y políticas ambientales*, Buenos Aires, Tinta Limón, 2015, pp. 55-58.

dialogar con la noción andina del *buen vivir*, pese a ser conceptos heterogéneos²⁶.

2) Aunque el giro biocéntrico defiende que lo humano debe dejar de colocarse en el centro, tal desplazamiento responde a la necesidad de corregir las derivas del capitalismo, no a la impugnación *in toto* del humanismo. Creo que el humanismo debe repensarse seriamente y que es difícil separar el humanismo del capitalismo, tanto desde un punto de vista histórico como en un sentido político. Sin embargo, también creo que la clave para explicar la debacle ecológica no es Leonardo da Vinci ni la *Enciclopedia* de Diderot, sino el despliegue de un capitalismo extractivista que tiende a colonizar todas las esferas de la vida y que no tiene pudor en esquilmar los recursos naturales. De hecho, más que de Antropoceno, autores como Jason Moore prefieren hablar de Capitaloceno²⁷.

3) Situar la responsabilidad en el capitalismo extractivista es importante, porque nos ayuda a explicar las contradicciones de algunos movimientos que, pese a ser contrarios al antropocentrismo, no logran escapar de la lógica económica del desarrollo. Pensemos en los procesos constitucionales de Bolivia y Ecuador (2008 y 2009), que impusieron varias nociones de la cosmovisión andina en sus textos constitucionales, pero, al mismo tiempo, consagraron ideas típicamente capitalistas: crecimiento, industrialización, etcétera. Se trata de procesos amparados por concepciones biocéntricas que, sin embargo, se han visto atrapados en la horma del capitalismo²⁸.

Por todo lo anterior, una comprensión cabal de los derechos de la naturaleza exige que los veamos como reacción contra el orden del capitalismo, no como una rectificación del discurso superficial. Por eso, la aparición del giro “derechos de la naturaleza” entraña algo más profundo que el surgimiento de un nuevo “titular” y no es acertado entenderlo

26. Vid. Francesca BELOTTI, *Entre bien común y buen vivir. Afinidades a distancia*, «Íconos. Revista de Ciencias Sociales», 2014, n. 48, pp. 41-54.

27. Jason MOORE (ed.), *Anthropocene or Capitalocene? Nature, History, and the Crisis of Capitalism*, Oakland, PM Press-Kairós, 2016.

28. Alberto ACOSTA, *Post-extractivismo: entre el discurso y la praxis. Algunas reflexiones gruesas para la acción*, «Ciencia Política», 2016, n. 11/21, pp. 287-332.

desde el mismo rasero con el que se aceptó en su momento la personalidad jurídica de las empresas. En efecto, quienes defienden la necesidad de los derechos de la naturaleza no lo hacen con un afán puramente metafórico – no buscan otra ficción jurídica –, sino que aspiran a transformar de raíz nuestras concepciones del derecho, re-orientándolas en un sentido anticapitalista, post-humanista y de-colonial.

A continuación, exploraré esta tesis en tres fases: primero, consideraré cuál es la mejor manera de comprender la subjetivación de la naturaleza (§b); segundo, expondré algunos casos emblemáticos de atribución de derechos a la naturaleza (§c); tercero, esbozaré algunos modelos que se han propuesto para entender esta inflexión (§d).

b) *La naturaleza en busca de estatus: ¿persona, cosa, híbrido?*

Los procesos de subjetivación son complejos. Marie-Angèle Hermitte ha documentado varios de los «sutiles mecanismos» que han sembrado el camino para una personificación más explícita de la naturaleza. Así, pueden encontrarse numerosos textos jurídicos que llevan décadas adoptando estrategias de personificación «substancial» de las entidades naturales²⁹. Esto quiere decir, en la terminología de Hermitte, que las instancias jurídicas han ido trasladando algunos rasgos que antaño se consideraban privativos de lo humano a determinados animales, hábitats o especies.

Al mismo tiempo, han aparecido otras formas de subjetivación que Hermitte denomina «procedimentales» y que no exigen la «antropomorfización». En estos casos, de lo que se trata es de habilitar cauces de reclamación judicial en los que las entidades naturales puedan participar mediante representación. Ello produce efectos jurídicos simbólicos que marcan un salto cualitativo respecto a su consideración como objetos dependientes de nuestra buena voluntad. Hermitte nos invita a recordar la disposición de Gayo, según la cual el derecho atañe a las personas y a las cosas, pero también a las “acciones”. En efecto, la *summa divisio* del pensamiento moderno había elevado la distinción sujeto-objeto a categoría universal³⁰, descuidando la “acción”

29. HERMITTE, *La nature, sujet de droit?*, «Annales. Histoire, Sciences Sociales», 2011, p. 176 ss.

30. Cfr. MÍGUEZ NÚÑEZ, *Le avventure del soggetto*, cit., pp. 15-24.

que, sin embargo, es decisiva. Los animales y otros entes naturales podrán no ser personas en el sentido antropomórfico; tampoco es deseable considerarlos como cosas, porque no lo son. Pero el derecho sí puede estar preocupado por ellos mediante la “acción”, que no nos obliga a adoptar una posición rotunda acerca de su estatus ontológico, pero que nos ofrece la posibilidad, más pragmática, de abrir una puerta a la ciudadela del proceso. Por decirlo con Hermitte: «para la coherencia del derecho, sería mucho más perturbador introducir una categoría *sui generis*, un *tertium* entre las personas y las cosas, que agregar nuevas entidades dentro de la categoría de persona»³¹. Es decir: quizá el desafío no sea resignificar a la naturaleza como un nuevo sujeto, sino tematizarla como un híbrido peculiar.

c) *Los derechos de la naturaleza en el derecho comparado*

Partamos con la Constitución de Ecuador de 2008 y la de Bolivia de 2009. En ambas se alude a la Pachamama como soporte de las culturas humanas. En el texto ecuatoriano la formulación es más contundente, pues se reconocen explícitamente «derechos» a la Madre Tierra (arts. 71-73 *et al.*). Al mismo tiempo, hay una regulación más detallada sobre los procedimientos que deben seguirse para salvaguardar los ciclos de la naturaleza, así como sobre los sujetos legitimados para interponerlos y los deberes de las autoridades en aras de su protección. En el caso boliviano, las alusiones son más asistemáticas, pero en la Ley n. 071 «de derechos de la Madre Tierra», o en la Ley Marco n. 300 «de la Madre Tierra y desarrollo integral para vivir bien», el enfoque biocéntrico es claro: se trata de dos leyes dedicadas a desarrollar los deberes asociados a los derechos de la naturaleza, junto con una batería de disposiciones económicas tendentes a fraguar formas de relación armónicas con los ciclos de la tierra.

Me interesa centrarme en la definición de la Ley n. 071: «la Madre Tierra adopta el carácter de *sujeto colectivo de interés público*. La Madre Tierra y todos sus componentes, incluyendo las comunidades humanas, son titulares de todos los derechos inherentes reconocidos en esta Ley». Lo barroco de la definición legal – «sujeto colectivo de interés público» – es in-

31. HERMITTE, *La nature, sujet de droit?*, cit., p. 202.

dicativo de que estamos ante un proceso más complejo que el de la mera «personificación». En cierto modo, el derecho batalla por atrapar conceptualmente un fenómeno para el que no tiene aún palabras adecuadas. Al mismo tiempo, en el artículo 4.4 de la Ley n. 300, se dice: «...los daños a los componentes de la Madre Tierra, *incluyendo el medio ambiente, la biodiversidad, la salud humana y los valores culturales intangibles...*»³². En ambas leyes se utiliza la fórmula «incluyendo», que apunta a la idea del *continuum* natural-cultural: las comunidades humanas son definidas como formas de manifestación de la Pachamama.

Por eso mismo, en ambos procesos los derechos de la naturaleza están trenzados con la noción de *buen vivir*, que exige que la producción y reproducción de las comunidades humanas se mantenga en una escala modesta. Pese a que el “buen vivir” guarda afinidades con el “bien común” occidental, se trata de un concepto no antropocéntrico, que alude al “hacer” de los humanos respecto a la naturaleza, no a la salvaguarda de la naturaleza como si ésta fuera un “bien” universal. Dicho de otra manera, lo importante del concepto de buen vivir es el verbo “vivir”, mientras que lo importante de la expresión “bien común” es el sustantivo “bien”. La noción de bien común tiene resabios finalistas: evoca la idea de un estado de cosas que debe alcanzarse y acorazarse. La de buen vivir, en cambio, es procesual: se trata de actuar en armonía con los ciclos de la naturaleza, de modo que se produzca una cohabitación recíprocamente beneficiosa entre las comunidades humanas y los ecosistemas naturales.

Además, lejos de la visión occidental del concepto de «comunidad», la cosmovisión andina la entiende como conjunto de personas, animales, plantas, ríos y seres espirituales: las almas de los difuntos³³. Lo mismo sucede con el *lof* mapuche, que solemos traducir como «comunidad» en términos político-geográficos, pero que es algo más complejo. En efecto, el *lof* no está delimitado por fronteras que parcelan el territorio, sino que establece relaciones porosas

32. Para mayor información, vid. Valeria BERROS, *El estatuto jurídico de la naturaleza en debate (meulen en el mundo del derecho)*, «Revista de Derecho ambiental», 2013, n. 36, pp. 133-151.

33. GUDYNAS, *Derechos de la naturaleza*, cit., p. 142.

con los *lof* contiguos, ya que la tierra se percibe como un continuo que no admite rupturas, sino que se manifiesta de modo heterogéneo³⁴. De esa heterogeneidad de la tierra manan diferentes normatividades “nатуро-сulturales”: las prácticas y las reglas no pueden ser las mismas en la cordillera – el área pehuenche – que a la orilla del mar –el área *lafkenche* –, porque los imperativos del medio son distintos y las culturas que se desarrollan a su abrigo propenden a forjar formas de organización diversas³⁵.

De lo anterior se desprende que la visión mapuche de la normatividad está lejos de la concepción positivista, según la cual el derecho constituye una esfera de normas que ha de ser deslindada del “ser”. Bien al contrario, para las cosmovisiones mapuche o andina, las normas humanas no son cualitativamente distintas de las normas que rigen los ciclos de la naturaleza, porque ambas proceden de una misma materia que incluye lo que, para la mentalidad occidental, serían dos niveles. Es decir: la visión de la normatividad de las culturas ctónicas se asemeja a algunas versiones de lo que llamamos iusnaturalismo en Occidente. Tanto los presocráticos como la teoría de la “naturaleza de las cosas” guardan afinidades con esa concepción del derecho que, en síntesis, no establece una frontera nítida entre las leyes de la naturaleza y las leyes humanas.

Una última apreciación de la realidad mapuche. El antropólogo Jesús Antona realizó en 2014 un interesante trabajo de “re-traducción” desde la versión en mapudungún de la Declaración Universal de Derechos Humanos al español. Quiero detenerme en la idea del sujeto de los derechos. Y es que, frente al uso de la palabra «individuos» en el preámbulo del texto original, la versión retraducida al español dice «ser viviente» o «entes vivientes», del mapudungún *che*: «los mapuche que colaboraron en este trabajo eran conscientes de que el único sujeto de derecho posible de la Declaración es el ser humano [...] Sin embargo [...],

34. Miguel MELIN, Pablo MANSILLA, Manuela ROYO, *Mapu Chillkantukun Zugu: Descolonizando el mapa del Wallmapu, construyendo cartografía cultural en territorio mapuche*, Temuco, Pu Lof, pp. 18-20.

35. Miguel MELIN, Patricio COLIQUEO, Elsy CURIHUINCA, Manuela ROYO, *Azmapu. Una aproximación al sistema normativo mapuche desde el Rakizuum y el derecho propio*, Temuco, Instituto Nacional de Derechos Humanos, pp. 19-22.

al pasar el término *che* de nuevo al castellano nadie mostró extrañeza ni se sintió incómodo traduciendo esta palabra por “ente” o “ser viviente”, pues parecía natural, porque para los mapuche el ser humano es un término vago y ajeno que posee una naturaleza diferente a la del *che*»³⁶. En otras palabras, la subjetividad jurídica, conforme al *Az Mapu*, comprende formas de vida humanas y no humanas.

Me gustaría poner dos ejemplos más. El primero es el del río Whanganui en Nueva Zelanda. A diferencia de Bolivia o Ecuador, en el caso neozelandés se otorga personalidad a una entidad concreta: el río Whanganui. Ahora bien, si echamos un vistazo al *Act* del Parlamento de 2017³⁷, las cosas son más complejas. El documento mediante el que se concede la subjetividad jurídica al río se denomina *Te Awa Tupua Act*. Es decir, aquello a lo que se atribuye personalidad jurídica es al «Te Awa Tupua», no al río Whanganui. Esto es importante porque, de acuerdo con la cosmovisión maorí, *Te Awa Tupua* no es el río entendido en términos físicos, ni se refiere sólo a la cuenca fluvial, es decir, al lecho, las orillas, la vegetación y el subsuelo, sino que abarca mucho más. *Te Awa Tupua* es una noción “naturo-cultural” similar a las anteriores:

«Te Awa Tupua is an indivisible and living whole, comprising the Whanganui River from the mountains to the sea, incorporating all its physical and metaphysical Elements [...] Te Awa Tupua is a spiritual and physical entity that supports and sustains both the life and natural resources within the Whanganui River and the health and well-being of the iwi, hapū, and other communities of the River [...] I am the River and the River is me»³⁸.

Algo similar ocurre con el caso del río Atrato en Colombia. La diferencia radica en que la fundamentación del *Act* neozelandesa es claramente biocéntrica, por haber asumido el marco epistémico del pueblo maorí. En cambio, en el caso del Atrato, la Corte navega entre argumentos antropocéntricos – bienestar de las comunidades, protección de algunas cláusulas del Estado social, vulneración de derechos

36. JESÚS ANTONA BUSTOS, *La Declaración Universal de los Derechos Humanos en mapuzungu a la sombra del Az Mapu*, «Revista española de antropología americana», 2014, vol. 44, n. 2, p. 435.

37. TE AWA TUPUA (Whanganui River Claims Settlement) Act, 2017. Public Act 2017 N. 7.

38. Arts. 12, 13 (a), (b), (c) y (d). Se ha omitido el texto en lengua maorí.

o principios constitucionales como el pluralismo –, y pronunciamientos más decididamente biocéntricos³⁹. Además, la tutela del río no se encomienda sólo a las comunidades afectadas – como sí preveía el *Tè Awa Tupua Act* –, sino que la representación legal de los derechos del río recae en el Estado, que se ocupará de las tareas de protección, conservación y restauración de los ecosistemas de la cuenca fluvial, aunque con participación de las comunidades indígenas.

Pese a esta diferencia, también en Colombia se huye de la bipartición entre naturaleza y cultura. Se hace, además, mediante un hallazgo terminológico interesante: los derechos «bioculturales», una expresión que la Corte hizo suya para comprender la polifacética identidad de esa nueva clase de derechos⁴⁰. En efecto, se trata de derechos que protegen la naturaleza de la cuenca fluvial – su fauna, su flora, sus afluentes, los terrenos que irriga –, pero también a las comunidades que viven del río y que, desde tiempos remotos, han fraguado formas de co-dependencia con él:

«los denominados *derechos bioculturales*... hacen referencia a los derechos que tienen las comunidades étnicas a *administrar y a ejercer tutela* de manera autónoma sobre sus territorios [...] y los recursos naturales que conforman su hábitat, en donde se desarrolla su cultura, sus tradiciones y su *forma de vida* [...] Estos derechos resultan del reconocimiento de la profunda e intrínseca conexión que existe entre la naturaleza, sus recursos y la cultura de las comunidades étnicas e indígenas que los habitan»⁴¹.

d) *Algunos modelos teóricos para explicar la inflexión biocéntrica*

No aspiro a ser exhaustivo, pero creo que vale la pena distinguir dos grandes filones de teorías que han tratado de reconstruir las relaciones entre naturaleza, cultura y derecho: iusnaturalistas y post-naturalistas. La comprensión iusnaturalista de los derechos de la naturaleza tiene dos vertientes:

39. Sentencia T-622 de 2016. La sentencia así lo reconoce, cuando comenta el concepto de Constitución ecológica (5.6, 5.7, 5.8, 5.9) y diferencia entre enfoques antropocéntricos, biocéntricos y ecocéntricos.

40. La Corte se inspira en Kabir Sanjay BAVIKATTE, Tom BENNETT, *Community stewardship: the foundation of biocultural rights*, «Journal of Human Rights and Environment», 2015, Vol. 6, n. 1.

41. Sentencia T-622 de 2016 (Río Atrato), considerando 5.11. Cursivo nuestro.

1) En primer lugar, puede hablarse de cosmovisiones iusnaturalistas para caracterizar a muchas culturas ctónicas que consideran que la naturaleza incorpora una normatividad inmanente de la que se derivan principios y formas de organización. Desde este prisma, las relaciones de las comunidades humanas con la naturaleza no se producen en términos de veneración, sino de complementariedad y reciprocidad: la naturaleza como espacio naturo-cultural del que formamos parte y en el que intervenimos, transformándola y transformándonos a nosotros mismos, pero a una escala sostenible⁴². La naturaleza no se percibe así como un “sujeto” de derechos, puesto que no es un “otro” que se convierta en un “nosotros”, ni un objeto que deviene sujeto, sino una sustancia ubicua de la que formamos parte.

Desde este iusnaturalismo, la locución “derechos de la naturaleza” es una fórmula de compromiso, que utiliza el lenguaje occidental de los derechos para traducir un punto de vista ctónico que no estaba pensado en tales términos. La consecuencia es que el concepto “derechos de la naturaleza” se convierte en un híbrido fascinante, a caballo entre dos culturas, que no es congruente ni con la *episteme* occidental ni con la de los pueblos originarios. Que se mueva en un territorio de frontera no quiere decir que sea incorrecto, sino que, para comprenderlo, no puede mirarse ni desde el ojo occidental ni desde el ctónico. Más bien, deberá adoptarse una perspectiva decolonial consciente de que el viaje de los conceptos no es unidireccional y de que la metamorfosis de las instituciones jurídicas no provoca su “vaciamiento”: las llena con otros contenidos.

2) En segundo lugar, podría hablarse de un neo-iusnaturalismo occidental, que trata de dignificar a la naturaleza mediante su entronización, y que sí tiende a configurarla como nuevo sujeto de derechos. Un buen ejemplo es el de Leonardo Boff: «La Tierra posee su identidad y autonomía como un organismo extremadamente dinámico y complejo [...]. Se presenta como la Gran Madre que nos nutre y nos transporta. Es la gran y generosa Pacha Mama (Gran Madre) de las culturas andinas o un superorganismo vivo, la Gaia, de la mitología griega y de la moderna cosmolo-

gía»⁴³. Es un iusnaturalismo que busca alianzas con otras cosmovisiones, pero que se yergue sobre bases teológicas occidentales. Tiende a presentar a la naturaleza como una deidad que nos arropa e incurre en el equívoco de concebir la noción de Pachamama en términos planetarios, cuando se trata de un concepto «localizado»⁴⁴. No obstante, es una operación intelectual legítima, que ha atraído muchos apoyos y ha desarrollado un loable activismo ambientalista.

Este neo-iusnaturalismo también se ha filtrado en teorías que, pese a estar inspiradas en la teología, se desenvuelven en la arena del derecho y no caen en esa personificación idealizada a la que acabo de aludir. En este sentido, adoptan una postura que se acompasa mejor con el iusnaturalismo ctónico. Me refiero al «Wild Law» de Cormac Cullinan. La propuesta de Cullinan se inspira en la doctrina de Thomas Berry, un teólogo que dedicó su vida a desarrollar una concepción ecológica de la espiritualidad. Tanto Berry como Cullinan piensan en términos de derechos. De hecho, Berry propuso un decálogo en el que afirmaba que: «the universe is a communion of subjects, not a collection of objects. As subjects the component members of the universe are capable of having rights [...]. All rights are species-specific and limited. Rivers have river rights. Birds have bird rights. Insects have insect rights. Humans have human rights. Difference in rights is qualitative not quantitative. The rights of an insect would be of no value to a tree or a fish»⁴⁵.

Por su parte, para Cullinan, los derechos de la naturaleza – «Earth rights» – son una herramienta más, entre otras, para hacer valer los principios de la «Great Jurisprudence», una idea que recuerda inequívocamente al derecho natural:

«The Great Jurisprudence is “written into” every aspect of the universe. Everything about our species [...] has been shaped by our interaction with the universe and the plants, animals and microbes with which we have danced in the intimacy of co-evolution [...]. Since we humans are part of that universe, it seems to me logical that we also

43. Leonardo BOFF, *Ecología: grito de la tierra, grito de los pobres*, trad. Juan Carlos Rodríguez Herranz, Madrid, Trotta, 2011, p. 9.

44. GUDYNAS, *Derechos de la naturaleza*, p. 143.

45. Thomas BERRY, *The Origin, Differentiation and Role of Rights*, en CULLINAN, *Wild Law*, cit., p. 103.

have the capacity to understand the principles of the Great Jurisprudence by empathic engagement with nature and by introspection. [...]. Unlike the classic understanding of “natural law” [...], there are other routes to discovering the Great Jurisprudence besides using “reason”»⁴⁶.

Es fácil reconocer muchos ademanes de las teorías iusnaturalistas en este pasaje, si bien Cullinan sugiere un contrapunto, al enfatizar el elemento de la empatía y la intuición como cauces para “descubrir” los principios de la *Great Jurisprudence*. Esa toma de partido lo aleja de las doctrinas racionalistas, pero éstas no han sido las únicas en la historia del derecho natural: la concepción de Spinoza, del empirismo escocés o del idealismo se movieron en términos cercanos al enfoque que él propone. Más allá de estas afinidades, su *Wild Law* se asemeja al iusnaturalismo de la inmanencia propio de las visiones ctónicas: en ambos casos se defiende la existencia de regularidades de la naturaleza que debemos detectar, con vistas a forjar modos de organización tendentes al equilibrio ecológico. La diferencia es que la retórica de los derechos se abraza con familiaridad en el caso del *Wild Law*.

255

Esta última apreciación me da pie para introducir el siguiente bloque de teorías. Las he llamado *post-naturalistas*, adaptando un término de Braidotti⁴⁷. El proyecto filosófico de Braidotti busca reflexionar acerca de las transformaciones que están conduciendo al abandono de la visión antropocéntrica. El humanismo, para Braidotti, fue un programa basado en la liberación de la humanidad mediante la cultura; un programa que, pese a sus frutos, se erigió sobre dicotomías conceptuales opresivas – mente/cuerpo, hombre/mujer, sujeto/objeto, naturaleza/cultura, humano/animal – que a su vez acarrearón dominaciones prácticas y que están siendo criticadas por parte de muchas teorías críticas. El objetivo de Braidotti es replantear la subjetividad en clave no esencialista, entendiendo al sujeto como un entrecruzamiento de dimensiones naturales, culturales y tecnológicas: «tenemos que visualizar el sujeto como en-

46. CULLINAN, *Wild Law*, cit., p. 79.

47. BRAIDOTTI, *Lo posthumano*, cit., p. 12.

tividad transversal que comprende a lo humano, a nuestros vecinos genéticos animales y a la tierra en su conjunto»⁴⁸.

Este planteamiento metafísico, de orientación declaradamente spinoziana, desemboca en el igualitarismo zoe-centrado», una noción que se asemeja al «entrelazamiento multi-especies» de Haraway. Ambas expresiones denotan una visión no antropocéntrica, que propone renunciar al «excepcionalismo humano», es decir, a la idea de que la humanidad constituye una ruptura irreplicable en el orden de la materia, para abrazar una concepción post-antropocéntrica y post-naturalista. Esto quiere decir que no se trata de renunciar a la idea arrogante de lo humano como «medida de todas las cosas», para abandonarse a la experiencia extática de un panteísmo que ensalza a la diosa naturaleza⁴⁹. El desafío es desarrollar formas nuevas de pensar el devenir humano-natural: el «entrelazamiento multi-especies», la «simpoiesis» frente a la «autopoiesis», las «humusidades» frente a las humanidades, son algunas sugerencias de Haraway en esa línea⁵⁰.

256

Lo importante para estas autoras es evitar algo que Braidotti denomina el «humanismo compensatorio», que consiste en «humanizar» lo que antes fue concebido como «otro»: al indígena, a las mujeres, a los animales. O sea: dignificar a los «otros» mediante su encumbramiento al rango de *anthropos*. Por recuperar las categorías de Hermitte, el «humanismo compensatorio» equivale a la estrategia de la personificación «substancial». Frente a este modo de afrontar las cosas, se trataría de reivindicar marcos epistemológicos alternativos. Y esa apuesta es interesante, porque encaja con el desafío de los derechos de la naturaleza. Pensemos que, en el fondo, éstos constituyen una novedad conceptual que se entiende mejor desde categorías híbridas: no creo que Haraway pusiera objeciones a una teoría *cyborg* de los derechos de la naturaleza.

Algo así se desprende de la última contribución que me gustaría citar, esta vez de manos de un jurista. Me refiero a François Ost, que ha propuesto concebir a la naturaleza «como proyecto», es decir, ni como sujeto ni como objeto:

48. BRAIDOTTI, *Lo posthumano*, cit., p. 100.

49. BRAIDOTTI, *Lo posthumano*, cit., p. 79.

50. HARAWAY, *Seguir con el problema*, cit., pp. 62-63.

«He ahí nuestro híbrido, cuasi-objeto o cuasi-sujeto [...]. No se tratará ya de pensar en términos de “medio ambiente” (naturaleza-objeto: el hombre en el centro, rodeado por una naturaleza concebida como un depósito de recursos a la que puede emplear y someter a su guisa), ni tampoco en términos de “naturaleza” (naturaleza-sujeto en el seno de la cual el hombre se encuentra inmerso sin que se le reconozca ninguna especificidad) [...]. Se trata de dar cuerpo a ese campo de transformaciones recíprocas de lo humano por lo natural y de lo natural por lo humano. Por eso hablamos aquí de una “naturaleza-proyecto”»⁵¹.

A mi juicio, el marco epistemológico adecuado para comprender los derechos de la naturaleza está en algún lugar entre el iusnaturalismo ctónico y el post-naturalismo. Primero, porque ambos enfoques asumen una visión gradualista del tándem naturaleza-cultura, lo cual encaja con los procesos de atribución de derechos que se han examinado; segundo, porque tanto el post-humanismo como las culturas ctónicas adoptan posiciones nítidamente anticapitalistas, lo cual es fundamental para tomar en serio los derechos de la naturaleza.

257

4. ¿De qué hablamos cuando hablamos de derechos de la naturaleza?

Ha llegado el momento de afrontar la problemática jurídica del asunto: ¿qué ocurre cuando declinamos la palabra naturaleza en el lenguaje de los derechos? ¿Se “vacían”? ¿Adquieren nuevos significados? Comenzaré exponiendo la «negación» liberal de los derechos de la naturaleza y propondré algunas críticas que cabe dirigir a tal concepción (§a). A continuación, me detendré en otra negación que oscila entre el post-humanismo y el pragmatismo, y que me permitirá desarrollar algunas consideraciones para comprender a qué nos referimos con “derechos” cuando los predicamos de la naturaleza (§b).

a) La negación liberal de los derechos de la naturaleza

La historia de los derechos ha estado llena de negadores, desde conservadores como Burke hasta liberales como Ben-

51. François OST, *Naturaleza y derecho. Para un debate ecológico en profundidad*, trad. Juan Antonio Irazabal y Juan Churruga, Bilbao, Mensajero, 1996, p. 18.

tham; desde el marxismo clásico hasta neo-tomistas como Villey⁵². Hay también negaciones parciales: pensemos en los derechos sociales, que han sido impugnados por corrientes conservadoras, o en el rechazo liberal a los derechos de colectivos concretos: pueblos indígenas, personas con discapacidad, etcétera. En general, en las últimas décadas se ha instalado la idea de que estamos en una fase de desintegración de los derechos, que conducirá al vaciamiento de los mismos: para ser verdaderamente tales, en aras de su eficacia, los derechos deben ser pocos. Lo contrario, se dice, lleva a la inflación, y la inflación produce devaluación⁵³.

Creo que es una postura errada porque, si queremos eficacia de los derechos, tenemos que hacerlos permeables a las necesidades materiales y a las vulnerabilidades de sujetos concretos. La generalidad y la abstracción no sirven para ofrecer respaldo a opresiones que no son teóricas, sino reales, y no ayudan para contrapesar dominaciones complejas y frecuentemente opacas. Además, los atributos de generalidad y abstracción se asientan en un presupuesto cuestionable que es, a su vez, una emanación del humanismo: la idea de que los derechos son garantías en favor de la autonomía, la humanidad libre de ataduras. Por eso, desde tesis post-humanistas, me parece preferible considerar que los derechos no están para “alcanzar” la autonomía (en singular), sino para “defendernos” de las opresiones (en plural). Al mismo tiempo, en cuanto a los derechos de la naturaleza, el foco se debería desplazar desde la autonomía – que es difícilmente trasladable a seres no humanos – a la codependencia. Y eso produciría un cambio de acento: de la lógica individualista de la auto-realización al principio colectivo de la ayuda mutua.

Pero vayamos a las negaciones de los derechos de la naturaleza. Haciendo un esfuerzo de síntesis, podrían identificarse dos líneas de ataque. Paso a desglosar la primera y dejo la segunda para un epígrafe posterior.

Para la crítica liberal, los derechos son fruto de la modernidad y obedecen a una lógica individualista inextirpable.

52. Gregorio PECES-BARBA, *Curso de derechos fundamentales*, Madrid, Boletín Oficial del Estado-Universidad Carlos III de Madrid, 1999, pp. 59 ss.

53. Vid. por ejemplo Michel IGNATIEFF, *Human Rights as Politics and Idolatry*, ed. Amy GUTMANN, Princeton-Oxford, Princeton University Press, 2001.

Sólo tendría sentido hablar de derechos para referirse a sujetos con agencia, por lo que los derechos de la naturaleza no pueden ser más que una ficción jurídica inútil o un arrebato poético indeseable en la racionalidad del derecho. Es una opinión que se apoya en la dialéctica del sujeto y el objeto: por mucho que la naturaleza exija protección, ésta debe brindarse en clave de “deberes” humanos respecto de “bienes” naturales, de un “sujeto” a un “objeto”. Al mismo tiempo, es una crítica antropocéntrica que impugna la idea de los valores “intrínsecos” de la naturaleza y que justifica las medidas de defensa ambiental como instrumentos destinados a procurar mejores condiciones para los humanos. Lo que más inquieta a los partidarios de este enfoque es que, a su juicio, los derechos de la naturaleza cursan con un “fanatismo” ecológico que todo lo subordina a la protección del medio ambiente: según Luc Ferry, el «odio a la modernidad» y el «anti-individualismo» de ciertas corrientes ecologistas abre la puerta al totalitarismo⁵⁴.

Esta crítica liberal-conservadora coincide con otra crítica de izquierdas, que identifica la reivindicación de los derechos de la naturaleza con anti-modernismo, inconsistencia o frivolidad conceptual, y que sigue apostando por una visión antropocéntrica de la tutela de la naturaleza. Es el caso de Jean Marie Harribey, ecologista militante y presidente de Attac entre 2006 y 2009: «En conclusion, je dirais mon accord complet avec la démarche de travailler à instaurer le bien vivre à la place de l’américain way of life, mais aussi mon opposition à certaines justifications théoriques, d’une part non nécessaires pour poser des choix éthiques et politiques, d’autre part le plus souvent incohérentes. Au mieux, la thèse avancée par Eduardo Gudynas et beaucoup d’autres aujourd’hui est-elle une fiction, un nouveau mythe fondateur»⁵⁵.

La paradoja de que autores tan dispares converjan en esa crítica se debe a un lastre que sigue recorriendo buena parte del espectro ideológico: el colonialismo. En efecto, si nos paramos a analizar las palabras de Harribey, los de-

54. LUC FERRY, *Le nouvel ordre écologique. L'arbre, l'animal et l'homme*, Paris, Bernard Grasset, 1992.

55. Jean-Marie HARRIBEY, *La nature sujet de droit: une fiction, un mythe fondateur pour changer la réalité?*, «Mouvements des idées et des lutes», 6 janvier 2012.

rechos de la naturaleza se aceptan sólo como un «mito» que no debe tomarse en serio, ya que se asienta en ideas incompatibles con la razón científica. Me gustaría rechazar esta conclusión mediante dos apreciaciones que propondré desde una perspectiva de-colonial.

La primera incide en cosas ya dichas. Para los occidentales, herederos de una tradición individualista que tiene varios siglos, la noción de individuo ha adquirido la consistencia de los hechos brutos: lo asumimos como un dato objetivo. Toda propuesta de considerar un sujeto distinto – pueblo, nación, colectivo – suele reputarse como ficción o entelequia. A veces tal ficción se tolera – el Estado como sujeto del derecho internacional – y otras veces se condena, con arreglo a criterios que distan mucho de ser uniformes. Sin embargo, las cosas no son así para otras cosmovisiones. Tenemos un ejemplo en la cultura mapuche, cuyo concepto del “yo” se expresa con el término *ĩnche*, compuesto por dos partículas: el lexema *che*, que significa «ser viviente» y el prefijo *ĩn-*, que se asocia a la idea de lo colectivo y se emplea en palabras como *taĩn*: «nación»⁵⁶. La conclusión es que, para la cultura mapuche, el “yo” es intrínsecamente social: algo que emerge gracias al colectivo en el que se inscribe el ser vivo. De ello resulta que la noción occidental de “individuo” es una ficción para la cosmovisión mapuche. Es decir, al revés que para nosotros. Por esta razón, el sintagma “derechos de la naturaleza” no suscita disonancias cuando lo miramos desde la *episteme* de muchos pueblos indígenas, pero resulta extravagante para el modo de pensar occidental.

La segunda consideración tiene que ver con cómo la imposición del modelo científico occidental excluye muchas formas de conocimiento que suelen relegarse a la categoría de lo irracional. Esto produce fenómenos de dominación que percibimos como neutrales, pero que en realidad son fruto de una mentalidad colonial. Boaventura de Sousa Santos nos ofrece un ejemplo que ilustra, además, cómo el ecologismo incurre a menudo en este tipo de violencia epistémica: «En la década de los sesenta, los sistemas de irrigación de los campos de arroz de Bali [...] fueron reempla-

zados por sistemas científicos de irrigación [...]. Los sistemas de irrigación ancestrales estaban basados en conocimientos ancestrales y religiosos, y fueron utilizados por los sacerdotes de un templo hindú-budista dedicado a Dewi Danu, la divinidad del lago [...]. Sucedió que su reemplazo tuvo resultados desastrosos en los campos de arroz, las cosechas declinaron más de un 50%; fueron tan terriblemente malos, que los sistemas científicos de irrigación tuvieron que ser abandonados para restablecer el sistema tradicional»⁵⁷.

Esta anécdota nos enseña que debemos ser cautos a la hora de valorar las culturas no occidentales, porque puede que se desenvuelvan en coordenadas epistémicas que nos resultan inasequibles y que, por ridículas que nos parezcan, quizá sean menos irrazonables de lo que nos figuramos. En lo que atañe a nuestro tema, creo que la locución “derechos de la naturaleza” y la correlativa concepción de la naturaleza como un ser vivo colectivo, de índole “naturo-cultural”, no puede rechazarse como mera ficción. Entiendo que nos sintamos inclinados a percibirla así y no puedo censurar a quien así lo vea. Sería absurdo pedir que interioricemos el bagaje de cosmovisiones ajenas y empecemos a hablar de *Pachamama* o *Sumak kawsay*. De hecho, si así lo hiciéramos, incurriríamos en un apropiacionismo cultural censurable. Pero eso no debe llevarnos a desechar el concepto, bajo la presunción de que se apoya en una noción mitológica, porque no es así desde otros puntos de vista. Dicho de otro modo: nada nos impide conceptualizar los derechos de la naturaleza como ficción jurídica, si a la vez somos conscientes de que ésta es “una” de las posibles formas de concebirla, no la única ni la más correcta.

261

b) *La negación post-humanista y pragmática de los derechos de la naturaleza*

La segunda negación de los derechos de la naturaleza procede de dos fuentes que me atrevo a agrupar, porque ambas convergen en su rechazo a la «estrategia de los derechos».

Tenemos, por un lado, el post-humanismo de autoras como Braidotti, que ha sugerido sustituir la «filosofía moral

57. Boaventura DE SOUSA SANTOS, *Más allá del pensamiento abismal: de las líneas globales a una ecología de saberes*, en Boaventura DE SOUSA SANTOS, María Paula MENESES (eds.), *Epistemologías del Sur (Perspectivas)*, trad. Antonio Aguiló, Madrid, Akal, 2014, pp. 47-48.

de los derechos» por una «ética de la sostenibilidad»⁵⁸. La posición de Braidotti no es clara respecto a los derechos, pero todo apunta a que, en su opinión, la «ética posthumana» debe transitar por otras vías: esencialmente, por la tesis de extender redes de afectividad no constreñidas al género humano, sino predicables de toda la materia viva. De lo que se trataría es de forjar una subjetividad posthumana, en la que el *anthropos* no se auto-concibiera como la piedra angular del cosmos y en la que estaríamos obligados a establecer lazos de empatía con el resto de seres vivos: «la ética posestructuralista se interesa por la afectividad y las pasiones humanas entendidas como el motor de la subjetividad y no tanto por el contenido moral de la intencionalidad, la acción, o la conducta o la lógica de los derechos»⁵⁹. Hay en ello una desconfianza hacia los derechos como instrumento de emancipación, en la medida en que éstos fueron uno de los frutos más señeros del antropocentrismo: se trata de una noción ligada al concepto de dignidad humana y es difícil separarlo del individualismo. Ni tan siquiera filósofos como Peter Singer, que apuestan por otorgar derechos a determinados animales, habrían ido más allá del «humanismo compensatorio» que se basa en encumbrar a los animales a nuestro mismo puesto de excepcionalidad.

Tenemos, por otro lado, posiciones que recelan de los derechos de la naturaleza por razones pragmáticas, es decir, porque opinan que no es la vía adecuada para articular una protección del medio ambiente. No necesariamente comparten el análisis post-humanista, ni tampoco desconfían de la estrategia de los derechos en general, pero sí consideran que los derechos de la naturaleza no aportan mucho a la crisis ecológica y que es preferible explorar otras rutas para atajarla. Suelen ser corrientes implicadas con el movimiento ecologista y con las luchas de los pueblos indígenas. En ese sentido, no deben equipararse con el enfoque liberal. Es una posición extendida, pero podemos ejemplificarla en el planteamiento de Jordi Jaria i Manzano, que ha criticado la inclusión de los derechos de la naturaleza en la Constitución ecuatoriana. Según Jaria, hay una incompatibilidad entre el

58. BRAIDOTTI, *Lo posthumano*, cit., p. 112.

59. ROSI BRAIDOTTI, *Transposiciones: sobre la ética nómada*, trad. Alcira Bixio, Barcelona, Gedisa, 2009, p. 30.

enfoque de los derechos, ligado al individualismo posesivo, y el imperativo ecológico derivado de la noción de “buen vivir”. La Constitución ecuatoriana estaría así marcada por una contradicción lacerante entre un catálogo de derechos muy denso, impregnado de forma superficial por la filosofía andina, y una estructura económico-política que no hace sino profundizar en la sociedad del bienestar: estatalismo, desarrollo, consumismo. Así, según Jaria, las políticas extractivistas que se han ejecutado desde 2008 no se deben a una mala praxis posconstitucional, sino a que el pacto estaba viciado desde el mismo origen⁶⁰. El enfoque de Jaria se apoya en una idea respecto a los derechos, según la cual éstos son inevitablemente dependientes del individualismo posesivo, lo cual haría imposible todo intento de emplearlos como herramienta de emancipación. De ahí se concluye que no son necesarios, porque ya existen otros cauces jurídicos para responder a las situaciones de expolio ambiental; por otro lado, y esto es más importante, el camino a seguir pasa por abrazar un constitucionalismo que ponga el acento en los “deberes”.

Tenemos así dos tesis que coinciden en su rechazo a la estrategia de los derechos. La diferencia radicaría en que la primera no presta atención a la perspectiva jurídica, mientras que la segunda sí considera el derecho como forma de intervención en la problemática ecológica; lo que ocurre es que, en lugar del paradigma de los derechos, propone abrazar el de los deberes. Creo que tienen parte de razón y que los derechos son un arma de doble filo. Primero, porque su plasmación en textos constitucionales no disuelve de un plumazo las situaciones de opresión que impulsaron su nacimiento. Segundo, porque la estructura procesal de los derechos sigue siendo individualista: están diseñados para ser accionados por sujetos concretos y la respuesta del juez sólo deberá surtir efectos respecto del sujeto que reclama. Tercero, porque la lógica de los derechos implica una cierta «posesividad»: los derechos como objetos que se poseen e instauran una dinámica de competencia – la oponibilidad frente a otros – que no se acompasa con la idea del cuidado

60. Jordi JARIA Y MANZANO, *Si sólo fuera una cuestión de fe. Una crítica sobre el sentido y la utilidad del reconocimiento de derechos a la naturaleza en la Constitución de Ecuador*, «Revista chilena de derecho y ciencia política», 2013, vol. 4, n. 1, pp. 43-86, p. 50.

que debería guiar nuestra relación con la naturaleza. Pese a todos esos riesgos, creo que existen otras formas de concebirlos. Intentaré justificarlo con tres argumentos.

En primer lugar, se nos suele decir que los derechos surgieron como punta de lanza de la burguesía triunfante en las revoluciones liberales, pero en realidad fueron el fruto de negociaciones, no siempre explícitas, con muchos sectores ideológicos. Es un error conceder al relato hegemónico que los derechos son un producto del liberalismo, porque ello supone dilapidar un capital histórico del que no debemos prescindir: la revuelta de los jacobinos negros en Haití, las reivindicaciones comunistas de los *diggers* en la revolución inglesa, las luchas de Olympe de Gouges o Théroigne de Méricourt por una concepción feminista de los derechos... Todos ellos son episodios que apuntan hacia la idea de que, más que un modelo único, lo que hay es una red de relatos entrecruzados respecto a cuáles son los derechos y cuál es su alcance. En ese sentido, creo que debemos verlos como un terreno en disputa cuyos límites están siendo constantemente redibujados. Dicho de otro modo: la “naturaleza” de los derechos ha ido mutando y, si bien siguen marcados por los atributos que les imprimió la ideología liberal, otras formas de comprenderlos han entrado en juego.

Éste es el caso de los derechos de la naturaleza. Ávila Santamaría ha propuesto la metáfora de «estirar los pies hasta donde alcanza la sábana», mediante la que trata de encajar estos derechos en los moldes usuales para Occidente: dignidad, derecho subjetivo, capacidad, igualdad. Según Ávila, haciendo un esfuerzo, podría encontrarse la manera de reconducir los derechos de la naturaleza a cada uno de esos fundamentos. Sin embargo, resulta más sencillo si nos apoyamos en ideas de la cosmovisión andina: relacionabilidad, correspondencia, complementariedad, reciprocidad⁶¹. Es decir: la noción de derechos de la naturaleza nos obliga a adoptar una teoría distinta a la occidental, que se concreta en un enfoque decolonial, post-humanista y anticapitalista. Además, como los derechos son interdependientes, esta

61. RAMIRO ÁVILA SANTAMARÍA, *El derecho de la naturaleza: fundamentos*, en CARLOS ESPINOSA GALLEGOS-ANDA y CAMILO PÉREZ FERNÁNDEZ (eds.), *Los derechos de la naturaleza y la naturaleza de sus derechos*, Quito, Ministerio de Justicia, derechos humanos y cultos, 2011, pp. 35-73.

filosofía subyacente no se limita a ser el soporte aislado de los derechos de la naturaleza, sino que produce efectos en todos los demás. Dicho de otra manera: la aparición de los derechos de la naturaleza también contribuye a reorientar la declinación liberal de los derechos hacia otros horizontes de sentido. El propio Ávila ha ofrecido un interesante análisis sobre las mutaciones del derecho a la salud a la luz del paradigma de los derechos de la naturaleza⁶².

En segundo lugar, los planteamientos del post-humanismo y el pragmatismo incurren en una concepción algo estrecha de los derechos. Evidentemente, el establecimiento de derechos de la naturaleza no produce sin más la existencia de garantías sólidas. Y es verdad que, a primera vista, su plasmación puede generar la sensación de que no es más que papel mojado. Pero es que los derechos tienen una vida más allá de su dimensión jurisdiccional, porque forman parte de la cultura *lato sensu* y, por lo tanto, su inclusión en documentos jurídicos obedece a un proceso de mayor alcance. Como dice Capella, los derechos son «piezas de una imaginaria cultural colectiva»⁶³. O sea: la consagración de un derecho contribuye a ese proceso como una pieza más, que ayuda a aportar densidad jurídico-política y a posicionar el debate en la agenda. De hecho, la proliferación de casos de atribución de derechos a la naturaleza ha cumplido ese papel y es un claro indicador de la paulatina “ecologización” del derecho.

Este problema ya se puso de manifiesto en el artículo de Christopher Stone: *Should trees have standing?* Stone argumentaba que el sentido de las obligaciones queda mejor capturado con la formulación «having rights», que con la definición de un asunto en términos de «legal rules». Una de sus razones para justificar esta preferencia es que ciertas expresiones jurídicas, como «legal rights», tienen significados en el lenguaje ordinario que determinan su contexto de aplicación en la praxis legal, lo cual favorecería posiciones más proclives al respeto del medioambiente por parte de los jueces: «such a manner of speaking by courts would

62. Ramiro ÁVILA SANTAMARÍA, *La utopía andina. Los derechos de la naturaleza y el buen vivir desde la literatura, el derecho y las ciencias sociales*, Madrid, Akal, 2018.

63. Juan Ramón CAPELLA, *Derechos, deberes: la cuestión del método de análisis*, en ESTÉVEZ ARAÚJO, *El libro de los deberes*, cit., p. 40.

contribute to popular notions, and a society that spoke of the “legal rights of the environment” would be inclined to legislate more environment-protecting rules by formal enactment»⁶⁴. Stone terminaba sosteniendo que una sociedad en la que se incorporasen expresiones tales como «rivers have legal rights» evolucionaría con más facilidad hacia un sistema jurídico ecológico.

En tercer lugar, los derechos no deben verse como disposiciones precisas, sino como manojos de deberes correlativos, principios de actuación o interpretación extensibles a otras normas, o síntesis normativas que dan cobijo a otros sub-derechos. Pensemos en el derecho al trabajo, que algunos han llegado a denominar «derecho-racimo»⁶⁵. Se trata de un derecho que, en realidad, engloba muchas posiciones jurídicas: la libertad de elegir profesión u oficio, el derecho a la sindicación, la prestación por desempleo, el derecho al salario mínimo, etcétera. Esto también vale para los derechos de la naturaleza, pues en realidad atesoran varios sub-derechos y principios. Echemos un vistazo a la sentencia del Atrato: «los derechos bioculturales buscan integrar en una misma cláusula de protección las disposiciones dispersas en materia de derechos a los recursos naturales y a la cultura de las comunidades étnicas, que en nuestra Constitución están presentes en los artículos 7º, 8º, 79, 80, 330 y 55 transitorio. En otras palabras, los derechos bioculturales no son nuevos derechos para las comunidades étnicas [...], son una categoría especial que unifica sus derechos a los recursos naturales y a la cultura, entendiéndolos integrados e interrelacionados».

Algo parecido ocurre en la Ley n. 071 de Bolivia, donde los «derechos de la Madre Tierra» se concretan en el derecho al mantenimiento de la integridad de los sistemas de vida, a la biodiversidad, al agua, al aire limpio, a la restauración, etcétera. Todos ellos, a su vez, aparecen conectados a una serie de deberes que competen al Estado. Lo que quiero mostrar con estos ejemplos es que el juicio de

64. Christopher D. STONE, *Should Trees Have Standing? Toward Legal Rights for Natural Objects*, «Southern California Law Review», 1972, n. 45, pp. 450-501, p. 489.

65. Vid. FRANCISCO LAPORTA, *Los derechos sociales y su protección jurídica: introducción al problema*, en Jerónimo BETEGÓN *et al.* (coords.), *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid, Presidencia del Gobierno-Secretaría General Técnica, 2004, pp. 300-301.

irrelevancia o inanidad de la estrategia de los derechos se ha formulado apresuradamente. Es verdad que muchas de sus garantías son endebles y que la praxis ha sido bastante insatisfactoria. Pero esto ha ocurrido en la historia con muchos nuevos derechos y aún hoy puede predicarse de un buen número de ellos. De lo que se trataría es de densificar la malla institucional destinada a hacer valer los sub-derechos que dimanen de la consagración de derechos de la naturaleza, y de incrementar la eficacia de sus garantías, ya sean jurisdiccionales o de otra índole. Pero, sobre todo, el objetivo es generar una cultura jurídica ecológica o, mejor aún, una ecología del derecho que modifique desde la raíz nuestra forma de regular las relaciones con el medio. Para ello hacen falta muchas cosas, desde luego, pero la definición y desarrollo de derechos de la naturaleza puede ser un buen punto de partida.

Pour une écologie juridique. Les droits de la nature ont-ils besoin de l'écocentrisme ?

David Samson*

Introduction

Nous ne défendons pas la nature, nous sommes la nature qui se défend !

Peut-on, à partir de l'œuvre de M.-A. Hermitte, déterminer l'espace et la possibilité d'une écologie juridique ? La question s'impose d'autant plus que la « querelle de l'anthropocentrisme »¹, naguère académique, est devenue un enjeu politique et juridique majeur. Amorcée, croit-on, dans les années 1970, elle n'en finit pas d'opposer ceux qui considèrent qu'attribuer une valeur intrinsèque ou des droits à « la nature »² constitue, au mieux, un non-sens et au pire, un obscurantisme fascisant, à celles qui soutiennent qu'il n'est d'autre manière de préserver la planète. Le débat est

* Docteur en philosophie et sciences sociales, membre du LIER-FYT (Laboratoire interdisciplinaire d'étude des réflexivités – Fonds Yan Thomas, EHESS, Paris). E-mail : dvdmasson@gmail.com

1. Hicham-Stéphane AFEISSA (dir.), *Ethique de l'environnement : Nature, valeur, respect*, Paris, Vrin, 2007, pp. 95-109.

2. Par « nature », nous signifions une entité naturelle déterminée – ce qui peut inclure, le cas échéant, « la nature » en tant qu'écosystème global, la Terre ou la « Pachamama ».

d'autant plus polémique qu'il interfère avec les droits de l'homme. Si les défenseurs de l'écocentrisme présentent leur cause comme leur extension logique et historique, c'est pourtant précisément au moment où ils endurent une crise sévère que se diffusent les droits de la nature. Un tribunal indien accorde la personnalité juridique au Gange ; dans un acte tout aussi inouï, un autre Etat indien dénationalise – dans l'indifférence générale – tous ses musulmans³. Ce chassé-croisé n'a pourtant – on le montrera – rien d'inévitable.

Dans cette querelle opposant l'écocentrisme à l'anthropocentrisme, on distingue rarement le slogan surréaliste, cité en exergue, de l'attribution spectaculaire du statut de sujet de droit à des entités naturelles, qu'il s'agisse d'animaux, de forêts, de fleuves ou de la Terre. De part et d'autres, on présuppose en effet que l'idée d'ériger la nature en sujet de droit – qu'on appellera « écocentrisme juridique » (EJ) – repose sur une théorie philosophique – qu'on baptisera « écocentrisme philosophique et moral » (EP) –, voire sur un mouvement ou une idéologie politique, la *deep ecology* (DE). On postule ainsi une relation transitive entre EJ, EP et DE, légitimant l'amalgame entre une proposition juridique, une théorie philosophique et une idéologie politique. EJ serait la « traduction juridique »⁴ d'EP ou dissimulerait « un parti pris philosophique discutable », lui-même assimilé au « nouveau fondamentalisme »⁵ que serait DE. Ou encore, EP fonderait idéologiquement EJ⁶, ou, selon M.-A. Hermitte, EJ répondrait à un « bouleversement des valeurs »⁷

3. Sophie LANDRIN, « En Inde, près de deux millions de citoyens, la plupart musulmans, déchus de leur nationalité », *Le Monde.fr*, 31 août 2019.

4. Dominique BOURG, *Les scénarios de l'écologie. Débat avec Jean-Paul Deléage*, Paris, Hachette, 1996, p. 47. Cf. aussi Pauline MILON, *Analyse théorique du statut juridique de la nature*, thèse, Aix-en-Provence, Université d'Aix-Marseille, 2018, pp. 399-400, 419-421, 458.

5. Luc FERRY, *Le Nouvel Ordre écologique*, Paris, Grasset & Fasquelle, 1992, pp. 21-22, 109.

6. Olivier CLERC, « L'Union européenne face au défi de l'anthropocène : du droit du développement durable aux droits de la nature ? », *Revue québécoise de droit international*, 2018, vol. 2-1, hors-série, pp. 55-73.

7. Marie-Angèle HERMITTE, « Le concept de diversité biologique et la création d'un statut de la nature », in Bernard EDELMAN, Marie-Angèle HERMITTE (dir.), *L'homme, la nature, le droit*, Paris, Christian Bourgois, 1988, p. 244; cf. aussi Philippe DESCOLA, Nicolas TRUONG, « Il faut une révolution mentale », *Le Monde*, 31 janvier 2019.

autant qu'il le permettrait, conduisant à une révolution néo-copernicienne quant à l'attitude de l'homme à l'égard de la nature. Attribuer des droits à la nature⁸ serait nécessairement défendre EP et, par suite, DE ; refuser de le faire serait anthropocentrique. On a soutenu que même si Hermitte « ne [souscrivait] pas [...] à l'ensemble des thèses »⁹ de DE, elle en serait la complice objective puisqu'une relation logique unirait EJ à DE via EP¹⁰. Ce qui sépare l'acte de considérer juridiquement la nature comme sujet plutôt que comme objet n'est rien d'autre, selon Y. Thomas, qu'une « différence [...] idéologique »¹¹.

Tant l'urgence de la crise écologique que les intuitions morales impliquées dans ce débat, traitant de l'essence de l'homme et de la manière appropriée de se rapporter à la nature, expliquent la violence de la polémique. Mais cela autorise-t-il à réduire EJ à une doctrine, philosophique et/ou idéologique ? Hermitte serait, au choix, la championne de l'écologie politique ; l'apôtre d'une écologie sentimentale ou d'une « religion naturelle » tolérable dans les limites de la Constitution¹² ; ou l'une des idéologues d'un mouvement qui prônerait l'« effondrement général de toute morale » sinon l'« anthropophagie »¹³. L'éloge se confond avec le blâme : si l'on considère qu'EJ constitue le cœur de ce qu'Hermitte qualifie, peut-être hâtivement, de « vision enchantée du monde »¹⁴, on finit par nier la valeur juridique de son œuvre et l'autonomie du droit en général. Plutôt que d'évaluer EJ en fonction de ses effets juridiques, on l'évaluera en fonction de notre position idéologico-politique. L'éthique environnementale est la première à opérer cette réduction, lorsqu'elle déduit EJ de la considérabilité morale

8. Entendons à chaque fois « à des entités naturelles », ce qui n'inclut pas nécessairement « la Nature » dans sa globalité.

9. BOURG, *op. cit.*, pp. 47-54.

10. FERRY, *op. cit.* ; BOURG, *op. cit.*

11. Yan THOMAS, « Le sujet de droit, la personne et la nature. Sur la critique contemporaine du sujet de droit », *Le Débat*, 1998, vol. 100, n°3, pp. 85-107.

12. John RAWLS, *Political Liberalism*, 2e éd., New York, Columbia University Press, 1996, p. 245. Cf. aussi Philip PETTIT, *Republicanism. Une théorie de la liberté et du gouvernement*, Paris, Gallimard, 2004, pp. 178-81.

13. BOURG, *op. cit.*, p. 155 ; FERRY, *op. cit.*, p. 21.

14. Marie-Angèle HERMITTE, Francis CHATEAURAYNAUD, *Le droit saisi au vif: sciences, technologies, formes de vie*, Paris, Pétra, 2013, p. 171.

accordée au préalable à certaines entités naturelles¹⁵. En déterminant le « contenu précis de ces droits »¹⁶, les juristes ne feraient que réaliser son programme philosophique, en s'appuyant, qui plus est, sur la science. Celle-ci demeure, en effet, la plus à même d'établir l'importance écologique d'une entité naturelle ou la capacité à souffrir, par exemple, d'un homard¹⁷. Les juristes eux-mêmes avalisent ce réductionnisme lorsqu'ils expliquent EJ en prônant la lutte contre une idéologie dominante, l'anthropocentrisme¹⁸. Même Hermitte évoque un « bouleversement des valeurs »¹⁹ visant à « faire sortir [les animaux] de leur [...] condition horlogère » : « l'atteinte à l'anthropologie occidentale du rapport à la nature est précisément le but recherché »²⁰ répond-elle tardivement à Y. Thomas.

Le problème concerne ici le rapport du droit à son dehors – à la philosophie, à la morale, à la politique, à l'idéologie... – ainsi que, plus généralement, des diverses formes théoriques vis-à-vis de la *doxa*. Or, poser l'identité de l'écocentrisme juridique et philosophique, n'est-ce pas ignorer qu'« en rapportant à leur corpus des lieux communs philosophiques [...] les juristes produisent une pensée autonome »²¹ ? Par ailleurs, le présupposé de la querelle de l'anthropocentrisme consiste à en faire un conflit idéologique entre deux « visions du monde structurellement antithétiques »²². Ce cadrage permet d'opposer soit le productivisme à l'écologie, soit deux formes rivales d'écologie : le conservationnisme au préservationnisme, le réformisme

15. Cette position, écocentrique et jusnaturaliste, n'est certes pas la seule ; cf. AFEISSA, *op. cit.*

16. Georges CHAPOUTHIER, « Le statut philosophique de l'animal : ni homme, ni objet », *Le Carnet PSY*, 2009, vol. 139, no 8, pp. 23-25.

17. Italie, *Corte Suprema di Cassazione*, 16 juin 2017, n°30177-17, confirmant la condamnation d'un restaurateur conservant ses homards dans des congélateurs plutôt que dans un aquarium.

18. Cf. en part. les arrêts colombiens et argentins cités *infra*.

19. HERMITTE, « Le concept de diversité », *op. cit.*, p. 244.

20. Marie-Angèle HERMITTE, « La nature, sujet de droit? », *Annales. Histoire, Sciences sociales*, 2011, vol. 66, no 1, pp. 176-201.

21. Yan THOMAS, « L'institution juridique de la nature. Remarques sur la casuistique du droit naturel à Rome », *Revue d'histoire des Facultés de droit et d'institution juridique*, 1988, no 5, pp. 103-28.

22. Donato BERGANDI, Fabienne GALANGAU-QUÉRAT, « Le développement durable. Les racines environnementalistes d'un paradigme », *Aster*, 2008, no 46, pp. 31-44.

à l'extrémisme, l'écologie sociale à la *deep ecology* ou une écologie partielle et sectorielle à une « écologie intégrale » ou « profonde »²³. On mesure mal, pourtant, ce qu'implique de définir le politique comme lutte à mort entre doctrines rivales. En liant l'idéologie, définie comme *Weltanschauung* ou « doctrine compréhensive »²⁴, à des modes de vie et des groupes sociaux déterminés²⁵, on reste tributaire d'une métaphysique de la guerre froide²⁶ orientée par l'extermination. Pour sortir de ce piège, on prône la tolérance ou le syncrétisme. Celle-là conduit à relativiser l'écologie, réduite à n'être qu'une idéologie politique parmi d'autres²⁷. Celui-ci veut « trouver un point d'équilibre entre un anthropocentrisme qui n'annihile pas la nature et un écocentrisme non-misanthropique »²⁸. Mais ni la tolérance, ni le pragmatisme, ne parviennent à abolir l'antinomie théorique et idéologique postulée au départ, qui continue d'exercer ses effets délétères – avec, par exemple, la constitution en août 2019 d'un « Front de libération du Champsaur » menaçant de prendre les armes contre le loup des Ecrins.

On pourrait désidéologiser ce conflit en mettant en cause le dualisme anthropocentrisme/écocentrisme. On montrerait que les termes « biocentriques » et « écocentriques » « n'ont plus lieu d'être utilisés dans des réflexions sé-

23. FERRY, *op. cit.*; BOURG, *op. cit.*; ID., *L'homme artificier*, Paris, Gallimard, 1996; MURRAY BOOKCHIN et DAVE FOREMAN, *Defending the Earth: A Debate*, Montréal/New York, Black Rose Books, 1991; ARNE NÆSS, « The Shallow and the Deep, Long-Range Ecology Movement. A Summary », *Inquiry*, 1973, vol. 16, n° 1-4, pp. 95-100; ARNE NÆSS et GEORGE SESSIONS, « Basic Principles of Deep Ecology », *Ecophilosophy*, 1984, n° 6, pp. 3-7; VATICAN, *Laudato Si'*, Rome, 2015.

24. RAWLS, *op. cit.* Cf. aussi PAUL TAYLOR, « L'éthique du respect de la nature », in AFEISSA, *op. cit.*, pp. 126-27.

25. BRUNO KARSENTI, CYRIL LEMIEUX, *Socialisme et sociologie*, Paris, EHESS, 2017, pp. 32, 36-37, 60; cf. aussi FRANCIS CHATEAURAYNAUD *et al.*, *Une pragmatique des alertes et des controverses en appui à l'évaluation publique des risques*, Paris, ANSES, 2013, p. 222; PHILIPPE DESCOLA, « Humain, trop humain », *Esprit*, 2015, vol. 12, no 420, p. 9; RAIMUND RÜTTEN, « À la recherche d'une république démocratique et sociale », *Cahiers d'histoire. Revue d'histoire critique*, 2018, no 139, pp. 153-66.

26. Concept introduit in DAVID SAMSON, *La crise environnementale. Critique historique et philosophique des notions de conscience écologique et de rationalité instrumentale*, thèse, Paris, EHESS, 2019, pp. 404-31, 677-84.

27. *Ibid.*, en part. l'introduction générale, l'introduction à la 2e partie et le chapitre sur « les apories de la tolérance » (pp. 687-700).

28. BERGANDI, GALANGAU-QUÉRAT, *cit.*; cf. aussi CORINE PELLUCHON, « Nature et pluralisme moral », *La Vie des idées*, 27 janvier 2014.

rieuses »²⁹ ou qu'il s'agit d'une « caricature »³⁰. On remettrait en cause le grand récit de l'anthropocentrisme occidental, en rappelant par exemple que Leibniz se prononçait contre le « désordre général répandu dans un nombre infini de créatures », nuancant la thèse de Sylvan Routley sur l'échec environnemental de la « super-éthique occidentale »³¹. On rappellerait que ces concepts, sémantiquement instables, constituent des obstacles épistémologiques à la compréhension de l'enchevêtrement historique entre considérations anthropo- et éco-centriques. En bref, réduire la pluralité des rapports occidentaux à la nature à l'« anthropocentrisme » paraît hasardeux³². Faut-il pour autant cesser d'utiliser ces termes ? Ne serait-ce pas abandonner une « revendication clé de l'écologisme »³³, qui s'articulerait dans cette critique confuse menée sous la bannière de l'écocentrisme ? Cela ne reviendrait-il pas à dépolitiser la théorie, et à minorer un point majeur de discordance, depuis les Lumières³⁴ jusqu'à aujourd'hui en passant par le XIX^e siècle³⁵ ? Ainsi, les plus radicaux prônent une « mise en cause massive de l'ensemble de la tradition occidentale »³⁶, allant jusqu'à l'abolition de la *summa divisio* entre choses et personnes, prétendument « nihiliste »³⁷. Derrida lui-même n'échappe pas à ce discours. Selon lui, la métaphysique exclurait *a priori* l'idée d'une « responsabilité à l'égard du vivant en général » tandis que le concept de sujet serait intrinsèquement por-

29. Arne NÆSS, « Spinoza et le mouvement de l'écologie profonde », in Arne NÆSS, *La Réalisation de soi*, Marseille, Wildproject, 2017, pp. 109-38.

30. PELLUCHON, *op. cit.*

31. LEIBNIZ, *Essais de théodicée*, §118 ; Richard SYLVAN ROUTLEY, « A-t-on besoin d'une nouvelle éthique, d'une éthique environnementale? », in AFEISSA, *op. cit.*, pp. 31-49.

32. En particulier en ce qui concerne le nazisme (SAMSON, *op. cit.*).

33. Fabrice FLIPO, « Pour des droits de la nature », *Mouvements*, 2012, vol. 70, no 2, pp. 122-39.

34. Jonathan ISRAEL, *A Revolution of the Mind. Radical Enlightenment and the Intellectual Origins of Modern Democracy*, Princeton, Princeton University Press, 2011, p. 34.

35. Oliver A.I. BOTAR, « Defining Biocentrism », in Oliver A.I. BOTAR, Isabel WÜNSCHE (eds.), *Biocentrism and Modernism*, Farnham, Routledge, 2017, pp. 15-45; et l'introduction de Lewis MUMFORD in Artur GLIKSON, *The Ecological Basis of Planning*, La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, 1971.

36. Préface in AFEISSA, *op. cit.*

37. Roberto ESPOSITO, *Les personnes et les choses*, Paris, Mimésis, 2018, p. 72 et *passim*. Sur le « nihilisme » allégué de la science, cf. SAMSON, *op. cit.*, pp. 454-485.

teur d'un « carno-phallogocentrisme »³⁸ – un barbarisme qui raffine le concept sommaire de « spécisme », défini par Singer comme l'« idéologie » de « l'espèce humaine »³⁹.

Nous serions ainsi contraints de choisir entre l'analyse théorique qui montrerait le caractère caricatural de cette querelle – au prix d'une négation du politique – et l'analyse politique – au prix d'une reprise littérale de slogans et de figures métaphoriques et de l'amalgame entre EJ, EP et DE. Notre concept d'écologie juridique vise à sortir de ce dilemme, en accordant une place à l'autonomie de la théorie et du droit à l'égard de l'idéologie sans nier, pour autant, leur dimension politique. Pour l'introduire, on prendra le détour de l'écocentrisme juridique, en montrant qu'EJ est irréductible à EP, ce qui permettra une sorte de définition négative de l'écologie juridique. Etant donné qu'EJ est assimilé à DE via EP, nous omettrons de montrer qu'EP se distingue des énoncés misanthropes souvent attribués à DE. On proposera ensuite une définition positive de l'écologie juridique, en montrant que celle-ci constitue une « pensée autonome », irréductible à d'autres formes d'écologie (politique ou scientifique), dans lequel EJ ne joue en réalité qu'un rôle limité, empêchant ainsi d'en faire le cœur d'une « vision du monde ».

1. L'écocentrisme juridique

On distinguera deux formes d'EJ : la première, jusnaturaliste, attribue le statut de sujet de droit sur le fondement d'une valeur intrinsèque (ou de *moral rights*) préalablement reconnus ; la seconde, positiviste, souligne le caractère technique de ce statut, rendant possible son attribution à toute entité indépendamment de sa considérabilité morale. Ces deux formes contradictoires sont souvent confondues. Si la Constitution équatorienne ou la loi bolivienne de 2010 sur la *Pachamama* s'appuient sur une conception jusnaturaliste, les juges argentins, colombiens ou indiens mélangent les

38. Jacques DERRIDA, « « Il faut bien manger » ou le calcul du sujet », in Jacques DERRIDA, *Points de suspension*, Paris, Galilée, 1992, pp. 280, 292.

39. Concept repris par le juge argentin : TERCER JUZGADO DE GARANTÍAS (MENDOZA), *Presentación efectuada por AFADA respecto del chimpancé « Cecilia » - sujeto no humano*, n°P-72.254/15, 3 novembre 2016; Peter SINGER, *Animal Liberation*, éd. revue en 1990, New York, HarperCollins, 2009, en part. chap. I et l'annexe « Animal Liberation at 30 ».

deux⁴⁰. Remarquons que la version jusnaturaliste est particulièrement invoquée lorsqu'il s'agit d'animaux, puisqu'on fait appel à leur sensibilité et à leurs capacités cognitives⁴¹. EJ est alors amené via un raisonnement anti-spéciste qui relève d'un individualisme patho-anthropo-centrique. Or, sur le plan philosophique et politique, l'antispécisme entre fréquemment en collision avec EP, tant parce qu'il restreint sa cause à celle des animaux qu'en raison de son individualisme, contraire au « holisme » écologique⁴². Hermitte insiste ainsi sur la compréhension systémique du « monde vivant » plutôt que sur la « loutre » isolée, même si les animaux sont pris en compte, notamment par les mécanismes de « personification substantielle »⁴³. Très souvent, EJ n'est donc pas défendu à partir d'EP mais à partir de l'antispécisme : cela démontre l'illégitimité de la réduction d'EJ à EP – qui ne fonctionne que par l'amalgame entre l'antispécisme et l'écocentrisme –, mais ne l'explique pas.

40. Cf. notamment, en Argentine, les arrêts concernant l'orang-outan « Sandra », le chien « Poli » et le chimpanzé « Cecilia » ; en Colombie, concernant l'ours « Chucho », le fleuve Atrato et l'Amazonie ; en Inde, les arrêts concernant le Gange et deux « glaciers » himalayens – suspendus par la Cour suprême. « Arrêts Sandra » : *Camara federal de casación penal*, « *Orangutana Sandra s/ recurso de cadación s/habeas corpus* », 18 déc. 2014 ; *Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, affaire n°A2174-2015/0, 21 octobre 2015 ; *Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas de Buenos Aires*, *Causa* n°18491-00-00/14 « *Responsable de Zoológico de Buenos Aires s/ Ley 14 346* », 12 déc. 2016 ; « Arrêt Poli » : *Primer Juzgado Correccional de la Tercera Circunscripción Judicial* (Mendoza), *sentencia* n°1927, *autos* n°36 598, « *FC/ S.R.M.R. P/maltrato y crueldad animal* », 20 avril 2015 ; « Arrêt Cecilia » : *Tercer Juzgado de Garantías* (Mendoza), n° P-72.254/15, 3 nov. 2016 ; « Arrêt Rio Atrato » : Cour constitutionnelle de Colombie, T622-16, 10 nov. 2016 ; « Arrêt Chucho » : Cour suprême de Colombie, ch. cass. civ., AHC4806-2017, 26 juillet 2017 (cassé par Cour suprême, ch. cass. travail, STL12651-2017, 16 août 2017, l'arrêt est renvoyé devant la Cour constitutionnelle) ; « Amazonie » : Cour sup., ch. de cass. civ., STC4360-2018, 4 avril 2018 ; « arrêt Gange (et Yamuna) » : Haute-Cour d'Uttarakhand, *Mohd. Salim vs. State Of Uttarakhand and Others*, 5 déc. 2016 et 20 mars 2017 ; pour les glaciers, *id.*, *Lalit Miglani vs. State Of Uttarakhand and Others*, 30 mars 2017.

41. Arrêts « Sandra », « Poli », « Cecilia », « Chucho » précités. C'est ce que Singer définit comme « utilitarisme des préférences » par rapport à l'« utilitarisme hédoniste » uniquement fondé sur la sensibilité.

42. Voir, par exemple, la consommation *vegan* de lait d'amande, écologiquement aberrante (que ce soit par la consommation en eau, l'hyper-concentration de la production dans la vallée de San Joaquín (Californie), ou le transport des ruches par camions depuis la Côte Est). Cf SAMSON, *op. cit.* ; Virginie MARIS, *La protection de la biodiversité : entre science, éthique et politique*, thèse, Université de Montréal, 2006, pp. 171-205 ; Nicolas GIROD, « « Seule l'agriculture paysanne nous permettra de nous émanciper de l'agrobusiness » », *Le Monde.fr*, 23 septembre 2019.

43. HERMITTE, « Le concept de diversité », *cit.*, p. 242 ; *id.*, « La nature, sujet de droit? », *cit.*

a) *La théorie des fictions*

Pour cela, il faut partir de la conception positiviste en analysant en particulier le rôle de l'abstraction juridique. Distinguons d'abord les orientations propres de Ch. Stone et de Hermitte. Loin de reprendre la thèse, largement partagée par EP et DE, selon laquelle « l'approfondissement de la conscience écologique » est le préalable à la « résistance écologique »⁴⁴, Stone constate d'abord l'aporie de l'imbrication réciproque entre structures juridiques et structures psycho-sociales⁴⁵ : EJ n'est pas fondé sur EP puisque EP n'est possible que si EJ est posé au préalable. Mais s'il est difficile d'accorder des « droits » aux « choses » sans croire en leur considérabilité morale et *vice-versa*, Stone accorde au droit un avantage : plutôt que de convaincre le peuple, il lui suffit de convaincre l'*opinio juris* et la Cour suprême⁴⁶. L'aporie est ensuite radicalisée lorsqu'il rejette l'idée « simpliste »⁴⁷ du grand récit de l'anthropocentrisme. Reprenant la critique marxienne de la conscience, il nous décrit comme de plus en plus « aux mains des institutions », dotées d'une volonté propre qui peut « survivre » aux conversions individuelles : « c'est de plus en plus [l'individu] qui constitue la fiction juridique »⁴⁸. Stone souligne donc qu'aucune prise de conscience ne suffirait à mettre un terme à l'autonomie de la technique et de la bureaucratie responsables de la crise environnementale. Ce constat est pourtant sans lendemain. Adossée à l'éthique environnementale⁴⁹, sa réflexion reste orientée par le *feedback* entre EJ et EP, ce qui le conduit au mélange

44. Bill DEVALL, « The Deep Ecology Movement », *Natural Resources Journal*, 1980, vol. 20, no 2, p. 322; Hans JONAS, *Le principe responsabilité. Une éthique pour la civilisation technologique*, Paris, Flammarion, 1990.

45. Christopher STONE, « Should Trees Have Standing? Toward Legal Rights for Natural Objects », *Southern California Law Review*, 1972, vol. 45, no 2, pp. 453-56.

46. *Ibid.*, 500-501.

47. *Ibid.*, 495.

48. *Ibid.*, 494-495.

49. Dans sa préface à la traduction de Stone (éd. Passager clandestin, 2017), Catherine Larrère souligne sa relative extériorité à l'égard de l'environnementalisme. Reste que son article en demeure imprégné ; il approfondira d'ailleurs les questions d'éthique environnementale dans son article de 1985, qui ne constitue nullement une rétractation de ses thèses mais au contraire un essai brillant de justification philosophique, et non simplement juridique, de celles-ci (« *Should Trees Have Standing? Revisited: How Far Will Law And Morals Reach? A Pluralist Perspective* », *Southern California Law Review*, 1985, vol. 59, no 1, pp. 1-154).

paradoxal et involontaire de jusnaturalisme et de positivisme par lequel il soutient à la fois le caractère technique de la personnalité juridique et l'idée qu'il y aurait des « fictions juridiques » plus « réelles » ou « vérares » que d'autres⁵⁰.

Or c'est précisément ici que l'approche d'Hermitte se distingue. On tire en effet rarement les conséquences de l'affirmation selon laquelle le sujet de droit est un concept distinct de toute compréhension sociale, biologique ou morale de la personne. S'il n'y a pas, selon S. Goyard-Fabre, de sujet de droit par nature, celle-ci omet de noter que cela implique la réciproque⁵¹. On ne peut dès lors invoquer, à son instar, l'incapacité physique à plaider pour refuser ce statut, ni même pour distinguer d' « authentiques » sujets de droits de sujets « fictifs ». Goyard-Fabre confond représentation et fiction⁵² : même sans avocat ou jugé par contumace, on est toujours re-présenté sur la scène du droit par sa personnalité juridique, son état civil – le cas échéant fictif –, etc. Opposer la « personne naturelle » à la « personne fictive » ou « morale », ce n'est qu'opposer une « institution première » à une « institution seconde »⁵³. Une fois admise l'artificialité du sujet de droit, il n'est plus possible de recourir à la « théorie de la fiction » qui distingue « vraies » et « fausses » fictions, sauf à user de ces formules baroques qui confondent sujet biologique, sujet moral et sujet juridique et mélangent les plans organiques, sociaux, moraux et juridiques. Accordant l'*habeas corpus* à l'ours « Chucho », le juge colombien déclare ainsi que les « êtres sensibles » possèdent « ontologiquement » le statut de « sujet de droit », le droit positif examinant, au cas par cas, l'opportunité de reconnaître ce statut⁵⁴. Cette formule énigmatique sinon mystifiante⁵⁵ l'amène à écrire qu'outre les humains, sont

50. Marie-Angèle HERMITTE, « Compte-rendu de Ch. Stone, *Les arbres doivent-ils pouvoir plaider ? Vers la reconnaissance de droits juridiques aux objets naturels* », *Natures Sciences Sociétés*, 2019, vol. 27, no 1, pp. 101-3.

51. Simone GOYARD-FABRE, « Sujet de droit et objet de droit: Défense de l'humanisme », *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 1995, vol. 81, no 4, pp. 517-31.

52. *Ibid.*

53. Yan THOMAS, « Les artifices de la vérité en droit commun médiéval », *L'Homme*, 2005, no 175-176, p. 114.

54. « Arrêt Chucho » précité, cons. 2-4-3 et 2-4-5-4.

55. H. L. A. HART, « Bentham and the Demystification of Law », *Modern Law Review*, 1973, vol. 36, no 1, pp. 2-17.

aussi sujets de droit « les réalités juridiques, dont certaines sont par fiction juridique déjà des personnes, comme les [personnes] « morales » »⁵⁶ ; ou encore, dans un arrêt qualifiant l'Amazonie de sujet de droit, que « sans environnement sain les sujets de droit et les êtres sensibles en général ne pourront survivre »⁵⁷. Le juge argentin, lui, tente de concilier jusnaturalisme et positivisme. D'un côté, il qualifie le sujet de droit de « construction sociale » et montre que la loi protège les intérêts des animaux plutôt que ceux de leurs propriétaires. De l'autre, il fait dériver de la « catégorisation de [l'orang-outan] Sandra [...] comme « personne non-humaine » » son statut de « sujet de droits », et prétend fonder ses droits spécifiques et particuliers sur « l'obligation de respect de la vie et sur sa dignité d' « être sensible » »⁵⁸, ou affirme que les droits des grands singes « sont inhérents à leur qualité d'être sensible »⁵⁹. Antispéciste, ce raisonnement contradictoire exclut l'écocentrisme à moins de considérer les écosystèmes comme des « personnes », au sens éthique. La théorie de la fiction reconduisait déjà Engelhardt, à la fin du XIX^e siècle, au naturalisme. Ainsi il proposait d'accorder une « quasi-personnalité » aux animaux, soutenant que leur condition ne différait guère de celle des peuples colonisés, « ces masses humaines [...] sans raison agissante », qui « figurent [pourtant] un ensemble de personnes », juridiquement parlant⁶⁰. Juridiquement erronée, cette théorie est politiquement dangereuse, péril que le transhumanisme actualise⁶¹.

b) *Le lieu vide du sujet*

Certains positivistes tentent néanmoins de déduire du droit une définition universelle, ou « rationnelle », du sujet de droit – par exemple comme sujet autonome, responsable

56. « Arrêt Chucho », cons. 2-4-3.

57. « Arrêt Amazonie » précité, cons. 2.

58. « Arrêt Sandra » précité du 21 oct. 2015, cons. 3-4. La même ambiguïté se retrouve dans l'arrêt de 2014 et dans l'arrêt « Cecilia » précité.

59. Arrêt « Cecilia », 4.C (p. 30).

60. Pierre-Jérôme DELAGE, « Edouard-Philippe Engelhardt, ou « le droit de l'animalité » comme « discipline nouvelle » », *Revue semestrielle de droit animalier*, 2015, no 2, pp. 267-72.

61. HERMITTE, CHATEAURAYNAUD, *op. cit.*, pp. 368-74.

et propriétaire⁶² – qui permettrait de déterminer l’usage de cette catégorie. Mais sauf à confondre, d’une part, l’attribut ontologico-moral et la fonction juridique, et à exclure les « incapables » d’autre part⁶³, on ne peut priver une entité de ce statut au motif qu’elle ne saurait être, disons, propriétaire. Selon la Cour de cassation, les cristaux de quartz « sont parties intégrantes du site protégé » qu’est le massif du Mont-Blanc ; les extraire « a pour effet de le dégrader en supprimant une partie de sa substance »⁶⁴. Ne pourrait-on pas, alors, considérer le massif comme propriétaire de son quartz ? Serait-ce plus absurde que de priver de certains droits le soldat, le religieux ou l’étranger⁶⁵ ? Qualifier d’irrationnel l’acte de proclamer consul le cheval de Caligula, d’intenter des procès aux animaux, d’accorder la personnalité juridique à une idole hindoue⁶⁶, ou d’instituer son chien comme héritier ne constitue pas plus un argument juridique que celui d’affirmer qu’il aurait été rationnel, de la part des « colonisateurs » de dépouiller « de leur qualité de sujets de droit les vaches sacrées et les dieux »⁶⁷ – nonobstant le fait que c’est précisément le droit colonial qui a attribué ce statut aux idoles hindoues⁶⁸. Ce qu’il faut expliquer, c’est la raison juridique de telles « folies ». Les « procès d’animaux » britanniques, par exemple, relevaient souvent du *deodand*, sorte de proto-responsabilité sans faute. Sachant qu’à la fin des années 1970, l’Etat fédéral était propriétaire d’un tiers du territoire états-unien, qu’y aurait-il d’absurde à reconnaître aux animaux un droit d’usage sur ces terres⁶⁹ ? N’est-ce pas aussi l’objectif des « trames vertes et bleues »,

62. Christophe GRZEGORCZYK, « Le sujet de droit: trois hypostases », *Archives de philosophie du droit*, 1989, n° 34, pp. 9-24 ; GOYARD-FABRE, *op. cit.*

63. Jean CARBONNIER, « Sur les traces du non-sujet de droit », *Archives de philosophie du droit*, 1989, n° 34, pp. 197-207.

64. CASS., CRIM., n° 90-87591, 9 août 1993 ; voir aussi CASS., CRIM., n° 81-93699, 17 mai 1982.

65. Exemples tirés de CARBONNIER, *op. cit.*

66. Voir les précédents, de 1969 à 2000, cités in HAUTE-COUR D’UTTARAKHAND, *cit.* (arrêt de 2017).

67. CARBONNIER, *op. cit.*, p. 205.

68. Kelly D. ALLEY, « River Goddesses, Personhood and Rights of Nature: Implications for Spiritual Ecology », *Religions*, 2019, vol. 10, no 9, pp. 502-19.

69. David S. FAVRE, « Wildlife Rights: The Ever-Widening Circle », *Environmental Law*, 1978, n° 9, pp. 241-81, en part. p. 269.

comme le souligne Hermitte⁷⁰, ou des réserves intégrales mises à disposition de l'avifaune ? Ainsi, prétendre trouver dans le droit une philosophie immanente⁷¹ conduit au légalisme et au jusnaturalisme ; on se drape derrière la Raison pour absolutiser une ontologie déterminée ; on est inéluctablement reconduit à « l'individualisme possessif »⁷² à l'origine du droit moderne – philosophie elle-même extraite du droit romain⁷³ – et donc à chercher, « en deçà des règles positives [du droit], le lieu philosophique de leur enracinement »⁷⁴. Or celui-ci est vide, ce qui explique qu'il puisse accueillir la philosophie des droits de l'homme et le racisme, la conception individualiste et absolutiste de la propriété et la « propriété de la terre » elle-même⁷⁵. On comprend alors qu'on puisse étendre la qualité de sujet de droit au-delà de l'espèce humaine tout en dénationalisant les musulmans. Ce chassé-croisé n'est dû qu'à la vacuité formelle du lieu qu'est le sujet de droit, apte à servir toutes sortes de causes. Si le nationalisme hindou aurait pu investir la question⁷⁶, en Nouvelle-Zélande⁷⁷ ou en Amérique latine EJ constitue plutôt une manière d'étendre les droits de l'homme – comme le montrait déjà le théologien Panikkar, à propos de... l'Inde⁷⁸ – en prenant en compte les spécificités des peuples autochtones⁷⁹.

Il faut donc retenir une définition épurée du sujet de droit, qui permette son élargissement sans qu'il soit nécessaire, par exemple, d'accorder la propriété ou la respon-

70. HERMITTE, « La nature, sujet de droit? », cit.

71. GOYARD-FABRE, *op. cit.* ; GRZEGORCZYK, *op. cit.* ; CARBONNIER, *op. cit.*

72. Crawford Brough MACPHERSON, *La théorie politique de l'individualisme possessif*, Paris, Gallimard, 2004.

73. THOMAS, « Le sujet de droit », cit.

74. GOYARD-FABRE, *op. cit.*

75. Sarah VANUXEM, *La propriété de la terre*, Marseille, Wildproject, 2018.

76. Cela n'a semble-t-il pas été le cas : ALLEY, *op. cit.*

77. *Tē Awa Tupua (Whanganui River Claims Settlement) Act* 2017.

78. Robert PANIKKAR, « Is the Notion of Human Rights a Western Concept? », *Diogenes*, 1982, vol. 30, no 120, pp. 75-102. Ce qu'il présente résonne fortement avec l'écocentrisme.

79. Cf. aussi Camila PERRUSO, « La nature prise en compte par la Cour interaméricaine des droits de l'homme: une révolution? », in Pauline MILON, David SAMSON (dir.), *Révolution juridique, révolution scientifique*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2014, pp. 57-78.

sabilité aux entités concernées⁸⁰. Pour Thomas, le « sujet de droits et d'obligations [...] est une abstraction [...], un point d'imputation personnalisé des règles juridiques »⁸¹. « C'est peut-être la lance au poing que nous rencontrerons les plus authentiques sujets de droits », affirme J. Carbonnier⁸². Pour Hermitte, le sujet de droit désigne la fonction ou la capacité de détenir et d'exercer des droits – la possession et l'exercice de ces droits étant dissociable⁸³ –, ou encore « d'ester en justice, directement ou par [...] ses représentants »⁸⁴, ce qui permet d'accorder des droits différenciés⁸⁵. Dès lors que l'on met l'accent sur la dimension opératoire du droit, distinguant – comme l'ont fait Thomas et Hermitte⁸⁶ – entre formes juridiques neutres et contenus sociaux et idéologiques, alors EJ ne constitue qu'une technique juridique parmi d'autres, indifférente du point de vue idéologico-politique. Le débat porte sur l'effectivité juridique, et non sur les justifications morales de l'idéal politique de protection environnementale : qu'il vise le bien de l'humanité ou/et celui de la nature ne concerne pas le juriste. S'il s'agit de droit positif, introduire cette polémique philosophico-politique viole d'ailleurs le principe de neutralité des institutions publiques⁸⁷.

80. L'arrêt du Gange lui accorde la personnalité juridique « *with all corresponding rights, duties and liabilities of a living person* ». ALLEY (*cit.*) souligne que la crainte de l'Etat d'être tenu pour responsable d'éventuelles inondations ou d'autres manquements a été l'une des raisons conduisant l'administration à demander l'annulation de cet arrêt.

81. THOMAS, « Le sujet de droit », *cit.*, p. 102.

82. CARBONNIER, *cit.*, p. 198, qui rejette pourtant la « théorie de la fiction ».

83. Cf. aussi FAVRE, *op. cit.*

84. Marie-Angèle HERMITTE, « L'embryon aléatoire », in Jacques TESTART (dir.), *Le magasin des enfants*, Paris, Gallimard, 1994, p. 366; *id.*, « La nature, sujet de droit? », *cit.*, p. 197; *id.*, « Compte-rendu de *La Cause animale (1820-1980) : essai de sociologie historique*, Christophe Traïni (PUF, 2011) », *Natures Sciences Sociétés*, 2012, vol. 20, n°3, pp. 376-77; HERMITTE, CHATEAURAYNAUD, *op. cit.*, p. 149; cf. aussi Yan THOMAS, Olivier CAYLA, *Du droit de ne pas naître. A propos de l'affaire Perruche*, Paris, Gallimard, 2002, pp. 85-86, 125.

85. Marie-Angèle HERMITTE, « Les droits de l'homme pour les humains, les droits du singe pour les grands singes ! », *Le Débat*, 2000, vol. 108, no 1, pp. 169-74; remarquons que la conception hiérarchique de Singer ne s'oppose pas, bien au contraire, à de tels droits différenciés.

86. THOMAS, « Le sujet de droit », *cit.* ; Marie-Angèle HERMITTE, « L'expression juridique des objets génétiques », *Quaderni*, 1990, vol. 11, no 1, p. 81.

87. RAWLS, *op. cit.* ; HART, *op. cit.*

c) *Abstraction juridique*

Minorer, en outre, l'artificialité de la personnalité juridique en ressuscitant la « théorie de la fiction » ouvre la porte à un jusnaturalisme qui méconnaît l'essence du droit. L'artificialisme du droit n'est pas le résultat d'une opinion, mais l'effet nécessaire de l'abstraction qui fonde le droit en tant que « science ». De même que l'abstraction philosophique creuse la distance entre théorie et idéologie par le processus d'aller-retour décrit par l'allégorie de la caverne, l'abstraction juridique « réinvente un autre monde » en « [partant] de la pratique des hommes et des choses et [en y retournant] »⁸⁸. Mais l'abstraction juridique est *sui generis* – ce que dénie Esposito, qui rabat ces deux abstractions sur le même « dispositif nihiliste »⁸⁹. Aristote distinguait en effet deux modèles d'abstraction : l'*epagôgê*, c'est-à-dire l'induction conduisant à la « dialectique » ou à la *diairesis* (« division ») entre genres et espèces, et l'abstraction mathématique, laquelle retire d'un phénomène ses caractères individualisants plutôt que de subsumer le divers sous un même concept⁹⁰. Or, ce qui caractérise l'abstraction juridique, ce n'est pas tant la *diairesis*, qui permet d'ordonner le droit⁹¹. C'est plutôt cette capacité de redoubler l'« univers de plumes et de poils » par un « double fantomatique »⁹², les rapports juridiques étant détachés des « déterminations concrètes qui en constituaient le contenu dans la réalité »⁹³. Dès lors, on ne peut distinguer entre « vrais » et « faux » concepts en s'appuyant sur une théorie de la vérité-correspondance : en droit, il n'y a que des fictions, qui ne sont ni fausses, ni mensongères, ni « nihilistes » parce qu'elles contrediraient le monde vécu – ce qui rejoint la théorie abstractionniste de Boèce⁹⁴. En faisant du droit « un autre monde », ce geste ontologiquement constitutif lui donne ce caractère auto-référentiel qui lui

88. Marie-Angèle HERMITTE, « Le droit est un autre monde », *Enquête*, 1999, no 7, p. 17. Cf. aussi HERMITTE, CHATEAURAYNAUD, *op. cit.*, pp. 161 sq.

89. ESPOSITO, *op. cit.*, pp. 46-49.

90. Alain DE LIBERA, « Abstraction », in Barbara CASSIN (dir.), *Dictionary of Untranslatables*, Princeton University Press, 2014.

91. Aldo SCHIAVONE, *Ius. L'invention du droit en Occident*, Paris, Belin, 2008, pp. 274-75.

92. HERMITTE, « Le droit est un autre monde », cit.

93. SCHIAVONE, *loc. cit.*

94. DE LIBERA, *op. cit.*

permet d'obtenir « une prise incomparable sur la vie nue » mais aussi de se constituer à l'écart du politique⁹⁵. Aussi, « voir l'aspect conventionnel [du droit] à certains endroits seulement » n'est pas qu'« une résurgence inutile du droit naturel »⁹⁶ : c'est une menace à l'égard de l'autonomie du droit, qui seule empêche de réduire le droit à l'idéologie.

Le jusnaturalisme procède ainsi d'une théorie erronée de l'abstraction juridique : « le droit, disait Hart, est une chose que les hommes ajoutent au monde, non qu'ils y trouvent »⁹⁷. Cela conduit à une conception erronée du sujet de droit, et donc d'EJ. En effet, ce n'est pas parce que certaines entités naturelles (humaines ou non) seraient des personnes, morales au sens éthique, qu'on leur attribue la personnalité juridique : c'est parce que le droit leur reconnaît, directement ou non, la capacité d'ester en justice qu'il faut en déduire qu'elles possèdent ce statut⁹⁸. *A contrario*, il faudrait soit affirmer la valeur intrinsèque et non-instrumentale des entreprises, soit réserver celle-ci aux humains et revenir aux apories suscitées par la « théorie de la fiction » et les humains « incapables ». Empruntée tant par l'« humanisme » que par l'antispécisme, cette solution jusnaturaliste et individualiste rend impossible EJ et même EP, puisqu'il est difficile de soutenir que les espèces et les écosystèmes seraient des individus⁹⁹.

283

d) L'animisme hégélien et le patrimoine

Contrairement à EP, EJ est ainsi nécessairement positiviste. Or, l'artificialisme propre à EJ conduit à insister sur sa dimension opératoire et idéologiquement neutre. Sauf à méconnaître la spécificité du droit, qui n'envisage que la « dimension abstraite des rapports »¹⁰⁰ juridiques, indépendamment des contenus socio-économiques subsumés sous ces rapports, une généalogie d'EJ ne reconduit donc pas aux procès médiévaux d'animaux, mais aux concepts de do-

95. SCHIAVONE, *op. cit.*, pp. 258, 277.

96. HERMITTE, « Compte-rendu de Ch. Stone », cit.

97. HART, *op. cit.*

98. HERMITTE, « L'embryon aléatoire », cit., p. 366.

99. D'où l'insistance de Catherine LARRÈRE (*loc.cit.*) à rappeler la définition de Descola : « des écosystèmes, c'est-à-dire des rapports d'un certain type entre des êtres localisés dans des espaces » (in DESCOLA, « Humain, trop humain », cit., p. 21.)

100. SCHIAVONE, *op. cit.*, p. 276.

maine public et de patrimoine. Loin de justifier l'appropriation illimitée et arbitraire de l'homme¹⁰¹, Hegel notait ainsi qu'en tant que « les monuments publics sont propriété nationale [...] ils valent comme fins vivantes et indépendantes par l'âme de souvenir et d'honneur qui les habite ; mais s'ils perdent cette âme ils deviennent [...] sans maître pour une nation donnée et propriété privée contingente »¹⁰², autorisant dès lors quiconque à s'approprier ce qui est devenu une *res nullius*. Le « animisme juridique » de Hegel n'est pas qu'une vue de l'esprit philosophique : c'est en qualifiant les cendres de Descartes de monument public que la République refusa à la ville de Tours le droit de se les approprier¹⁰³ ; et c'est précisément autour de cette question que se pose le débat sur les « biens souverains »¹⁰⁴. C'est aussi une solution hégélienne que retient l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle lorsqu'elle achoppe sur l'imprescriptibilité des droits des autochtones¹⁰⁵. Or le concept de domaine public a aussi été utilisé pour protéger l'environnement. Outre les parcs nationaux, ainsi que certaines entités discrètes – arbres ou rochers¹⁰⁶ –, le juriste G. A. Momber propose ainsi¹⁰⁷, en 1909, de déclarer l'avifaune sauvage « propriété de l'Etat », c'est-à-dire de nationaliser ces *res nullius*, afin de défendre les *claims*¹⁰⁸ of birds

101. HEGEL, *Principes de la philosophie du droit*, §44.

102. *Ibid.*, §64

103. François AZOUVI, « Descartes », in Pierre NORA (dir.), *Les Lieux de mémoire (III)*, Paris, Gallimard, 1997, pp. 4475-4519.

104. Marie-Angèle HERMITTE, « Souveraineté, peuples autochtones : le partage équitable des ressources et des connaissances », in *La bioéquité. Batailles autour du partage du vivant*, Paris, Autrement, 2009, pp. 115-35.

105. *Ibid.*, p. 132.

106. SAMSON, *op. cit.*, 93-94.

107. Arthur H. MACPHERSON, GUSTAVUS A. MOMBOR, *Legislation for the protection of birds*, Londres, Royal Society for the Protection of Birds, 1909, pp. 51-66.

108. Improprement traduit par « prétention » ou « revendication », le mot “claim” s’entend comme une sorte de revendication légitime extra- ou arché-juridique, qui renverrait par exemple, en droit romain, à l’acte de prendre (*capere*) du chasseur. Il se traduit ici difficilement par « titre », comme le suggère Laugier. Peut-être faut-il le comparer à l'*aidos*, qui signifie simultanément l'honneur et la honte selon Benveniste. Si, commente Karsenti, « on invoque l'honneur quand celui-ci a été lésé, et on exprime par le même terme la honte que l'on éprouve à cette occasion », on dira alors qu'on invoque les *claims*, c'est-à-dire le droit d'avoir des droits précisément lorsque ceux-ci et celui-là ne sont pas reconnus. *Comp.* Sandra LAUGIER, « claim » in *Dictionnaire of Untranslatables*, cit.; THOMAS, « L'institution juridique de la nature », cit. ; BRUNO KARSENTI, *La question juive des Modernes*, Paris, PUF, 2017, p. 333.

on man ; une solution retenue en Argentine¹⁰⁹. On peut ainsi défendre une proposition anthropocentrique – ou stocentrique – sur le plan juridique, consistant à nationaliser la nature, tout en défendant philosophiquement l'écocentrisme en parlant de *claims*. Inversement, on peut défendre pragmatiquement EJ sans soutenir EP.

e) *La neutralité philosophique du droit*

Dès lors que l'on écarte les tentations jusnaturalistes qui entâchent la compréhension d'EJ, il faut admettre – si l'on prend au sérieux la perspective artificialiste – qu'il peut non seulement être défendu à partir des doctrines les plus variées, de l'écocentrisme à l'anthropocentrisme, mais qu'il n'a nul besoin d'être fondé par une interprétation philosophique¹¹⁰. Légitimer ou récuser EJ philosophiquement résulte d'une erreur de catégorie : il n'y a pas, ici, à chercher, « le lieu philosophique de [son] enracinement »¹¹¹, puisque ce lieu est vide. EJ n'a en particulier nul besoin de reposer sur la thèse, philosophico-historique, selon laquelle l'« anthropocentrisme » constituerait une « idéologie » paradigmatique de l'« Occident ». On peut d'autant moins assimiler EJ à EP que lorsqu'il s'agit d'animaux, on utilise en général un raisonnement antispéciste, qui aboutit à un jusnaturalisme paradoxal¹¹². Dès lors, loin de traduire EP ou de s'appuyer dessus, EJ exige seulement l'adoption préalable, de manière formelle et générale, d'un idéal politico-éthique de protection environnementale. A chacun de le justifier selon ses convictions.

285

2. L'écologie juridique

Si EJ ne peut pas être identifié ni réduit à EP, nous devons également montrer que l'écologie juridique ne constitue pas la simple réalisation d'un projet politique et philosophique « écologique », c'est-à-dire qu'il ne s'agit pas d'une

109. Loi n° 23.094 de 1984 sur les baleines.

110. C'est sur ce dernier point que nous divergeons de Stone, lequel sépare droit et morale mais veut fonder EJ sur EP (in *Trees Revisited*, cit.).

111. GOYARD-FABRE, *op. cit.*

112. Utilitariste, Singer ne reconnaît – contrairement à P. Cavalieri – ni les droits de l'homme, ni le jusnaturalisme, ce qui ne l'empêche pas de déduire de propriétés intrinsèques de l'animal l'exigence de droits correspondants.

« idéologie du droit », tout en soulignant l'existence d'un « air de famille » entre l'écologie scientifique, politique et juridique. Pour cela, nous montrerons qu'EJ, loin de constituer le cœur d'une « doctrine » hermittienne, n'est qu'une partie d'un projet qui ne se donne précisément pas sous la forme d'une *Weltanschauung* ou de l'application d'un programme élaboré ailleurs mais d'une théorie du droit. Cette démonstration présuppose de revenir à la « formule abstraite de l'écologie » : « l'exploitation de la nature pose problème, donc il faut maîtriser la technique »¹¹³. Autrement dit, avant d'être fondée sur une éthique de l'environnement, l'écologie requiert une philosophie de la technique et une philosophie politique, donc une théorie du droit et de l'Etat.

a) *Chosification et personnification*

Or, si Stone effleure ce point, sa réflexion reste dépendante de l'éthique environnementale – même si, plus tard, il s'interrogera aussi sur l'embryon ou les robots¹¹⁴. Par contraste, celle d'Hermitte est orientée par le problème posé au droit par le « coup d'Etat permanent de la science »¹¹⁵, dont le développement s'intègre au marché et à l'Etat. Ainsi, si la réflexion de Stone s'élabore sur fond du mouvement écologique et de la « contre-culture » *hippie*¹¹⁶, celle d'Hermitte se formule, en 1988, en plein débat bioéthique. La trajectoire singulière d'Hermitte, qui l'a conduite à s'intéresser précocement aux OGM¹¹⁷, au sein d'un contexte national particulier, permet d'expliquer les divergences entre ces juristes. Hermitte ne s'inspire ni de Stone, ni de Næss, ni de la *deep ecology*, mais d'abord de R. Demogue, ensuite d'une « déduction logique » faite à partir de l'économiste

113. SAMSON, *op. cit.*, p. 321.

114. STONE, *Trees Revisited*, cit. ; ID., « Le pluralisme moral et le développement de l'éthique environnementale », in AFEISSA, *op. cit.*, p. 295.

115. Marie-Angèle HERMITTE, « Qu'est-ce qu'un droit des sciences et des techniques ? À propos de la traçabilité des OGM », *Tracés. Revue de Sciences humaines*, 2009, vol. 1, no 16, pp. 63-75.

116. DEVALL, *op. cit.*

117. Marie-Angèle HERMITTE et Christine NOIVILLE, « La dissémination volontaire d'organismes génétiquement modifiés dans l'environnement : une première application du principe de prudence », *Revue juridique de l'environnement*, 1993, vol. 18, no 3, pp. 391-417; voir aussi HERMITTE et CHATEAURAYNAUD, *op. cit.*

R. Passet¹¹⁸. Isolé par ses critiques qui n'y verront qu'une apologie de DE¹¹⁹, son article de 1988 doit ainsi être lu avec celui de 1990 sur « l'embryon aléatoire », qui traite aussi du sujet de droit. Ainsi, au lieu de partir du problème de l'imbrication réciproque entre droit et social, sa réflexion dissocie alors ces plans en distinguant formes juridiques et contenus sociaux¹²⁰ et reste donc interne au droit : ce qu'elle théorise, c'est la contradiction entre « deux ordres juridiques », l'un visant à développer l'économie de marché, l'autre à assurer « une gestion prudente des ressources »¹²¹. Contrairement à Stone, Hermitte s'appuie ainsi, au moins partiellement, sur une philosophie anthropocentrique : l'homme est le « gérant » de la nature, constituée en tant que « patrimoine » pour les « générations futures »¹²². Bref, l'horizon de cet article n'est pas tant déterminé par l'idée d'accorder une valeur intrinsèque à la nature que par celle de limiter l'expansionnisme économique court-termiste¹²³. L'écocentrisme n'est alors que le moyen, et non la fin, de cette régulation. Ainsi, il s'agit d'abord d'une réflexion sur la contradiction interne au droit écartelé entre des objectifs contraires, qu'on pondèrera en opposant « à la toute-puissance du droit subjectif de l'homme à poursuivre ses activités » celui de la nature¹²⁴. La critique de Ferry *et al.* se trompe de cible d'abord en assimilant Stone à Hermitte, ensuite en ne voyant pas que même Stone ne défend pas *stricto sensu* le jusnaturalisme.

Or, cette problématisation écologique s'effectue à partir d'une interrogation sur la modification – juridique – des

118. *Ibid.*, pp. 152, 171.

119. Voir cependant Jean-Charles HOURCADE, « Les sciences entre philosophie et mass media ou l'incertaine légitimité », *Natures Sciences Sociétés*, 1993, vol. 1, no 4, pp. 316-21.

120. HERMITTE, « L'expression juridique », cit.

121. HERMITTE, « Le concept de diversité », cit., p. 240.

122. *Ibid.*, pp. 255-62. John PASSMORE (*Man's Responsibility for Nature*, 1974) distingue trois modalités de l'« anthropocentrisme occidental » : le gérant, intendant ou *steward* de la planète ; le « coopérateur » aristotélicien qui achève l'œuvre de la nature ; le despote (cité in SYLVAN ROUTLEY, cit., p. 34.)

123. En un sens, il en va de même chez Næss, comme le remarque Fabrice FLIPO in « La *deep ecology*, un intégrisme menaçant ou un libéralisme non-moderne ? », *Sens Public*, 2008. Reste que la « domination de l'économisme sur les valeurs humaines » recouvre celle de « l'homme » sur la « nature », comme l'indiquait déjà Marx (SAMSON, *op. cit.*, pp. 24-33 et 320-333).

124. HERMITTE, « Le concept de diversité », pp. 249-50.

rapports entre choses et personnes, qui donnera lieu à une vaste réflexion sur la prise en compte juridique de nouvelles entités : des embryons aux animaux, naguère cantonnés aux marges du droit, en passant par les « biens souverains » et les entités socio-techniques que sont les OGM, les robots, les embryons *in vitro*, les individus en état de mort encéphalique, les chimères, les variétés végétales¹²⁵, etc. – qu'on qualifierait d' « artefacts » si cela ne laissait supposer l'existence d'une barrière stable entre le « monde technique » et la nature¹²⁶. Comme Adorno et Horkheimer, Hermitte souligne alors l'ambivalence du progrès, en montrant que la science conduit simultanément à la chosification de la vie pré-natale – le pré-embryon, qualifié de « végétal imbécile, têtard obstiné » – et à sa personnalisation, la connaissance de la vie infra-utérine se précisant¹²⁷ ; cela vaut aussi pour l'animal, écartelé entre la zootechnie et l'éthologie. En montrant que l'être de l'embryon n'est pas progressif et évolutif mais fonction des relations sociales et juridiques dans lesquelles il est pris, elle défend une ontologie relationnelle et non-essentialiste, à l'opposé du naturalisme de Singer qui fait du plan biologique l'infrastructure du social¹²⁸. Il ne s'agit pas de nier l'importance du biologique ou de la matière, ou la différence des espèces, mais de montrer que considérer quelque chose comme « purement » biologique ou « purement » matière est le résultat d'une construction institutionnelle qui n'est ni arbitraire, ni nécessaire. Or, de même que l'embryon est à la fois sujet et objet de droit, de même Hermitte détecte-t-elle cette ambivalence à l'œuvre dans le droit des animaux et de l'environnement. Parfois notée par le juge colombien et théorisée par Hermitte notamment dans « Le droit est un autre monde », celle-ci est centrale puisque si l'embryon, l'animal ou l'écosystème peuvent être à la fois objets et sujets de droit, ou tantôt l'un, tantôt l'autre, c'est que leur « nature juridique » ne

125. HERMITTE et CHATEAURAYNAUD, *op. cit.*, 76-83; Marie-Angèle HERMITTE, *L'emprise des droits intellectuels sur le monde vivant*, Versailles, Quac, 2016.

126. HERMITTE et CHATEAURAYNAUD, *op. cit.*, pp. 128, 157. Cf. aussi SAMSON, *op. cit.*, pp. 617-24.

127. HERMITTE, « L'embryon aléatoire », *cit.*, pp. 334, 359.

128. PETER SINGER, *Une gauche darwinienne. Politique, évolution et coopération*, Paris, Cassini, 2002.

dépend pas de leur « nature biologique ». En croisant la réflexion bioéthique à l'écologie, Hermitte développe ainsi une problématique du sujet de droit qui d'une part ne se restreint pas à l'environnement, d'autre part montre que ce processus de redéfinition de la *summa divisio* est objectivement à l'œuvre même là où le droit ne reconnaît pas explicitement ce statut à des entités non-humaines. Davantage encore que chez Stone, EJ est ainsi une proposition descriptive autant que prescriptive. Renversons la proposition de Thomas : c'est l'anthropocentrisme – « idée absurde et contre-nature », disait Engels¹²⁹ – qui se révèle comme « vernis idéologique passager »¹³⁰. De même que le progrès scientifique amène à la réification et la personnalisation de la vie pré-natale, il conduit à l'appropriation illimitée de la nature et à la reconnaissance de l'immanence de l'homme à la nature¹³¹. Avant de viser à un « bouleversement des valeurs », EJ résulte d'abord de cette reconnaissance¹³². Loin de « succéder » à un « paradigme anthropocentrique », EJ se développe au fur et à mesure que se développent les moyens d'exploitation. « Il faut craindre que, facilitée par l'utilisation de moyens modernes, l'exploitation des cristaux prenne une extension démesurée » : n'est-ce pas la motivation profonde du juge qui étend la protection légale du site du Mont-Blanc à ses éléments minéralogiques¹³³ ?

Davantage qu'une défense de la « nature sauvage » opposée à la technique, EJ est ainsi le résultat de l'ambivalence même de la technique et s'étend au-delà du droit de l'environnement. Il faut ici distinguer le double mouvement de « chosification » et de « personnalisation » – ou d'objectivation-subjectivation¹³⁴ – conduit par un processus

129. Friedrich ENGELS, *Dialectique de la nature*, Paris, Sociales, 1952, p. 181.

130. THOMAS, « Le sujet de droit », cit., p. 96.

131. ENGELS, *op. cit.*

132. HERMITTE, « Le concept de diversité », cit., pp. 247-49, 254-55.

133. Arrêts cités *supra*, note 64.

134. Aucun de ces termes n'est parfait : la « chosification » et la « personnalisation » parlent davantage que les termes d'objectivation et de subjectivation, mais laissent croire que ces entités n'étaient pas, au départ, des « choses » – alors qu'elles sont des choses de plus en plus « chosifiées » –, tandis que la « personnalisation » renvoie inéluctablement vers l'âme – ou l'« animisme juridique » – alors qu'il s'agit parfois, pour Hermitte, de montrer qu'un collectif humain s'engage dans un milieu, comme lorsque les opposants au gaz de schiste font « apparaître leur « pays vivant » comme un sujet » ou que l'on sou-

indissociablement social et juridique de la question strictement juridique du sujet de droit, catégorie transversale. Ce sont ces deux aspects qui ont conduit Hermitte à proposer l'idée d'un « droit du vivant », intégrée à partir de 2005 dans l'idée plus générale d'un « droit des sciences et des techniques »¹³⁵. Le « vivant » n'est en effet pas opposé à l'« artefact », mais plutôt à l'inanimé. C'est d'ailleurs ce point qui conduit Hermitte à mesurer son écocentrisme, puisque l'inanimé – le paysage ou l'écosystème – ne peut devenir sujet de droit, selon elle, qu'en tant qu'il est le support du vivant¹³⁶. Constatons néanmoins que le patrimoine géologique est protégé en tant que tel par le VIII^e critère d'inscription au patrimoine mondial de l'UNESCO ; qu'une Déclaration internationale des droits de la mémoire de la Terre a été formulée en 1991¹³⁷ ; et que certains sites Natura 2000 sont uniquement protégés pour leurs particularités géologiques¹³⁸.

b) *La dimension symbolique et anthropologique du droit*

Restons toutefois sur l'animé et l'« animisme juridique » afin de revenir sur la dimension anthropologique du droit, éclipsée par l'accent mis sur sa dimension opératoire. Certes, la défense d'une « vision enchantée du monde » qui permet de « parler poule » ou « crapaud » devant le juge¹³⁹, et ainsi de faire valoir leurs intérêts propres, peut s'interpréter uniquement en termes procéduraux. En les constituants en sujets de droits, cela permet d'étendre le montant des indemnisations, le champ des preuves admissibles et la palette des outils juridiques, de l'*habeas corpus* à l'action de *tutela*¹⁴⁰ en passant par le « préjudice écologique pur ». Mais si qualifier le fleuve Atrato ou l'Amazonie de personne juridique ne

ligne, après Braudel, que la Méditerranée est un « sujet, culturel qui plus est » (HERMITTE et CHATEAURAYNAUD, *op. cit.*, p. 126).

135. *Ibid.*, pp. 111-27.

136. HERMITTE, « Le concept de diversité », cit. ; cf. aussi ID., « La nature, sujet de droit », cit., p. 175 et note n°9, et HERMITTE et CHATEAURAYNAUD, *op. cit.*, p. 126.

137. Nathalie CAYLA, *Le patrimoine géologique de l'arc alpin. De la médiation scientifique à la valorisation géotouristique*, thèse, Grenoble, Université de Savoie, 2009.

138. Par exemple les tuffières du Vercors.

139. HERMITTE et CHATEAURAYNAUD, *op. cit.*, pp. 171, 174, 385-386.

140. Dispositif constitutionnel colombien qui autorise le juge à prescrire au gouvernement des plans d'action visant à mettre fin à la violation de droits fondamentaux.

conduit *in fine* qu'à prescrire au gouvernement de dresser des plans mettant fin à la dégradation environnementale, en quoi est-ce si différent du contrôle exercé par la CJUE sur les plans relatifs à la pollution atmosphérique¹⁴¹ ? Si attribuer au Gange la personnalité juridique revient en fait à réduire les possibilités d'ester ouvertes par les doctrines du *public trust* et du *public interest*, le Gange étant désormais considéré comme un enfant à la seule charge de l'Etat, comment s'en féliciter¹⁴² ?

On ne peut se contenter de la distinction entre formes juridiques neutres et contenus idéologico-sociaux. Si le droit n'est qu'une technique, alors le débat sur EJ ne relève que de l'effectivité juridique. Mais si la distinction entre différents procédés juridiques est idéologique – comme le prétend aussi Thomas –, alors les « catégories du droit » ne sont pas « neutres en soi » et « tous les modes d'organisation sociale » ne peuvent s'inscrire « dans un même dispositif de rationalité »¹⁴³. Même en écartant toute psychanalyse du droit, le débat sur EJ relève aussi d'une éco- et d'une anthropologie, ce pourquoi les juristes insistent tantôt sur son aspect procédural, tantôt sur sa dimension symbolique¹⁴⁴. Or, en défendant les « structures permanentes de notre culture juridique », Thomas dissimule mal son parti-pris¹⁴⁵. S'il partage avec d'autres l'idée d'une « anthropologie occidentale », il considère en revanche – du moins pour ce qui est de l'environnement – qu'il est plus sûr de conserver celle-ci, ou que celle-ci n'aurait pas changé. Hermitte, au contraire, évoque notre attitude changeante à l'égard de la nature et la mise en jeu, par les technosciences, de « la vieille opposition vivant/inerte »¹⁴⁶. Sans doute y-a-t-il ici une « leçon des peuples autochtones »¹⁴⁷ adressée aux

141. CJUE, C-636/18, *France c. Commission*, 24 octobre 2019.

142. Constat qui semble découler de l'intervention de Shubhangi Roy au colloque « Juridifier l'anthropocène » (Agence française du développement, 22 nov. 2019), et de ses éclaircissements donnés en privé.

143. THOMAS, « Le sujet de droit », cit., p. 104.

144. SAMSON, *op. cit.*, pp. 74-78 (citant aussi Valérie Cabanes).

145. Malgré des formulations ambiguës tendant à le dissimuler : « Les solutions qu'offre la technique du droit ne manquent pas, mais elles n'ont pas toutes la même portée idéologique » (THOMAS, « Le sujet de droit », cit., p. 92).

146. HERMITTE et CHATEAURAYNAUD, *op. cit.*, p. 113.

147. *Ibid.*, p. 165.

juristes. C'est afin d'intégrer la cosmologie autochtone que la Nouvelle-Zélande a attribué la personnalité juridique au fleuve Whanganui en utilisant un concept juridico-cosmologique. Traduit par « personne juridique », *Te Awa Tupua* désigne aussi l'entité physique et métaphysique qui donne sa force vitale au fleuve. On peut alors reconnaître, sans tautologie, « *Te Awa Tupua* comme une personne juridique »¹⁴⁸. Si l'allusion à la *Pacha-Mama* semble indiquer un processus analogue, il ne s'agit pas, pour la Bolivie et l'Equateur, d'un simple retour à la tradition. De même que les appellations d'origine peuvent être reliées « à des tendances de pointe du droit contemporain » plutôt qu'à « l'Ancien droit »¹⁴⁹, l'écocentrisme andin rompt avec le droit inca : l'ensemble des étants (la terre, les animaux, les hommes...) était alors propriété du souverain¹⁵⁰... Le même phénomène s'observe en Inde, où certains hindous refusent de considérer une divinité comme une personne et où ce sont les colons qui ont accordé la personnalité juridique à des idoles¹⁵¹. De même, c'est une plainte de jeunes Colombiens, effectuée au nom du droit à un environnement sain, qui conduit le juge à attribuer la personnalité juridique à l'Amazonie¹⁵². C'est un référendum, plutôt qu'une plainte d'Amérindiens, qui conduit à attribuer au lac Erié (Ohio) ce statut. Outre qu'il s'agit donc d'une modification « interne » du rapport « occidental » à la nature aussi bien qu'« externe », cet animisme juridique s'insère aussi dans la tradition occidentale et la problématique hégélienne des « biens souverains ». Or, si le droit semble instituer une « corporéité disloquée » en dissociant le corps en organes, tissus, etc., « la projection unifiante de la personne continue d'imposer son régime »¹⁵³.

148. *Te Awa Tupua (Whanganui River Claims Settlement) Act*, 2017 (partie I, §7; partie 2, §10, 12, 14).

149. Marie-Angèle HERMITTE, « Les appellations d'origine dans la genèse des droits de propriété intellectuelle », *Etudes et recherches. Systèmes agraires et développement*, 2001, no 32, pp. 195-207.

150. Gary URTON, Alejandro CHU, « The Invention Of Taxation in the Inka Empire », *Latin American Antiquity*, 2019, vol. 30, n° 1, pp. 1-16.

151. ALLEY, *op. cit.*

152. Pour le fleuve Atrato, il s'agit bien de communautés « indigènes et afro-colombiennes », mais c'est aussi leur droit à vivre dans un environnement sain qui est, en premier lieu, en cause.

153. THOMAS, « Le sujet de droit », *cit.*, p. 103.

C'est ce que montre la loi n°2008-1350 en mettant un terme à la dispersion des cendres funéraires autorisée par un décret de 2007, illustrant ainsi la présence d'un résidu de personnalité. *A contrario*, la condamnation d'un Etat pour la mutilation d'un cadavre en raison du préjudice causé au père du défunt¹⁵⁴ montre aussi que le débat soulevé par EJ outre-passe l'environnement.

Conclusion

On ne peut donc réduire l'écologie juridique à l'écocentrisme, philosophique ou juridique, ni celui-ci à l'introduction d'anthologies non-occidentales au sein du droit. Chez Hermitte, l'écologie juridique vise une « stratégie d'intégration des impératifs du monde vivant dans l'ensemble de l'ordre juridique »¹⁵⁵ et se pose en tant que réflexion sur les objets et les branches du droit qui, en faisant varier les perspectives, amène à découvrir l'existence de droits insoupçonnés¹⁵⁶. EJ n'est ainsi qu'un aspect d'un projet visant à mettre fin « à l'absence [...] de projet global de développement de la société »¹⁵⁷. Il s'agit certes de « partager le territoire avec d'autres vivants »¹⁵⁸. Mais en s'interrogeant sur le rythme technique, l'écologie juridique assigne aussi un rôle critique au droit, au-delà de la bioéthique qui légitime « les productions de la techno-science »¹⁵⁹. S'il accompagne le marché, le droit se construit aussi comme « ordre de résistance au monolithisme des valeurs dominantes »¹⁶⁰ afin de permettre un choix « collectif et débatu » quant à l'avenir¹⁶¹. Il s'agit, d'une certaine manière, d'associer à la démocratie technique une sorte de constitutionnalisme environnemental. Qu'il s'agisse, en effet, de mammifères, de moustiques, d'écosystèmes, d'embryons, de cadavres ou de « morts-vivants » transformés en réserves

154. CEDH, *Akkum et autres c. Turquie*, 24 mars 2005.

155. HERMITTE, « Le concept de diversité », cit., p. 252.

156. HERMITTE, « Le droit est un autre monde », cit.

157. HERMITTE, « Le concept de diversité », cit., p. 239.

158. HERMITTE et CHATEAURAYNAUD, *op. cit.*, 175; HERMITTE, « La nature, sujet de droit? »

159. HERMITTE, « L'embryon aléatoire », cit., pp. 344-45. Voir, récemment, les appels du pied du gouvernement français sur la reconnaissance biométrique faciale.

160. HERMITTE, « Le concept de diversité », cit., p. 241.

161. HERMITTE et CHATEAURAYNAUD, *op. cit.*, p. 168.

nationales d'organes, l'écocentrisme juridique prôné par l'écologie juridique ne conduit ni à sacrifier la « Vie », ni à rejeter la « Science ». Accorder une valeur intrinsèque à ces entités hétérogènes ne vise qu'à renverser la charge de la preuve¹⁶² en exigeant la justification explicite des projets techniques plutôt qu'une confiance aveugle envers la Science¹⁶³. L'écologie juridique partage l'assurance d'Engels selon laquelle le progrès amène à reconnaître notre dette envers la nature, mais non sa croyance en l'infaillibilité de la planification¹⁶⁴. On peut contrôler les moustiques, mais les exterminer en tant qu'espèce ne risque-t-il pas de mener aux mêmes impasses que l'agro-chimie ou que le programme d'extermination des mouches d'avant 1945¹⁶⁵ ? Si elle rejoint l'idée libérale ou jonassienne qu'il est impossible de tout prévoir, l'écologie juridique refuse toutefois tant la réification libérale de la technique – correspondant au dogme de l'unilinéarité du progrès¹⁶⁶ – que la critique anarchisante, défendant au contraire la nécessité d'une réflexivité démocratique passant par le droit et l'Etat. Démentons la modestie de l'auteur selon laquelle il n'y aurait d'auteurs qu'en philosophie¹⁶⁷ : son œuvre permet de penser une écologie juridique *ad hoc* qui ne se laissera jamais complètement absorber ni par l'édifice du droit, ni par la philosophie, ni par le brouhaha de la *doxa*.

162. John Baird CALLICOTT, « La valeur intrinsèque dans la nature: une analyse métaéthique », in AFEISSA, *op. cit.*, pp. 196-99.

163. HERMITTE, « L'embryon aléatoire », p. 344.

164. ENGELS, *op. cit.*

165. SAMSON, *op. cit.*, pp. 593-604.

166. Cf. le rapport de Hermitte pour le Haut Conseil des Biotechnologies sur la coexistence OGM/non-GM.

167. HERMITTE, « Le droit est un autre monde ».

L'accélération des destructions environnementales a rendu nécessaire la régulation juridique des activités anthropiques ayant des conséquences sur la biosphère dans son ensemble, impactant donc autant l'homme que les entités non-humaines. En effet, le droit est, comme le définit Vullierme, « la régulation étatique des relations susceptibles d'engendrer des conflits »¹. Lorsqu'une entreprise rejette dans une zone humide des substances toxiques et que cela nuit à la faune et la flore dépendant du milieu, les droits mobilisés encadrent la relation de l'entreprise avec l'environnement naturel, chacun constituant des « pôles » d'intérêts opposés qui doivent faire l'objet d'une formulation en termes de droits subjectifs opposables.

Cependant, nous verrons que le droit de l'environnement a pris pendant plusieurs décennies des détours qui rendent laborieuse l'acceptation du tournant subjectiviste qui s'opère en son sein depuis une décennie. Alors que de

* Docteure en droit public, Université d'Aix-Marseille/Université de Lausanne. Post-doctorante à l'Universidade de Brasilia. Courriel : paulinemilon-87@hotmail.fr

1. Jean-Louis VULLIERME, « La chose, (le bien) et la métaphysique », in *Archives de philosophie du droit*, tome 24, « Les biens et les choses en droit », Paris, Sirey, 1979, p. 49.

nombreux pays ont reconnu la qualité de sujet, principalement à des milieux (fleuves et forêt) mais aussi à des individus (Grands singes), les réticences que cela provoque dans d'autres États nous ont conduit à reformuler les enjeux que posent réellement la question de savoir si la nature, au sens large, c'est-à-dire toute entité vivante non humaine, qu'elle soit individuelle (un individu animal) ou collective (un milieu), peut se voir reconnaître des droits en propre, faisant de cette dernière un « sujet » juridique.

L'analyse des enjeux principaux du débat s'articulera en deux temps. Tout d'abord, nous nous intéresserons à l'essence du « sujet » de droit et à ses attributs fondamentaux. Il faudra ici admettre, comme le souligne Pierre Bourdieu, que « la constitution du champ juridique est un principe de constitution de la réalité » ; les faits et objets font, eux, l'objet d'une retraduction par le droit et deviennent ainsi le « produit de la construction juridique »².

Une fois la lumière faite sur la notion de sujet de droit, le second plan de notre analyse concernera la pratique d'États, toujours plus nombreux, à formuler des droits propres à la nature, un statut juridique de sujet ainsi qu'une institutionnalisation de son statut.

1. Théorie du sujet de droit

Les juristes ont longtemps envisagé comme acteurs du droit les seuls êtres humains car les intérêts de ces derniers ont dominé le paysage légal, façonnant un droit pensé *par* l'homme, *pour* l'homme. Mais l'« urgence écologique » a mis sur le devant de la scène des intérêts « bio-pluralistes » du « vivant » au sens large. S'est alors posé la question de savoir si les intérêts des entités non humaines pouvaient être formulés en termes de « droits » subjectifs détenus par des « sujets » juridiques.

L'étude de la catégorie de sujet juridique (B) sera réalisée dans le cadre d'une approche « fonctionnaliste » du droit, ce dernier étant conceptualisé comme un « moyen » (A). La personnalité permet la réalisation de finalités spécifiques, ce qui explique à la fois pourquoi certains États,

2. Pierre BOURDIEU, « La force du droit », *Actes de la recherche en sciences sociales*, 1986, vol. 64, n°1, p. 10.

soucieux de l'efficacité du droit de l'environnement³, ont opté pour cette solution, et pourquoi d'autres sont à l'inverse réticents à mettre en place une réelle reconnaissance des intérêts de la nature (C).

a) *La définition fonctionnaliste du sujet de droit*

Avant d'analyser les définitions du sujet juridique, précisons que le « sujet » est la catégorie principale, alors que la « personne » est une sous-catégorie de la catégorie « sujet ». En effet, la « personne » est un « sujet » caractérisé qui se divisera en fonction de l'entité, l'homme pour la personne « physique », les entités non humaines pour la personne « morale ». Le contenu des droits et devoirs dépendra des niveaux « inférieurs » des sous-catégories qui peuvent, telles des poupées matriochka, se sous-diviser. Cette précision est importante car si la nature est un sujet, cela ne signifie pas pour autant qu'elle bénéficie de droits et qu'elle soit soumise à des obligations identiques à celles des hommes, mais seulement que ces droits et obligations peuvent exister.

S'il existe encore à l'heure actuelle des réticences quant à la possibilité ou non de reconnaître à la nature des droits subjectifs et un statut de sujet, c'est parce que le sujet juridique a été pensé par le droit moderne à partir de l'homme. Ainsi, Cornu définit le sujet de droit comme le « support d'un droit subjectif [...] titulaire du droit (sujet actif) ou débiteur de l'obligation (sujet passif) »⁴. Sa caractéristique fondamentale est qu'il dispose d'une « personnalité juridique », c'est-à-dire d'une « aptitude à être titulaire de droits et assujetti à des obligations qui appartiennent à toutes les personnes physiques, et dans des conditions différentes aux personnes morales »⁵. Les définitions du « sujet » et de la « personnalité » de Cornu laissent entendre que la personnalité est d'abord une qualité de la personne phy-

3. À propos des lacunes du droit international de l'environnement et de son manque d'efficacité, voir le rapport « Gaps in international environmental law and environment-related instruments : towards a global pact for the environment » (A/73/419) rendu par le groupe de travail onusien créé par la résolution du 10 mai 2018 (A/RES/72/277) dans le cadre de la réflexion sur l'élaboration d'un traité contraignant fixant les principes fondamentaux du droit de l'environnement. Voir aussi Sandrine MALJEAN-DUBOIS (dir.), *The effectiveness of environmental law*, Cambridge, Intersentia, 2017.

4. Gérard CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris, P.U.F., 2005, p. 881.

5. Gérard CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique, op. cit.*, p. 666.

sique, de l'homme donc. Si elle se rapporte à une entité non humaine (personne morale), c'est de manière restreinte. Le fameux dictionnaire étasunien *Black's Law* définit lui aussi la personne juridique (*legal person*) avec une coloration anthropique. C'est une entité qui permet de « donner certains droits et devoirs d'un être humain ; un être, réel ou imaginaire, traité pour le raisonnement légal plus ou moins comme un être humain »⁶. Le rattachement de l'entité « sujet » à un référent humain y est constant. La personne juridique (*legal person*) permet ici à une entité « réelle » de jouir de droits et de se voir imposer les devoirs d'un être humain. Et si l'entité est un « être imaginaire », ce qui est ambigu, le droit étant en tout état de cause le résultat de la constitution d'une réalité propre, elle est dans tous les cas traitée, « plus ou moins comme un être humain ». L'analogie avec l'homme est donc nécessaire pour que l'entité juridique artificielle soit traitée comme l'entité « naturelle » et dispose de la faculté de se voir attribuer certains droits et devoirs.

Cette définition pose problème car elle entretient la confusion entre la « personne » philosophique, l'être humain, et la « personne juridique ». L'ambiguïté se retrouve dans les intitulés mêmes, les expressions françaises « personne naturelle », ou encore « personne physique », désignent des entités tangibles qui s'opposeraient à la « personne morale », création *ex nihilo*. Il sera donc nécessaire de revenir à la définition originelle de la personnalité qui était, comme l'évoque son étymologie grecque – *prosôpon* – puis romaine – *persona* –, le « masque que prend une personne dans la vie théâtrale, celui qui remplit son rôle, non sans les habits et les artifices exigés à cet effet »⁷. La personne n'était ici en rien rattachée à une « essence », qui serait propre à l'homme dans la tradition humaniste occidentale, mais se rattache donc bien à une « fonction », celle pour un être « d'avoir des droits lui appartenant en propre et des obligations lui incombant »⁸.

6. Henry Campbell BLACK, *Black's Law Dictionary*, 9e ed., 2009, p. 791.

7. François TERRE, « Introduction », in Xavier BIOY (dir.), *La Personnalité juridique : traditions et évolutions*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2013, p. 11.

8. Léon MICHOU, *La théorie de la personnalité morale, et son application au droit français*, 2e édition, Paris, L.G.D.J., 1924, p. 3.

La conceptualisation du « sujet juridique » par la fonction de ce dernier permet de reconnaître l'existence juridique d'entités dont les intérêts sont jugés dignes d'une protection juridique.

b) *Le sujet porteur d'intérêts sur la scène juridique*

Aucun instrument juridique ne comporte une liste exhaustive des entités détenant la qualité de sujet de droit. Il est ainsi logique que le sujet du Code civil, traitant des droits civils de la personne humaine, allant du respect du corps humain (articles 16 à 16-9), à la définition de son domicile (article 102), soit principalement l'être humain. Cependant, le livre premier intitulé « Des personnes » ne fait pas mention de liste limitative de « personnes » concernées ; le sujet des droits civils énoncés est donc induit des articles⁹.

Mais si les droits civils de la personne humaine encadrent ses relations avec d'autres sujets – des rapports inter-individuels comme le mariage ou des rapports à l'État dans les dispositions relatives à l'acquisition de la citoyenneté – il concerne aussi les relations du sujet avec des objets, dont les intérêts ne sont, eux, pas reconnus. Cela pourra poser un problème à partir du moment où ce « rapport » du sujet à l'objet n'est pas considéré comme garantissant un « équilibre » des divers intérêts, orienté vers la recherche de la justice et l'utilité sociale que le droit a vocation à garantir.

À cet égard, le nouvel article L. 515-14 du Code, témoin de l'évolution du statut de l'animal, dispose que : « Les animaux sont des êtres vivants doués de sensibilité. Sous réserve des lois qui les protègent, les animaux sont soumis au régime des biens »¹⁰. La première phrase de l'article peut être interprétée comme les prémisses de la future reconnaissance de droits subjectifs propres à des entités naturelles dont la sensibilité est reconnue. Puis dans la deuxième partie de l'article, la précision « Sous réserve des lois qui les protègent » permet de « relier » les deux intérêts distincts

9. L'article L. 515-1 du Code civil spécifie que seules « deux personnes physiques majeures » peuvent contracter un pacte civil de solidarité ; l'article L. 1145 relatif à la capacité contractuelle distingue lui la personne physique qui peut contracter « sauf en cas d'incapacité prévue par la loi » et « la capacité des personnes morales [...] limitée par les règles applicables à chacune d'entre elles ».

10. Article L. 515-14 du Code civil français, créé par la loi n°2015-177 du 16 février 2015, art. 2.

en présence, de l'homme, sujet propriétaire et de l'animal, objet de propriété. Elle rappelle que les animaux, êtres vivants sensibles, ont, au sein d'autres instruments normatifs, certains intérêts propres reconnus. Les « lois qui les protègent » permettent de pondérer l'intérêt du sujet humain, disposant toutefois de droits réels sur les biens-animaux, comme l'indique la suite de la phrase.

Cet article du Code civil nous permet de poser les enjeux de notre article. Bien que le droit soit d'abord « fait pour l'homme », ayant pour finalité première de le « placer dans les conditions extérieures les plus favorables à son bien-être physique et à son perfectionnement moral et intellectuel »¹¹, l'homme s'associe nécessairement, pour assurer son existence, aux êtres vivants, ayant eux aussi des intérêts devant être protégés, et donc matérialisés par des droits subjectifs détenus par des « sujets » juridiques. Nous percevons alors les deux éléments centraux et constitutifs de la « personne », à savoir l'existence d'un intérêt propre ; ensuite, une « institution » qui pourra concrètement représenter et défendre ces intérêts grâce à la formulation d'une « volonté ».

Mais si la volonté – à entendre ici comme une synecdoque, sous-entendu le sujet doué d'une volonté – veut quelque chose, nécessairement, c'est son contenu, le « quelque chose », qui peut, seul, faire l'objet d'une protection légale. Nous retiendrons donc l'« intérêt » comme la substance du droit, et la « volonté » comme le moyen, l'instrument au service de l'efficacité, du droit. Ainsi, la définition du droit subjectif qui nous semble la plus pertinente est celle de Michoud, plaçant l'intérêt au cœur de la constitution d'un droit : « l'intérêt d'un homme ou d'un groupe d'hommes, juridiquement protégé au moyen de la puissance reconnue à une volonté de le représenter et de le défendre »¹². Le juriste restreint les intérêts aux intérêts anthropiques mais nous actualiserons sa pensée en étendant les intérêts à ceux de l'ensemble des entités vivantes pour pouvoir prendre en compte les conséquences de la crise écologique ; la défense des intérêts anthropiques passant

11. Léon MICHOD, *La théorie de la personnalité morale, et son application au droit français*, *op. cit.*, p. 109.

12. *Ibid.* p. 103.

en effet nécessairement par la défense de l'ensemble des entités peuplant la biosphère.

S'il est essentiel que des entités non humaines se voient reconnaître la qualité de « personne juridique », c'est parce que son acquisition permet à la personne de se voir dotée d'attributs, patrimoniaux et extrapatrimoniaux.

c) *La téléonomie du sujet de droit*

De la même manière que la société peut, lorsqu'elle est instituée, affecter « à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter »¹³, le « patrimoine social » permet, lui, à toute personne de jouir de droits réels, et de disposer notamment d'un patrimoine distinct de celui de ses membres et d'être propriétaire. Pour une entité Fleuve par exemple, cela lui assurerait une certaine autonomie en lui permettant d'affecter son patrimoine à ses intérêts propres. Elle disposerait de cette façon de la « propriété » des entités qui la constituent (faune et flore) pouvant ainsi éviter toute atteinte à sa substance (en tant qu'écosystème). Concrètement, l'entité pourrait ainsi placer des fonds, engager des travaux de restauration, ou encore ester en justice. En outre, les attributs extra-patrimoniaux, rendant possible son individualisation par un nom, un domicile ou encore une nationalité, lui confèrent aussi une responsabilité y compris pénale. Ce dernier point nous permet de répondre aux critiques qui refusent la qualité de sujet aux entités naturelles à qui il serait impossible d'imputer des devoirs. Or en réalité, c'est l'absence de personnalité qui rend impossible l'existence de devoirs. Si l'entité Fleuve dispose d'un patrimoine propre, il serait tout à fait envisageable d'envisager une réparation en cas de dommages causés par des catastrophes écologiques.

301

Pour résumer, si le droit façonne son monde propre¹⁴, il constitue ses catégories en fonction de ses finalités, c'est-à-dire la régulation de conflits entre des intérêts divergents. Il lui sera donc nécessaire que ces intérêts soient formu-

13. Article 1832 du Code civil.

14. Marie-Angèle HERMITTE, « Le droit est un autre monde », *Enquête*, 1999, n° 7, pp. 17-37.

lés en termes de droits. La personne est donc une qualité du sujet qui aura pour seule et unique fonction de rendre compte d'une « qualité » fonctionnelle de l'entité, et plus précisément de constituer un point d'imputation de droits et de devoirs. Cette faculté est son critère d'identification : c'est parce qu'elle dispose de droits et de devoirs qu'elle est considérée comme une personne, et non l'inverse. Cette précision n'est pas anodine car nous verrons qu'il est essentiel de partir des droits et devoirs pour induire de ces derniers la qualité de « personne ». Tout l'enjeu de réflexions futures sur le droit de l'environnement dans les prochaines décennies sera donc de formuler les droits substantiels de la nature, et de permettre à ces droits d'être exercés par un « sujet » institutionnalisé.

2. Pratique du sujet juridique

Trois critères sont essentiels à la subjectivisation complète de la nature, à savoir la reconnaissance d'un statut de sujet (A), de droits subjectifs propres à la nature (B), et d'une institutionnalisation de l'entité juridique naturelle (C). L'étude du droit positif nous conduira à constater que ces trois éléments sont rarement réunis. En effet, le phénomène est encore jeune, et comporte à l'heure actuelle des lacunes avec lesquelles les acteurs du droit doivent composer.

a) *Les processus de reconnaissance du statut de sujet fondé sur l'interdépendance du vivant*

Dans un premier temps, c'est sur le « statut juridique » (*legal standing*) que le débat est né, à l'occasion d'une question procédurale. Il s'agissait de savoir quels sujets disposent dans un procès environnemental de la « qualité à agir »¹⁵ leur permettant d'ester en justice. Les juges se sont saisis de la question de la subjectivisation des entités naturelles en l'absence de droits subjectifs propres dévolus à la nature. Pour justifier l'extension de la sphère des sujets, les juris-

15. La qualité à/pour agir désigne « la qualification pour agir en justice exigée à peine d'irrecevabilité, du demandeur et du défendeur [...] qui résulte soit de la qualité requise par la loi [...] dans les actions réservées à certaines personnes, soit, dans les actions ouvertes à tout intéressé [...], de la justification d'un intérêt, condition d'existence de l'action en justice et donc de recevabilité de la demande », Gérard CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique, op. cit.*, p. 734.

prudences se réfèrent à l'interdépendance des êtres vivants, dans la lignée de la science écologique développant une vision écosystémique de la nature.

C'est à l'occasion de l'affaire *Sierra Club v. Morson* du 19 avril 1972 qui concerne les risques de dommages environnementaux causés par la construction d'un complexe hôtelier dans la *Mineral King Valley* (Californie, États-Unis d'Amérique) que le juge William O. Douglas, en reprenant les travaux du juriste étasunien Christopher D. Stone¹⁶, formule le fondement théorique de l'extension de la qualité de « sujet » à la nature, à savoir l'existence d'une « unité de la vie »¹⁷ (*unit of life*), soulignant l'interdépendance des diverses entités de la nature. Le juge relève que les agences fédérales et gouvernementales ne peuvent suffire pour représenter les entités naturelles. Elles sont en effet chargées de protéger « l'intérêt général », un intérêt de tous et comportant de ce fait de nombreuses nuances (*so many differing shades of meaning*). L'État, arbitrant entre les intérêts divers, ne peut en effet se substituer à la nature qui doit elle aussi avoir son porte-parole (*spokesmen*). Cette jurisprudence est intéressante enfin car si finalement la décision conclut à l'impossibilité pour une entité non humaine d'être sujet de droit, elle anticipe sur de nombreuses autres affaires en formulant clairement le critère justifiant la qualité de sujet, à savoir l'interdépendance du vivant.

Ainsi, dans une affaire du Tribunal de Mendoza (Argentine) du 3 novembre 2016¹⁸, la qualité de sujet du droit de bénéficier de l'*habeas corpus* et plus précisément du droit à la liberté de mouvement et de mener une vie décente¹⁹ fut reconnue à un chimpanzé, « sujet de droit non humain » (*sujeto de derecho no humano*), qualité lui permettant d'être

16. Christopher D. STONE, « Should Trees have standing? Towards Legal Rights for Natural Objects », *Southern California Law Review*, 1972, vol. 45, n° 2, pp. 450-501.

17. Il illustre son propos en prenant l'exemple de la rivière qui soutient de nombreuses entités, « poissons, insectes aquatiques, jets d'eau, loutres, pêcheurs, cerfs, élans, ours et tous les autres animaux, y compris l'homme, qui en dépendent ou qui l'apprécient pour sa vue, son bruit ou sa vie » (*Sierra Club v. Morton*, 450 U.S 727, 1972, §§ 741-743).

18. *Tercer Juzgado de Garantias, Poder judicial Mendoza, expte n° P-72.254/15, Presentacion efectuada por A.F.D.A respecto del Chimpancé Cecilia sujeto no humano, Tribunal de Mendoza (province d'Argentine), 3 novembre 2016.*

19. *Habeas corpus ad subjiciendum*, que tu aies le corps pour le soumettre, principe selon lequel nul ne peut être emprisonné arbitrairement.

transféré dans un sanctuaire brésilien (Sanctuario de Sorocabá, État de Sao Paulo). Mais précisons bien qu'il ne s'agira pas pour le singe de disposer de l'ensemble des droits dont dispose l'homme²⁰. En l'espèce, le raisonnement du juge argentin s'appuie sur l'article 43 al. 2 de la Constitution, relatif à l'action en protection pouvant être formulée pour les droits « ayant une incidence sur la communauté en général ». De tels droits seront qualifiés par le juge comme des droits relatifs à la « protection d'un bien ou d'une valeur collective, ou encore d'un droit à incidence, à impact collectif »²¹. Le singe est en effet pensé comme une partie de la faune sauvage du pays, appartenant au patrimoine naturel et culturel de la communauté ; il est à ce titre en « relation avec la communauté humaine »²². Ainsi, le cas d'espèce est extrait d'une dimension strictement individuelle, qui serait limitée à faire transférer un individu X de la cage d'un zoo à une réserve naturelle. En protégeant des droits « collectifs », le juge précise qu'il agit dans une sphère sociale et trans-individuelle (*social y transindividual*) lui permettant de limiter le droit individuel de propriété privée qui peut être exercé sur les biens meubles (*cosas muebles*) dont font partie les animaux dans le Code civil et commercial²³. Il se fonde sur l'article 240 du Code civil disposant que « L'exercice du droit individuel sur la propriété [...] doit être compatible avec les droits à 'impact collectif'. Il doit suivre le droit administratif local et national créé pour l'intérêt public et ne doit pas affecter le fonctionnement et la durabilité des écosystèmes : la flore, la faune, la biodiversité »²⁴. Cette reconnaissance de l'interdépendance du vivant pris dans une dimension collective permet une interprétation extensive

20. Le juge précise que la qualité de sujet ne permet pas au singe de jouir des droits civils et commerciaux : IV « *Insisto, no se trata entonces de adjudicarles a los grandes simios los derechos enumerados en la ley civil y comercial. Tampoco es función de este órgano de control crear un catálogo de derechos de los grandes simios. Se trata de enmarcar a estos en la categoría de sujetos de derechos no humanos donde realmente pertenecen* ».

21. IV, a : « *la protección de un bien o valor colectivo* », IV « *derecho de incidencia colectiva* ».

22. IV, « *Ello porque Cecilia tanto pertenece al patrimonio natural (ley 22.421) como, en la medida de su relación con la comunidad de humanos, íntegra – en mi opinión – el patrimonio cultural de la comunidad* ».

23. Article 227 du Code civil et commercial argentin de 2014.

24. Article 240 du Code civil et commercial argentin de 2014.

de droits traditionnellement reconnus aux êtres humains, ici l'*habeas corpus*.

Une série d'affaires rendue ces dernières années par des juridictions constitutionnelles, judiciaires et administratives colombiennes reconnaissent elles aussi plusieurs fleuves (l'Atrato, l'Amazone colombien, la Plata, le Coello et le Cauca) sujets de droits à la protection et à la conservation. Les juges utilisent comme critère de leur raisonnement le lien intrinsèque qu'il existe entre l'homme et la nature, développant une approche qualifiée par les juges de « bioculturelle ».

Un arrêt de la Cour constitutionnelle colombienne du 10 novembre 2016, relatif au Rio Atrato²⁵, reconnaît au fleuve une personnalité juridique garantissant à ce dernier la protection, la conservation, le maintien et la restauration²⁶. Le juge justifie l'attribution d'une personnalité à l'Atrato²⁷ par le rejet explicite de la conception anthropocentrique et utilitariste de la nature, qu'il considère au contraire comme une « entité vivante composée de multiples formes de vies [...] sujet de droits individualisables »²⁸, devant être respectée et protégée intégralement. En s'appuyant sur le caractère « vivant » de la nature, la Cour abolit les frontières entre les intérêts humains et non-humains. Elle rappelle à cet effet que les atteintes à l'environnement²⁹ ont nécessairement des impacts sur la vie et la santé de l'homme, et invite donc les hommes à « entrer en communication avec elle en termes de justice et d'équité »³⁰. Le jugement confirme la nécessi-

25. *Corte constitucional, República de Colombia, Sala Sexta de Revision, T-622*, 10 novembre 2016.

26. Colombie, *Corte Constitucional*, T-622 de 2016, § 2.4 : la Cour évoque les conséquences sur la santé des communautés afro-colombiennes, les activités minières et forestières illégales provoquant la prolifération de maladies comme la diarrhée, la dengue, la malaria ; le § 2.6 parle d'un état d'urgence humanitaire et environnemental déclaré à Choco par l'Ombudsman ; au § 3.3, la cour invoque le droit à la vie, à la dignité humaine, à la santé, à la sécurité alimentaire, à la culture et au droit à l'environnement sain.

27. Colombie, *Corte Constitucional*, T-622 de 2016, § 5.6.

28. Colombie, *Corte Constitucional*, T-622 de 2016, § 5.10.

29. Le § 2.8 de la décision évoque l'avertissement des communautés afro-colombiennes et indigènes vivant le long du fleuve, l'urgence à protéger cet environnement des pollutions dues au rejet de substances toxiques, l'érosion, l'accumulation de déchets, la sédimentation, la déforestation, ou encore la perte de biodiversité que ces dommages environnementaux entraînent.

30. Colombie, *Corte Constitucional*, T-622 de 2016, § 5.10.

té de « prendre conscience de l'interdépendance qui nous relie à tous les êtres vivants de la Terre, c'est-à-dire que nous nous reconnaissons comme faisant partie intégrante de l'écosystème mondial – la biosphère – plutôt que de catégories normatives de domination, d'exploitation simple ou d'utilité »³¹. L'interdépendance du vivant s'inscrit dans la cosmologie colorant le constitutionnalisme colombien, caractérisée par l'existence d'un « pluralisme culturel et ethnique » (*pluralismo cultural y étnico*). Ce pluralisme irradie l'interprétation des droits, dans une approche qualifiée de « bioculturelle »³² (*bioculturalidad y los derechos bioculturales*) centrée sur la relation profonde entre la nature et l'espèce humaine. La diversité du vivant est en effet le produit de l'interrelation et de la coévolution des communautés humaines et de leur milieu et participera ici à la reconnaissance de droits, tant à la nature qu'à l'homme³³.

Dans l'affaire du fleuve Amazone colombien du 5 avril 2018³⁴, pour justifier l'interprétation extensive du droit à jouir d'un environnement sain reconnu par l'article 79 de la Constitution de 1991³⁵ préservant, au sens de la Cour, les intérêts des « êtres sensibles » en général (*seres sintientes*), la décision évoque l'évolution de l'idéologie dominant la société, passant d'un modèle anthropocentrique et égoïste, dont les caractéristiques nuisent à la stabilité de l'environnement³⁶ à un modèle écocentré-antropique (§ 2, 5.1 : « *ecocentrica antropica* »). Ce renversement sociétal permettrait de surmonter un « anthropocentrisme humain autistique excessif » (§2, 5.1 « *que supone la desmedida 'homomensura autista' antropocentrismo* »). Ainsi, la protection des droits fondamentaux reconnus par la Constitution ne se limite pas à

31. Colombie, *Corte Constitucional*, T-622 de 2016, § 9.27 : « *Se trata de ser conscientes de la interdependencia que nos conecta a todos los seres vivos de la tierra; esto es, reconocernos como partes integrantes del ecosistema global - biósfera-, antes que a partir de categorías normativas de dominación, simple explotación o utilidad* ».

32. Colombie, *Corte Constitucional*, T-622 de 2016, § 5.17, § 9.32.

33. Colombie, *Corte Constitucional*, T-622 de 2016, § 9.28.

34. *Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil*, STC 4360-2018, *Radicación* n°1101-22-03-000-2018-00319-01, Bogotá, 5 avril 2018.

35. *Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil*, STC 4360-2018, *Radicación* n°1101-22-03-000-2018-00319-01, Bogotá, 5 avril 2018 § 2, 2.

36. *Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil*, STC 4360-2018, *Radicación* n°1101-22-03-000-2018-00319-01, Bogotá, 5 avril 2018, § 2.4.

la personne (*persona*), mais à l'autre (*otro*), le voisin (*prójimo*), l'altérité (*alteridad*), et plus généralement à l'ensemble des habitants de la biosphère, englobant également les autres espèces animales et végétales³⁷, dont la valeur intrinsèque est reconnue³⁸. Ici, les juges mettent en avant la solidarité de l'être humain avec la nature, dont il fait partie (§ 2, 5.3 : « *humano forma parte de la naturaleza siendo a su vez naturaleza* »). Cette « perspective écocentrique-anthropique » (*ecocentrico-anthropico*) conduit le juge à reconnaître un statut de sujet de droit (*sujeto de derechos*) au fleuve, titulaire en propre du droit à la protection, à la conservation et à la restauration³⁹.

De la même façon, l'arrêt du Tribunal civil communal unique de la Plata du 19 mars 2019⁴⁰, concernant la violation des droits fondamentaux causée par l'absence de système d'assainissement correct dans une résidence et reconnaissant le fleuve Rio la Plata sujet de droit, évoque la nécessité de concevoir l'environnement dans une approche « écocentrique-anthropique », rompant avec la « vision anthropocentrique de l'environnement, une position dominante et consumériste des ressources naturelles basées sur le désir irrationnel de satisfaire les intérêts » des hommes, responsables de la crise environnementale⁴¹. Ce renouvellement supposerait pour les juges une « prise de conscience globale qui promeut la protection de l'environnement guidée par l'harmonie de l'être humain avec la nature et la garantie de la satisfaction des besoins des générations présentes et futures dans le cadre d'une reconnaissance du caractère intégré et interdépendant de la Terre notre maison »⁴². Ainsi, la justice *avec la nature* (*justicia con la natura-*

307

37. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, STC 4360-2018, Radicación n°1101-22-03-000-2018-00319-01, Bogotá, 5 avril 2018, § 2, 5.2.

38. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, STC 4360-2018, Radicación n°1101-22-03-000-2018-00319-01, Bogotá, 5 avril 2018, § 2, 5.3.

39. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, STC 4360-2018, Radicación n°1101-22-03-000-2018-00319-01, Bogotá, 5 avril 2018, § 2, 14.

40. Conseil supérieur de la magistrature, Tribunal civil communal unique (*Juzgado Único Civil Municipal*), La Plata-Huila, *Acción de Tutela*, n°41-396-40-03-001-2019-00114-00, 19 mars 2019.

41. Conseil supérieur de la magistrature, Tribunal civil communal unique (*Juzgado Único Civil Municipal*), La Plata-Huila, *Acción de Tutela*, n°41-396-40-03-001-2019-00114-00, 19 mars 2019, § 3, p. 11.

42. Conseil supérieur de la magistrature, Tribunal civil communal unique (*Juzgado Único*

leza) implique la reconnaissance des droits et d'un statut de sujet à cette dernière.

Dans l'arrêt du Tribunal administratif de Tolima (Colombie) du 30 mai 2019 accordant des droits à la rivière Cuello, ses bassins et affluents « en tant qu'entités individuelles sujet des droits à la protection, à la conservation et à la restauration »⁴³, les juges évoquent l'existence de droits « bioculturels »⁴⁴; les droits « collectifs » environnementaux (droit à l'eau) seront mobilisés pour rappeler le lien existant entre l'homme et la nature, justifiant pour cette dernière la reconnaissance d'un statut de sujet. De la même manière, dans une affaire jugée deux semaines plus tard, le 17 juin 2019, par le Tribunal supérieur de Medellín (Colombie)⁴⁵ à propos cette fois du fleuve Rio Cauca, déclaré sujet de droit, les juges concluent à l'existence une « crise sans précédent affectant l'écosystème de la faune et de la flore dépendant directement du bon état du fleuve » (p. 39), crise causée par des dommages environnementaux qui affectent d'une part « considérablement l'ensemble de l'écosystème de la faune et de la flore qui dépendent directement du bon état du fleuve » (p. 4) et, d'une autre part, impacte l'économie des municipalités, les activités de pêche, le transport, ou encore le tourisme.

L'ensemble de ces affaires rend bien compte du développement d'un véritable renversement de paradigme dans la doctrine juridique sud-américaine, qui développe une approche pluraliste et étend le champ des intérêts juridiquement reconnus. Cette approche traduit dans le droit un renouvellement de la relation de l'homme et de la nature. En témoigne l'opinion consultative de la Cour interaméricaine des droits de l'homme du 15 novembre 2017 qui ap-

co Civil Municipal), *La Plata-Huila, Accion de Tutela*, n°41-396-40-03-001-2019-00114-00, 19 mars 2019, § 3, p. 8.

43. Conseil supérieur de la magistrature, Tribunal civil communal unique (*Juzgado Unico Civil Municipal*), *La Plata-Huila, Accion de Tutela*, n°41-396-40-03-001-2019-00114-00, 19 mars 2019, p. 139.

44. À propos du bioculturalisme, l'arrêt *Atrato* (Colombie, *Corte Constitucional*, T-622 de 2016) explique à son point 9.32 cité p. 132 que la prémisses centrale du bioculturalisme est la « profonde unité entre la nature et l'espèce humaine » (*profunda unidad entre naturaleza y especie humana*).

45. *Acción de Tutela*, Tribunal Supérieur de Medellín (4e salle du tribunal civil), du 17 juin 2019, n°2019-076 (Colombie).

porte une contribution fondamentale sur la compréhension du droit à l'environnement sain dépassant une dimension strictement anthropocentrée. Elle constitue à ce titre un marqueur de l'évolution vers la subjectivisation de la nature. Tout en rappelant les principes d'interdépendance et d'indivisibilité des droits de l'homme (§ 54), la Cour précise la dualité de ce droit, qui peut s'entendre comme un droit avec des connotations tantôt individuelles – lié aux droits personnels à la vie, à la santé, à l'intégrité personnelle – tantôt collectives, constituant alors « un intérêt universel » (§ 59) ; de cette « universalité » découle l'autonomie d'un droit (*derecho autónomo*) qui protège « la nature et l'environnement non seulement pour son lien avec une utilité pour l'être humain, par les effets que les dégradations pourraient causer aux autres droits de la personne [...] mais par son importance pour les autres organismes vivants »⁴⁶ (§ 62).

Le « vivant » est bien le critère central qui permet de justifier le lien existant entre l'homme et la nature et de légitimer l'extension des droits aux entités naturelles. Alors que la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 était centrée, comme le rappelle la déclaration de Hernan Santa Cruz du Chili, membre du sous-comité de rédaction, sur la « valeur suprême de la personne humaine »⁴⁷, la subjectivisation de la nature est, elle, focalisée sur la valeur de la « vie ». Ce critère se retrouve aussi dans plusieurs affaires indiennes et bengalaise qui elles aussi reconnaissent le statut de sujet à entités naturelles en s'inscrivant dans une même logique écocentrée et bio-pluraliste. Ainsi, dans plusieurs jurisprudences de l'État d'Uttarakhand (Inde), les juges de la Haute Cour attribuèrent des droits propres et un statut juridique à des entités vivantes non humaines, et plus précisément des universalités (un fleuve, deux glaciers⁴⁸ et le

46. Cour interaméricaine des droits de l'Homme, Opinion consultative (OC-23/17) du 15 novembre 2017, Demande pour la République de Colombie (*Solicitada Por La Republica De Colombia*), § 62.

47. Elle déclare : « J'ai eu le sentiment très clair que je participais à un événement d'une portée vraiment historique au cours duquel un consensus s'était fait sur la valeur suprême de la personne humaine », « Histoire de la rédaction de la DUDH », site des Nations unies, disponible à l'adresse suivante : <https://www.un.org/fr/sections/universal-declaration/history-document/index.html>.

48. *High Court of Uttarakhand at Nainital, Writ Petition n°126 of 2014, Mohd Salim v. State of Uttarakhand & others*, du 20 mars 2017 à propos du Gange et du Yamuna, deux fleuves déclarés sujets de droit et *High Court of Uttarakhand at Nainital*, pétition n°140 de 2015,

règne animal). Dans le dernier jugement du 4 juillet 2018, *Narayan Dutt Bhatt v. Union of India & others*⁴⁹ relatif à la protection du bien-être animal, le juge déclare l'ensemble du règne animal, incluant la vie aviaire et aquatique, ayant une personnalité distincte (*distinct persona*), lui permettant de disposer de certains droits, devoirs et responsabilités des personnes vivantes⁵⁰ en s'appuyant sur les liens existants entre les différents intérêts du vivant. Ici, la Cour se réfère à une jurisprudence antérieure⁵¹ étendant le droit à la protection de la vie, garantie par l'article 21 de la Constitution⁵², à toute atteinte à l'environnement et donc toute forme de vie, incluant la vie animale, « nécessaire pour la vie humaine » (§ 98).

L'interdépendance du vivant justifiant la subjectivisation de la nature se retrouvera par la suite dans les instruments normatifs qui reconnaissent à la nature un statut de sujet, notamment le Code de l'environnement de la Province des îles Loyauté (Nouvelle-Calédonie) de 2016⁵³, faisant état d'une « relation particulière des Kanaks avec la nature » (Préambule). L'article 110-3 dispose que « certains éléments de la Nature pourront se voir reconnaître une personnalité juridique dotée de droits qui leur sont propres »⁵⁴, droits qui ne sont cependant pas encore énoncés. Ce qui est intéressant ici c'est que cette reconnaissance de droits et d'un statut de sujet s'inscrit dans un article qui traite du « principe unitaire de vie », principe « qui signifie que l'homme appar-

Lalit Miglani (Petitioner) v. State of Uttarakhand & others (Respondents) du 30 mars 2017 à propos de deux glaciers (le Yamunotri et le Gangotri), eux-aussi consacrés *legal person*.

49. Jugement du 4 juillet 2018, *High Court of Uttarakhand at Nainital, Writ Petition n°43 of 2014, Narayan Dutt Bhatt v. Union of India & others*.

50. Jugement du 4 juillet 2018, *High Court of Uttarakhand at Nainital, Writ Petition n°43 of 2014, Narayan Dutt Bhatt v. Union of India & others*: § 99, a « *The entire animal kingdom including avian and aquatic are declared as legal entities having a distinct persona with corresponding rights, duties and liabilities of a living person* ».

51. *Supreme Court of India, Civil Appellate jurisdiction, Animal Welfare Board of India v. A. Nagaraja and Others*, 7 mai 2014.

52. Article 21 de la Constitution de la République de l'Inde, entrée en vigueur le 26 janvier 1950 : « *No person shall be deprived of his life* ».

53. Délibération n°2016-13/API du 6 avril 2016 portant adoption du Code de l'environnement de la province des îles Loyauté (Nouvelle-Calédonie).

54. Article L. 110-3 du Code de l'environnement de la province des îles Loyauté (Nouvelle-Calédonie).

tient à l'environnement naturel qui l'entoure et conçoit son identité dans les éléments de cet environnement naturel »⁵⁵.

Avant de nous concentrer sur l'étude des instruments normatifs qui reconnaissent et formulent des droits subjectifs pour les entités naturelles, il nous faudra préciser que dans l'ensemble des jurisprudences citées attribuant la qualité de sujet et la jouissance de droit, devoirs et responsabilités à des entités naturelles, il n'existait pas au sein des ordres juridiques de tels droits. Les juges ont donc appliqué, faute de mieux, à des entités naturelles des droits originellement pensés pour l'homme (*habeas corpus*) ou interprétés des devoirs de protection de l'environnement comme des droits propres à la nature. Le juge indien utilise notamment l'article 48A de la Constitution relatif aux devoirs de l'État de protéger et améliorer l'environnement et de sauvegarder les forêts et la vie sauvage du pays ainsi que l'article 51 A g relatif aux devoirs fondamentaux des citoyens indiens de protéger et améliorer l'environnement naturel. En effet, la grande majorité des instruments normatifs constituant le corpus du droit de l'environnement, s'ils concernent des entités naturelles non humaines, sont, dès leur intitulé, non pas formulés comme des droits subjectifs de ces entités mais comme un encadrement des faits de l'homme qui les impacte⁵⁶. La nature est donc « objet » de devoirs. Il serait pourtant plus logique que le sujet du droit soit l'entité elle-même, comme cela peut l'être dans les normes juridiques relatives aux droits humains ; l'article 2 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant⁵⁷ précise en effet « les États parties reconnaissent que tout enfant a un droit inhérent à la vie », formulant à la fois un devoir, de l'État, et un droit, de l'enfant. L'« écran » des sujets passifs, débiteurs d'obligations et non bénéficiaires de droit existant dans le champ environnemental n'est que la conséquence de l'inexistence de droits subjectifs propre

55. *Ibid.*

56. Citons à cet effet les conventions ou traités concernant la « protection » (du patrimoine mondial, culturel et naturel 23.11.1972, de l'environnement arctique, 14.06.1991), la « conservation » (des espèces migratrices appartenant à la faune sauvage, 23.06.1979), le « commerce » (des espèces de faune et de flore menacée d'extinction, 3.03.1973), la « prévention de la pollution » (par les navires, MARPOL, 2.11.1972).

57. Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE), adoptée par l'Assemblée générale de l'ONU (A/RES/44/25) le 20 novembre 1989.

à la nature. Mais depuis 2008, une tendance de certains États à reconnaître, au niveau national ou local, des droits subjectifs à la nature se développe.

b) *L'émergence de droits subjectifs de la nature*

Dans un premier temps, les droits subjectifs dévolus à la nature reconnaissent un « droit au respect » de son existence. Il s'agit donc d'un « droit » à un « devoir » ; la nature est le sujet créancier d'un devoir de respect, le lien entre le sujet et le droit subjectif (droit à l'existence ou à la vie) passant par le média d'un autre sujet, débiteur du devoir de respect. La Constitution de la République d'Équateur, telle que révisée en 2008, dispose en effet à son article 71 que « La nature ou *Pachamama*, où se reproduit et se réalise la vie, a droit au respect absolu de son existence et au maintien et à la régénération de ses cycles vitaux, de ses fonctions et de ses processus évolutifs ». La loi de 2010⁵⁸, un amendement constitutionnel pris par l'État plurinational de Bolivie, accorde deux années plus tard à la Terre Mère un « droit à la vie » (*derechos a la vida*)⁵⁹. L'article 7 formule ici aussi ce droit à la vie encore comme un droit à disposer d'un devoir ; il s'agit d'un « droit au maintien » de l'intégrité des systèmes de vie et des processus naturels.

Puis le filtre du « devoir » disparaît. Une proposition de loi argentine de 2015⁶⁰ garantit explicitement dans son article 2 al. 1 à la nature (*naturaleza*) un « droit à la vie » (*derechos a la vida*), qui s'autonomise et ne passe plus par le filtre de devoirs de tiers. Ainsi, il est défini comme le droit de « maintenir », et non pas de voir maintenu par x sujet, l'intégrité des systèmes de vie et des processus naturels qui les soutiennent, ainsi que les capacités et les conditions de leur régénération⁶¹. De la même façon, au Brésil, à un niveau local cette fois, un amendement à une loi organique de la municipalité de Paudalho (État de Pernambuco) a recon-

58. *Ley de Derechos de la Madre Tierra*, signée par l'Assemblée législative plurinationale de Bolivie le 21 décembre 2010 et ratifiée le 12 octobre 2012.

59. Article 7 de la *Ley de Derechos de la Madre Tierra* (Ley n°071, du 21 décembre 2010).

60. *Senado de la Nación, Secretaría Parlamentaria, Dirección General de Publicaciones, S-2506/15, Proyecto de Ley, 2015*.

61. Article 2, al. 2, *derechos à la vida* : « *Es el derecho al mantenimiento de la integridad de los sistemas de vida y los procesos naturales que los sustentan, así como las capacidades y condiciones para su regeneración* ».

nu à la nature le droit d'exister, de prospérer et d'évoluer⁶². Quelques mois plus tard, nous retrouvons une formulation équivalente dans un amendement à une loi organique de la municipalité de Bonito (État de Pernambuco) du 8 mars 2018. Ainsi, « la municipalité reconnaît les droits à la nature d'exister, de s'épanouir et d'évoluer ». En outre, le droit à l'existence se retrouve aussi dans une récente loi sur l'environnement adoptée par l'Ouganda le 20 février 2019⁶³, l'article 4 dressant une liste des droits de la nature : le droit d'exister, de persister, de maintenir et régénérer ses cycles, structures et fonctions et son processus en évolution⁶⁴. Enfin, une série d'ordonnances et traités locaux pris aux États-Unis d'Amérique entre 2008 et aujourd'hui accorde aux communautés naturelles, au Manoomin⁶⁵ (une variété de riz blanc) et à la rivière Klamath des droits en propre. Ils sont formulés quasiment tous de la même manière, c'est-à-dire comme des droits, inaliénables et fondamentaux (*inalienable and fundamental*) reconnus aux communautés naturelles⁶⁶ ou aux écosystèmes⁶⁷ (*natural communities*) d'exister (*exist*), de s'épanouir (*flourish*) et éventuellement aussi d'évoluer

62. *Emenda a Lei Organica nº03* du 35 janvier 2018, article 1 : « *O município reconhece o direito da Natureza existir, prosperar e evoluir e deverá atuar no sentido de assegurar a todos os membros da comunidade natural, humanos e não humanos, do município do Paudalho, o direito ao meio ambiente ecologicamente saudável e equilibrado e a manutenção dos processos ecossistêmicos necessários a qualidade da vida, cabendo ao município e a coletividade, defendê-lo e preservá-lo para as gerações presentes e futuras dos membros da comunidade da Terra* ».

63. République d'Ouganda, *The National Environment Act*, 20 février 2019.

64. Article 3 du *National Environment Act*.

65. En 2018, le peuple Chippewa établit un traité qui concerne la réserve indienne américaine *White Earth* (comté de Becker, Clearwater et Mahnomen dans l'État du Minnesota), traité relatif aux droits du « *Manoomin* », riz blanc en ojibwe, une des langues d'un peuple amérindien. La première section du traité est intitulée « *Rights of Manoomin* », droit du riz blanc qui « possède des droits inhérents à exister, prospérer, se régénérer, et évoluer » ainsi que des droits à la « restauration et à la préservation ».

66. En 2008, la ville de Packer (comté de Carbon, État de Pennsylvanie) prit une ordonnance (*Packer Township Local Control, Sewage Sludge and Chemical Trespass Ordinance*) ayant pour objet principal de bannir l'application par des entreprises sur la terre de boues d'épuration ; elle reconnaît à sa section 7.2 les droits inaliénables et fondamentaux aux communautés naturelles et aux écosystèmes d'exister et de s'épanouir. Plus d'une vingtaine d'ordonnances de ce type ont été prises depuis, dans le cadre du droit à l'eau ou encore de l'extraction du gaz naturel.

67. En 2013, le comté de Mora (État du Nouveau-Mexique) dont les résidents se définissent comme appartenant à une communauté « multi-culturelle » ayant des racines indigènes, reconnaît à ces derniers le « devoir de sauvegarder l'eau [...] et les droits du peuple à l'intérieur du comté de Mora, ainsi que les droits des écosystèmes dont le comté de Mora est une partie » (*Ordinance 2013-01, Mora County (New Mexico), section 4.3*).

naturellement (*naturally evolve*⁶⁸). Ce processus d'effeuillage des droits subjectifs des entités naturelles, tendant à faire disparaître les « sujets passifs », débiteurs d'obligations, est un symbole de l'autonomisation de la nature, sujet acteur de ses droits détenus en propre.

Penchons-nous pour terminer notre analyse sur les structures institutionnelles qui ont été mises en place pour matérialiser l'existence de ces nouveaux sujets juridiques.

c) *L'institutionnalisation du sujet nature*

Déjà dans son opinion dissidente de 1972, le juge Douglas annonçait la nécessité que le sujet représentant la *Mineral King Valley* ait des « gardiens », des porte-parole (*spokesmen*) parlant en son nom. Il devra donc être mis en place une structure institutionnelle pour ces sujets juridiques naturels, tout comme cela existe pour l'association, l'entreprise, l'État, ou plus généralement toute personne juridique composée d'entités multiples ou pour le mineur, la personne physique sous tutelle, c'est-à-dire toute personne individuelle incapable juridiquement. Elle peut prendre la forme d'un comité créé spécifiquement pour l'entité. Dans l'arrêt de la Cour constitutionnelle colombienne du 10 novembre 2016, relatif au Rio Atrato précité, le juge a institué une commission, jouant le rôle de gardienne du fleuve⁶⁹. Le fleuve est ainsi représenté par un membre de la communauté à l'origine de l'action ainsi qu'un membre délégué désigné par l'État colombien. Ces deux représentants constituent une commission des gardiens du fleuve (*Comisión de guardianes del río*)⁷⁰. De la même façon, dans l'affaire du 17 juin 2019 jugée par le Tribunal supérieur de Medellin (Colombie)⁷¹ à propos du fleuve Rio Cauca, pour protéger les droits fondamentaux et le bien-être du fleuve, le Tribunal prévoit que dans les trois mois, sera créée une commission des gardiens du fleuve intégrée par les deux tuteurs et accompagnés par une l'équipe consultative dont

68. *Licking Township Community Water Rights and Self-Government Ordinance, section 3.5.*

69. Colombie, *Corte Constitucional, T-622 de 2016, § 9.32.*

70. À ce propos, voir le site internet des gardiens du fleuve Atrato : <http://guardianes-delatrato.tierradigna.org>.

71. *Acción de Tutela*, Tribunal Supérieur de Medellin (4e salle du tribunal civil), du 17 juin 2019, n°2019-076 (Colombie).

fera partie l'Institut Humbolt, des universités ou encore des organisations nationales et internationales de protection des ressources naturelles (p. 42). Ce panel permettra « d'effectuer un travail de supervision, d'accompagnement et de conseil nécessaires aux gardiens » (p. 42).

Il est délicat d'avoir un recul sur ces institutions encore récentes mais il nous semble dans tous les cas nécessaires, pour qu'elles soient utiles et « constituent » la personne juridique et lui donne vie, qu'elle prenne la forme d'un « organe » qui découlerait de la constitution même de la personne morale et lui soit attachée consubstantiellement, de la même manière que le cœur ou le foie ne peuvent être détachés de l'être humain. L'organe est ainsi créé en même temps que le sujet juridique, par des statuts; il se différencie du représentant qui est lui le produit d'un acte juridique⁷² ou d'une loi⁷³. Il forme en quelque sorte son « corps juridique, sans laquelle elle est incapable d'existence »⁷⁴ et incarne sa « vie juridique ». L'organe représente ainsi la « volonté » du sujet et rend possible la production d'actes juridiques. À cet égard, les lois néozélandaises qui ont « organisé » la vie du fleuve Whanganui⁷⁵ et du Parc national Te Urewera⁷⁶ de manière exhaustive, faisant d'eux des sujets juridiques institutionnalisés ont mis en place un organe constitué de gardiens pouvant tenter des actions judiciaires afin de les protéger et faire respecter les valeurs et les droits des entités naturelles⁷⁷. La loi de 2017 relative

72. Elle peut prendre la forme d'une désignation du mandataire *ad hoc* pour représenter une société en cas de mésentente entre ses associés par exemple.

73. L'article L. 388-1 al. 1 du Code civil qui dispose que « l'administrateur légal représente le mineur dans tous les actes de la vie civile ».

74. MICHOU, *La théorie de la personnalité morale, et son application au droit français*, *op. cit.*, pp. 128-129.

75. *Whanganui River Claims Settlement Act*, 2017, Public Act 2017, n° 7.

76. En 2014, le Parc national *Te Urewera*, un des plus grands parcs du Nord de l'île abritant une forêt vierge, créé en 1954 sur des terres de peuples autochtones, les *Tuhoe*, fut reconnu lui aussi sujet de droit par le « *Te Urewera Act* » de 2014 (*Te Urewera Act*, 2014, Public Act 2014 n°51). La loi consacre finalement la reconnaissance de *Te Urewera* comme entité légale disposant de « tous les droits, pouvoirs, devoirs et responsabilités d'une personne légale ». Cependant, ces droits, pouvoirs et devoirs doivent être exercés et exécutés au nom de *Te Urewera*, par le Conseil.

77. *Accord Tutohu Whakatupua, Whanganui Iwi and The Crown*, 30 août 2012, 2.18 « *The settlement will provide for the appointment of the two persons to a guardianship-type role – to be collectively known as Te Pou Tupua – to represent the interests and act on behalf and in the name of Te Awa Tupua* ».

au fleuve⁷⁸ décrit très précisément l'organisation institutionnelle, les fonctions ainsi que les pouvoirs de la « personne juridique » dénommée « Te Pou Tupua ». Il est ici intéressant d'y retrouver des dispositions sur la vacance des membres (§ 28), les obligations des membres du comité, les modalités de prise de décision (§ 33 et s.), les modalités financières (§ 38 et s.) ou encore les activités que peut exercer ou non la personne (§ 55 et s.). Ce sont autant de dispositions qui permettent de parler d'une véritable construction de la « personne » juridique, réglant tous les aspects de sa vie.

Cet aspect « institutionnel » est essentiel car il conditionne le volet substantiel et procédural, la possibilité pour la personne juridique de disposer de droits et de les faire valoir. En cela, il se rapporte aux finalités de la reconnaissance d'un statut de sujet.

Propos conclusifs

L'attribution de droits à une entité, sujet de droit, reflète le « besoin de l'état social »⁷⁹ de voir reconnu juridiquement des intérêts spécifiques afin de préserver l'équilibre des différentes parties en garantissant l'« égalité des armes ». Cela permet que soit réalisée, au sein de la communauté, le juste partage des biens et des charges nécessaire à la préservation de l'harmonie sociale⁸⁰. Patrice Spinosi remarque que l'origine de la revendication de droits fondamentaux à des entreprises correspond à un besoin pour ces dernières de pouvoir lutter, à « armes égales », contre l'État et les pouvoirs publics qui « ont progressivement investi et réglementé le monde de l'entreprise et, plus généralement, celui des affaires »⁸¹, pouvant de ce fait réduire leur puissance d'action. Nous constatons de la même façon que le développement de droits fondamentaux à des entités naturelles survient en pleine urgence écologique le dernier rapport

78. *Tē Awa Tupua (Whanganui River Claims Settlement) Act*, 2017, Public Act 2017 n° 7.

79. Léon MICHOUÏ, *La théorie de la personnalité morale, et son application au droit français*, *op. cit.*, p. 32.

80. Voir à ce propos Michel VILLEY, *Philosophie du droit. Définitions et fins du droit. Les moyens du droit*, Paris, Dalloz, 2001, pp. 50-51.

81. Patrice SPINOSI, « L'entreprise et les droits fondamentaux », *Revue de Jurisprudence commerciale*, 2017, n° 3, p. 3.

de l'IPBES précisant à ce propos qu'un million d'espèces animales et végétales sont menacées d'extinction, qu'une espèce sur huit pourra disparaître à moyen terme, et que 75% de l'environnement terrestre et 66% de l'environnement marin seraient « gravement altérés » par l'activité humaine⁸². En outre, cette activité anthropique nuit « aussi » à l'homme, le rapport de 2019 du *Global Environment Outlook* intitulé « *Healthy Planet, Healthy People* »⁸³ montre qu'un « environnement sain est le meilleur fondement qui soit pour assurer la prospérité économique et la santé et le bien-être humains »⁸⁴.

Trente-quatre ans après, la proposition de Marie-Angèle Hermitte de faire de zones de diversité biologique des sujets de droit⁸⁵ n'est plus un « cas-limite »⁸⁶, mais, bien qu'encore récent et en expansion, un cas systémique. La juriste qui a consacré sa carrière à l'observation du vivant, par le filtre du droit, s'est faite visionnaire. Elle a très tôt perçu que dans le monde réinventé par le droit : « Tout parle [...] vents, ondes, flammes, arbres, roseaux, rochers, tout vit ! Tout est plein d'âmes »⁸⁷.

82. Voir à ce propos le résumé du rapport de l'IPBES : « *Summary for policymakers of the global assessment report on biodiversity and ecosystem services of the Intergovernmental Science-Policy Platform on Biodiversity and Ecosystem Services* », Advance Unedited Version, 6 mai 2019.

83. *Global Environment Outlook (GEO-6), Healthy Planet, Healthy People*, UNEP/Cambridge University Press, 2019.

84. Sixième rapport sur l'avenir de l'environnement mondial (GEO-6) : résumé à l'intention des décideurs, PNUE, 2019, p. 6.

85. Marie-Angèle HERMITTE, « Le concept de diversité biologique et la création d'un statut de la nature », in Marie-Angèle HERMITTE, Bernard EDELMAN (dir.), *L'homme, la nature et le droit*, Paris, Christian Bourgeois, 1988.

86. Marie-Angèle HERMITTE, *Le droit saisi au vif : sciences, technologies, formes de vie. Entretiens avec Francis Chateauraynaud*, Paris, Éditions Pétra, 2013, p. 16.

87. Victor HUGO, *Les Contemplation*, Livre 6, XXVI, « Ce que dit la bouche d'ombre ».

1. Introducción

En 2011 Marie-Angèle Hermitte publicó un trabajo en el que concluye que el interés por la lucha en pos del reconocimiento de derechos de la naturaleza puede entenderse en dos planos. El primero de ellos es el simbólico, dado que se trata de un concepto que permite reintegrar a la humanidad en el mundo como seres que dependemos del aire, el agua, la tierra, la energía junto con otras formas vivientes. El segundo posee un carácter técnico: se requiere de nuevas nociones, principios y objetivos que realmente se ponen a prueba en el marco de los procesos judiciales. Así, el principio de “igualdad de armas”¹ que implica esta am-

* Profesora en la Universidad Nacional del Litoral. Investigadora Adjunta del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas de Argentina. E-mail: vberros@fcejs.unl.edu.ar

1. Marie-Angèle HERMITTE, *La nature, sujet du droit?*, «Annales», 2011, vol. 66, n.1, pp. 173-212. Cabe señalar que este tema fue tempranamente abordado por M.-A. Hermitte, en especial a partir de la discusión sobre el estatuto jurídico de la diversidad biológica: Marie-Angèle HERMITTE, *Le concept de diversité biologique et la création d'un statut de la nature*, en Bernard EDELMAN, Marie-Angèle HERMITTE (dir.), *L'Homme, la nature et le droit*, Paris, Éditions Christian Bourgois, 1988, pp. 238-286. Este texto se integra con otras contribuciones consideradas centrales para la emergencia de este debate, por ejemplo,

pliación de derechos se presenta como un primer acto que irá reconfigurándose en la medida en que se implementen a través de políticas públicas y se defina su aplicación judicial.

El desarrollo de este proceso de irrupción de una heterogeneidad de seres en la discusión política y jurídica posee matices en la diversidad de latitudes en las que se despliega². En esta contribución el objetivo consiste en dar continuidad a ese texto una década más tarde, considerando especialmente la experiencia latinoamericana³. Así, repasamos ese primer acto vinculado a los reconocimientos iniciales para, luego, enfocarnos en el segundo acto y presentar brevemente el derrotero de las principales causas judiciales que comienzan a hacerse eco de estas innovaciones jurídicas. Finalmente, planteamos algunos interrogantes a modo de cierre y tercer acto.

2. Primer acto: la igualdad de armas

En el momento de publicación de *La nature, sujet de droit?* hacía sólo tres años que la Constitución de la República del Ecuador había consagrado a la naturaleza, la *Pachamama*, como sujeto de derecho en su nuevo pacto constituyente celebrado en Montecristi al oeste del país sudamericano. Se abría un futuro de posibilidades que irían construyéndose a partir de la aplicación de estas normas novedosas en casos concretos. Este primer acto rápidamente fue seguido por el Estado Plurinacional de Bolivia que se configura como tal a partir de la reforma constitucional de 2009. Ambas experiencias comparten un dato en común: el reconocimiento de derechos de la naturaleza forma parte de una propuesta más amplia que posee inspiración en cosmovisiones de sus pueblos indígenas. El objetivo consiste en alcanzar el *sumak kawsay* (buen vivir) como propone el texto constitucional

319

Christopher STONE, *Should Trees Have Standing? Toward Legal Rights for Natural Objects*, «Southern California Law Review», 1972, n. 45, pp. 450-501; Godofredo STUTZIN, *Un imperativo ecológico: reconocer los derechos de la naturaleza*, «Ambiente y Desarrollo», 1984, vol. I, n. 1, pp. 97-114.

2. María CARMAN, María Valeria BERROS, Celeste MEDRANO, *La irrupción política, ontológica y jurídica de los no-humanos en los mundos antropocénicos*, «Quid 16», 2021, n. 14, pp. 1-14.

3. Cabe destacar que si bien en el texto de Marie-Angèle Hermitte publicado en 2011 también se refiere a tópicos vinculados con los animales, en esta contribución el foco se coloca en particular en las regulaciones y decisiones inspiradas en la mirada más holista que subyace a los derechos de la naturaleza.

ecuatoriano; o el *suma qamaña* (vivir bien), *ñandereko* (vida armoniosa), *teko kavi* (vida buena) como se esgrime en el caso de Bolivia⁴.

La dimensión ambiental de estas propuestas más extensas e integrales incluye el reconocimiento de la naturaleza en tanto sujeto jurídico.

En el caso de Ecuador, el Capítulo Séptimo de la nueva constitución establece que la *Pachamama* o naturaleza, definida como el espacio en el que se reproduce y realiza la vida, tiene derecho al respeto integral de su existencia, al mantenimiento y a la regeneración de sus funciones vitales, estructura y procesos evolutivos (art. 71).

Por su parte, Bolivia, además de la incorporación del vivir bien como contenido transversal en el pacto constitucional, sanciona la Ley de Derechos de la Madre Tierra N° 71 en 2010 y la Ley Marco de la Madre Tierra y Desarrollo Integral para Vivir Bien N° 300 en 2012 que son las regulaciones nacionales que expresamente efectúan este reconocimiento legal.

La primera norma introduce una serie de derechos específicos de la Madre Tierra: a la vida, a la diversidad de la vida, al agua, al aire limpio, al equilibrio, a la restauración y a vivir libre de contaminación⁵. Entre ambas consagran un conjunto de principios: armonía, garantía de regeneración de la Madre Tierra, respeto y defensa de sus derechos, no mercantilización, interculturalidad, compatibilidad y complementariedad de derechos, obligaciones y deberes, integralidad, precaución, garantía de restauración, responsabilidad histórica, prioridad de la prevención, participación plural, agua para la vida, solidaridad entre seres humanos, justicia social y climática, economía plural, complementariedad y equilibrio y diálogo de saberes⁶.

De este modo, las primeras formas de reconocimiento de derechos de la naturaleza se relacionan en buena medida

4. Para una introducción al concepto de buen vivir véase: Francesca BELOTTI, *Entre bien común y buen vivir: afinidades a distancia*, «Íconos. Revista de Ciencias Sociales», 2014, n. 48, pp. 41-54.

5. El Capítulo III denominado Derechos de la Madre Tierra N° 71 en su art. 7 establece el contenido de cada uno de los derechos que titulariza la naturaleza.

6. El artículo 2 de la Ley de Derechos de la Madre Tierra N° 71 y el artículo 4 de la Ley Marco de la Madre Tierra y Desarrollo Integral para Vivir Bien N° 300 incorporan el contenido de los principios.

con cosmovisiones indígenas presentes en el territorio de ambos países lo cual se plasma en gran parte de los principios y derechos específicos que componen en contenido de esas regulaciones. A ello, se suman los aportes efectuados por las organizaciones de la sociedad civil comprometidas con problemas ambientales que incorporan sus propios argumentos al debate por esta ampliación de derechos⁷.

Estas experiencias configuran una de las vías posibles del animismo jurídico contemporáneo que traza Marie-Angèle Hermitte en un trabajo posterior, y a la que denomina camino indigenista distinguiéndola de los caminos religiosos y cientificistas. Estos últimos también van abonando la tesis de la emergencia de cierto animismo al interior del campo del derecho mediante argumentos, estrategias y nociones innovadoras y diferenciables entre sí⁸.

El camino indigenista, que comenzó a delinearse en América del Sur, rápidamente también repercute en otras latitudes y escalas regulatorias⁹. Un documento medular en esa circulación de ideas es el proyecto de Declaración Universal de los Derechos de la Madre Tierra aprobada por 35.000 personas en el marco de la Conferencia Mundial de los Pueblos sobre el Cambio Climático y los Derechos de la Madre Tierra en abril de 2010 en Tiquipaya en la zona de Cochabamba en Bolivia¹⁰.

La búsqueda de una declaración internacional va asumiendo diferente impronta y es impulsada alrededor del mundo por diversos espacios y organizaciones sociales, a lo que se suman las resoluciones denominadas «Armonía

7. Véase, sobre el tema, Rodrigo MÍGUEZ NÚÑEZ, *Le avventure del soggetto. Contributo teorico-comparativo sulle nuove forme di soggettività giuridica*, Milano-Udine, 2018, pp. 127-128.

8. Marie-Angèle HERMITTE, *Artificialisation de la nature et droit(s) du vivant*, en Philippe DESCOLA (dir.) *Natures en question*, Paris, Odile Jacob-Collège de France, 2018, pp. 257-284.

9. Una experiencia que reviste mucho interés, también de alcance nacional y relacionada con cosmovisiones de pueblos indígenas, es la de Nueva Zelanda. Incluso existen trabajos que ya han efectuado conexiones entre los procesos en estas diferentes regiones, por ejemplo, Elizabeth MACPHERSON, Felipe CLAVIJO OSPINA, *The pluralism of river rights in Aotearoa, New Zealand and Colombia*, «Water Law», 2020, n. 25, pp. 283-293; Elizabeth MACPHERSON, Erin O'DONNELL, *¿Necesitan derechos los ríos? Comparando estructuras legales para la regulación de los ríos en Nueva Zelanda, Australia y Chile*, «Revista de Derecho Administrativo Económico», 2017, n. 25, pp. 95-120.

10. Texto disponible en: <http://rio20.net/propuestas/declaracion-universal-de-los-derechos-de-la-madre-tierra/>

con la Naturaleza» de la Asamblea General de Naciones Unidas en el marco de la Estrategia de Naciones Unidas así denominada¹¹. La primera de las resoluciones, N°64/196 de 2009, fue inducida fuertemente por Bolivia y abre un espacio en el que, anualmente, se aprueba una resolución de la Asamblea General y se publica un Informe del Secretario General que intenta dar cuenta de los avances de este tipo de perspectiva alrededor del mundo en términos regulatorios, jurisprudenciales y educativos¹².

Por su parte, en 2012, la Conferencia de Naciones Unidas sobre Desarrollo Sustentable que tuvo lugar en la ciudad de Rio de Janeiro fue sellada con un documento final titulado «El futuro que queremos» que, en su párrafo 39, establece:

«Reconocemos que el planeta Tierra y sus ecosistemas son nuestro hogar y que “Madre Tierra” es una expresión común en muchos países y regiones, y observamos que algunos países reconocen los derechos de la naturaleza en el contexto de la promoción del desarrollo sostenible. Estamos convencidos de que, para lograr un justo equilibrio entre las necesidades económicas, sociales y ambientales de las generaciones presentes y futuras, es necesario promover la armonía con la naturaleza»¹³.

Estas palabras son el resultado de los intentos de parte de Bolivia, Ecuador, Costa Rica y Paraguay por introducir el reconocimiento de derechos de la naturaleza en dicho documento. Aun cuando la propuesta no prosperó, permitió plasmar la existencia de estas experiencias jurídicas recientes, pero con ciertos límites. De hecho, este párrafo modifica el sentido de los reconocimientos realizados como dimensión ecológica de propuestas más amplias enlazándolo con la promoción del desarrollo sostenible cuando, en gran medida, estas propuestas tensionan y problematizan

11. Resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas: A/RES/64/196 (2009), A/RES/65/164 (2010), A/RES/66/204 (2011), A/RES/67/214 (2012), A/RES/68/2016 (2013), A/RES/69/224 (2014), A/RES/70/208 (2015), A/RES/71/232 (2016), A/RES/72/223(2017), A/RES/73/235 (2018), A/RES/74/224 (2019), A/RES/75/220 (2020).

12. Informes de Secretario General de Naciones Unidas: A/65/314 (2010), A/66/302 (2011), A/67/317 (2012), A/68/325 (2013), A/69/322 (2014), A/70/268 (2015), A/71/266 (2016), A/72/175 (2017), A/73/221 (2018), A/74/236 (2019), A/75/266 (2020).

13. Texto completo disponible en: <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/764Future-We-Want-SPANISH-for-Web.pdf>

los conceptos de desarrollo y progreso. Sin embargo, así comienza a visibilizarse en la escala regulatoria internacional cómo se subvierte la lógica de circulación de conceptos en el campo del derecho ambiental: desde el sur se proponen ampliaciones de derechos, principios, diseños institucionales y alternativas¹⁴.

Sin embargo, la llegada del debate a espacios internacionales no fue la única repercusión. Por el contrario, y más cerca en el tiempo, son las provincias y ciudades de diferentes países las que comienzan a hacerse eco de este tipo de reconocimiento.

En América Latina proliferan regulaciones locales que o bien introducen el tema centralmente o bien lo hacen de manera más tangencial en normas que legislan sobre temas puntuales, lo que demuestra que la organización de las competencias regulatorias estatales juega un rol relevante en este tema. Como ejemplos podemos enumerar, en Brasil, la reciente modificación de la Ley Orgánica de la Municipalidad de Florianópolis que reconoce los derechos de la naturaleza en 2019. Esta iniciativa replica lo que dos años antes efectuó el Municipio de Bonito iniciando la inclusión de los derechos de la naturaleza en las cartas orgánicas locales en 2017, seguido rápidamente por la Municipalidad de Paudalho que también enmienda su Ley Orgánica haciendo esa incorporación en 2018. En Argentina, la ciudad de Santa Fe incorpora el tema en una ordenanza que prohíbe el uso de glifosato en el ejido urbano en 2018. En paralelo, en otras localidades latinoamericanas, se dictan normas que específicamente se encargan de reconocer a la naturaleza en tanto sujeto legal. En Colombia, desde el gobierno de Nariño, se reconoce a la naturaleza como sujeto de derecho en 2019 y en la Ciudad de México, la reforma constitucional de 2017 incorpora el reconocimiento de los derechos de la naturaleza asignando el detalle a una ley complementaria a dictarse con posterioridad. Previa-

14. Este proceso fue trabajado más profundamente en: Victoria Haidar, María Valeria Berros, *Hacia un abordaje multidimensional y multiescalar de la cuestión ecológica: la perspectiva del buen vivir*. «Revista Crítica de Ciências Sociais», 2015, n.108, pp. 111-134; Victoria Haidar, María Valeria Berros, *Entre el sumak kawsay y la “vida en armonía con la naturaleza”:* disputas en la circulación y traducción de perspectivas respecto de la regulación de la cuestión ecológica en el espacio global, «Revista Theomai Estudios Críticos sobre Sociedad y Desarrollo», n. 32, pp. 128-150.

mente, en 2014, también en México se reconocieron estos derechos en la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Guerrero.

Es así que la estrategia constitucional o nacional ha quedado asociada solo a las dos primeras experiencias en América del Sur. Sin embargo, el debate resurge en esa escala en otros países recientemente. En el caso de Argentina, se ha vuelto a presentar un proyecto de ley para el reconocimiento de derechos de la naturaleza en la Cámara de Diputados Nacional a fines de 2020¹⁵, y en Chile existen organizaciones y comunidades que bregan por la inclusión de este debate en la reforma constitucional cuya asamblea comenzó a funcionar en julio de 2021¹⁶.

Esta breve referencia a la proliferación de textos jurídicos y nuevos proyectos de normativas que se encuentran dispersas en diferentes espacios regulatorios posee aún un largo camino por recorrer y conlleva profundas implicaciones. Este tipo de leyes han generado un cúmulo de reflexiones en torno a cómo hacer justiciables estos derechos, cómo representar a este sujeto que no se expresa en los términos de los humanos pero que sin dudas se manifiesta, de qué modo la naturaleza es parte de los procesos ante los tribunales, de qué manera se pueden/deben resolver los conflictos entre derechos, cómo incorporar el concepto de justicia ecológica en diálogo con el de justicia ambiental. Este conjunto de cuestiones, entre otras, se articula con el seguimiento sobre los usos de estas nuevas herramientas jurídicas ahora disponibles, lo que implica también ciertas respuestas preliminares acerca de cómo se está desarrollando lo que podría denominarse «segundo acto».

15. El primer proyecto en la materia se había presentado en el año 2015 en la Cámara de Senadores de la Nación por parte del ex-senador Pino Solanas. Aquí puede consultarse el estado del proyecto de ley de protección de los derechos de la naturaleza en Argentina: <https://www.hcdn.gob.ar/proyectos/proyecto.jsp?exp=6118-D-2020>

16. Es importante destacar que la asamblea cuenta con 155 convencionales y su composición posee perspectiva de género y representatividad de los pueblos indígenas a quienes corresponden 17 escaños. A su vez, el 4 de julio de 2021, se eligió como Presidenta de la Convención Constituyente a Elisa Loncón, lideresa del pueblo mapuche de Chile.

3. Segundo acto: la naturaleza en los tribunales latinoamericanos

Un análisis de la jurisprudencia latinoamericana sobre derechos de la naturaleza arroja, en principio, dos estrategias. La primera ligada a aquellos territorios que han reconocido en sus sistemas legales a la naturaleza en tanto sujeto de derecho y, la segunda, relacionada con el razonamiento judicial que da lugar a decisiones en las que se declara como sujeto de derecho a ciertos ecosistemas, como ríos, páramos, parte del territorio amazónico, etc., aun cuando no existen normas positivas que les reconozcan derechos.

a) *El río Vilcabamba en Ecuador como primera escena*

El río Vilcabamba adquiere notoriedad debido a que fue el primer caso en el que se aplicaron los derechos de la naturaleza en una sentencia en la que se define que el río tiene derecho a su curso natural.

Este río se encuentra ubicado en el sur de Ecuador en una zona que posee un clima privilegiado y una variada y extraordinaria vegetación que lo han tornado famoso y deseado como lugar de retiro. La localidad que atraviesa, también llamada Vilcabamba, es conocida como centro del «Valle de la Longevidad» debido a la larga vida de sus habitantes. De allí que se haya convertido en un lugar célebre en el cual personas de países extranjeros – o de otras regiones del propio Ecuador – se instalan para transitar sus años de jubilación. Esto, sumado al turismo que se ha ido incrementando justamente por la especificidad del lugar, ha generado transformaciones como el aumento poblacional, la modificación del estilo de vida, el cambio del uso del territorio, todo lo cual resulta en una modificación gradual pero sostenida de una forma de vida considerada ancestral por parte de sus pobladores.

En este contexto se implementa un proyecto de ensanche de la carretera que realiza en recorrido Vilcabamba-Quinara a los fines de mejorar el acceso a la ciudad. Esta obra genera una serie de consecuencias ligadas especialmente al depósito de piedras y material de excavación en el lecho del propio río Vilcabamba, en el sector del Barrio Santorum. El accionar no sólo disminuye el curso natural del río alterándolo, sino que, también, genera que ante lluvias importantes el material allí depositado se desplace río abajo y ello

resulte en inundaciones y desmembramiento de las orillas que también afectan a pobladores de la localidad.

El resultado de la obra puesta en marcha es la alteración del curso del río, acompañado de la carencia de evaluación de impacto ambiental que corresponde según la legislación vigente. Existe regulación específica sobre este tema en la Provincia de Loja que, entre los sujetos comprendidos, estima expresamente como obligatoria la iniciación del procedimiento de evaluación de impacto ambiental ante la construcción o ampliación de redes viales (art. 4.h RO 399/01 Prov. de Loja).

En la primera instancia judicial se rechaza la acción por un argumento formal vinculado a la carencia de legitimación por no haberse demandado al Procurador Síndico del Gobierno Provincial.

La sentencia de la segunda instancia, por su parte, declara que «la entidad demandada está violentando el derecho que la Naturaleza tiene de que se le respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos»¹⁷.

Por primera vez este argumento constitucional se aplica en un caso concreto en el que se intenta proteger un ecosistema por medio de la tutela de los derechos de la naturaleza como parte del sistema jurídico vigente en Ecuador. Dentro de los considerandos de la sentencia se advierte, luego de haberse descartado el problema de la legitimación, como primera línea argumental la protección constitucional reconocida a la naturaleza en el artículo 71 de la Constitución que es presentado como *sin precedente en la historia de la humanidad*. A ello sigue una larga mención a las intervenciones que efectuó en la Asamblea Constituyente su presidente, Alberto Acosta, en 2008:

«Vendrá el día en que el derecho de la Naturaleza sea, por conciencia de todos y todas cumplido, respetado y exigido. Y ojalá no sea tarde. Todavía estamos a tiempo para que nuestras leyes reconozcan el derecho de un río a fluir,

17. Sentencia Richard Fredrick Wheeler y Eleanor Geer Huddle c/ Director de la Procuraduría General del Estado en Loja, Dr. Paulo Carrion, declarado parte por el Ing. Rubén Bustamante Prefecto Provincial, Ing. Carlos Espinosa Gonzalez, Director Regional de Loja el Oro y Zamora Chinchipe del Ministerio del Ambiente". Juicio Nro 11121-2011-0010. 31 de marzo de 2011.

prohíban los actos que desestabilicen el clima de la Tierra, e impongan el respeto al valor intrínseco de todo ser viviente. Es la hora de frenar la desbocada mercantilización de la naturaleza, como fuera otrora prohibir la compra-venta de seres humanos»¹⁸.

El derecho de un río a fluir que resonaba en la discusión constituyente termina por ser parte del caso que abrió la jurisprudencia en materia de derechos de la naturaleza en dicho país. En esta primera decisión, cuya repercusión dentro y fuera del campo legal fue importante, se enlazan dos argumentos medulares: uno articulado de manera directa con una herramienta de gestión de riesgos ambientales como lo es el procedimiento de evaluación de impacto ambiental y otro vinculado con el reconocimiento de los derechos de la naturaleza. Se comienza a diagramar así una sedimentación de herramientas jurídicas que enlazan líneas argumentales más clásicas con el emergente giro ecocéntrico y que irán a replicarse en la resolución de otros casos en el futuro.

Así se dio inicio a lo que podría denominarse segundo acto en relación al proceso de movilización de estas innovaciones jurídicas y se abre un camino a nuevos reclamos que se fueron sucediendo posteriormente. Sin ánimo de efectuar un recorrido taxativo, sí parece relevante referir a diferentes tipos de problemas que fueron resueltos por parte de los tribunales de Ecuador.

Uno de ellos ha sido la cuestión de los territorios y sus sistemas de protección. Es largamente conocido el concepto de área natural protegida cuando se alude a la tutela de los ecosistemas y las Islas Galápagos no son ajenas a esa técnica jurídica de protección. De hecho, existe un régimen especial para las islas que data de 1998 cuya constitucionalidad fue cuestionada en sede judicial bajo el argumento de que ese régimen limita algunas actividades comerciales, migratorias y turísticas¹⁹. En la sentencia se expresa que «Galápagos no se divide en centros poblados y áreas protegidas; la provincia en su integralidad está sujeta a protección, no por partes»²⁰. En este especial territorio se reaviva una pregunta

18. *Ibid.*

19. Sentencia N° 17-12-SIN-CC. Corte Constitucional de Ecuador, 26 de abril de 2012.

20. *Ibid.*

clave en relación al reconocimiento de los derechos de la naturaleza: ¿cómo organizar o reorganizar las actividades humanas en relación a la comunidad de seres con quienes convive y comparte en el territorio? Las posibles respuestas implican diversas traducciones jurídicas que pueden ir incorporando herramientas novedosas inspiradas en la perspectiva del pacto constitucional vigente.

Este planteo a escala particular, puede ampliarse más allá para pensar en transformaciones mayores que requieren de revisiones económicas, sociales, políticas y culturales y que son puestas sobre la mesa reiteradamente, sobre todo en los países latinoamericanos que dependen en buena medida de la explotación de diferentes ecosistemas y que, pese a ciertas apuestas por proyectos alternativos como el Buen Vivir, no han logrado sortear esa dependencia con todas las disputas territoriales y los conflictos socio-ambientales asociados que se replican a lo largo y ancho del continente²¹.

La tensión entre actividades económicas y protección de la naturaleza, entonces, se reitera y con ello también proliferan los reclamos judiciales. Así, la Corte Constitucional de Ecuador vuelve sobre el tema en un caso relacionado con la industria camaronera. Una empresa es demandada por realizar actividades extractivas en un área protegida por lo cual se reclama ante la justicia. La primera instancia, de la mano del derecho al trabajo y al desarrollo de la industria no utiliza argumentos sobre derechos de la naturaleza afectados. Sin embargo, el caso llega a la Corte y los derechos de la naturaleza son incorporados considerando que se trata de innovaciones jurídicas que implican no sólo construir una nueva concepción sobre este tipo de conflictos sino también robustecer la legislación ambiental acentuando sus estándares²². Los derechos de la naturaleza son así concebidos como una forma de fortalecer el derecho ambiental.

A este tipo de planteo se fueron sumando otros que involucran aspectos relacionados con los derechos de la naturaleza como la relevancia de la diversidad de saberes para la toma de decisiones. En este caso se trata de setenta

21. Maristella SVAMPA, *Las fronteras del neoextractivismo en América Latina. Conflictos socioambientales, giro ecoterritorial y nuevas dependencias*, CALAS, Biefeld, 2019.

22. Sentencia N° 166-15-SIN-CC. Corte Constitucional de Ecuador, 20 de mayo de 2015.

familias que trabajan recolectando cangrejos en un manglar y que fueron desplazadas por la industria camaronera. La sentencia de primera instancia entiende que la empresa está ejerciendo sus derechos y que las familias sólo podrían trabajar en el 20 por ciento del territorio, más allá de lo cual sería la camaronera quien lleve a cabo sus labores. Sin embargo, más tarde la Corte Constitucional señala que se omitieron elementos centrales: una pericia antropológica sobre las prácticas ancestrales llevadas a cabo por estas familias así como la vinculación entre los saberes ancestrales y los derechos de la naturaleza.

Así, se introduce otro tema medular: ¿cuáles son los conocimientos que ingresan en el proceso judicial? Este tema ha sido largamente trabajado desde los estudios sociales de la ciencia que permitieron ampliar la mirada sobre las pruebas al interior del proceso, las pericias, el carácter de los estudios epidemiológicos y, en particular, la epidemiología popular²³. El reconocimiento de los derechos de la naturaleza mediado por cierta inspiración indígena permite colocar en un espacio central, o bien reinsertar, el debate sobre el valor de los conocimientos ancestrales y los diálogos posibles con aquellos saberes provenientes de instituciones destinadas a la producción de conocimiento²⁴.

Varios nuevos casos que expresan conflictos como los señalados se fueron decidiendo en los últimos años en Ecuador contorneando así los límites y contenidos de esta ampliación de derechos más allá del límite de los seres humanos²⁵. A diferencia de Bolivia que no ha tenido todavía una aplicación judicial relevante sobre este tema, aunque sí ha desarrollado ciertos diseños institucionales inspirados en el reconocimiento de la Madre Tierra en tanto sujeto de derecho. Se puede destacar que la Ley N° 71 de 2010, en su artículo 10, refiere a la Defensoría de la Madre Tierra. En la Ley N° 300 de 2012 el Título IV denominado Pro-

23. Una introducción a dicho campo de estudios en: Dominique PESTRE, *Introduction aux sciences studies*, Paris, La Découverte, 2006.

24. Sobre el peritaje antropológico en varias regiones de América Latina ver: Armando GUEVARA GIL, AARÓN VERONA BAJADOZ (eds.), *El peritaje antropológico. Entre la reflexión y la práctica*, Lima, Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica del Departamento Académico de Derecho (CICAJ), 2015.

25. Un repositorio de los casos se encuentra disponible en: <https://www.derechosdelanaturaleza.org.ec/>

tección y Garantía de los Derechos de la Madre Tierra para Vivir Bien, en su primera parte, establece el régimen de protección administrativo y jurisdiccional y, en la segunda, refiere a la cuestión de la legitimación activa enumerando a las autoridades públicas, el Ministerio Público, la Defensoría de la Madre Tierra y el Tribunal Agroambiental a lo que agrega a las personas individuales o colectivas directamente afectadas. Por último, esta misma norma crea la Autoridad Plurinacional de la Madre Tierra²⁶. Si bien en esta experiencia existe un acompañamiento de la ampliación de derechos mediante el diseño de instituciones específicas, también es cierto que han existido limitaciones en cuanto a su efectiva implementación que vienen siendo señaladas reiteradamente²⁷.

Ahora bien, este segundo acto que ubica a la naturaleza al interior de los procesos judiciales decididos por diferentes tribunales no sólo se desarrolla en este país que posee un reconocimiento expreso de derechos. También en otros Estados de la región se ha iniciado una forma de introducir el tema mediante una reinterpretación del derecho ambiental vigente. Ese camino es abierto e impulsado por Colombia.

b) *El caso del río Atrato en la República de Colombia como siguiente escena*

Colombia, a diferencia de Ecuador y de Bolivia, no posee un reconocimiento expreso de los derechos de la naturaleza en ninguna norma positiva. Sin embargo, sus tribunales han desarrollado una línea jurisprudencial innovadora que reconoce como sujetos de derecho a ríos, parte de la Amazonía y otros ecosistemas.

Esta argumentación tiene como punto de partida un caso decidido en 2016 por la Corte Constitucional vinculado al río Atrato, uno de los más importantes del país²⁸.

26. En Decreto Supremo 1696 de 2013 establece los detalles de su funcionamiento.

27. Existen miradas críticas sobre esta experiencia así como la de Ecuador que dan cuenta de la paralela - y contradictoria - existencia de ampliaciones de derechos reseñadas y neo-extractivismos. Ello se amplía más allá de las geografías de estos dos países a América Latina en su conjunto. Véase: Maristela SVAMPA, *Las fronteras del neoextractivismo en América Latina. Conflictos socioambientales, giro ecoterritorial y nuevas dependencias*, Bielefeld University Press, Bielefeld, 2019.

28. Es importante señalar que una primera referencia jurisprudencial a este tema, aún sin declarar como sujeto a un ecosistema específico, se observa en un caso anterior en el

A inicios de 2015, el Centro de Estudios para la Justicia Social Tierra Digna, en representación de varios consejos comunitarios del Chocó, en Colombia, presenta una acción de tutela contra la Presidencia, siete ministerios, la Agencia Nacional de Minería y otras entidades del gobierno²⁹. El objetivo consiste en lograr detener el uso intensivo y a gran escala de diversos métodos de extracción minera y de explotación forestal realizados de manera ilegal. Las actividades comprenden el uso de maquinarias de gran porte, así como de sustancias altamente contaminantes afectando con gravedad al río Atrato así como a las comunidades locales que viven en torno al mismo³⁰.

El caso llega a la Corte Constitucional que revoca la decisión de la primera y segunda instancia. Ambas consideraban que no existía afectación de derechos. En cambio, en esta instancia, se hace lugar argumentando que se habían vulnerado los derechos fundamentales a la vida, a la salud, al agua, a la seguridad alimentaria, al ambiente sano, a la cultura y al territorio de las comunidades étnicas que habitan la cuenca del río Atrato y sus afluentes, imputable todo ello a las entidades del Estado colombiano accionadas en virtud de su conducta omisiva al no proveer una respuesta institucional idónea, articulada, coordinada y efectiva para enfrentar los múltiples problemas históricos, socioculturales, ambientales y humanitarios que aquejan a la región y que, en los últimos años, se han visto agravados por la realización de actividades intensivas de minería ilegal.

La Corte ordenó al Gobierno la realización de tres planes de acción a los fines de descontaminar la cuenca del río, recuperar los ecosistemas y evitar daños adicionales al

que la Corte Constitucional colombiana afirma «en la actualidad, la naturaleza no se concibe únicamente como el ambiente y entorno de los seres humanos, sino también como un sujeto con derechos propios, que, como tal, deben ser protegidos y garantizados». Sentencia N° C-632 del 2011. Corte Constitucional de Colombia, 24 de agosto de 2011.

29. La acción de tutela se encuentra consagrada en el art. 86 de la Carta Magna colombiana y permite a toda persona reclamar ante los jueces, en cualquier momento y lugar y por medio de un procedimiento sumario, la protección de derechos constitucionales fundamentales frente a cualquier vulneración que pueda resultar de acciones u omisiones de las autoridades públicas.

30. Según la descripción efectuada en la sentencia, se trata de un territorio en el que confluyen diversos grupos poblacionales y cuyo número es cercano a los 500.000 habitantes y se calcula que de ese total un 87% de la población es afrodescendiente, un 10% indígena y un 3% mestiza.

ambiente de la región, neutralizar y erradicar la minería ilegal, y recuperar las formas tradicionales de subsistencia y alimentación. También ordenó que se efectúen estudios toxicológicos y epidemiológicos sobre el río Atrato y se elabore una línea base de indicadores ambientales y el diseño de un sistema de control y seguimiento de la ejecución de la sentencia.

A su vez, en un entramado argumental en el que se identifican conceptos propios del derecho ambiental también se reconoce al río Atrato «como una entidad sujeto de derechos a la protección, conservación, mantenimiento y restauración a cargo del Estado y las comunidades étnicas»³¹, incluso cuando las partes no habían incorporado esta solicitud.

Para tornar efectivos sus derechos, ordena al gobierno nacional que ejerza la tutoría y representación legal de los derechos del río, a través de la institución que el Presidente designe, en conjunto con las comunidades étnicas que habitan en la cuenca del río Atrato en Chocó, quienes estarán representados por un miembro de las comunidades que llevaron el caso ante los tribunales y un delegado del gobierno colombiano. Para asegurar la recuperación, protección y debida conservación del río, la Corte dispone que los representantes legales enumerados deberán diseñar y conformar una “Comisión de Guardianes del río Atrato”³², integrada por dos guardianes designados y un equipo asesor invitando a la Fundación Humboldt y a World Wild Found Colombia. Este equipo asesor, además puede estar conformado y recibir el apoyo de entidades públicas y privadas, universidades, centros académicos y de investigación en recursos naturales y organizaciones ambientales, comunitarias y de la sociedad civil que deseen vincularse al proyecto de protección del río Atrato y su cuenca.

31. Centro de Estudios para la Justicia Social “Tierra Digna” en representación del Consejo Comunitario Mayor de la Organización Popular Campesina del Alto Atrato (Cocomopoca), el Consejo Comunitario Mayor de la Asociación Campesina Integral del Atrato (Cocomacia), la Asociación de Consejos Comunitarios del Bajo Atrato (Asocoba), el Foro Inter-étnico Solidaridad Chocó (FISCH) y otros, contra la Presidencia de la República, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y otros s/ acción de tutela, Corte Constitucional de Colombia, 10 de noviembre de 2016.

32. En este sitio web se puede observar el seguimiento que realizan sobre la ejecución de la sentencia: <https://www.guardianesatrato.co/>

Así queda reconocido el río Atrato como sujeto de derecho y construida una institucionalidad específica que intenta efectivizar su tutela y representación. Uno de los argumentos esgrimidos se basa en la presencia de una obligación tanto del Estado como de la comunidad de proteger el ambiente, procurando su conservación, restauración, y desarrollo sostenible, obligación que es espíritu de la Constitución de Colombia y que posee como principal parámetro la vinculación entre el ser humano y su entorno. A ello se suma un concepto central para el decisorio: los derechos bioculturales. Según la Corte representan un nuevo enfoque jurídico cuya premisa central es la profunda relación de unidad e interdependencia entre la naturaleza y la especie humana, lo cual conlleva un nuevo entendimiento socio-jurídico en el que: «9.28 [...] la naturaleza y su entorno deben ser tomados en serio y con plenitud de derechos. Esto es sujetos de derechos»³³.

En la sentencia se explica que esta interdependencia entre diversidad biológica y cultural implica un cambio en el sistema de pensamiento, fundamentado en una concepción eco-céntrica en la que el ser humano es parte integral y no dominador de la naturaleza, lo que permitiría un proceso de autorregulación de la especie humana y de su impacto sobre el ambiente al reconocer su papel dentro del círculo de la vida. Es decir, «se trata de entender esta nueva realidad sociopolítica con el objetivo de lograr una transformación respetuosa con el mundo natural y su entorno»³⁴. Por todo ello, la Corte sostiene que:

«En efecto, la naturaleza y el medio ambiente son un elemento transversal al ordenamiento constitucional colombiano. Su importancia recae por supuesto en atención a los seres humanos que la habitan y la necesidad de contar con un ambiente sano para llevar una vida digna y en condiciones de bienestar, pero también en relación a los demás organismos vivos con quienes se comparte el planeta, entendidas como existencias merecedoras de protección en sí mismas. Se trata de ser conscientes de la interdependencia que nos conecta a todos los seres vivos de la tierra; esto es, reconocernos como partes integrantes del ecosistema

33. *Ibid.*

34. *Ibid.*

global -biósfera-, antes a partir de categorías normativas de dominación, simple explotación o utilidad. Postura que cobra especial relevancia en el constitucionalismo colombiano, teniendo en cuenta el principio de pluralismo cultural y étnico que lo soporta, al igual que los saberes, usos y costumbres ancestrales legados por los pueblos indígenas y tribales»³⁵.

A partir del principio del pluralismo cultural se comienza a transitar otra variante en el reconocimiento de derechos de la naturaleza que habilita la reinterpretación de los ordenamientos jurídicos vigentes³⁶. Este tipo de decisiones también refuerza el camino que M. A. Hermitte denomina indigenista pero por otros medios: a través del reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en diferentes países latinoamericanos que, en buena medida, permiten introducir otros modos de pensar la vinculación naturaleza/sociedad y que suelen abonar las perspectivas más ecocéntricas y/o biocéntricas que se desmarcan de las lógicas más antropocéntricas³⁷.

Esta tendencia se fue replicando desde el caso del río Atrato hacia otros ríos y hacia áreas naturales protegidas y páramos³⁸. A ello se agrega que parte de la Amazonía ha sido declarada como sujeto de derecho en un caso que, a su

35. *Ibid.*

36. En un trabajo anterior se ha analizado esta perspectiva en relación al ordenamiento jurídico argentino: María Valeria BERROS, Rafael COLOMBO, *Miradas emergentes sobre el estatuto jurídico de los ríos, cuencas y glaciares*, «Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente», 2017, n. 1. pp.31-72.

37. Incluso se están ensayando reinterpretaciones de cláusulas constitucionales en vigor. Este es el caso de algunos planteos en Argentina que intentan revisar el término “habitante” con el que inicia el texto de esta cláusula constitucional (art. 41) en términos de “todo habitante tiene derecho a un ambiente sano...”. Anibal Falbo indagar sobre este concepto y entiende que son habitantes: “1) Los seres animados: como los animales, los vegetales, los insectos, los microorganismos, 2) Los seres inanimados: ya que estos “moran” en el país, ya que, para la Real Academia, morar es “residir habitualmente en un lugar”. Así que por ejemplo las montañas son habitantes. O las nubes, 3) Los elementos naturales o seres naturales: como el agua, los ríos, el suelo, las napas, el aire, el viento, 4) Los seres o elementos complejos: como los procesos ecológicos, la biodiversidad, el equilibrio ecológico, la ecología, el clima. Habitar no requiere permanencia, por lo que la ausencia de permanencia no impide que exista, 5) Los seres artificiales: como las ciudades, 6) Los seres y elementos futuros: acorde con el concepto constitucional de generaciones futuras...”. Anibal FALBO, *El término “habitantes” del artículo 41 de la Constitución Nacional excede a los seres humanos*, «Revista Derecho Ambiental», 2017, n. 52, pp. 137-146.

38. Los principales precedentes de este prolífico proceso de decisiones judiciales que otorgan personalidad jurídica a diferentes seres y ecosistemas pueden consultarse aquí: <http://www.harmonywithnatureun.org/rightsOfNature/>

vez, introduce la litigación climática en la región asociada a la deforestación en esta zona de Colombia, lo que permite vislumbrar cierto perfil propio de este tipo de litigios en América Latina³⁹.

c) *La escritura actual de otras escenas posibles*

A su vez, en otros tribunales latinoamericanos comienza a desarrollarse una pléyade de interpretaciones que, si bien no implican el reconocimiento de derechos, sí aluden a la necesidad de profundizar la interpretación eco-céntrica del derecho vigente. Un elemento importante en este tipo de argumentación es la inclusión en la reciente reforma del Código Civil y Comercial argentino de una perspectiva holista que establece ciertos límites al ejercicio de derechos individuales sobre los bienes cuando se encuentre en juego la afectación de derechos de incidencia colectiva. El artículo 14 del CCC establece: «Derechos individuales y de incidencia colectiva. En este Código se reconocen: a) derechos individuales; b) derechos de incidencia colectiva. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general» y el artículo 240, en sintonía, determina: «El ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva. Debe conformarse a las normas del derecho administrativo nacional y local dictadas en el interés público y no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial».

Si bien estas normas aún no han tenido una importante aplicación jurisprudencial, una serie de casos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se encuentran relacionados con el tipo de racionalidad que las inspira.

Este es el caso, por ejemplo, de un conjunto de recientes sentencias de la Corte a propósito de humedales y ríos.

39. María Valeria BERROS, Fernanda de SALLES CAVEDON-CAPDEVILLE, Humberto FILPI, *Litigación climática, ecocentrismo y derechos de la naturaleza: un análisis de la experiencia Sudamericana*, en Riccardo PERONA, María Valeria BERROS (eds.), *Ragionamento e argomentazione giuridica: nuovi approcci per la tutela della natura*, Torino, Accademia University Press, 2022. En prensa.

La primera resolución proviene de un conflicto entre dos provincias por el uso del caudal de agua del río Atuel. Entre las consideraciones vertidas por esta instancia judicial se afirmó:

«La regulación jurídica del agua se ha basado en un modelo antropocéntrico, que ha sido puramente dominial al tener en cuenta la utilidad privada que una persona puede obtener de ella o bien en función de la utilidad pública identificada con el Estado. Esta visión, que en gran medida está presente en el conflicto resuelto mediante la sentencia de 1987, ha cambiado sustancialmente en los últimos años. El paradigma jurídico que ordena la regulación del agua es eco-céntrico, o sistémico, y no tiene en cuenta solamente los intereses privados o estatales, sino los del mismo sistema, tomo bien lo establece la ley general del ambiente. El ambiente no es para la Constitución Nacional un objeto destinado al exclusivo servicio del hombre, apropiable en función de sus necesidades y de la tecnología disponible, tal como aquello que responde a la voluntad de un sujeto que es su propietario»⁴⁰.

336

Esta perspectiva ha sido incluida en una serie de sentencias posteriores en las que se ha decidido en torno a la construcción de un barrio privado sobre un humedal⁴¹, sobre los graves incendios que asolaron el Delta del Paraná durante el año 2020⁴², y la protección de una cuenca hidrográfica al interior de un parque nacional⁴³.

El primero de los casos referido a un humedal introduce un elemento más a lo desarrollado por la Corte Suprema en relación al río Atuel. En esta sentencia se incorpora el principio *in dubio pro natura* según el cual

«en caso de duda, todos los procesos ante tribunales, órganos administrativos y otros tomadores de decisión deberán ser resueltos de manera tal que favorezcan la protección y conservación del medio ambiente, dando

40. CSJ 243/2014 (50-L) Provincia de La Pampa c/ Provincia de Mendoza s/ uso de aguas, 1 de diciembre de 2017.

41. CSJ 714/2016/RH1 Majul, Julio Jesús c/ Municipalidad de Pueblo General Belgrano y otros s/ acción de amparo ambiental, 11 de julio de 2019.

42. CSJ 468/2020 Equística Defensa del Medio Ambiente Asoc. Civ. c/ Santa Fe, Provincia de y otros s/ amparo ambiental, 11 de agosto 2020.

43. FSA 18805/2014/CS1 Saavedra, Silvia Graciela y otro c/ Administración Nacional de Parques Nacionales Estado Nacional y otros s/ amparo ambiental, 25 de febrero 2021.

preferencia a las alternativas menos perjudiciales. No se emprenderán acciones cuando sus potenciales efectos adversos sean desproporcionados o excesivos en relación con los beneficios derivados de los mismos» (Declaración Mundial de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza -UICN-, Congreso Mundial de Derecho Ambiental de la UICN, reunido en la Ciudad de Río de Janeiro en abril de 2016)»⁴⁴.

Este principio posee un largo desarrollo en el campo jurídico, desde el principio *in dubio pro reo* e *in dubio pro operario* hasta el más reciente principio *in dubio pro consumidor*. Así, una de las derivaciones del principio de inocencia determina que ante la duda se debe considerar la interpretación que más favorezca al imputado. En el campo laboral su finalidad protectora se traduce en esta regla que implica la aplicación de la norma más favorable y la condición más beneficiosa para los trabajadores, algo que luego es continuado en buena medida por el derecho de los consumidores que se enfoca en la interpretación normativa que les sea más favorable.

En este primer caso, la Corte Suprema argentina introduce el principio *in dubio pro natura* considerando, por una parte, la existencia de dudas y, por la otra, el criterio mediante el cual debe resolverse: siempre del modo en que se favorezca la tutela y conservación del ambiente⁴⁵. Si bien no se trata de un explícito reconocimiento de derechos de la naturaleza, este tipo de perspectiva eco-céntrica y el principio que considera a la naturaleza como parte más débil de una relación permiten pensar también en cierto proceso de subjetivación y dan cuenta de la heterogeneidad de maneras y diversidad de matices a partir de los que se problematiza la cuestión ecológica en el campo jurídico latinoamericano.

337

44. CSJ 243/2014 (50-L) Provincia de La Pampa c/ Provincia de Mendoza s/ uso de aguas, 1 de diciembre de 2017.p. 19.

45. El principio *in dubio pro natura* ya poseía desarrollo en otros países latinoamericanos, especialmente en Brasil. Véase: Patryck DE ARAÚJO AYALA, Mariana CARVALHO VICTOR COELHO, *Na dúvida em favor da natureza? Levar a sério a Constituição Ecológica na época do antropoceno*. «Revista Brasileira de Políticas Públicas», 2020, v.10, n.3, pp.124-163; Silvia CAPELLI, *In dubio pro natura*. «Revista de Direito Ambiental», 2020, vol. 98, p. 197-223.

4. Tercer acto: la potencia de una idea

En la primera parte se refirió a los dos aspectos que M.-A. Hermitte señala como relevantes en la lucha por los derechos de la naturaleza. Uno es el simbólico, el otro es el técnico. Entre ambos, el derecho transita hace poco más de una década por medio de legislaciones y decisiones judiciales.

En la primera parte hemos podido observar que las primeras experiencias nacionales, encabezadas por Ecuador y Bolivia, no han podido replicarse aún en otros países. Sin embargo, se observa cierta vitalidad a nivel local que se traduce en una serie de ordenanzas o normas provinciales que dan cuenta de la mayor plasticidad que presenta este tema cuando las competencias regulatorias se encuentran descentralizadas. Aún así, en la actualidad el proceso constituyente chileno permite reubicar el tema en diálogo con las experiencias sucedidas hace poco más de una década en América del Sur. Por su parte, en el ámbito de las decisiones judiciales se observa una triple distinción: sentencias provenientes de tribunales que cuentan con normas que de modo explícito han reconocido a la naturaleza como sujeto de derecho; decisiones que reinterpretan el derecho vigente aún cuando no exista esa explícita ampliación de derechos y argumentan a favor de declarar como sujetos de derecho a determinados ecosistemas; resoluciones que incorporan ideas cercanas a la subjetivización aún sin llegar a declarar como sujeto a ríos, humedales, etc. Entre estas decisiones es importante destacar que comienza a desarrollarse una articulación de procesos lo que es claro en el caso de los litigios climáticos que comienzan a desarrollarse en esta región: entre los argumentos suele aparecer la perspectiva ecocéntrica y solicitudes o bien declaraciones judiciales de determinados ecosistemas como sujetos de derecho.

Frente a este prolífico proceso, desde el campo jurídico, las resistencias no se han hecho esperar e implican desde el viejo argumento de la imposibilidad de expresarse que tendría la naturaleza hasta algunas posiciones más contemporáneas que observan la carencia de efectividad de este tipo de regulaciones o las dificultades en la ejecución de las sentencias⁴⁶. Sin embargo, pese a estas voces, la prolifera-

46. Existen también perspectivas que se enfocan en otro tipo de conceptos como el de

ción de este tipo de estrategias innovadoras continúa. Una mirada más atenta a esos fenómenos y en diálogo con las ciencias sociales y humanidades, en especial con la antropología y la sociología, permite efectuar otro tipo reflexiones incardinadas con la forma en la que esos procesos se han iniciado, casi de modo simultáneo en diferentes latitudes, y cómo se vinculan a determinados contextos socio-históricos y condiciones de posibilidad.

Así, la potencia de esta idea es la apertura de posibilidades para pensar en una construcción más plural del derecho ambiental o bien una mirada que permita robustecer el análisis sobre los matices y no tanto sobre las clasificaciones, separaciones y categorías a partir de las cuales se desarrolla, en general, la formación jurídica⁴⁷.

patrimonio para pensar un espacio intermedio entre sujetos y objetos. Véase: François OST, *La nature hors la loi. L'écologie à l'épreuve du droit*, Paris, La Découverte, 2003.

47. El libro que desarrolla una larga entrevista entre M.-A. Hermitte y F. Chateauraynaud es una expresión cabal de una trayectoria de investigación jurídica, en este caso encarnada en los trabajos de M.-A. Hermitte, que enfatiza los claroscuros que el derecho contiene. Ver: Marie-Angèle HERMITTE, *Le droit saisi au vif. Sciences, technologies, formes de vie. Entretiens avec Francis Chateauraynaud*, Paris, Petra, 2013.

De l'animisme juridique à base scientifique : une voie pour la nature ?

Pierre Brunet* et Judith Rochfeld**

L'Amazonie colombienne est un sujet de droit, à qui il est dû protection contre la déforestation¹. Le fleuve Whanganui de Nouvelle-Zélande est protégé dans son « bien-être »². La Terre mère ou Terre-nourricière doit être préservée dans ses cycles de vie en Bolivie et Equateur³... Dans certains

* Professeur de droit public à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne. E-mail : pierre.brunet@univ-paris1.fr

** Professeur de droit privé à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne. E-mail : Judith.Rochfeld@univ-paris1.fr

1. Cour suprême de justice, 5 avril 2018, sentence 4360, v. *infra* note 63, disponible à l'adresse suivante : <https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2018/01/Fallo-Corte-Suprema-de-Justicia-Litigio-Cambio-Clim%C3%A1tico.pdf?x54537>.

2. Te Awa Tupua (Whanganui River Claims Settlement) Act, 2017, March 20, v. *infra* note 34.

3. Constitution dite de Montecristi, 2008, chapitre 7, not. articles 71-72 : « La nature ou Pacha Mama, où la vie est reproduite et réalisée, a le droit d'avoir son existence et le maintien et la régénération de ses cycles vitaux, sa structure, ses fonctions et ses processus évolutifs pleinement respectés. / Toute personne, communauté, peuple ou nationalité peut exiger de l'autorité publique le respect des droits de la nature. Dans l'application et l'interprétation de ces droits, les principes énoncés dans la Constitution sont respectés, le cas échéant. / L'État encourage les personnes physiques et morales et les collectivités à protéger la nature et favorise le respect de tous les éléments qui composent un écosystème » [Art. 71] ; « La nature a droit à la restauration. Cette restauration sera indépendante de l'obligation de l'État et des personnes physiques ou morales d'indemniser les individus et les groupes qui dépendent des systèmes naturels affectés. En cas d'im-

cénacles juridiques, le monde « naturel » se peuple de personnes bénéficiaires de droits et de protections (endossant même, parfois, des obligations ainsi qu'une responsabilité⁴...). Elles se rendent visibles en justice, animées par des sujets de droit, physiques et moraux (des citoyens, associations et fondations principalement).

De prime abord, ce mouvement s'inscrit comme une critique d'une conception anthropocentrique des relations entre humains et non humains. Il semble éloigné des systèmes juridiques où la personnification d'entités naturelles n'a pas cours et où seuls des êtres humains parlent en leur nom et défendent des droits fondamentaux au bénéfice des usages et avantages de la nature (droits « à un environnement équilibré et respectueux de la santé », à « un système climatique stable » et/ou « qui assure le bien-être des citoyens », etc.). Il marque également un tournant important : alors que la critique du paradigme anthropocentrique est ancienne, ce n'est qu'aujourd'hui qu'elle trouve des concrétisations inédites qui témoignent clairement de ce que la « digue de l'anthropocentrisme » a commencé à céder à certains endroits⁵. Enfin, alors que cette critique n'a jamais

pact grave ou permanent sur l'environnement, y compris ceux causés par l'exploitation de ressources naturelles non renouvelables, l'État met en place les mécanismes les plus efficaces pour assurer la restauration et prend les mesures appropriées pour éliminer ou atténuer les conséquences néfastes pour l'environnement » [Art. 72]. *Adde* le 6 novembre 2019, la ville de Florianópolis a modifié sa loi organique pour y intégrer les droits de la Nature et reconnaître cette dernière sujet de droits : « O Poder Público promoverá políticas públicas e instrumentos de monitoramento ambiental para que a natureza adquira titularidade de direito e seja considerada nos programas do orçamento municipal e nos projetos e ações governamentais, sendo que as tomadas de decisões deverão ter respaldo na Ciência, utilizar dos princípios e práticas de conservação da natureza, observar o princípio da precaução, e buscar envolver os poderes Legislativo e Judiciário, o Estado e a União, os demais municípios da Região Metropolitana e as organizações da sociedade civil » (Redação dada pela Emenda à Lei Orgânica nº47/2019) [« la nature acquiert des droits et est prise en compte dans les programmes budgétaires municipaux et dans les projets et actions du gouvernement »]

4. C'est le cas pour le fleuve Whanganui, ainsi que le Gange, la Yamuna et leurs glaciers et leurs écosystèmes, v. *infra*.

5. Catherine REDGWELL, « Life, the Universe and Everything. A Critique of Anthropocentric Rights », in Alan E. BOYLE, Michael R. ANDERSON (eds.), *Human Rights Approaches to Environmental Protection*, Oxford, Clarendon Press, 1996, p. 71-87, p. 73 : « The dam of anthropocentrism has clearly been breached. Given the increasing awareness of the interconnectedness of human beings and the environment and of the intrinsic value of the latter [...], nature is unlikely to simply be ignored; rather, the problem is one of reconciling a diverse environmental (agenda) and human rights agenda ».

été unitaire et s'est développée dans deux directions⁶ – celle de la reconnaissance de droits pour la « nature » et celle de la limitation des droits de l'homme par la reconnaissance de la valeur intrinsèque de l'environnement (ou mieux encore du vivant)⁷ –, on constate un renforcement notable de la première.

La voie qui consiste à reconnaître une personnalité juridique et des droits aux entités naturelles sort en effet gagnante des évolutions récentes⁸. Il faut dire qu'elle a été prônée dans quelques écrits remarquables, que ce soit celui séminal et états-unien de Christopher Stone de 1972 posant la première interrogation d'ampleur sur la représentation en justice des arbres⁹, ou ceux, plus contemporains et français, de Marie-Angèle Hermitte. Cette dernière a en effet occupé, et occupe toujours, une place particulière dans ce débat elle qui, dès les années 1990, a prôné des droits de la nature¹⁰. En contrepoint, la seconde direction, que d'aucuns nomment la conception « écologique » des droits de l'homme au sens d'une conception qui tienne compte aussi bien du contexte socio-économique que du contexte écologique, semble pâlir, elle qui l'avait pourtant emporté dans un premier temps. L'avènement d'un homo *ecologicus* en lieu et place de l'homo *economicus* n'a pas réellement eu lieu¹¹.

Quels sont les indices qui nous montrent que la première voie, là où elle se développe, est en passe d'absorber la première ? Le fait que le langage des droits fondamentaux – dont on craignait le trop grand anthro-

6. V. *infra*.

7. REDGWELL, « Life, the Universe and Everything. A Critique of Anthropocentric Rights », *op. cit.*

8. Le site <http://www.harmonywithnatureun.org/rightsOfNature/> recense les différentes initiatives tant constitutionnelles ou législatives que jurisprudentielles de « personification » d'entités naturelles.

9. Christopher D. STONE, « Should Trees Have Standing ? Toward Legal Rights for Natural subjects », *Southern California Law Review*, 1972, vol. 45, p. 450-501.

10. Marie-Angèle HERMITTE, « La concept de diversité biologique et la création d'un statut de la nature », in Bernard EDELMAN, Marie-Angèle HERMITTE (dirs.) *L'Homme, la nature et le droit*, Paris, Christian Bourgois, 1988, p. 238-372 ; Catherine LARRÈRE, Raphaël LARRÈRE, *Du bon usage de la nature. Pour une philosophie de l'environnement*, Paris, Flammarion, 2009 ; Michel SERRES, *Le contrat naturel*, Paris, Flammarion, 2009.

11. Klaus BOSSELMANN, « Human Rights and the Environment: Redefining Fundamental Principles? », *Revista de Direito Ambiental*, 2001, n° 23, p. 12-28.

pocentrisme – en vienne désormais à soutenir la personification d'entités non humaines, parfois sur fond de reconnaissance d'une protection de leur « dignité » : il s'est en effet développée une lecture écologique du principe de dignité qui ne serait plus réservée aux humains mais s'étendrait aux non-humains¹². Une récente décision de la Cour supérieure de Justice du Brésil (*Superior Tribunal de Justiça*) en porte un témoignage aussitôt qualifié d'historique¹³ quand bien même s'applique-t-elle à la question animale qui reste spécifique dans le paysage « naturel ». Elle a en effet reconnu les « animaux non-humains » comme des sujets de droits¹⁴, en poussant l'argumentation très loin : elle ne s'est pas arrêtée à la seule relation d'affection entre l'humain et le non humain pour fonder cette reconnaissance ; elle s'est engagée dans une interprétation « écologique » – et non plus « anthropocentrique et individualiste » – du « principe kantien de dignité humaine » en l'étendant à ces « animaux non humains », ainsi qu'à toutes les formes de vie en général ; elle s'est réclamée d'une « matrice jusphilosophique biocentrique (ou écocentrique), laquelle reconnaît le tissu de vie qui imprègne les relations entre les êtres humains et la nature »¹⁵ et a affirmé que les êtres non humains sensibles doivent se voir reconnaître « une fin en soi, une valeur intrinsèque » comme membre de la « communauté morale ». Se référant à la *Deep Ecology* de Arne Naess¹⁶, la Cour conclut que l'on peut « également parler de limitations des droits fondamentaux des êtres humains fondées sur la re-

12. Ingo Wolfgang SARLET, Tiago FENSTERSEIFER, « Algumas notas sobre a dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana e sobre a dignidade da vida em geral », *Revista Brasileira de Direito Animal*, 2007, vol. 2, n° 3, p. 69-94.

13. Cristiane DERANI, *et al.*, « Derechos de la naturaleza en Brasil: perspectivas teóricas, prácticas y normativas », in Liliana ESTUPIÑÁN ACHURY, *et al.* (eds.), *La naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático*, Bogotá, Universidad Libre, 2019, p. 495-545, p. 530.

14. En l'espèce un perroquet sauvage gardé en captivité 23 ans par une femme à laquelle l'Institut brésilien de l'environnement (IBAMA) avait infligé des amendes pour mauvais traitements ; sur ce fondement, elle a annulé le transfert de la garde de l'oiseau à l'Institut, jugeant que la rupture du lien affectif entre l'oiseau et la personne qui l'élève (comment l'appeler ? elle n'en est pas propriétaire), tout comme le changement d'environnement, seraient pires que le maintien en captivité.

15. *Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial N° 1.797.175, 21/03/2019*. Disponible à l'adresse : <http://files.harmonywithnatureun.org/uploads/upload820.pdf>

16. *Ecology, Community and Lifestyle: Outline of an Ecosophy*, trad. David Rothenberg, Cambridge, Cambridge University Press, 1989.

connaissance d'intérêts non humains »¹⁷. *In fine*, prolongeant cette argumentation philosophique en droit, elle a neutralisé les dispositions de la législation civile brésilienne établissant clairement une distinction entre les personnes et les choses (et classant les animaux du côté des choses)¹⁸.

Les évolutions, on le constate, sont donc loin d'être négligeables. Que nous disent-elles exactement de notre lien, nous les humains, aux entités naturelles, et à sa traduction en droit ? Marie-Angèle Hermitte en a donné son interprétation : les systèmes juridiques seraient « travaillés par une forme d'animisme »¹⁹. Plus précisément encore, tentant de saisir les liens de solidarité à l'œuvre dans ces reconnaissances, ainsi que dans la nécessaire représentation des non-humains par des humains, elle a modélisé les animismes juridiques propres à les soutenir, sur le fondement des catégories ontologiques de Philippe Descola²⁰ : indigénistes et religieux notamment. Elle a surtout isolé celui qu'il serait possible d'acclimater aux systèmes juridiques européens (français en particulier), nous proposant de re-

17. L'arrêt prend le contrepied d'un jugement rendu par le Tribunal fédéral de Minas Gerais dans une affaire qui a fait grand bruit au Brésil. S'inspirant de l'arrêt de la Cour constitutionnelle colombienne de 2016 relative au fleuve Atrato, une association a cherché à faire reconnaître le fleuve Doce comme sujet de droit. Le Tribunal a rejeté sa demande parce que, d'une part, l'ordre juridique brésilien refuse cette qualité à des non-humains et, d'autre part, parce que seules des personnes publiques ou des associations reconnues sont légitimes à agir au nom de la défense de l'environnement ; la séparation des pouvoirs interdit également au pouvoir judiciaire de reconnaître de nouveaux sujets de droit. La juge qui a rédigé le jugement n'en a pas moins déclaré que « Peut-être que personne n'aime une rivière plus que ce juge », v. *Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais, 6ª Vara Federal Cível, 21 septembre 2018, 1009247-73.2017.4.01.3800* (jugement de première instance), v. Samy Sandy Bezerra NAGAHAMA, *Acesso à justiça ambiental no Brasil: uma análise dos conflitos ambientais no Superior Tribunal de Justiça of Work*, Faculdade de direito, Universidade federal do Ceará, Fortaleza, 2018 http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/41431/1/2018_tcc_ssbngahama.pdf, p. 104 s.

18. Elle invoque pour cela « un processus de construction d'une conscience écologique » que traduisent divers instruments juridiques latino-américains dont les préambules des constitutions équatorienne et bolivienne qui reconnaissent les droits de la Nature ou Pachamama ainsi que diverses lois brésiliennes de protection des animaux.

19. Marie-Angèle HERMITTE, « Artificialisation de la nature et droit(s) du vivant », in Philippe DESCOLA (dir.), *Les natures en question*, Paris, Odile Jacob, 2018, p. 257-284, spéc. p. 270 et s.

20. Philippe DESCOLA, *La composition des mondes. Entretiens avec P. Charbonnier*, Paris, Flammarion, 2014, « Champs essais », p. 195 et s., cf. les « catégories pures » de l'auteur : l'animisme, l'analogisme, le totémisme et le naturalisme, le système juridique occidental hybridant pour elle au moins trois d'entre elles.

connaître un « animisme juridique à base scientifique »²¹. Ce dernier serait distinct de ceux issus des cosmologies qui se trouvent au soutien des personnifications évoquées, en Colombie ou en Nouvelle-Zélande – « animisme juridique à consonance indigéniste » – ou en Inde – animisme à consonance religieuse. Il se caractériserait par deux traits distinctifs : il serait teinté de naturalisme et d'analogisme. Au titre du naturalisme, en effet et tout d'abord, les entités naturelles se verraient reconnaître une intériorité de même nature que les humains, quand bien même les déterminants physiques seraient distincts et les droits en découlant différents. Au titre de l'analogisme, ensuite, chaque espèce, voire chaque individu, se verrait reconnu dans une physicalité propre, en relation avec son milieu, et chaque groupe de vivants pourrait être défendu par des humains attirés²².

Le propos est évidemment passionnant et vivifiant. Il reflète pleinement l'esprit novateur, créatif et profondément iconoclaste de son auteure à qui nous souhaitons rendre ici hommage pour avoir intensément nourri la réflexion bien au-delà du cercle des juristes. Il requiert d'être pris au sérieux et débattu. Pour ce faire, on s'interrogera tout d'abord sur la réalité du « naturalisme » placé au centre des analyses et personnifications tirant vers, ou se réclamant de, l'animisme. A notre sens, les constructions politiques qui sous-tendent ces reconnaissances pourraient être davantage prises en compte (1). Ces constructions, en effet, teintent de syncrétismes et de réductionnismes variés et ambivalents les caractères indigéniste et religieux identifiés qui seraient les fondements animistes proclamés (2). Enfin, si l'on se concentre sur le seul analogisme, on peut se demander s'il ne passe pas rapidement sous silence les

21. Marie-Angèle HERMITTE, *Le droit saisi au vif : sciences, technologies, formes de vie : entretien avec Francis Chateauraynaud*, Paris, Petra, 2013 et *L'emprise des droits intellectuels. La brevetabilité du vivant*, Versailles, Quae, 2016, p. 56 s. : « Le droit n'est-il pas en train d'adapter ses catégories et ses principes aux nouvelles conceptions des rapports entre humains et non humains ? C'est l'hypothèse que, par petites touches successives, j'ai façonnée : nous serions passés d'une longue période portée par les monothéismes qui plaçaient l'humanité dans une position isolée au sein de la création, mise sous sa responsabilité pour qu'elle puisse en jouir, à l'invention d'une nouvelle forme d'animisme, au sens où tous les vivants sont liés entre eux, mais un animisme fondé sur la science ».

22. HERMITTE, « Artificialisation de la nature... », art. préc.

difficultés d'organisation collective non négligeables que les personnifications à l'œuvre recèlent (3).

1. Les paradoxes de l'« animisme juridique » : vous avez dit « naturalisme » ?

D'un point de vue purement logique ou analytique, l'expression « animisme juridique » se fait dès l'abord quelque peu paradoxale : on peut aisément dévier du « naturalisme » annoncé vers le maniement de catégories juridiques, qui plus est occidentales (a). Reconnaître des droits, c'est en effet parler le langage de l'homme occidental ; c'est lui qui permet de donner un statut de personne à toute entité du monde des humains. Par ailleurs, il serait illusoire de taire les luttes de pouvoirs qui président à ce type de reconnaissance (b).

a) Naturalisme et constructions juridiques occidentales

Chez Philippe Descola, l'animisme se définit comme « l'imputation par les humains à des non-humains d'une intériorité identique à la leur. Cette disposition humanise les plantes, et surtout les animaux, puisque l'âme dont ils sont dotés leur permet non seulement de se comporter selon les normes sociales et les préceptes éthiques des humains, mais aussi d'établir avec ces derniers et entre eux des relations de communication »²³. Dès lors, parler d'« animisme juridique », au sens fort, suppose que le droit impute à des non-humains une intériorité identique à la leur et les humanise au point de leur permettre de se comporter selon les normes juridiques des humains.

Il semble néanmoins que Marie-Angèle Hermitte emploie l'expression en un sens plus faible. Il s'agit pour elle de rendre compte de la reconnaissance – ou de l'attribution – par le droit de subjectivités nouvelles aux entités naturelles en se fondant sur la « simple » réception d'une intériorité physique des entités saisies. Pour autant, ces subjectivités proclamées sont purement juridiques et non réelles, pas plus que la personne juridique ne correspond exactement à la personne réelle. Ces subjectivités reposent,

23. Philippe DESCOLA, *Par-delà nature et culture*, Paris, Gallimard, coll. Folio Essais, 2005, p. 229.

en conséquence, sur une forme d'analogie verbale qui tente de traduire en termes juridiques des conceptions ontologiques. Attribuer la personnalité juridique à un fleuve (ou faire bénéficier un animal du principe de dignité humaine), ne revient donc pas à adopter une ontologie animiste, au moins au sens que Descola donne à ce terme. On se trouve plutôt, à la réflexion, face à un « gradualisme »²⁴, récurrent au sein du naturalisme, qui explique d'ailleurs les ambiguïtés que connaissent nos sociétés. Le cas des animaux est à cet égard exemplaire tant il trahit les contradictions fréquentes entre, d'une part, la preuve scientifique de la sensibilité et de la conscience animale et, d'autre part, l'expérience sociale qui n'en tient que partiellement compte ou n'en tire des conséquences qu'avec parcimonie. Ainsi, l'animal domestique est certes protégé contre les actes de cruauté et les mauvais traitements mais la liberté de religion ou les « traditions locales » peuvent avoir raison de cette protection et justifier des pratiques jugées socialement cruelles²⁵. Et si les sociétés contemporaines se donnent bonne conscience en protégeant les animaux domestiques, elles continuent d'opérer une classification entre ces derniers et les animaux sauvages, classification qui, bien qu'habituelle, n'a rien de naturelle et est tout entière construite par le droit selon une ontologie naturaliste (d'où la sous-division au sein des animaux domestiques entre l'animal de compagnie, l'animal de production, l'animal utilisé à des fins scientifiques, l'animal sauvage captif ou apprivoisé).

347

Inversement, les populations qui raisonnent selon une ontologie animiste n'ont nullement besoin du concept de

24. *Ivi*, p. 310 qui donne Montaigne en exemple (« Il n'est pas douteux qu'à partir de Montaigne un courant diffus et minoritaire que l'on peut qualifier de gradualiste n'a cessé de contester la conception entérinée par les Modernes de la place singulière dévolue à l'homme dans la Nature du fait de ses dispositions internes »). On pourrait à ce titre parler de « gradualisme juridique » pour évoquer ces juristes qui ont très tôt milité en faveur de la reconnaissance de l'animal comme sujet de droit tels que René DEMOGUE, « La notion de sujet de droit », in René DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé : essai critique, pour servir d'introduction à l'étude des obligations*, Paris, Rousseau, 1911 ; Cesare GORETTI, « L'animale quale soggetto di diritto », *Rivista di filosofia*, 1928, n° 19, p. 348-363 ; John Chipman GRAY, *The Nature and Sources of Law*, New York, The Columbia University Press, 1921, p. 42 et s., qui voyait dans les procès médiévaux faits aux animaux la marque de ce que le droit leur imposait des devoirs.

25. V., récent, CJUE 17 déc. 2020, Centraal Israëlitisch Consistorie van België e.a. / Vlaamse Regering, aff. C-336/19, permettant aux États d'imposer l'étourdissement préalable à un abattage rituel.

personne juridique : concevoir une entité naturelle (un fleuve, une montagne, une forêt...) comme une personne ne procède d'aucune norme juridique²⁶. Certes, les ontologies animistes autochtones se réclament également du « droit » et l'on sait que nombre de travaux de juristes autochtones entendent faire reconnaître une valeur juridique à leurs coutumes par le droit étatique duquel les populations relèvent. Mieux encore, la Convention sur les droits des peuples autochtones a elle-même fait de ces coutumes des normes juridiques²⁷. Mais cette consécration n'a pas pour autant modifié l'ontologie juridique des systèmes de droit occidentaux qui, quand bien même ils incorporent ou reconnaissent ces coutumes (ou du moins certaines d'entre elles), continuent de se fonder sur une ontologie naturaliste. Il est en revanche peu contestable que les concepts juridiques de « sujets de droit » ou de « personne » subissent une évolution qui achève de dissocier la personnalité juridique et la personnalité humaine.

b) *Naturalisme et luttes de pouvoirs*

Par ailleurs, il faut relever que ces constructions s'effectuent parfois contre la volonté de certains gouvernants, au prix d'une torsion des matériaux juridiques et d'une affirmation hâtive de leur positivité. Elles s'inscrivent en général dans une lutte de pouvoirs : gouvernements centraux, autorités locales, juges, se livrent, à ces occasions de la reconnaissance d'entités naturelles comme des personnes, des combats politique de premier ordre.

On le constate lorsque l'on réalise que, au fondement de ces diverses reconnaissances, on trouve des acteurs très différents et que l'on est loin d'un animisme du « droit » en général, c'est-à-dire de la diffusion unanime d'un dis-

26. DESCOLA, *Par-delà nature et culture*, *op. cit.*, p. 483-484 : « Les existants dotés d'une intériorité analogue à celle des humains sont tous des sujets, animés par une volonté propre [...]. Dire d'eux qu'ils sont des personnes revient en effet à leur reconnaître une autonomie, une intentionnalité et un point de vue de même nature que ceux des humains [...]. C'est cette aptitude à percevoir de façon subjective un monde prolongeant leurs organes et leurs besoins qui convertit les entités animiques en sujet, et c'est parce qu'elles sont reconnues comme sujet qu'elles sont réputées avoir une âme ».

27. Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, 61/295, 2017. Sur les ambivalences ontologiques de la déclaration v. Alexandre SURRELLÈS, « Human rights for nonhumans? », *Hau: Journal of Ethnographic Theory*, 2017, vol. 7, n° 3, p. 211-235.

cours juridique homogène soutenant une conception différente de la nature, qualifiée tantôt de biocentrique et tantôt d'écocentrique.

Que l'on considère par exemple la Constitution équatorienne de 2008, désormais bien connue. En son sein, l'attribution de droits à la nature n'allait pas du tout de soi, de sorte que leur inclusion dans le texte final ne peut pas s'analyser comme la simple traduction d'une vision du monde communément admise en Equateur. Bien différemment, le projet était soutenu par un groupe d'écologistes activistes (l'association Pachamama) ainsi que par les communautés autochtones rassemblées sous la bannière du CONAIE (et sa branche armée, le Pachakutik) ; et il a très vite rencontré de fortes résistances, notamment de la part du Président de l'époque. Cette opposition a poussé les uns et les autres à s'entendre pour faire pression en faveur de cette inclusion, laquelle fut en définitive le résultat d'un puissant lobbying (de la part des écologistes activistes mentionnés, dont le président de l'assemblée constituante Acosta) qui surent utiliser la philosophie propre aux communautés autochtones pour justifier leurs revendications au terme d'une stratégie argumentative à la fois subtile et efficace (y compris d'ailleurs contre les défenseurs des droits des animaux)²⁸.

Dans le même ordre d'idées, on peut également faire état de ce qu'un discours de « constitutionnalisme transformateur »²⁹ est désormais très présent chez certains juges, dont les décisions se font les réceptacles de ces thèses. On en trouve témoignage, par exemple, dans la décision de

28. Mihnea TANASESCU, « The rights of nature in Ecuador: the making of an idea », *International Journal of Environmental Studies*, 2013, vol. 70, n° 6, p. 846-861. V. aussi Tristan LEFORT-MARTINE, *Des droits pour la nature ? L'expérience équatorienne*, Paris, L'Harmattan, 2018.

29. Pour rendre compte de l'activisme de certaines cours constitutionnelles (en Inde, en Afrique du Sud, en Colombie, au Brésil) en matière de droits sociaux, on parle volontiers d'un « transformative constitutionalism », V. Karl E. KLARE, « Legal Culture and Transformative Constitutionalism », *South African Journal on Human Rights*, 1998, vol. 14, n° 1, p. 146-188 et Daniel BONILLA MALDONADO (ed.), *Constitutionalism of the Global South: the Activist Tribunals of India, South Africa, and Colombia*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013 ; Armin VON BOGDANDY, et al. (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America. The Emergence of a New Ius Commune*, Oxford, Oxford University Press, 2017. On a pu faire remarquer qu'il ne se limitait pas au Sud, v. Michaela HAILBRONNER, « Transformative Constitutionalism: Not Only in the Global South », *American Journal of Comparative Law*, 2018, vol. 65, n° 3, p. 527-565.

la Cour constitutionnelle colombienne du 16 juillet 2016 selon laquelle :

« [J]e souci de sauvegarder les éléments de la nature que sont les forêts, atmosphère, rivières, montagnes, écosystèmes, etc., non pour le rôle qu'ils jouent dans la survie de l'être humain, mais principalement en tant que sujets de droits individualisables comme des êtres vivants, est un impératif pour les États et la communauté. Ce n'est que par une attitude de profond respect envers la nature et ses membres qu'il est possible d'entretenir des relations justes et équitables avec eux, en abandonnant tout concept qui se borne à l'utilité ou à l'efficacité [...] Il est clair pour la Cour que l'être humain est un être de plus sur la planète et dépend du monde naturel, devant ainsi assumer les conséquences de ses actes. Il ne s'agit pas de faire de l'écologie à tout prix, mais de tenir compte de la réalité sociopolitique en vue d'une transformation qui soit respectueuse de la nature et de ses composants »³⁰.

C'est cette même cour constitutionnelle qui a attribué la personnalité juridique à un fleuve (*le Río Atrato*)³¹. Depuis, pas moins de dix-neuf fleuves ou rivières ont ainsi été personnifiés par diverses juridictions colombiennes (ou sont sur le point de l'être)³². Une véritable tendance se révèle donc, qui installe durablement une sérieuse prise en considération du vivant non humain et des effets de l'action

30. C-449/15 du 16 juillet 2015, § 4.3. not. p. 22. La place manque ici mais depuis 2015 et jusqu'à encore très récemment la jurisprudence de la Cour constitutionnelle de l'Equateur est tout aussi significative. On se permet de renvoyer à Pierre Brunet, « Le constitutionnalisme environnemental et les droits de la nature en Équateur, en Colombie et en Inde », in Julien Boudon (dir.), *L'irréductible originalité des systèmes constitutionnels à la lumière des expériences française et japonaise*, Paris, Société de législation comparée, 2021, p. 247-270, disponible à l'adresse: <https://tinyurl.com/2dhnee4t>

31. Sentence T-622/16, du 10 novembre 2016, disponible à l'adresse suivante : <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-622-16.htm>.

32. Pour la seule année 2019: Le cours d'eau Quindío, par le tribunal administratif de Quindío le 8 décembre 2019 ; le fleuve Magdalena, par le tribunal pénal du district de Neiva le 24 octobre 2019 ; le fleuve Cauca, par le Tribunal supérieur de Medellin le 17 juin 2019, les fleuves Coello, Combeima et Cocora par le Tribunal administratif de Tolima le 30 mai 2019 ; le fleuve La Plata par la cour civile municipale de La Plata-Huila, 19 mars 2019. On peut enfin noter qu'une proposition d'amendement constitutionnel existe visant à « modifier l'article 79 de la Constitution de la Colombie afin d'y inclure les droits de la nature et la reconnaissance de la nature en tant qu'entité vivante soumise à des droits qui doit bénéficier de la protection et du respect de l'État et du peuple afin d'assurer son existence, la restauration, le maintien et la régénération de ses cycles vitaux, ainsi que la conservation de sa structure et de ses fonctions écologiques ».

humaine sur la « nature ». Mais, à nouveau, on peut la lire moins comme une forme d'animisme que comme la recherche d'un moyen juridique de faire valoir un droit à un environnement sain dont doivent pouvoir jouir tant les générations présentes et futures que les autres organismes vivants, le bien-être des uns dépendant de celui des autres.

Autrement dit et en définitive, ce qui s'affirme nettement sous la forme d'un animisme, censément naturaliste et analogique, pourrait n'être que la reconnaissance d'un lien d'interdépendance que l'activité économique (humaine) tend à négliger sinon à rompre mais qui ne consiste pas encore en une communauté ontologique juridique (ou une ontologie juridique commune).

2. Les ambivalences de l'« animisme juridique » : vous avez dit « indigéniste » ou « religieux » ?

Par ailleurs, de par cette composante politique marquée, l'« animisme » venant au soutien des personnifications rencontrées se fonderait sur des valeurs très ambivalentes. D'un côté, il serait censé relever d'une « reconnaissance » d'un lien « naturel » issu d'une cosmologie de continuité humain-nature, inhérente soit à une population ou une culture – lorsqu'il est « à consonance indigéniste » – , soit à une religion – lorsqu'il est à « consonance religieuse ». En Europe, il s'agirait de le fonder, nous y reviendrons, sur la science. D'un autre côté, à bien y regarder, on constate que la première catégorie emprunte, pour s'imposer, à des constructions juridiques « occidentales » dans un syncrétisme marqué (a), et que la deuxième peut procéder à un réductionnisme discutable, c'est-à-dire se fonder sur une religion dominante en occultant celle d'une partie non négligeable de la population (b).

351

a) Le syncrétisme néo-zélandais

Pour illustrer le cas d'une forme d'animisme d'emprunt ou de façade, servant davantage – ou tout autant – à réaliser un compromis politique qu'une reconnaissance d'un animisme à consonance indigéniste, on peut considérer le cas des personnifications opérées en Nouvelle-Zélande. Si l'on analyse à cet égard la loi néo-zélandaise de 2017, qui a pour la première fois attribué la personnalité juridique à

un fleuve (le Whanganui)³³, on notera en effet qu'elle incorpore certes le vocabulaire et les conceptions des Maori, au même titre qu'elle les associe à l'organisation et la gestion du fleuve. Mais, en échange, ceux-ci renoncent à certains des droits qu'ils revendiquaient antérieurement, dont celui de contrôler les usages de l'eau, laquelle peut continuer d'être utilisée par une centrale électrique par exemple avec les effets néfastes que cela comporte pour le milieu aquatique. Compromis politique des usages donc.

Sur le plan théorique également, il n'est pas inutile de relever que le premier promoteur du modèle de la personnalité juridique pour des objets naturels dans ce pays fut Alex Frame qui s'inspira de l'article de Stone tout en ayant conscience de viser un but un peu différent. En effet, observant le contexte très particulier de la Nouvelle-Zélande, il y voyait non une tragédie des communs mais une tragédie des *commodities* : la privatisation des terres, des ressources et de divers actifs d'État, la marchandisation de toutes les ressources communes qui remettaient en question les traditions culturelles des Maori, devaient contraindre ces derniers à revendiquer la « propriété » de certains « biens » naturels et à réagir en affirmant que si des ressources collectives peuvent faire l'objet d'une appropriation c'est à eux qu'elles devaient appartenir. Autrement dit, le but ici visé par la personnification juridique de certaines entités naturelles était d'utiliser un instrument du droit occidental – la personnalité – au service d'un but politique – retrouver la maîtrise sur les ressources perdues³⁴. Cette alliance sera plus tard reprise par des juristes Maori qui verront dans la personnalité juridique accordée aux fleuves – et les droits qu'elle confère ainsi que la désignation de gardiens qu'elle suppose – un instrument susceptible de traduire, d'une part, la vision unitaire que les Maori se font du fleuve, au rebours de celle fragmentaire des Occidentaux – le fleuve est un tout indivisible et ce tout comprend le lit, l'eau, les

33. *Tē Awa Tupua (Whanganui River Claims Settlement) Act, 2017, March 20.*

34. Alex FRAME, « Property and the Treaty of Waitangi: A Tragedy of the Commodities? », in JANET MC LEAN (ed.) *Property and the Constitution*, Oxford, Bloomsbury Academic, 1999, p. 224-238, spéc. p. 238 : « the proposal here is made as a small contribution to the on-going search for a New Zealand jurisprudence which reconciles rather than divides our principal cultures, and which speaks in a language close to rather than distant from Maori and Polynesian conceptions ».

berges³⁵ – et, d'autre part, la relation que les Maori entretiennent avec leur environnement : les ressources de la Terre n'appartiennent pas à l'homme, c'est l'homme qui appartient à la Terre : tous les êtres vivants peuvent donc jouir des bienfaits de la Terre nourricière mais aucun ne la possède³⁶. Et ce qui vaut pour la Terre vaut pour ses ressources.

La loi adoptée en 2017 prolonge donc cette initiative : elle donne au fleuve les mêmes droits qu'à un être humain et introduit dans le droit de *common law* la conception que les Maori se font du fleuve, c'est-à-dire celle d'un « esprit », un « tupua », d'où le nom de la loi : Te Awa Tupua. Mais on a fait remarquer que cette construction juridique est encore loin de traduire le rapport que les Maori entretiennent avec le fleuve³⁷. La difficulté vient de ce que le concept même d'ancêtre pour les Maori n'est pas celui des occidentaux. Un « tupua » n'est pas une personne, c'est un être qui vient du royaume des ancêtres (Te Po). De même, un « awa » – une rivière, un fleuve –, n'est pas un individu mais une communauté vivante, composée de poissons, de plantes, de gens, d'ancêtres et d'eau liés par une relation généalogique ancestrale (« whakapapa »). Aussi, pour Carwyn Jones, le concept de personne juridique demeure un concept du droit occidental et s'il se rapproche de certaines des conceptions juridiques fondamentales des Maori, il ne reconnaît

35. James D.K. MORRIS, Jacinta RURU, « Giving voice to Rivers: Legal Personality as a Vehicle for Recognising Indigenous Peoples' Relationships to Water? », *Australian Indigenous Law Review*, 2010, vol. 14, n° 2, p. 49-62, p. 57 : « The beauty of the concept is that it takes a western legal precedent and gives life to a river that better aligns with a Maori worldview that has always regarded rivers as containing their own distinct life forces. Furthermore, the legal personality concept recognises the holistic nature of a river and may signal a move away from the western legal notion of fragmenting a river on the basis of its bed, flowing water, and banks ».

36. Māori MARSDEN, *Kaitiakitanga. A Definitive Introduction to the Holistic World View of the Maori*, 1992 non publié, disponible à l'adresse : <https://www.readkong.com/page/kaitiakitanga-a-definitive-introduction-to-the-holistic-3243764?p=1>

37. Toni COLLINS, Shea ESTERLING, « Fluid Personality: Indigenous Rights and the Te Awa Tupua (Whanganui River Claims Settlement) Act 2017 in Aotearoa New Zealand », *Melbourne Journal of International Law*, 2019, vol. 20, n°1, p. 197-220 ; Carwyn JONES, *New Treaty, New Tradition. Reconciling New Zealand and Maori Law*, Vancouver, Toronto, University of British Columbia Press, 2016 ; Anne SALMOND, « Rivers as Ancestors and Other Realities: Governance of Waterways in Aotearoa / New Zealand », in Betsan MARTIN, *et al.* (eds.) *Responsibility. Law and Governance for Living Well with the Earth*, London, Routledge, 2018, p. 183-192.

pas en lui-même la valeur des traditions juridiques Maori. On se trouve donc bien devant une construction qui reste ancrée dans la *common law* et par laquelle ce droit tente de traduire des conceptions qui lui demeurent étrangères³⁸. De là, on est tenté de conclure que, en dépit des déclarations en langue Maori concernant la valeur intrinsèque du fleuve et la reconnaissance de sa personnalité indivisible, la conception sous-jacente demeure celle antérieure où les humains se tiennent « à côté et au-dessus de la nature »³⁹.

On pourrait en outre ajouter que l'éthique environnementale Maori – comme pour beaucoup d'autres autochtones – n'admet pas de distinction entre l'humain et la nature. Elle est donc tournée vers un usage humain raisonnable et les interdictions qu'elle contient (*rahui*) visent à assurer le maintien durable des ressources. De ce fait, ces dernières ne sont pas justifiées par le caractère « sacré » ou la « valeur intrinsèque » de ces ressources. Ces concepts dérivent, eux, d'une autre éthique – occidentale ou « naturaliste » selon la typologie de Descola, qui sépare l'homme et la nature – et introduisent une dichotomie que les Maori ne connaissent pas⁴⁰.

Enfin, un dernier élément de cette construction révèle ou du moins accroît la dimension occidentale de l'ensemble : la loi *Te Awa Tupua* se garde bien de reconnaître un droit quelconque des Maori sur l'eau du fleuve. Or, s'ils

38. JONES, *op. cit.*, p. 98 : « Although a key aspect of the Māori worldview in relation to the natural environment is that landscape features such as rivers have their own mauri (life force) and their own mana, this is not the equivalent of a legal personality. “Legal personality” is a Western legal concept. It comes close to expressing some fundamental ideas from within Māori legal traditions, and the people of Tūhoe and Whanganui should be congratulated for moving the Crown into this legal space. *But it does not, in itself, recognize the value of Māori legal traditions.* In fact, it confirms that Māori legal traditions will not be recognized on their own terms but instead only through the closest equivalent from the Western legal tradition. In effect, this mechanism enables law-makers to avoid trying to source laws for the regulation of rivers and other landscape features in Māori legal traditions, instead deploying a mechanism from the common law that is deemed by the Crown to be a close enough match ». Nous soulignons.

39. SALMOND, *op. cit.*

40. Peter D. DWYER, « Modern Conservation and Indigenous Peoples: In Search of Wisdom », *Pacific Conservation Biology*, 1994, vol. 1, n° 2, p. 91-97 ; Id., « The Invention of Nature », in Roy F. ELLEN, Katsuyoshi FUKUI (eds.) *Redefining Nature. Ecology, Culture, and Domestication*, Oxford, Berg, 1996, p. 157-186 ; Mere ROBERTS, *et al.*, « Kaitiakitanga: Maori perspectives on conservation », *Pacific Conservation Biology*, 1995, vol. 2, n° 1, p. 7-20.

n'ont jamais revendiqué une possession au sens du droit de *common law*, ils ont toujours fait valoir que, conformément à leur cosmologie – et à leur ontologie animiste au sens de Descola⁴¹ –, ils souhaitaient en avoir la maîtrise ou le contrôle.

En définitive, aussi novatrice et habile que soit la construction juridique à laquelle parvient la loi de 2017 en ce qu'elle attribue des gardiens (mais pas seulement Maori) au fleuve Whanganui, elle est avant tout un compromis politique pour empêcher les Maori de détenir une forme quelconque de propriété sur le fleuve lui-même⁴².

b) *Le réductionnisme indien*

Dans un autre sens, l'expérience indienne ne manque pas non plus de dimension politique. Plus exactement, il en va ici d'une dimension politique sur fond de réductionnisme religieux prononcé : l'animisme se fait certes religieux (avant même d'être juridique) ; c'est bien lui qui semble inspirer l'interprétation qui est faite des dispositions juridiques par la suite appliquées ; mais au prix d'une occultation des croyances d'une partie importante de la population.

En témoignent les personnifications du Gange et du Yamuna, puis du Gangotri et du Yamunotri⁴³. Saisie dans le cadre d'une procédure de *Public Interest Litigation*, et agis-

41. Descola fait une distinction entre ce qu'il appelle « ontologie » et « cosmologie » : une ontologie est pour lui le « résultat institué d'un mode d'identification », la forme que prend « un des quatre régimes de continuité et discontinuité » ; une cosmologie « c'est la forme de distribution dans l'espace des composantes d'une ontologie et les genres de relation qui les unissent », v. DESCOLA, *La composition des mondes, op. cit.*, p. 237.

42. Laura HARDCASTLE, « Turbulent Times: Speculations About How the Whanganui River's Position as a Legal Entity Will Be Implemented and How It May Erode the New Zealand Legal Landscape », *Māori Law Review* [Online], 2014 Available: <http://maorilawreview.co.nz/2014/02/sir-edward-taihakurei-durie-student-essay-competition-2013-turbulent-times-speculations-about-the-whanganui-rivers-position-as-a-legal-entity/> [Accessed 31 octobre 2019] ; Linda TE AHO, « Ruruku Whakatupua Te Mana o te Awa Tupua – Upholding the Mana of the Whanganui River », *Māori Law Review* [Online], 2014 Available: <http://maorilawreview.co.nz/2014/05/ruruku-whakatupua-te-mana-o-te-awa-tupua-upholding-the-mana-of-the-whanganui-river/> [Accessed 31 octobre 2019] ; Katherine Sanders, « “Beyond Human Ownership”? Property, Power and Legal Personality for Nature in Aotearoa New Zealand », *Journal of Environmental Law*, vol. 30, n°1, 2017, p. 207-234.

43. Il faut enfin préciser que si ces jugements ont reçu une audience considérable du fait de leur immédiate proximité chronologique avec l'annonce de l'adoption de la loi Te Awa Tupua, ils n'ont, pour l'heure, pas été suivis d'effets mais ont été suspendus par la Cour suprême d'Inde.

sant en juridiction *parens patriae*, la Haute Cour de l'Uttarakhand a déclaré que le Gange et la Yamuna devaient être considérés comme « des entités vivantes investies de tous les droits, devoirs et responsabilités attenants à une personne vivante »⁴⁴. Dix jours plus tard, ce premier jugement fut suivi d'un second dans lequel les glaciers Gangotri et Yamunotri – où le Gange et la Yamuna prennent leur source – ainsi que tout leur écosystème furent reconnus comme des « personnes juridiques, des personnes artificielles, ayant le statut de personne juridique, avec tous les droits, devoirs et responsabilités dont jouissent les personnes vivantes, et ce afin de les préserver et les conserver »⁴⁵. La Cour en conclut que ces entités naturelles devaient être juridiquement considérées comme des mineurs auxquels elle attribuait des parents (*in loco parentis*) susceptibles d'agir pour eux.

Ramenée à l'essentiel, l'argumentation mobilisée par les juges est la suivante : a) la personnalité juridique est une création juridique arbitraire susceptible d'être attribuée à toute entité (vivante ou non, objet ou chose) ; b) la société est seule juge des bonnes raisons d'accorder cette personnalité à des fleuves (s'ils sont nécessaires à son développement) ; c) tous les Hindous sont reliés aux fleuves Gange et Yamuna qui sont fondamentaux à l'existence, à la santé et au bien-être de la moitié de la population indienne ; d) c'est une bonne raison pour attribuer la personnalité juridique, donc e) il faut

44. *High Court of Uttarakhand, Mohd Salim v State of Uttarakhand & others, Writ Petition (PIL) n° 116 of 2015, 20 march 2017* : « § 19. Accordingly, while exercising the parens patrie jurisdiction, the Rivers Ganga and Yamuna, all their tributaries, streams, every natural water flowing with flow continuously or intermittently of these rivers, are declared as juristic/legal persons/living entities having the status of a legal person with all corresponding rights, duties and liabilities of a living person in order to preserve and conserve river Ganga and Yamuna ».

45. *High Court of Uttarakhand, Writ Petition (PIL) n° 140 of 2015, 30 march 2017* « 2. We, by invoking our parens patriae jurisdiction, declare the Glaciers including Gangotri & Yamunotri, rivers, streams, rivulets, lakes, air, meadows, dales, jungles, forests wetlands, grasslands, springs and waterfalls, legal entity/ legal person/juristic person/juridical person/ moral person/artificial person having the status of a legal person, with all corresponding rights, duties and liabilities of a living person, in order to preserve and conserve them. They are also accorded the rights akin to fundamental rights/ legal rights » lobis.nic.in/ddir/uhc/RS/judgement/31-03-2017/RS30032017WPPIL1402015.pdf. On ne peut que souligner le mélange d'insistance et d'hésitation que traduit la multiplicité des qualifications juridiques utilisées dans le jugement.

reconnaître le Gange et la Yamuna comme des « personnes juridiques/personnes vivantes »⁴⁶.

Or, tout ce raisonnement est empreint de réductionnisme et de circularité, de même qu'il mêle les concepts juridiques et les concepts moraux. Il est en effet frappant, tout d'abord, de constater que les juges n'hésitent pas à réduire « la société » à la part hindoue de la population, de même qu'ils assimilent les « besoins » de la société qui seraient nécessaires à son développement à sa foi ; ils n'hésitent donc pas non plus à décider de ce qui est nécessaire à « la société » (indienne ou hindoue ?). Il est remarquable, ensuite, que les fleuves soient à la fois saisis comme des personnes vivantes au sens biologique et au sens spirituel ; simultanément comme des personnes au sens juridique (la personnification arbitraire de droits et d'obligations) et au sens moral (une personne juridique est une personne vivante) au point d'ailleurs de subordonner la dimension juridique de la personne à sa dimension vitale. Enfin, on ne peut manquer de remarquer l'anthropocentrisme de leur raisonnement qui revient à justifier la reconnaissance d'un droit à une entité naturelle à des fins de satisfaction de la santé et du bien-être des humains. Le paradoxe est qu'ils ne s'interrogent pas du tout, par exemple, sur la pollution que crée la pratique religieuse de l'immersion des idoles dans les fleuves et notamment le Gange, pollution au demeurant scientifiquement documentée⁴⁷. Ajoutons que la complexité des relations entre écologie et religion en Inde relativise encore l'argumentation tirée des besoins de la

46. Les deux dernières affirmations figurent telles quelles dans le jugement du 20 mars 2017 : « §16 [...] Juristic persons being the arbitrary creations of law, as many kinds of juristic persons have been created by law as the society require for its development. Thus, to protect the recognition and the faith of society, Rivers Ganga and Yamuna are required to be declared as the legal persons/living persons. §17. All the Hindus have deep Astha in rivers Ganga and Yamuna and they collectively connect with these rivers. Rivers Ganga and Yamuna are central to the existence of half of Indian population and their health and well being ».

47. Krishnajiyo Goswami, Ipsita Mazumdar, « How Idol Immersion is Polluting The Ganga River in Kolkata, West Bengal : An Overview Medical Science », *Indian Journal of Applied Research*, 2016, vol. 6, n° 10, p. 260-463 ; Shreerup Goswami, Saumyasree Pradhan, « Immersion of Images : A Tragedy of Pollution », *Evryman's Science*, vol. XLIII, 2009, n° 6, p. 364-367 ; Mahalakshmi V. Reddy, *et al.*, « Assessment of the effects of municipal sewage, immersed idols and boating on the heavy metal and other elemental pollution of surface water of the eutrophic Hussainsagar Lake (Hyderabad, India) », *Environmental Monitoring and Assessment*, 2012, vol. 184, n° 4, p. 1991-2000.

société. Les croyances hindouistes opèrent une séparation entre le profane et le sacré, la pollution ordinaire et la pureté rituelle ; bien que vénérés comme des divinités par les pèlerins, les fleuves sacrés n'en demeurent donc pas moins utilisés comme des décharges (pour les eaux usées, les corps et les déchets dangereux) car rien ne peut souiller leur pureté rituelle⁴⁸. Dès lors, on peut se demander s'il est bien pertinent de se fonder sur les croyances religieuses pour préserver la santé des fleuves dès lors que ces croyances ne favorisent pas des pratiques écologiques.

3. Les difficultés de l'« animisme juridique » : quelle organisation collective « à base scientifique » ?

Enfin, la continuité annoncée comme naturelle entre humain et non-humain n'est guère plus perceptible quand on considère l'analogisme proposé, spécialement par Marie-Angèle Hermitte, c'est-à-dire l'idée que chaque espèce, voire chaque individu, soit reconnu dans une physicalité propre, en relation avec son milieu, et que chaque groupe de vivants puisse être défendu par des humains attirés. L'idée est passionnante. Mais, d'une part, les formes d'organisations collectives à mettre en œuvre pour « représenter » ou défendre les entités naturelles personnifiées ne sont pas des plus simples à imaginer. Elles ne le sont pas, d'autre part, quand bien même prendrait-on au sérieux la proposition de fonder cette organisation sur une base scientifique. C'est que le grand geste d'octroi de la qualité de sujet de droit à une entité naturelle implique de considérer sa nécessaire représentation, voire la qualité de « communs », et de penser l'organisation collective que cette construction recèle (a). Or, à le faire, et même en considérant le fondement scientifique évoqué, on ne peut que constater la très grande difficulté qui émerge, tenant notamment à la délimitation et à l'identification de la communauté considérée et de son lien de rattachement avec l'entité (b).

48. Kelly D. ALLEY, « Idioms of Degeneracy : Assessing Ganga's Purity and Pollution », in Lance E. NELSON (ed.), *Purifying the Earthly Body of God. Religion and Ecology in Hindu India*, New York, SUNY Press City, 1998, p. 297-330 et Id., « Separate Domains: Hinduism, Politics and Environmental Pollution », in Christophe Key CHAPPLE, Mary Evelyn TUCKER (eds.), *Hinduism and Ecology. The Intersection of Earth, Sky, and Water*, Cambridge, Harvard University Press, 2000, p. 355-388.

a) *Personnification et communs*

Au préalable, il peut être nécessaire de préciser en quoi certaines des reconnaissances effectuées confineront à celles de communs tant le propos peut paraître étonnant : si l'on comprend immédiatement la nécessité d'une représentation de l'entité, on perçoit beaucoup moins celle d'une organisation collective. Pour ce faire, il faut revenir succinctement sur les caractéristiques des communs livrées par Elinor Ostrom et son Ecole de Bloomington (au moins pour la version dominante de la notion⁴⁹). Dans cette conception, les « communs » renvoient à l'articulation de trois composantes : une ressource ou un système de ressource (*common-pool resources* pour les ressources foncières), dont on peut difficilement exclure autrui (« non-excluable ») ; des droits distribués sur ces ressources, notamment les droits d'y accéder, d'en prélever des fragments, de la gérer, d'exclure d'autres personnes et de l'aliéner, le tout composant le *Bundle of Rights* – faisceau de droits –, figure réaliste de la conception états-unienne de la propriété, faite de différentes branches et non saisie comme une maîtrise absolue de la chose par un unique propriétaire ; un gouvernement ou une gouvernance collective, mise en place par les membres identifiés d'une communauté de taille moyenne (une centaine de personnes tout au plus)⁵⁰. La grande spécificité de l'approche d'Elinor Ostrom se trouve donc précisément dans le fait de renvoyer à une organisation collective de l'usage, de la préservation, voire de la production de la ressource selon une gouvernance collective par les membres de la communauté eux-mêmes. Par ailleurs, pour

359

49. Il existe une approche dominante « des » communs, mais de multiples approches du commun – au singulier, cf. Pierre DARDOT, Christian LAVAL, *Commun. Essai sur la révolution au XXI^e siècle*, Paris, La Découverte, 2014 –, des biens communs, des patrimoines communs, etc., cf. Marie CORNU, Fabienne ORSI, Judith ROCHFELD, *Dictionnaire des biens communs*, Paris, PUF, Quadrige, 2017, Introduction.

50. Elinor OSTROM, *La gouvernance des biens communs : Pour une nouvelle approche des ressources naturelles*, Bruxelles, De Boeck, 2010 (traduction de *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge-New York, Cambridge University Press, 1990). Pour une présentation en français, cf. Benjamin CORIAT, Fabienne ORSI, « Autour d'Ostrom : communs, droits de propriété et institutionnalisme méthodologique », *Revue de la Régulation*, 2013, n° 14. Le terme de « gouvernance » reste celui qui est le plus souvent choisi pour traduire les travaux d'Ostrom en français, alors qu'il peut sembler décalé comme associé, dans les théories de l'agence, à un mode de gouvernement des entreprises de forme très libérale.

parvenir à ce but, l'organisation en question est censée se fonder sur des règles « émergentes » répondant à huit principes⁵¹ : au moins être adaptée aux conditions locales tout en impliquant le plus grand nombre possible de membres du commun (les *commoners*) ; intégrer des mécanismes de résolution des litiges et de sanctions efficaces (même si l'une des critiques récurrentes à cette conception est précisément d'avoir sous-estimé les aspects conflictuels des communs) ; le tout sans que ces règles « émergentes » s'opposent à celles étatiques mais soient à l'inverse reconnues par l'état du droit de la société dans laquelle le commun s'insère. En définitive, un commun lie les membres d'une communauté aux frontières clairement définies, ainsi qu'une ressource ou un système de ressources au périmètre également précis, dans un gouvernement collectif doté d'une organisation poussée et assurée par les membres de la communauté eux-mêmes. C'est en cela que ce modèle a été présenté comme apte à contrer la théorie dominante d'une Tragédie des communs⁵² : des organisations collectives pouvaient se mettre en place pour jouir collectivement d'une ressource ou d'un système de ressources sans que cela conduise à leur disparition par sur-exploitation débridée ; la démonstration de son efficacité aurait été effectuée par l'étude de cas existants (système d'irrigation en Californie, pêcheries de diverses parties du monde, pâturage suisses, etc.).

Or, en quoi les personnifications à l'œuvre se rapprocheraient de ce modèle ? On peut immédiatement exclure l'idée, très présente à partir des années 1960-1970 en droit international public puis des années 1990 pour la biodiversité ou la préservation du « système » climatique par exemple, que l'on raisonnerait sur des communs d'échelle mondiale gérés par « l'humanité »⁵³. Cette idée a pourtant pu être véhiculée dans les grands traités internationaux de protection de la « Nature », sous des formulations di-

51. Benjamin CORIAT, *V° Design principles*, in CORNU, ORSI, ROCHFELD, *op. cit.*

52. Selon la version vulgarisée livrée par Gartet HARDIN, « The Tragedy of the Commons », *Science*, 1968, vol. 162, n° 3859, p. 1243-1248.

53. La théorie leur sera extrapolée dans un second temps, sans que les difficultés posées soient occultées cf. Edella SCHLAGER, Elinor OSTROM, « Property-Rights Regimes and Natural Resources: A Conceptual Analysis », *Land Economics*, 1992, vol. 68, n° 3, pp. 249-262, renvoyant à une gouvernance multi-niveaux, articulation des différents niveaux de gouvernance impliqués.

verses selon lesquelles la préservation d'entités naturelles ou d'écosystèmes complexes composerait une « préoccupation pour l'humanité toute entière » (par exemple dans les Conventions cadres de 1992 sur les changements climatiques ou sur la biodiversité biologique)⁵⁴, un « intérêt de l'humanité » ou encore un « patrimoine de l'humanité ». La communauté « bénéficiaire » s'y inscrivait bien comme l'humanité entière⁵⁵, mais il n'est cependant jamais revenu à ce groupe de s'organiser collectivement, au-delà de ce « bénéfice » supposé : l'« humanité » est restée un sujet du droit plus qu'évanescent, sans représentant juridique, ni défense de ses intérêts propres, quand bien même des propositions existaient en ce sens, tel que celle d'un médiateur ou *ombudsman*, personne ou collectif désigné pour parler en son nom et défendre ses intérêts⁵⁶ ; un sujet utopique également, dans une version « universaliste » que l'on espérait sans conflit et poursuivant un intérêt univoque, qui a fait long feu face à des Etats restés souverains sur leur territoire et dans leurs régulations des entités et ressources s'y trouvant⁵⁷. La très intuitive « communauté du risque »

54. La reconnaissance d'une « simple » « préoccupation de l'humanité » diffère de celle d'un « intérêt commun » ou d'un « patrimoine commun » au sens où elle n'entend pas attirer toutes les implications d'un patrimoine mondial de l'humanité (utilisation pacifique et raisonnable, partage équitable, principes de conservation et d'égal accès, etc.), cf. Alexandre KISS, *La notion juridique de patrimoine commun de l'humanité*, Académie de droit international, Recueil de cours n° 175, 1982.

55. Catherine LE BRIS, « L'humanité, victime ou promesse d'un destin commun ? », *Revue juridique de l'environnement*, 2019/HS18 (n° spécial), p. 175-191, n° 6, estimant que « le collectif de référence pour la protection de l'environnement, c'est l'humanité présente et future considérée comme indissociable de la protection de la planète elle-même » et citant la Cour internationale de Justice (CIJ), Avis consultatif du 8 juillet 1996, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, *Rec. CIJ* 1996, p. 241-242, §29 et CIJ, arrêt du 25 septembre 1997, *Projet Gabčíkovo Nagymaros* (Hongrie c. Slovaquie), *Rec. CIJ* 1997, p. 41, §53, pour « l'environnement n'est pas une abstraction, mais bien l'espace où vivent les êtres humains et dont dépendent la qualité de leur vie et leur santé, y compris pour les générations à venir ».

56. Edith BROWN WEISS, *Justice pour les générations futures*, Paris, Sang de la terre, 1993 ; Emilie GAILLARD, *Génération futures et droit privé : vers un droit des générations futures*, Paris, LGDJ, 2011 et « Le patrimoine commun de l'Humanité », in Béatrice PARANCE, Jacques DE SAINT-VICTOR (dir.), *Repenser les biens communs*, Paris, Editions du CNRS, 2014, spéc. pp. 148-149.

57. On parle ici de souveraineté – partant des patrimoines mondiaux – car les entités naturelles sont majoritairement situées sur des territoires de souveraineté étatique, à la différence de celles maintenues hors souveraineté, à l'instar de la Haute-mer, l'Antarctique ou la lune et les corps célestes – patrimoines communs.

conceptualisée par Ulrich Beck⁵⁸ comme devant se cimenter et s'ancrer dans les nouveaux risques de destruction irréversible encourus ensemble, n'a pas « unifier l'Anthropos en tant qu'acteur doté d'une quelconque consistance morale ou politique » ; il ne s'est pas construit « d'espèce humaine » unifiée qui se serait sentie responsable, l'humain restant « décomposé en plusieurs peuples distincts, dotés d'intérêts contradictoires, de territoires en lutte »⁵⁹. Dans ce contexte, la gouvernance des entités est en définitive restée aux mains des Etats, sans aucune délégation aux membres de cette communauté intéressée.

C'est néanmoins ce qui change avec les personnifications évoquées et introduit de nouveaux défis. Celles-ci sont en effet allées de pair, pour certaines, avec des modèles de gouvernement proches de ceux cartographiés pour les communs, que l'organisation en question soit initiée par un contrat, par la loi ou par la décision judiciaire consacrant le sujet de droit. Cela n'a pas de quoi surprendre dès lors que l'on a pu mettre en avant le fait que, dans certains des cas traités, une lutte politique de reconnaissance de communautés fondait la personnalisation. Il est donc assez logique que celles-ci trouvent par la suite une expression dans les organisations mises en place pour gérer les entités. Ainsi, la construction néo-zélandaise témoigne d'une délimitation territoriale des communautés intéressées. Après le *Waikato settlement* instituant des premiers modèles de cogestion par des communautés intéressées de montagnes, parcs nationaux, îles ou rivières⁶⁰, la direction a ainsi spectaculairement été renforcée dans ce sens dans le

58. Ulrich BECK, *La société du risque. Sur la voie d'une autre modernité*, trad. L. Bernardi, Paris, Champ, Flammarion, 2004 (texte original de 1986), spéc. p. 56 et s.

59. Bruno LATOUR, *Face à Gaïa. Huit conférences sur le nouveau régime climatique*, Paris, La Découverte, p. 160-161, p. 172 et p. 187 : « Inutile d'espérer que l'urgence de la menace soit si grande, et son expansion si "globale", que la Terre agirait comme un aimant unificateur pour faire de tous les peuples éparpillés un seul acteur politique occupé à reconstruire la tour de Babel de la Nature ».

60. Linda TE AHO, « La gouvernance des rivières en Nouvelle-Zélande : une solution élégante ? », *Revue juridique de l'environnement*, 2019/HS18 (n° spécial), p. 103-119, n° 11 et s. et Catherine IOFNS MAGALLANES, « Moving toward global eco-integrity: implementing indigenous conceptions of nature in a Western legal system », in Laura WESTRA, Mirian VILELA (eds.), *The Earth Charter, Ecological Integrity and Social Movements*, London, Routledge, 2014, p. 181-190. La loi ne reconnaît pas la personnalité juridique du fleuve Waikato mais sa personnalité spirituelle pour la tribu Maoris Tainui qui identifie le fleuve à un ancêtre. Le dispositif met donc en place un co-management avec des gardiens et introduit une gestion biculturelle du fleuve.

cas du fleuve Whanganui, avec l'ajout de sa personnification juridique et non plus seulement spirituelle. Toute l'originalité de la construction est ici d'avoir proposé une solution de « gouvernement » tendant à inclure l'entité elle-même ainsi que les humains ayant noué une relation particulière avec elle. Le fleuve est effectivement inclus dans le dialogue, le gouvernement néo-zélandais acceptant de ne plus le considérer comme un bien inanimé⁶¹.

On trouve également une reproduction de ce schéma dans la décision de la Cour constitutionnelle colombienne de 2016 à propos du Rio Atrato. Toutefois, la décision a donné lieu, de la part des communautés autochtones, à un prolongement institutionnel encore plus élaboré que celui proposé par la Cour. Tandis que celle-ci n'envisageait que deux gardiens, à savoir le Ministre de l'environnement et un représentant pour toutes les communautés, ces dernières ont d'elles-mêmes exigé d'avoir chacune un représentant, donnant de fait une résonance politique plus importante encore à la décision de la Cour et faisant de la personnification juridique le fondement d'une participation démocratique à la gestion du fleuve.

Enfin, dans le cas de l'admission de la personnification de l'Amazonie par la Cour suprême de justice colombienne⁶², la délimitation semble se faire plus territoriale. Certes, l'entité s'est vue reconnaître des droits en tant que sujet, à nouveau, et c'est à ce titre qu'une protection lui est désormais due contre sa déforestation. Mais, la décision ne s'est pas arrêtée à ce versant : il fut en outre exigé que soit mis en place des mécanismes concrets propres à stopper effectivement la destruction critiquée et, à ce titre, des organisations nationales et locales. D'une part, il a été demandé au gouvernement co-

61. Pour plus de détails sur ces montages institutionnels et/ou le lien avec les communs, v. Pierre BRUNET, « Les droits de la nature et la personnalité juridique des entités naturelles en Nouvelle-Zélande : un commun qui s'ignore ? », *Giornale di storia costituzionale*, 2019, vol. II, n° 38, p. 37-51 et ID., « Vouloir pour la nature. La représentation juridique des entités naturelles », *Journal of Interdisciplinary History of Ideas*, 2019, vol. 8, n° 15, p. 2-44 ; Victor DAVID, « La nouvelle vague des droits de la nature. La personnalité juridique reconnue aux fleuves Whanganui, Gange et Yamuna », *Revue juridique de l'environnement*, 2017, vol. 42, no 3, p. 421 ; Judith ROCHFELD, *Justice pour le climat*, Paris, O. Jacob, 2019, Chapitre 3.

62. Cour suprême de justice, 5 avril 2018, sentence 4360, disponible à l'adresse suivante : <https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2018/01/Fallo-Corte-Suprema-de-Justicia-Litigio-Cambio-Clim%C3%A1tico.pdf?x54537>.

lombien, ainsi qu'aux municipalités locales concernées, d'élaborer des plans d'arrêt de la déforestation (à court, moyen et long termes, et, avec elle, des émissions de gaz à effet de serre de manière à se conformer aux engagements pris par l'État lors de l'Accord de Paris). D'autre part, il fut exigé des municipalités qu'elles mettent concrètement en œuvre ces plans. Enfin, devait être adopté un « plan intergénérationnel en faveur de la vie de l'Amazonie colombienne ». A nouveau donc, la gestion d'une entité naturelle, sujet de droit, était censée s'organiser selon une gouvernance des communautés intéressées avec, au premier plan ici, les collectivités locales (notons, néanmoins, que celle-ci ne s'est pas concrétisée, les institutions et plans demandés n'ayant pas encore pris pleinement corps et la déforestation se poursuivant sur fond de continuation des exploitations diverses)⁶³.

b) *Personnification et communs « à base scientifique »*

De façon générale, les montages politiques et juridiques identifiés au soutien des personnifications analysées précédemment ont suffisamment montré qu'il n'y avait rien de « naturel » dans les institutions opérées. Certaines se fondent sur l'admission d'une souveraineté de peuples autochtones ; d'autres sur la prédominance donnée à un groupe religieux. Les unes aboutissent à une représentation calquée sur la parentalité (Inde), quand d'autres renvoient à des organisations collectives à base territoriale ou locale, organisations qui se rapprochent de « communs environnementaux ».

Mais qu'en serait-il si la personnification devait s'appliquer en Europe, d'une part, et sur une « base scientifique », d'autre part ? Quel lien de solidarité accueillir ou dessiner entre des entités naturelles et des humains, lien propre à fonder une communauté intéressée ? Sur quelle assise délimiter cette dernière et lui déléguer la gouvernance d'une ressource ? Comment passer d'une base d'autodétermination territorial-politique ou territoriale – celle à l'œuvre dans les personnifications évoquées, de Nouvelle-Zélande ou de Colombie – à un « animisme juridique à fondement « scien-

63. Les mêmes requérants poursuivent leur parcours en justice pour faire effectivement appliquer la sentence, cf. <https://www.dejusticia.org/gobierno-esta-incumpliendo-las-ordenes-de-la-corte-suprema-sobre-la-proteccion-de-la-amazonia-colombiana/>.

tifique » ? Reconnaissons à Marie-Angèle Hermitte de ne pas occulter cette question centrale et de tracer diverses voies.

Au titre du fondement du lien de solidarité tout d'abord, elle relève justement l'avènement, dans la loi « biodiversité » de 2016, de « zones prioritaires de biodiversité » ainsi que la consécration d'un « principe de solidarité écologique » et de « continuité écologique », comme si se mettaient en place des schémas de liens entre humains et non-humains.

Au titre des concrétisations déjà palpables de ce lien, on peut également lire entre ses lignes deux directions. La première, qui marque les législations nationales ou européennes les plus anciennes, consisterait à se référer aux besoins de l'entité naturelle considérée. Ainsi, à l'égard « des espèces d'oiseaux “vivant naturellement à l'état sauvage” », protégées en Europe et dans la convention de Berne sur la conservation de la vie sauvage et du milieu naturel, il est reconnu « qu'une espèce interagit avec son environnement à travers son aire de répartition géographique, le type d'habitat capable de lui fournir les conditions physico-chimiques qui lui sont nécessaires (nourriture, abris et conditions favorables à la reproduction) ». Pour Marie-Angèle Hermitte, « ces textes indui[r]aient une stratégie de protection fondée sur les besoins des différentes espèces »⁶⁴. La seconde direction est celle qui pousse les Etats à la mise en place de territoires « de coexistence entre humains et non-humains (le réseau Natura 2000 représente en France près de 13 % du territoire métropolitain, 40 % dans certaines communes, la moitié de la Guyane) » organisés par des lois nationales ou des dispositifs européens sur le fondement des nécessités de protection et de préservation. « C'est essentiellement par l'institution d'une trame interconnectée d'espaces protégés dans lesquels les activités humaines sont régulées, voire interdites » nous dit-elle, « que l'Europe veut organiser le partage des territoires entre humains et non-humains. Cette trame a tendance à progresser, pour le moment, et le droit européen ose parfois des interprétations extensives des obligations des États en matière de protection des habitats »⁶⁵. La Cour de Justice de l'Union européenne les a reconnues comme au-

64. HERMITTE, « L'artificialisation... », *op. cit.*, p. 261.

65. *Ivi*, p. 270 et s.

tant d'« unité[s] fonctionnelle[s] [pour les oiseaux migrateurs par exemple] », « région[s] à part entière qui ne doit pas être morcelée », et a même régi à ce titre les conséquences d'activités perturbatrices pouvant influencer, de l'extérieur, sur la zone protégée (comme une centrale à charbon pouvant provoquer un réchauffement d'un cours d'eau habitat naturel d'espèces de poissons)⁶⁶.

Ainsi, dans les sociétés européennes contemporaines sécularisées, qui admettent (avec plus ou moins de netteté) la séparation du droit et de la morale, c'est la science qui pourrait servir de fondement à une personnification juridique des non-humains. Il ne faudrait toutefois pas se méprendre sur le raisonnement qui semble conduire de la vérité scientifique à la norme juridique. Il n'y a là rien de causal ou de linéaire ; on n'infère pas une norme juridique d'un fait scientifique comme si ce fait avait par lui-même valeur de justification. D'abord parce que les connaissances scientifiques sont en constante évolution et qu'il serait donc singulièrement contradictoire de vouloir, au nom du respect de la vérité scientifique, figer dans le droit des connaissances en mouvement. Au mieux, peut-on espérer faire coïncider le droit avec des faits scientifiques établis jusqu'à preuve du contraire. Ensuite, parce que, aussi banal que cela puisse paraître, les faits sociaux ne sont pas moins importants que les faits scientifiques. De sorte que ce qui justifie les normes adoptées n'est pas le fait scientifique en lui-même – la souffrance de l'animal, la disparition de la biodiversité, l'interaction entre des espèces et leur écosystème – mais une norme sociale à laquelle on tentera de donner une dimension juridique. C'est ce qui explique que les propositions de nouvelles subjectivités, si brillamment et précocement avancées par Marie-Angèle Hermitte, puissent susciter la discussion. Elles sont le reflet de ce que notre concept de « nature » est socialement construit et non donné. Reste que le mimétisme des sociétés, qu'accélère la mondialisation, n'est pas pour rien dans la multiplication de normes sociales analogues et contribue sans nul doute à une extension de la réflexion sur le domaine du sujet... ainsi que la dédicataire de ces lignes l'a si richement initiée.

**III.
SOCIÉTÉ TECHNOLOGIQUE
ET GOUVERNEMENT DU RISQUE**

1. Un recuerdo. Granada, 2005

369

Jorge Mosset Iturraspe me visitó en la Secretaría de Posgrado y trajo un fax en el que un profesor de Brasilia, Marcelo Días Varela, lo invitaba a integrar con un equipo una red de profesores para trabajar sobre el problema de los riesgos para la salud humana y el ambiente. Me pidió que contacte a Marcelo por mail. Lo hice y formamos un equipo en Santa Fe con algunos estudiantes que integraban el “Taller de Derecho Privado” de la Facultad de Ciencias jurídicas y Sociales (FCJS) de la Universidad Nacional del Litoral (UNL) que yo dirigía.

En la red los grupos de cada universidad venían de diferentes países, con distintas trayectorias y *expertises* bien diferenciados por las disciplinas jurídicas de base y los temas de investigación. Nosotros estábamos ahí por la enorme trayectoria de Jorge Mosset en el campo de la Responsabilidad civil.

Viajamos a Granada y allí tuvimos la primera reunión de la Red (europeo-latino americana sobre gobierno de los

* Director científico del Instituto de Estudios Avanzados del Litoral Universidad Nacional del Litoral. E-mail: gsozzo@fcjs.unl.edu.ar

riesgos). Fue ahí que conocimos a Marie-Angèle Hermitte. Cada grupo presentó brevemente su trabajo y desarrolló sucintamente lo que podía aportar al “gobierno del riesgo”. Jorge Mosset *raccontó* la lucha desarrollada por una parte de la doctrina argentina durante más de tres décadas y de la cual se había hecho eco la jurisprudencia para abandonar la idea de “Responsabilidad civil” y pasar al “Derecho de Daños” y la enorme potencialidad de este último para poder “trabajar” los riesgos.

Conocía esa explicación que había leído y escuchado muchas veces de los grandes profesores argentinos en diferentes congresos y jornadas de Derecho Privado. Me sentí orgulloso de la construcción tan robusta que mostraba la solidez y creatividad del pensamiento argentino.

Cuando Jorge terminó de exponer Marcelo tradujo una reflexión con forma de interrogante de Marie-Angèle Hermitte que me dejó perplejo; fue algo así como «la Responsabilidad civil es la Responsabilidad civil, no puede ser otra cosa». Por un momento pensé que no se había entendido bien el discurso de Jorge, pero enseguida me di cuenta que había habido allí un choque cultural que mostraba los límites que muchas veces tienen las construcciones jurídicas: el límite antropológico. La afirmación de Mme. Hermitte reposaba sobre la base del conocimiento de una tradición de pensamiento – el de la Responsabilidad civil en Francia – y, como después comprendí – sus propias reflexiones sobre la necesidad de producir un “Derecho de las ciencias y las técnicas” que implicaba focalizar la integración en el campo jurídico de estos elementos.

Como muchas veces ocurre en la vida, no tenía idea de cómo ese momento iba a marcar mi trabajo intelectual en los años que siguieron. Pasé diez años escribiendo – directa o indirectamente – sobre el problema que se planteó en ese momento, sin decirlo, pero teniendo siempre en mente estos interrogantes: ¿hasta dónde puede llegar la Responsabilidad civil? ¿cómo se conoce en los procesos judiciales del “derecho de daños”?; pero también, viniendo de un país en el que no muchas cosas funcionan bien, entre ellas el rol del dispositivo administrativo en la gestión del riesgo, ¿cuáles pueden ser sus potencialidades? y ¿cómo lograr que las desarrolle?

Estoy muy agradecido a Marie-Angèle Hermitte por ello y por cómo nos ayudó a formar un grupo de profesores no-

tables – estudiantes en aquel entonces – con que hoy cuenta la FCJS de la UNL.

2. “Un derecho de las ciencias y las técnicas”

En un artículo dedicado a discernir la idea de un “Derecho de las ciencias y las técnicas” M.-A. Hermitte señala que:

«El derecho de la ciencia y la tecnología sugiere la existencia de una rama del derecho en formación, como pudo ser el caso en su época del derecho de la salud, del derecho del trabajo o del derecho del medio ambiente, ramas constituidas en torno a un objeto relativamente bien definido y de categorías jurídicas, reglas e incluso jurisdicciones especiales. Sería un error creerlo, ya que el Derecho de las ciencias y de las técnicas tiene vocación de abarcar numerosas ramas del Derecho y no se refiere a un objeto específico. [...] Se trata más bien de revelar las coherencias y los puntos comunes que se pueden constatar cuando se ponen juntos el derecho del medio ambiente, el derecho de la salud, el derecho médico, el derecho de la informática, para entender cómo organizan su relación con la técnica. La hipótesis es que estos elementos comunes constituyen los principios básicos de una acción política poco consciente de sí misma, cuyos efectos son evidentes»².

371

La tesis de M.-A. Hermitte es que la “cuestión de la técnica” y la ciencia está siendo integrada de manera conflictiva en los marcos jurídicos³; existe una tensión omnipresente en las decisiones jurídicas de base científico tecnológica que puede observarse en distintas disciplinas jurídicas (Derecho ambiental, Derecho de la salud, Derecho informático, etc.), entre las fuerzas sociales partidarias de una “sociedad del conocimiento” y las que tienen una perspectiva catastrofista – de la “sociedad del riesgo” – y que se resuelve, en algunos casos, – ella identificaba los ogms como un *affaire* en el que se daba esta solución – a favor de una posición intermedia que denomina “sociedad de la confianza”.

En el pensamiento jurídico argentino uno de los sectores que está llamado a jugar un rol relevante en la integración

2. Marie-Angèle HERMITTE, *Qu'est-ce qu'un droit des sciences et des techniques ? À propos de la traçabilité des OGM*, «Tracés», 2009, n. 16, pp. 63-75.

3. Marie-Angèle HERMITTE, *Le droit saisi au vif. Sciences, technologies, formes de vie. Entretien avec Francis Chateauraynaud*, Paris, Éditions Petra, 2013, pp. 265-267.

de la cuestión de la ciencia y las técnicas es la responsabilidad por daños. Esta rama del Derecho, que el de tradicionalmente tiene fortísimos puntos de conexión con el conocimiento científico dado por la idea de causalidad, al “adquirir” nuevas funciones como la “función preventiva” y la función precautoria a partir del Código Civil y Comercial 2015, su contacto con las transformaciones del Campo Científico devino Cotidiano, lo que permite incluirla en la lista de disciplinas que M. A. Hermitte vincula al emergente “derecho de las ciencias y las técnicas”.

Desde mi perspectiva el enorme mérito de la aproximación que propone M. A. Hermitte es, efectivamente, permitir visibilizar que existe un hilo de continuidad problemático entre diferentes disciplinas jurídicas cuando integran cuestiones de base científico tecnológica dada por la forma de conocimiento que aceptan y por la necesidad de nuevos arreglos institucionales.

3. Los escenarios de la decisión jurídica de base científica

372

En principio y teóricamente hay tres escenarios posibles en los cuales puede desarrollarse una decisión jurídica que requiere de una base científica y tanto que se corresponden con los tres poderes del Estado. En efecto, una decisión administrativa, legislativa o judicial pueden requerir de una conexión relevante con el campo científico.

Sin embargo, las cosas no discurren de la misma manera en todas las geografías. Como se sabe el Derecho tienen un componente antropológico y cultural que coexiste con una importante dosis de universalidad. Esto hace que, de estos tres escenarios, en algunos países – es el caso de la Argentina – la decisión judicial sea la que concentra la mayor atención.

El fenómeno obedece a razones generales y específicas. Entre las primeras hay que decir que en Argentina existe un conocido fenómeno de judicialización de los conflictos sociales y políticos. Entre las segundas hay una que es realmente relevante; es la tendencia en sectores como el de los riesgos ambientales y para la salud humana a confiar más en las herramientas del Derecho Privado que en los arreglos institucionales que diseña el Derecho Administrativo que, al

mismo tiempo, en un país federal, tiene enormes asimetrías regulatorias y en su implementación.

Esta cultura de la judicialización, unida a la vocación expansiva del “Derecho de Daños” argentino y una cierta desconfianza de la ciudadanía acerca de las potencialidades del Derecho administrativo, terminó haciendo que el principio precautorio se judicializara y que la prevención secundaria se transformara en una cuestión cotidiana.

En este contexto no es extraño que el escenario judicial sea hoy la arena casi exclusiva en la que se plantea la disputa social, política, económica y jurídica en torno a la manera en que deben tomarse las decisiones en relación a controversias socio técnicas.

Este artículo aborda una pieza central en la integración de la cuestión científica en el campo legal: el problema de la producción de pruebas científicas no rutinarias, en el contexto específico de los casos judiciales en los cuales se discuten riesgos para la salud humana y el ambiente que exigen la aplicación del principio precautorio.

Lo hago a través de un muy buen ejemplo que es la judicialización de la decisión de gestión de riesgos derivados de los agrotóxicos utilizados en la agricultura. Voy a emplear el *affaire* más emblemático en esta materia en Argentina (2018-2019) que es el caso de las seis decisiones judiciales⁴ – dictadas como consecuencia del cuestionamiento por inconstitucionalidad en acciones de amparo entabladas por asociaciones gremiales y ambientales –, que aplicando el principio de precaución, han anulado los Decretos del Gobernador de la Provincia de Entre Ríos que intentaban fijar

373

4. Cámara 2a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Paraná, Sala II, 01/10/2018, Foro Ecologista de Paraná y otro c. Superior Gobierno de la Provincia de Entre Ríos y otros/acción de amparo, RDF 2019-IV, 213. Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos, Sala I de Procedimientos Constitucionales y Penal, 29/10/2019, Foro Ecologista de Paraná (2), y otro c. Superior Gobierno de la Provincia de Entre Ríos s/ Acción de amparo. Cámara 2a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Paraná, Sala III, 28/03/2019, Foro Ecologista de Paraná y otro c. Superior Gobierno de la Provincia de Entre Ríos s/ acción de amparo, AR/JUR/2307/2019. Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos, Sala I de Procedimientos Constitucionales y Penal, 14/05/2019, Foro Ecologista de Paraná (2), y otro c. Superior Gobierno de la Provincia de Entre Ríos s/ Acción de amparo, RD Amb 59, 270. Cámara 2a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Paraná, Sala III, 26/09/2019, Foro Ecologista de Paraná y otro c. Superior Gobierno de la Provincia de Entre Ríos y otros/acción de amparo, RDF 2019-IV, 213.

las distancias mínimas respecto de las escuelas rurales para las fumigaciones con agrotóxicos en la actividad agrícola.

La lección final es que en Argentina necesitamos urgentemente mejores herramientas teóricas y arreglos institucionales adecuados para poder integrar la cuestión científica en decisiones en las cuales el componente científico es determinante y tiene una fisonomía controversial o aparentemente controversial.

4. La ciencia en los conflictos ambientales de base científica judicializados

Los estudios sociales de la ciencia desde hace años se ocupan del problema del conflicto entre científicos y legos, sosteniendo la necesidad de permitir la participación de los profanos en la construcción del conocimiento. El debate entre expertos, científicos y profesionales, por un lado, y jueces por otro que suele darse en los procesos judiciales es una muy particular subespecie de diálogo entre conocimiento científico y conocimiento profano pues en este ámbito son los profanos – jueces – quienes tienen la última palabra. La cuestión es sumamente problemática y obliga a revisar la articulación entre: (a) ciencia judicial o producción judicial de conocimiento científico; (b) proceso judicial, en tanto mecanismo de búsqueda de la verdad; y (c) prueba pericial⁵ como la principal vía de ingreso del conocimiento especializado en el proceso de decisión judicial.

a) *La ciencia en los procesos ambientales cuando se aplica el principio precautorio*

Referirse a la ciencia en los procesos ambientales en la gran mayoría de los casos importa detenerse a observar qué es lo que ocurre con la aplicación del principio precautorio en el espacio judicial.

Hay dos fenómenos. El primero es que un buen manejo del principio precautorio en el campo de la decisión judicial requiere una cierta tarea de contextualización, que consiste en dar cuenta de las marcas que están en su origen. En este sentido hay que saber que (a) históricamente

5. Carmen VÁZQUEZ ROJAS, *De la prueba científica a la prueba pericial*, Madrid, Marcial Pons, 2015, p. 17.

el principio precautorio fue concebido como un principio dirigido al poder político, es decir, a que las decisiones del poder ejecutivo fueran precautorias; que (b) funciona en un campo acotado: el de las incertidumbres científicas y que (c) en Argentina, se judicializó tempranamente su uso, como un subproducto de la judicialización de los conflictos ambientales. Por último, conviene tener presente que (d) como consecuencia de lo anterior, el principio de precaución, en tanto principio de la decisión judicial, presenta importantes problemas de funcionamiento, algunos eminentemente prácticos y otros institucionales, que requieren adaptaciones.

El segundo es que la presencia del principio precautorio (a) remodela los instrumentos de prevención del daño; (b) y en los hechos produce una reforma implícita de las vías procesales para la prevención del daño. En efecto, al no contar con canales procesales propios, el principio precautorio emplea acciones procesales que canalizan la pretensión de prevención del daño como el amparo ambiental, las medidas cautelares, la acción de daño temido y ahora la acción general de prevención del daño del CCC. En todos los casos (a) son necesarios ajustes en los requisitos de procedencia, lo que demanda una importante tarea argumental; y (b) surge el conflicto entre el tiempo del proceso de prevención – su urgencia – con los límites institucionales consecuentes – por ejemplo, para el ofrecimiento y producción de pruebas –, y la exigencia de internalizar en el expediente el conocimiento científico suficiente, adecuado y de excelencia lo que requiere mapear la controversia; (c) se va generando progresivamente una zona de contacto entre prevención y precaución que opera sobre la caja de herramientas de la prevención primaria⁶.

b) *Las bases de aplicación del principio precautorio*

¿Cuál es la situación de base que justifica la aplicación del principio precautorio⁷?

6. Gonzalo Sozzo, *La protección del consumidor a través del principio precautorio*, en AAVV. Gabriel Stiglitz, Carlos Hernández (dirs.) *Tratado de derecho del consumidor* Tomo III, Buenos Aires, La Ley, 2015, p. 226.

7. Comunicación de la Comisión Europea sobre el recurso al Principio de Precaución, punto 5.1; Gonzalo, Sozzo, *Le principe de précaution en Argentine. Un aperçu*, en Luca

En una primera aproximación, la prevención funciona cuando el riesgo es probable mientras que el principio precautorio se aplica cuando existe incertidumbre científica, es decir cuando el riesgo es posible. Aquí lo que ocurre es que en la comunidad científica algunos miembros han desarrollado estudios y tienen pruebas de la existencia del riesgo y de su entidad, mientras que otros tienen pruebas en sentido contrario. Esta idea sirve sólo como comienzo de un razonamiento judicial para dirimir cuándo corresponde recurrir a la prevención en sentido estricto y cuándo a la precaución, pero requiere luego ser complementada.

Es necesario comenzar a señalar con claridad que el principio de precaución funciona cuando existe una controversia científica, no una controversia judicial ni un conflicto sociotécnico. En la jurisprudencia argentina, falta una traducción clara al campo jurídico de la idea de controversia. Controversia científica existe (a) cuando en una comunidad científica determinada (b) hay diferentes opiniones fundadas, (c) acerca de la existencia o no de un riesgo social o ambiental o ambos o la manera de medirlo.

376

El primer problema que implica la definición de la “controversia” en el campo legal es el de la determinación temporal y espacial de la comunidad científica, lo que presenta una serie de inconvenientes que es necesario explicitar y que han sido trabajados en la literatura acerca de los riesgos del desarrollo.

La controversia puede adquirir diferentes fisonomías, aunque siempre mantiene la forma colectiva de un “parlamento”⁸. Las “diferentes opiniones” pueden provenir de “sectores”, uno mayoritario y otro minoritario, pero también puede haber varias “minorías científicas” o simplemente una “opinión predominante” que se corresponde al paradigma científico vigente y una o más opiniones “disidentes”. Las opiniones deben ser “fundadas”, normalmente a partir de experimentos propios y validados científicamente.

Sin claridad sobre este presupuesto de base para el funcionamiento del principio precautorio es imposible su manejo razonable en el campo judicial o administrativo.

D'AMBROSIO-Geneviève GIUDICELLI, Stefano MANACORDA (dir.), *Le principe de précaution et métamorphoses de la responsabilité*, Paris, Mare & Martin, 2018, pp. 225-244.

8. Bruno LATOUR, *Nous n'avons jamais été modernes*, Paris, La Découverte, 1991.

En una segunda aproximación, más avanzada, la incertidumbre – en tendida como riesgo posible – puede traducirse en (a) una aplicación sustantiva o (b) en una aplicación procedimental del principio precautorio por el juez.

La primera se da cuando – es el caso de los agrotóxicos en Entre Ríos –, la decisión judicial es precautoria pues el estado del arte del conocimiento no permite sino conocer como posible la existencia del riesgo, su magnitud o la manera de medirlo. La segunda, se da cuando el juez ordena medidas de prueba científica para componer el estado del arte científico y poder llegar a la decisión final que ya no va a ser precautoria. Bajo esta aproximación la incertidumbre “declina” en la existencia de una controversia científica sobre el riesgo que debe ser acreditada como precondition de base para poder aplicar el principio precautorio; esto está ocurriendo en la Argentina aunque usualmente sin recurrir a una “pericia precautoria”, porque salvo excepciones los jueces solo emplean el principio precautorio en un sentido sustancial.

En una tercera aproximación, aparece otra posibilidad de aplicación del principio precautorio, que consiste en utilizarlo “en caso de duda” sobre cuál es el estado del conocimiento científico respecto de la existencia del riesgo o la manera de medirlo. Esta manera de hacer funcionar el principio precautorio lo asocia al principio “pro natura” y en los hechos – sin hacer referencia al principio –, también es empleada por los tribunales cuando existen diferentes pruebas que arrojan resultados “cruzados” o no son determinantes.

La primera aproximación es inicial, lo que busca es despejar el principio precautorio de las hipótesis de aplicación del principio de prevención. La segunda aproximación es complementaria de la primera y lo que persigue es establecer ¿qué es lo que el juez debe hacer? ¿Decidir con las pruebas que tiene? o ¿adoptar la posición de que “se necesita más ciencia” para decidir?

Las aplicaciones sustantivas del principio precautorio de la segunda aproximación y la que se hace “en caso de duda” no exigen necesariamente la realización de una pericia precautoria en el expediente.

Las aplicaciones procedimentales de la segunda aproximación, por el contrario, sí conllevan la producción de una

pericia científica convenientemente monitoreada a través de la participación de las partes y la ciudadanía. Así las cosas, las aplicaciones procedimentales plantean un problema institucional en Argentina porque el funcionamiento del principio precautorio se da por excelencia en acciones de amparo ambiental en las cuales el procedimiento es por naturaleza urgente, el margen para la producción de pruebas es en principio escaso y los plazos para dictar la sentencia muy breve. En razón de ello, solo cuando excepcionalmente el juez está autorizado a “ordinarizar” el proceso de amparo, puede funcionar una aplicación procedimental.

En los casos resueltos en el *affaire* de los agrotóxicos de Entre Ríos los tribunales que intervinieron siempre adoptaron la posición sustantiva en relación al principio precautorio, que no solo es la que está más arraigada culturalmente en Argentina, sino que también es la más deferente con los límites institucionales de la acción de amparo.

c) *Reconocer la necesidad del expertise precautorio*

En el *affaire* de Entre Ríos los tribunales colocaron la carga sobre la Provincia de Entre Ríos de demostrar que las distancias mínimas para la fumigación respecto de las escuelas rurales, así como las demás medidas adoptadas, eran las adecuadas para garantizar la salud. Eso hizo que fuera la Provincia la primera interesada en introducir el conocimiento científico en el proceso. Utilizó para ello la vía probatoria por excelencia en el amparo que consiste en acompañar informes. Los accionantes también hicieron lo propio, es decir, introdujeron informes de expertos al plantear la inconstitucionalidad y cuestionaron los informes de la Provincia.

Los tribunales, pese a que consideraron que debía probarse científicamente la adecuación de las medidas de gestión del riesgo, ante la falta de fundamentos, empleando el principio de precaución, fijaron distancias mínimas “judiciales”.

En fin, no se organizó una “pericia precautoria”; el tribunal no lo hizo y las partes tampoco pese a que es lo que debería usualmente ocurrir en los casos de aplicación del principio precautorio. Esta prueba que sintéticamente puede denominarse *expertise* precautorio es un muy particular tipo de *expertise* que requiere una organización especial que

lo diferencia de los demás expertises pues (a) el *expertise* precautorio está dirigido al público en general, no solo a las partes y el juez; (b) el perito no es solo un asistente, sino que cumple una función normativa; (c) es una variación del análisis de riesgo, pues se da entrada a la incertidumbre en la narrativa de una pericia que consiste en un análisis del riesgo. El *expertise* precautorio, originariamente diseñado y debatido en el ámbito del *expertise* público, se transformó en Argentina, por imperio del especial contexto de judicialización del principio precautorio en un problema del *expertise* jurisdiccional. El conocimiento necesario para aplicar este principio precautorio se ha transformado en el *nudo gordiano* de los procesos ambientales complejos. Hay al menos dos razones para ello (a) en primer lugar, la “decisión precautoria” en general y en particular la decisión precautoria judicial, requiere una fuerte base científica. Esto que puede parecer paradójico no lo es pues el principio precautorio no es un principio anticientífico, sino promotor de la producción de conocimiento⁹; (b) en segundo lugar, pues el Derecho ambiental es un derecho que tiene también un fortísimo componente científico¹⁰ vinculado al conocimiento de las ciencias naturales y la ecología lo que parecería – junto a otros datos – marcar la existencia de una “*deriva científicista*” del Derecho¹¹.

379

¿En qué consiste entonces una pericia científica precautoria? ¿cuál es su contenido? Es muy específico; sintéticamente puede ser definido como un sub tipo de evaluación de riesgos cuyo objetivo es establecer la existencia o no de una controversia, cuál es esa controversia y cuál es el tipo de controversia.

La necesidad de un *expertise* precautorio aún no está clara entre los operadores del campo legal en Argentina. Aún si existen buenas razones para pensar – como ocurrió con en el caso de Entre Ríos –, que es el Estado demandado quien debe probar que su decisión administrativa tiene un fundamento científico a adecuado, también es cierto que

9. Christine NOUVILLE, *Ciencia, decisión, acción: tres observaciones en torno al principio de precaución*, en Gonzalo SOZZO (coord.), *El gobierno de los riesgos*, Santa Fe, Ediciones UNL, 2007, pp. 52-53.

10. Michel PRIEUR, *Droit de l'environnement*, 7^a Edition, Paris, Dalloz, 2016, p. 6.

11. José ESTEVE PARDO, *El desconcierto del leviatán*, Madrid, Marcial Pons, 2009, p. 125.

el juez tiene un compromiso con la verdad que cuando el caso tiene las consecuencias sociales y económicas que tienen los casos de aplicación del principio precautorio debe, empleando las amplias facultades que existen en los procesos ambientales, mandar a producir las pruebas que hagan falta (doctrina art. 32, Ley N° 25675).

d) *La crisis de la prueba pericial frente al expertise precautorio jurisdiccional*

En parte el problema de la ausencia de un *expertise* precautorio está en la disfuncionalidad de los arreglos institucionales de la prueba pericial.

Es que la prueba pericial fue pensada y diseñada para casos rutinarios, es decir en los que no existe controversia científica pues la ciencia y la causalidad no son inciertas. En efecto, el Derecho Procesal diseñó la prueba pericial sobre la base de un imaginario de la ciencia que se corresponde con el imaginario predominante en el derecho de la primera modernidad y que hoy solo puede permanecer vigente en los casos rutinarios, siendo altamente disfuncional en los grandes *imbroglios* socio científicos¹² y en los casos judiciales que los recogen. La disfuncionalidad es notable: (a) El juez puede apartarse fundadamente de la pericia; sociológicamente el principio es el inverso: el juez no se aparta de la pericia salvo casos excepcionales; (b) el juez no puede por sí mismo producir conocimiento experto; (c) las víctimas no pueden “construir el riesgo”, sino solo la ciencia, lo que es absolutamente contra fáctico, como lo marca la abundante literatura sobre riesgos en el campo de las ciencias sociales; (d) basta con un piso mínimo de conocimiento para ser perito judicial; no se exige un máximo o se establecen mecanismos para asegurar la excelencia; (e) la regla – legal o sociológicamente – es que un solo perito puede cumplir suficientemente su tarea de elaborar la pericia; la pericia colegiada es la excepción; (f) el perito es soberano para elegir el modelo para construir y plasmar por escrito la pericia; no hay una gramática obligada; (g) el poder judicial no cuenta con equipos científicos propios, salvo excepciones (vgr., equipos médicos forenses; equipos contables; equipos interdisciplinarios de salud mental); (h) no existe una

instancia procesal que permita el debate ciudadano de las conclusiones periciales; lo que limita el derecho de participación ciudadana en el campo ambiental (existen excepciones en aquellos pocos tribunales que prevén y practican instancias de audiencias públicas); (i) se parte de la base de que el experto proporciona un conocimiento indiscutible acerca de la verdad de un hecho¹³, lo que ha sido puesto en crisis cuando existe controversia científica pues allí varios expertos debaten sobre la veracidad o no de un hecho, cada uno fundado en sus propias pruebas.

e) *El rediseño de la ciencia judicial*

El reconocimiento de la existencia de una ciencia controversial que es visibilizada por el principio precautorio en el campo legal, debería conllevar a reconocer que es indispensable rediseñar la manera en que se construye el conocimiento científico en el interior del campo judicial, adaptándolo específicamente a este caso.

¿Cómo rediseñar la construcción judicial de la ciencia en los casos de aplicación del principio precautorio? La tarea implica coordinar varias agendas cruzadas: (a) regular las reglas de escritura de la pericia; (b) delimitar el ámbito de funcionamiento de la pericia científica; (c) visitar los arreglos institucionales que en los Códigos de Procedimientos moldean la prueba pericial; (d) rediseñar las reglas para evaluar el conocimiento científico.

f) *El primer paso: crear los arreglos institucionales para la prueba pericial científica*

El primer paso para tener *expertise* precautorio es tener un diseño adecuado de la prueba pericial científica, diferenciado de la prueba pericial profesional.

Los Códigos de Procedimientos regulan la pericia considerando centralmente la pericia efectuada por profesionales. Luego, la falta de una regulación específica y la similitud con las pericias profesionales ha hecho que la dogmática en general señale que para regular las pericias científicas

13. Rafael ENCINAS DE MUNAGORRI, *Les problèmes de preuve posés par l'évolution des sciences et des technologies*, Applied Ethics at the Turn of Millenium, 19 th IVR World Congress, Elspeth Atwill, and Annette BROCHMÖLLER, FRANZ STEINER VERLAG (eds.), Stuttgart, 2001, p. 14.

debe partirse de la regulación de las pericias¹⁴. Pero bien entendido: es solo un punto de partida.

Hay que diferenciarlas en algunos aspectos: (a) Es necesario incorporar una regla que diferencie cuándo debe funcionar la pericia científica y cuándo la pericia profesional. El criterio central es, como expliqué, la existencia de una controversia científica; el segundo criterio, es el hecho de que la cuestión en debate no haya ingresado aún en el campo de la “tecnociencia”; (b) el perito profesional es elegido pues su título lo habilita para emitir opinión sobre un tema que forma parte de sus incumbencias profesionales. En cambio, el perito científico es elegido porque el tema de debate en el proceso judicial es objeto de su trabajo de investigación actual o pasado y porque como parte integrante de una “comunidad científica”, puede explicar cuál es el “estado del arte” en esa comunidad respecto del problema sobre el que el tribunal le requiere su opinión. Todo lo cual escapa a las posibilidades del perito profesional; (c) las pruebas científicas se caracterizan por convocar el conocimiento científico para verificar un hecho¹⁵, pero no es un conocimiento propio de la comunidad de profesionales sino de la comunidad científica y es este punto el que debe ser traducido normativamente mediante la puesta en marcha de reformas institucionales pertinentes. La pericia científica debe ser realizada por un científico, lo que interesa es esa calificación. Ello es así debido a que el científico es quien se encuentra inserto en el “sistema de investigación” y por esa razón conoce de los avances y discusiones que se desarrollan en su campo.

En fin, la pericia científica, que adquiere particular relevancia en los casos de riesgos controvertidos o inciertos, es diferente de la pericia profesional.

Una conclusión clara surge del análisis de la jurisprudencia en torno al principio precautorio: es necesario mejorar la diferenciación entre la pericia científica y la pericia profesional que es insuficiente en estos casos.

14. Jacqueline MORAND-DEVILLER, *El sistema pericial. Pericia científica y gestión del medioambiente*, en AA.VV., Gonzalo SOZZO (coord.), *El gobierno de los riesgos*, Santa Fe, Argentina, Ediciones UNL, 2007, p. 71.

15. Michele TARUFFO, *La prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2008, p. 97.

5. La relación entre juez y *expertise* precautorio

Los procesos de toma de decisión en los que existe incertidumbre científica exigen recrear el margen de maniobra de los tribunales. En estos casos la tradicional sujeción del jurista al científico que marcó a fuego al derecho de la primera modernidad debe ceder. El problema es ¿cómo crear, en un contexto institucional acotado, ese margen de maniobra?

a) *La regla procesal que permite el apartamiento de la pericia y la cultura del no apartamiento*

Los códigos procesales invariablemente establecen la regla de que el juez puede apartarse de la pericia a lo que suman que en caso de producirse el apartamiento debe ser fundado. Sin embargo, atento a que (a) el científico tiene un nivel de conocimiento muy elevado en su campo y el juez no; (b) que el juez no tiene otras fuentes para obtener el conocimiento – salvo cuando existen pruebas científicas contradictorias o un *amicus curiae* (en los tribunales que los admiten) – y que (c) en general no se acepta que el juez pueda recurrir directamente a la ciencia¹⁶, es previsible que ocurra lo que generalmente ocurre: que el juez no se aparte de la pericia. En definitiva, en la práctica cotidiana los tribunales esta regla funciona a la inversa: los jueces nunca se apartan de la pericia; hay una razón para ello: la imposibilidad de apartamiento por no contar con un conocimiento alternativo al que proporciona el perito.

A esto se suman otra serie de factores que transforman la regla en excepción: que (a) en el marco del juicio de amparo o las medidas cautelares – en tanto que procesos urgentes – las posibilidades que las normas institucionales brindan para generar pruebas es acotada; que (b) el juez tiene la obligación de decidir (artículo 3 CCC), lo que hace que el conocimiento científico cumpla una función diferente en el marco de los procesos judiciales que aquella que tiene en el campo científico y que el afán de conocer que los científicos tienen no se corresponda con la “necesidad” del

16. Sobre la posibilidad de que los jueces actúen como peritos científicos ver, Gonzalo Sozzo, *El error en la teoría del contrato (la factualidad científica del error esencial y la pedagogía de las acciones contractuales)*, «Revista de Derecho Privado y Comunitario», 2014, n. 1, pp. 463-485.

juez de conocer¹⁷; (c) la las impugnaciones a la pericia que regulan estos Códigos es sólo para los casos en los cuales el perito no hubiera respetado las reglas científicas, pero no pero no para la crítica política ni jurídica de la pericia.

Por último, a todo ello se agrega el problema que les genera la internalización de la complejidad del sistema científico, traduciéndola hacia el sistema jurídico¹⁸. Esta traducción tiene que ser capaz de “reducir la complejidad del entorno”, el problema está dado en que la simplificación requiere un grado de pre comprensión elevado, que no puede obtenerse si en el mismo campo científico existen discusiones, incertezas e inestabilidad.

b) *La necesidad de recrear el espacio de independencia del juez en los procesos ambientales controversiales*

El estudio de los casos jurisprudenciales en materia de aplicación del principio precautorio muestra que es necesario: (a) recrear un espacio para que los jueces recuperen un cierto margen de maniobra y distanciamiento respecto de la prueba pericial; así como es necesario asegurar la independencia de los expertos, también lo es que quienes deciden cuenten con un margen adecuado de autonomía para argumentar o decidir ordenar un *contra-expertise*.

En el caso de los jueces la agenda para llevar adelante esta tarea tiene connotaciones muy particulares y por ello su puesta en práctica requiere algunos ajustes específicos.

Entiendo que existen tres aspectos que constituyen la trama que pueden contribuir a la edificación de este espacio: (a) el ya invocado principio procesal de que el juez puede apartarse de la pericial; (b) las enormes facultades que el Derecho Ambiental otorga a los jueces en el marco de procesos ambientales (art. 32, Ley N° 25675 que contribuye a dar al juez en los amparos ambientales un perfil más comprometido con la verdad real y por tanto, un margen de maniobra mayor a nivel de las pruebas y su apreciación); (c) la facultad que los jueces tienen para solicitar “medidas para mejor proveer”.

17. Alain SUPLOT, *L'autorité de la science. Vérité scientifique et vérité légale*, en Pierre ROSANVALON (dir.), *Science et démocratie*, Paris, Odile-Jacob, 2014, p. 85.

18. Vid. Niklas LUHMANN, así como el trabajo *Elementos materiales y reflexivos en el derecho moderno* en Günther TEUBNER, *La fuerza del derecho*, Bogotá, Siglo del Hombre, 2003.

Los problemas concretos que enfrenta el magistrado en los casos que plantean la necesidad de recurrir al conocimiento científico en el ámbito de una controversia son: (a) que el juez tiene un escaso o nulo margen para lograr encontrar conocimiento científico alternativo y (b) que no existen reglas jurídicas para seleccionar e internalizar el conocimiento experto (vid pto. 8).

Veamos que ocurre con el primero de los pilares para el espacio de independencia. El principio jurídico del ámbito judicial que permite al juez apartarse de la pericia podría ser reivindicado en los procesos que involucran decisiones precautorias. Pero para que esta estrategia de construcción de un espacio de discrecionalidad sea efectiva debería, al mismo tiempo, facilitarse al juez la vía para obtener conocimientos científicos alternativos y provenientes de otras formas de producción de saberes. El canal más adecuado por el momento, y hasta tanto se configure la reforma institucional necesaria, parecen ser las medidas para mejor proveer o la facultad que otorga, vgr, el C.P.C. y C. de la Provincia de Santa Fe al juez que puede «*de oficio o a solicitud de parte, pedir informes a las oficinas técnicas cuando lo crea necesario*» (art. 97 C.P.C. y C.)

385

6. Reglas para admitir el conocimiento científico

a) *Evaluar la calidad del conocimiento científico: el test “Daubert”*

¿Cuándo debe ser admitida y cuando no? En Argentina como en general en Europa no existe un test para evaluar si una determinada prueba científica ofrecida por las partes debe ingresar o no al proceso judicial¹⁹. No se evalúa pues se parte de la base – como derivación del principio de sumisión del Derecho a la ciencia – que todo conocimiento científico es bueno para determinar la verdad de los hechos siempre que supere un “sócalo mínimo”.

Las situaciones de controversia científica, que exigen la aplicación del principio de precaución remueven del sitio de privilegio a la ciencia moderna y requieren este

19. Marina GASCÓN ABELLÁN, *Prueba científica. Un mapa de retos*, en AAVV, Carmen VÁZQUEZ (ed.), *Estándares de prueba y prueba científica*, Madrid, Marcial Pons, 2013, p. 181.

tipo de análisis para dirimir qué conocimientos merecen considerarse y cuáles no.

En los EEUU la Corte Suprema de Justicia ha elaborado un test para establecer cuándo existe *good science* y cuándo *bad science* para permitir – o no – su ingreso y consecuente valoración como prueba en el juicio. El precedente de la Corte en la materia es *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals Inc.* de 1993²⁰. En este caso la Corte cambió el estándar que había fijado en el precedente Frie (1923) en el que señaló que son aceptables los *expertises* que emplean conocimientos generalmente admitidos por la comunidad científica. En el caso Daubert se debatía acerca de la responsabilidad por daños (malformaciones en los niños recién nacidos) de un laboratorio farmacéutico que producía un medicamento denominado Bendectin para las náuseas durante el embarazo; en el proceso judicial la actora había ofrecido ocho *expert witness* de muy importantes personalidades del mundo de la filosofía, la física, etc., lo que despertó el debate acerca de la pertinencia y la aceptabilidad de este tipo de expertos considerando el objeto del juicio.

Como adelanté no existen reglas equivalentes en el derecho argentino. Se trata de un déficit de impostergable solución, más aún en un contexto en el cual la ciencia se ha vuelto “parlamentaria”²¹; es decir que se encuentra – frente a muchísimos temas – dividida en “partidos” que como en la política defienden “su verdad” y procuran vencer al resto; incluso se habla de “guerras científicas” en otro sentido aunque vinculado.

Los operadores de Derecho en general no hemos preparado el terreno que requiere este tipo de ciencia. Seguimos aferrados a lo que hoy es sólo una representación caricatural que ve en la ciencia una fuente de conocimiento monolítica, objetiva y políticamente neutral. Esta visión del conocimiento científico es francamente *naïf*. La realidad que describen los estudios sociales de la ciencia es bien diferente y el Derecho debe tomar nota de esto y diseñar reglas adaptadas a esta nueva fisonomía de la ciencia.

20. V., entre muchos otros, Rafael ENCINAS DE MUNAGORRI, *La recevabilité d'une expertise scientifique aux Etats Unis*, «Revue Internationale de Droit Comparé», 1999, vol. 51, n. 3, pp. 621-632.

21. Bruno LATOUR, *Nous n'avons*, cit., p. 194.

El test Daubert está en esta línea: intenta dotar a los jueces de un elemento de “selección” del conocimiento científico basándose en la idea de que *good science* es aquella que resulta válida pues sobrepasa una serie de indicadores: (a) ha sido testada científicamente, es decir, elaborada a través de un método científico aceptado por la comunidad científica; (b) el conocimiento ha sido evaluado por pares (*peer review*) para su publicación en una revista científica; (c) se informa cuál es el margen de error de las técnicas científicas empleadas para obtener los conocimientos; (d) se trata de un conocimiento aceptado por la generalidad de la comunidad científica.

Luego este test propone un segundo análisis: la ciencia que se produzca en el proceso debe ser adecuada y elaborada a la medida de los puntos en debate en el juicio.

Este test se adecua bien al campo de las ciencias experimentales, en particular a las ciencias naturales, sin embargo, su aplicabilidad a las ciencias sociales y humanas en Argentina debe ser flexibilizado en razón de la escasez de revistas con referato e indexadas en lengua española. Por otro lado, existe contemporáneamente un importantísimo debate al respecto en las instituciones de investigación en ciencias sociales que discurren en torno a esto y al uso de la bibliometría. En el fondo el test, si es empleado sin los debidos ajustes, podría contribuir a ampliar la brecha existente entre ciencias sociales y humanas y ciencias experimentales.

Este tipo de test presupone que la ciencia que en ocasiones se practica en el ámbito judicial no reúne las condiciones que el campo científico exige a los mismos científicos para validar y reconocer sus resultados. La respuesta: solo se admite en el campo jurídico una ciencia que respeta sus propios cánones de producción de conocimiento.

En nuestro medio sí existen criterios de valoración de las pruebas científicas que no deben ser confundidos con los criterios de admisión de la prueba científica²²; los últimos hacen a uno de los aspectos de la tarea general de valoración, pues el primer paso de valoración de la prueba científica consiste en verificar si es admisible lo que incluye verificar (a) la validez del conocimiento que el juez va a

emplear, para lo cual es necesario verificar si ha utilizado y valorado conocimiento elaborado y comprobado a partir de métodos científicos aceptados; (b) la adecuación del conocimiento científico que utiliza para decidir los hechos del caso, lo que significa que se debe controlar que el conocimiento científico que emplea tenga pertinencia directa con el conocimiento científico que es necesario para verificar los hechos del caso concreto que se debe decidir.

b) *El nacimiento de las reglas de admisión de la prueba científica en Argentina*

Un significativo aporte que los jueces del *affaire* de Entre Ríos han hecho a la evolución del Derecho en este tema es haber comenzado a diseñar, aunque de manera inconsciente y asistemática, las reglas de admisión de las pruebas científicas en los procesos precautorios.

En efecto, a la hora de tener que decidir sobre si las medidas de fijación de distancias que establecía el gobierno provincial en sus sucesivos decretos eran o no fundadas científicamente, los tribunales se vieron ante la necesidad analizar y valorar el conjunto de informes y estudios presentados por el gobierno con los cuales buscaba justificar la fundamentación científica de las distancias mínimas que establecía para fumigar.

De la lectura del conjunto de las sentencias que integran el *affaire* surgen tres criterios básicos: (a) los estudios deben ser de fecha anterior a la decisión regulatoria; (b) deben contener opiniones finales valorativas, no pueden consistir en meras compilaciones de información que es presentada de manera ordenada; (c) deben ser actuales; (d) deben estar basados en estudios de terreno que den concreción y especificidad a las conclusiones.

Es histórico. Es la primera vez en Argentina que en un mismo *affaire* puede extraerse un sistema de criterios que permiten explicar cuando una prueba científica puede ingresar al proceso judicial para ser considerada y cuando debe ser desechada.

Puede sonar exagerado pero creo que puede afirmarse que es el nacimiento de la regla “Daubert” argentina o, al menos, un avance significativo en este sentido.

7. El rol de los jueces en los procesos ambientales y el perfil del juez precautorio

a) *Proactividad y límites institucionales a la proactividad*

En Argentina la jurisprudencia ha avanzado muchísimo en la edificación del perfil del juez ambiental, a instancias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, otros tribunales y la doctrina.

Es necesario dar un paso más: es hora de perfilar al juez precautorio, es decir, al juez que en los procesos ambientales o en los que se ventilan problemas de salud humana relacionados – o no – a la cuestión ambiental, se ve enfrentado al conocimiento científico parlamentario.

Me parece entrever en diferentes sentencias de nuestro medio la construcción de ese perfil cuando se recurre a invocar la “apreciación de la prueba” a partir de la sana crítica que no es otra cosa que una manera de referir a la prudencia. Pero prudencia no es precaución – aunque tienen vinculaciones que no es momento de tratar aquí –. En el manejo del principio precautorio la actitud es diferente: hay una búsqueda de la verdad científica y en esa búsqueda, al no poder encontrar sino incertidumbre, el juez decide – porque está obligado, no puede esperar – pero intentando preservar los bienes más preciados en juego. De ahí la conexión entre principio de precaución e interpretación – de las pruebas – pro natura.

La debilidad de los arreglos institucionales para generar el *expertise* precautorio y luego para construir el “margen de maniobra”, conspiran absolutamente cuando se trata de jueces de primera y segunda instancia que tienen pocas herramientas para transformarse, proactivamente, en un juez que pueda promover todo lo que requiere un buen manejo del principio de precaución. Veo muchas más posibilidades en los tribunales de última instancia que cuentan con una caja de herramientas institucional mucho más robusta, vgr, sistemas de audiencias públicas.

b) *Verdad científica y límites institucionales a la búsqueda de la verdad*

La verdad en el proceso ambiental está directamente vinculada al conocimiento; allí la verdad científica resulta determinante de la “verdad procesal” y de la verdad legal.

Esta situación hace que el operador del campo jurídico tenga que traducir, internalizando en términos técnicos para el Derecho, los contenidos de otros sistemas sociales. Esta operación de traducción, desde el sistema científico tecnológico, se efectúa mediante herramientas de vehiculización y mediación. Sin dudas las herramientas más directamente relevantes son las pruebas pericial e informativa.

Sin embargo, los objetivos no pueden ser olvidados. Como sostiene agudamente Aníbal Falbo no se puede transformar el proceso judicial en un proceso de experimentación científico²³. Ello implicaría desnaturalizar su objetivo que es – no perder de vista – decidir qué hacer o no hacer y podría conllevar a una dilación temporal indefinida. Aunque los efectos de la dilatación de la decisión final pueden atenuarse por medio de medidas provisionales – que no siempre son posibles en el marco de una acción de amparo – es claro que tiene que haber un límite para la introducción de conocimiento, que tiene que ser provisionado de antemano por el juez.

La búsqueda de la verdad judicial está moldeada en estos casos por un contexto y por una obligación del juez de decidir el caso. Como muy bien explica Alain Supiot, el juez a diferencia del científico no puede dejar de decidir y por tanto busca la verdad como un medio para cumplir su obligación. El científico la busca porque ese es su trabajo²⁴. En otras palabras: la decisión judicial tiene que ser razonablemente fundada (artículo 3 CCC) es decir, no ser arbitraria, y no lo es cuando – entre otras tipologías – se apoya en las pruebas de la causa; con eso basta, no interesa que las pruebas sean pruebas de la verdad desde una perspectiva estrictamente científica. Y allí, de esta manera, valiéndose de los recursos más antiguos de la labor judicial, el juez tiene la oportunidad de transformarse en el juez precautorio.

8. M.-A. Hermitte y el descubrimiento del problema de las decisiones jurídico-científicas

Desde mi perspectiva lo extremadamente relevante del razonamiento de M.A. Hermitte – más allá de que se con-

23. Aníbal FALBO, intervención en la *Escuela de invierno sobre litigación ambiental*, FCJS-UNL, 23 de agosto 2019.

24. Alain SUPIOT, *L'autorité de la science*, cit., pp. 84-86.

forme o no un derecho de las ciencias y las técnicas como rama – es que constituye una contribución inestimable a visibilizar un problema transversal a diferentes sectores y ramas del Derecho: la existencia de una epistemología de base.

En efecto, el derecho moderno se basó en una estructura profunda que consiste en haber adoptado la epistemología moderna; esto no fue nunca un problema pues la necesidad de contar con un “margen de maniobra” propio estaba suficientemente satisfecho a través de las ficciones jurídicas y las presunciones en aquellos casos excepcionales en los que era necesario crear una decisión propia.

El problema contemporáneo – que M.A. Hermitte contribuyó decididamente a visibilizar – es que la confianza absoluta en el conocimiento científico a la hora de decidir jurídicamente es inaceptable socialmente. La ciudadanía concurre a los tribunales en estos casos precisamente buscando lo contrario: que se garantice una decisión reflexiva y no un mero reflejo inmediato frente a la recomendación científica.

Aquí aparece entonces un último rasgo de las decisiones ambientales precautorias que permite visibilizar el trabajo de M. A. Hermitte: la “*sociedad de la confianza*” requiere que los tribunales tengan una función de promoción del diálogo social; esta función dialógica que algunas de las sentencias del *affaire* de Entre Ríos plantean requiere de arreglos institucionales y de decisiones judiciales que los organicen si no existen. En otras palabras, de sentencias que permitan la búsqueda de consensos. Hay algunos caminos ya recorridos para esto: abrir el proceso de toma de decisiones judiciales mediante audiencias públicas (vgr. CSJN, Acordada 30/2007). Enorme responsabilidad de los decisores, enorme responsabilidad para los jueces.

Vers la fin d'un chemin de croix ? La directive relative à la protection des lanceurs d'alerte et les enjeux de sa transposition en droit français

Christine Noiville*

Elsa Supiot**

392

La figure du lanceur d'alerte est aujourd'hui portée au pinacle, au point que l'expression en devient galvaudée : il n'est pas jusqu'à Luther, Zola ou même Valéry¹ qui ne soient rétrospectivement ainsi rebaptisés ! C'est qu'à l'heure où prospèrent le secret et les conflits d'intérêts, chacun voit dans le lanceur d'alerte un personnage clé de notre démocratie contemporaine. Seul, il s'engage en effet pour défendre l'intérêt général, en révélant de manière désintéressée une atteinte ou une menace pour la collectivité qu'il tente ainsi de protéger contre des dérives aussi connues que les affaires *Mediator*, *Luxleaks*, *Panama Papers* ou autres *Cambridge Analytica*.

Chez les juristes européens, Marie-Angèle Hermitte est sans aucun doute l'une des toutes premières à avoir compris l'importance d'accorder au lanceur d'alerte une protec-

* Chercheuse au DR CNRS, ISJPS, UMR 8103, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne. E-mail: christine.noiville@univ-paris1.fr

** Chercheuse au MCF, ISJPS, UMR 8103, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne. E-mail: Elsa.Supiot@univ-paris1.fr

1. V. RÉGIS DEBRAY, Le grand entretien, France inter, 3 mai 2019, qui fait de Paul Valéry un lanceur d'alerte « parce qu'il a tout compris : il a expliqué toute notre époque, ce que nous sommes en train de vivre, notre habitude de zapping, d'immédiateté, etc.... » !

tion adéquate². Au-delà des mécanismes d'alerte d'ores et déjà prévus par notre droit – signalement des maltraitances sur mineurs ou des contenus illicites sur internet, alerte et retrait du salarié, etc. – d'autres dispositifs devaient à ses yeux être institués pour permettre à des individus de tirer de manière « informelle » la sonnette d'alarme tout en étant préservés des mesures de représailles qu'ils encourent le plus souvent – licenciements, rétrogradations, procédures judiciaires et intimidations de toutes sortes.

Amoureuse de la jurisprudence³, Marie-Angèle Her-

2. Marie-Angèle HERMITTE, Christine NOUVILLE, « L'obligation d'information en matière de santé publique à la lumière de la loi du 1er juillet 1998 sur la sécurité sanitaire », *Gazette du Palais*, 23-24 octobre 1998, pp. 42-50 ; Marie-Angèle HERMITTE (dir.), *Les limites juridiques de la liberté de la recherche*, Paris, Ed. Romillat, 2001 ; Marie-Angèle HERMITTE, Christine NOUVILLE, « Quelques pistes pour un statut juridique du chercheur lanceur d'alerte », in « De la République des savants à la démocratie technique : conditions et transformations de l'engagement public des chercheurs », *Natures, Sciences, Sociétés*, 2006, n° 4, pp. 269-277 ; Marie-Angèle HERMITTE, « Aspects juridiques de la protection du lanceur d'alerte », in *Émergence des risques - avis d'experts*, Paris, INRS et EDP Sciences, 2007 ; Marie-Angèle HERMITTE, « La fondation d'une société par les crises et les risques », in Claudine BURTON-JEANGROS et al., *Face au risque*, Genève, Ed. Médecine & Hygiène-Georg, 2007. Pour quelques-uns des nombreux écrits qui ont précédé ou suivi ceux de M.-A. Hermitte sur ce thème, voir notamment : en sociologie, Francis CHATEAURAYNAUD, Didier TORNY, *Les sombres précurseurs. Une sociologie pragmatique de l'alerte*, Paris, Ed. de l'EHESS, 1999 ; André CICOCELLA, Dorothee BENOIR-BROWAEYS, *Alerte santé. Experts et citoyens face aux intérêts privés*, Paris, Fayard, 2005. – en droit: Alain SUPIOT, « L'alerte écologique », in Société française pour le droit de l'environnement (dir.), *Droit du travail et droit de l'environnement*, Paris, Litec, 1994, pp. 91-110 ; Danièle LOCHAK, « La dénonciation, stade suprême ou perversion de la démocratie », in *Mélanges Braibant L'État de droit*, Dalloz, Paris, 1996 ; Danièle LOCHAK, « Réflexions conclusives au colloque Les lanceurs d'alerte et les droits de l'Homme. Apport du droit comparé et international », *La Revue des droits de l'homme*, 10/2016 ; Olivier LECLERC, « La protection du salarié lanceur d'alerte », in Emmanuel DOCKÈS (dir.), *Au cœur des combats juridiques. Pensées et témoignages de juristes engagés*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, Paris, 2007, pp. 287-298 ; Olivier LECLERC, « Lanceur d'alerte », in Emmanuel HENRY et al., *Dictionnaire critique de l'expertise. Santé, travail, environnement*, Paris, Presses de Sciences Po, 2015, pp. 194-202 ; Olivier LECLERC, *Protéger les lanceurs d'alerte, la démocratie technique à l'épreuve de la loi*, Paris, LGDJ, coll. Exégèses, 2017 ; Christine NOUVILLE, « La protection des lanceurs d'alerte », in Nathalie DEDESSUS LEMOUSTIER, Florence DOUGUET (dir.), *La santé au travail à l'épreuve des nouveaux risques*, Paris, Eyrolles, 2010 ; François Guy TRÉBULLE, « Les associations lanceurs d'alerte », in Béatrice PARENCE (dir.), *La défense de l'intérêt général par les associations*, Paris, LGDJ, coll. Grands colloques, 2015 ; Alan COEURET, Nicolas de SEVIN, « Les dispositifs d'alerte et le droit français: chronique d'une greffe », *RJS*, 2006, vol. 2, n° 06, p. 75 ; Laurent FLAMENT, Philippe THOMAS, « Le whistleblowing: à propos de la licéité des systèmes d'alerte éthique », *JCP*, 2006, p. 1277. Et à l'étranger : James GOBERT, Maurice PUNCH, « Whistleblowers, the Public Interest, and the Public Interest Disclosure Act 1998 », *Modern Law Review*, 2000, n° 63, p. 25-54. On n'oubliera pas les travaux des ONG comme l'association Sciences citoyennes ou l'association Transparency International.

3. Pour un aperçu, v. Marie-Angèle HERMITTE, Francis CHATEAURAYNAUD, *Le droit saisi au vif. Sciences, technologies, formes de vie*, Paris, Petra, 2013.

mitte avait recueilli depuis 20 ans un corpus de décisions de justice à ce sujet qui, dans ses domaines d'intérêt – santé et environnement notamment –, se révélaient novatrices. Se fondant sur la liberté d'expression, certains juges mettaient en effet le lanceur d'alerte hors de cause en reconnaissant la fonction indispensable du débat public quand il engage des valeurs de premier ordre comme la protection de la santé ou de l'environnement⁴. Prometteuses, ces jurisprudences étaient pourtant fragiles et par ailleurs squelettiques comparées aux multiples condamnations prononcées en la matière, notamment pour diffamation ou atteinte à l'obligation de réserve.

Dès lors, instituer une protection spécifique du lanceur d'alerte a très tôt constitué pour Marie-Angèle Hermitte un impératif à la fois politique – vu la fonction sociale de ce personnage – et pratique – les pouvoirs publics ayant besoin du relais d'individus jouant un rôle d'identification précoce des menaces.

Aussi avait-elle activement contribué à l'écriture de ce qui deviendrait bientôt la loi Blandin du 16 avril 2013 relative à l'indépendance de l'expertise en matière de santé et d'environnement et à la protection des lanceurs d'alerte⁵, et précisant la loi Bertrand du 29 décembre 2011 qui, en matière de sécurité sanitaire, avait affirmé qu'«Aucune personne ne peut faire l'objet d'une mesure discriminatoire, être [...] sanctionnée (etc.) pour avoir relaté ou témoigné, de bonne foi [...] des faits relatifs à la sécurité sanitaire [...]

4. V. notamment les affaires qu'a eu à connaître la Cour européenne des droits de l'Homme et qu'elle a tranchées sur le fondement de l'article 10 de la CEDH qui garantit la liberté de recevoir ou de communiquer des informations : *Guja c/ Moldavie*, *Heinisch c/ Allemagne*, *Bucur et Toma c/ Roumanie*. V. aussi la jurisprudence citée dans les articles de doctrine listés supra, dont Cass. soc. 11 oct. 2000, *Cicolella c. INRS*, et la note de Marie-Angèle HERMITTE et Marta TORRE-SCHAUB, *Santé publique et droit du travail*, 2005, accessible sur http://sciencescitoyennes.org/article.php?id_article=1409, à propos d'un ingénieur qui avait alerté son employeur – l'Institut National de Recherche et de Sécurité (INRS) – sur la toxicité des éthers de glycol, qui fut licencié pour insubordination et dont la Cour de cassation a jugé que le licenciement était dénué de cause réelle et sérieuse en raison du « respect de l'indépendance due aux professionnels de la santé au travail », reconnaissant par-là la spécificité de la recherche scientifique, particulièrement dans le domaine de la santé publique.

5. Loi n° 2013-316 du 16 avril 2013 relative à l'indépendance de l'expertise en matière de santé et d'environnement et à la protection des lanceurs d'alerte. JORF n° 0090 du 17 avril 2013, page 6465, art. 43 ajoutant un art. L. 5312-4-2 au code de la santé publique.

dont elle aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions»⁶.

Six ans après la loi Blandin, c'est au plan de l'Union Européenne tout entière qu'une protection *ad hoc* des lanceurs d'alerte s'est trouvée consacrée. Adoptée par le Parlement européen et le Conseil respectivement les 16 avril et 7 octobre 2019, la directive sur « la protection des personnes qui signalent des violations du droit de l'Union » (Directive (UE) 2019/1937 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2019) prend acte de ce qu'en Europe, 10 pays seulement ont jusqu'ici établi un régime protecteur, de surcroît inégal d'un secteur à l'autre (considérant 4). Prenant appui sur la somme importante de jurisprudence et autres travaux produits ces dernières années⁷, la directive établit alors des normes minimales communes visant à assurer un niveau élevé de protection des lanceurs d'alerte⁸. Précipitée par l'affaire *Luxleaks*, cette consécration européenne était inéluctable. Depuis quelques temps, la Commission avait en effet conscience que les alertes, croissantes, peuvent concerner des pratiques dont l'Union elle-même serait victime, voire émaner de ses propres agents qui dénonceraient des pratiques contraires au droit ou à la déontologie de l'Union. La mise en place d'un corps de règles harmonisées paraissait d'autant plus impérieuse que les entreprises dont les pratiques sont pointées du doigt par certains lanceurs d'alerte opèrent souvent sur l'ensemble du territoire de l'Union et non dans un seul pays⁹. Pour renforcer l'application du droit de l'Union dans tous les domaines où il se déploie, pour mieux détecter les fraudes et limiter les distorsions de concurrence qui nuisent au bon fonctionnement du marché intérieur (considérant 6), il paraissait donc indispensable de s'appuyer sur des « informateurs », notion que la directive préfère à celle de « lanceurs d'alerte » et qui, plus « opérationnelle », exprime bien le nécessaire rôle de

395

6. Loi n° 2011-2012 du 29 décembre 2011 relative au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé, JORF n° 0302 du 30 décembre 2011, page 22667.

7. V. notamment les principes développés par le Conseil de l'Europe dans sa recommandation de 2014 sur la protection des lanceurs d'alerte (CM/Rec (2014)7).

8. V. considérant 32 et art. 1.

9. LOCHAK, *Réflexions conclusives*, *op. cit.*

relai des administrés auprès des autorités publiques¹⁰. Mais la directive ne s'arrête pas là. Elle s'attache aussi à ce que la protection du lanceur d'alerte ne soit pas l'arbre qui cache la forêt et fait en sorte que l'alerte elle-même, en tant qu'information potentiellement importante pour la collectivité, soit correctement instruite. Il s'agit de suivre avec diligence les signalements reçus, d'en séparer le bon grain de l'ivraie, de les archiver, de veiller à ce qu'ils puissent être utilisés comme éléments de preuve dans des actions visant à faire respecter le droit, de prendre si besoin les mesures nécessaires à la prévention de dommages. Et comme la directive se place dans le cadre de l'Union, elle entend s'appuyer sur les mécanismes de coopération transfrontière pour assurer un suivi optimal, soit que ces mécanismes existent déjà, soit que les États membres en développent spécifiquement à cette fin¹¹.

Flanquée d'un exposé des motifs fleuve, riche de 112 considérants et de 29 articles, cette directive ne laissait pas présager un véritable bouleversement de l'économie générale de notre droit interne. Et pour cause ! Le gouvernement français a œuvré pour qu'elle soit à l'image du

10. La directive insiste sur le fait que la prévention, la détection et le traitement de la criminalité environnementale et des comportements illicites ou des omissions et des infractions potentielles à l'encontre de la protection de l'environnement, ainsi que la collecte d'éléments de preuve y relatifs, restent difficiles et doivent être renforcés, comme le reconnaît la Commission dans sa communication intitulée Actions de l'Union européenne destinées à améliorer le respect de la législation environnementale et la gouvernance environnementale du 18 janvier 2018.

11. Considérant 73 : Dans nombre de domaines d'action relevant du champ d'application de la présente directive, il existe des mécanismes de coopération par lesquels les autorités nationales compétentes échangent des informations et mènent des activités de suivi en lien avec des infractions à des règles de l'Union ayant une dimension transfrontière. Il en est ainsi, par exemple, du mécanisme d'assistance et de coopération administratives dans les cas de violations transfrontières de la législation de l'Union relative à la filière agroalimentaire, du réseau de lutte contre la fraude alimentaire, du système d'échange rapide d'informations sur les produits non alimentaires dangereux, du réseau de coopération en matière de protection des consommateurs ou encore du réseau pour le respect de la législation environnementale, du réseau européen des autorités de la concurrence ou de la coopération administrative dans le domaine fiscal. Les autorités compétentes des États membres devraient faire pleinement usage de ces mécanismes de coopération existants ainsi qu'il convient dans le cadre de l'obligation qui leur incombe de donner suite aux signalements d'infractions relevant du champ d'application de la présente directive. En outre, les autorités des États membres peuvent aussi coopérer au-delà des mécanismes de coopération existants en cas d'infractions ayant une dimension transfrontière dans des domaines où il n'existe pas de tels mécanismes de coopération.

« modèle français » tel qu'il résultait de la loi Sapin 2 du 9 décembre 2016. Mais cette transposition pouvait être l'occasion d'améliorer le dispositif français, tant quant au traitement de l'alerte que relativement à la protection des lanceurs d'alerte. En effet, et comme l'a relevé le Conseil d'Etat dans l'avis qu'il a rendu le 4 novembre 2021 sur la proposition de loi Wasserman, « le constat réalisé [...] est qu'en dépit des garanties élevées pour les lanceurs d'alerte que contient le régime créé par la loi du 9 décembre 2016, la protection et l'accompagnement des auteurs de signalement restent faibles en pratique, exposant parfois ceux-ci à de grandes difficultés ». Ce souci d'améliorer la protection du lanceur d'alerte était au cœur de la proposition de loi déposée par le député Sylvain Wasserman et élaborée après une consultation publique de deux mois organisée par le ministère de la justice début 2021. *In fine*, et malgré certaines résistances qui en ont réduit la portée¹², c'est bien à un renforcement du dispositif relatif à l'alerte qu'aboutit la loi adoptée le 21 mars 2022¹³.

D'abord, sur un plan pragmatique, la directive a obligé la France à mettre de l'ordre dans un dispositif touffu et difficilement lisible, en clarifiant les procédures d'alerte et en améliorant le traitement des signalements (I). Ensuite, sur le plan des principes, le texte européen a conduit à consolider les conditions et modalités de la protection accordée aux lanceurs d'alerte, registre sur lequel il constitue là encore une avancée indéniable, à quelques points notables près, on le verra (2).

397

1. Renforcer le traitement de l'alerte

Clarté, sécurité, convivialité des canaux d'alerte, efficacité et robustesse du traitement : tels sont quelques-uns des maîtres-mots de la directive¹⁴. Ils se justifient aisément. Quelles que soient les spécificités des domaines couverts – santé, environnement, finance, fiscalité, etc. –, l'impératif premier auquel doit satisfaire un dispositif d'alerte,

12. Celles du Sénat précisément, v. Vers une bataille au Sénat sur les lanceurs d'alerte, *Le Monde*, 18 janvier 2022.

13. Loi n° 2022-401 du 21 mars 2022 visant à améliorer la protection des lanceurs d'alerte, *JORF* du 22 mars 2022.

14. Considérants 3, 64 et 65.

c'est bien d'une part la lisibilité, pour le lanceur d'alerte, des procédures à suivre pour être entendu sans crainte de représailles, d'autre part l'efficacité de l'instruction de l'alerte (a). La loi Wasserman vient à cet effet modifier le dispositif français qui, bien que précurseur, n'était pas à la hauteur de ce double enjeu (b).

a) *Un double impératif de lisibilité et d'efficacité*

C'est vers des canaux conviviaux, clairs et accessibles en toute sécurité que le lanceur d'alerte doit pouvoir se tourner énonce la directive, qui insiste sur le fait que les autorités compétentes devraient pour ce faire « publier et rendre facilement accessibles les informations sur les canaux de signalement disponibles auprès des autorités compétentes, sur les procédures applicables et sur les membres spécialisés du personnel qui, au sein de ces autorités, sont chargés du traitement des signalements. Toutes les informations concernant les signalements doivent être transparentes, facilement compréhensibles et fiables afin de promouvoir les signalements et non pas les empêcher »¹⁵.

De ces canaux d'alerte, la directive retient une conception très ouverte et déconcentrée. Elle prévoit ainsi que des dispositifs de recueil d'alerte soient mis en place dans les entreprises de plus de 50 salariés et dans les collectivités de plus de 10 000 habitants¹⁶. Soucieuse de ne pas abandonner le traitement des alertes aux seules entreprises et

15. Considérant 75.

16. Considérants 48, 49, 50 et article 8.9. Considérant 48. Pour les entités juridiques du secteur privé, l'obligation d'établir des canaux internes est proportionnelle à leur taille et au niveau de risque que leurs activités présentent pour l'intérêt public. Cette obligation devrait s'appliquer à toutes les entreprises de 50 salariés ou plus, quelle que soit la nature de leurs activités, en fonction de leur obligation de percevoir la TVA. À la suite d'une évaluation des risques appropriée, les États membres peuvent aussi exiger des autres entreprises qu'elles établissent des canaux de signalement internes dans des cas spécifiques (par exemple, en raison des risques liés à leurs activités). Considérant 49 : La présente directive n'empêche pas que les États membres puissent encourager les entités privées de moins de 50 salariés à mettre en place des canaux internes pour les signalements et leur suivi, notamment en fixant pour ces canaux des exigences moins contraignantes que celles établies à l'article 5, à condition que ces exigences garantissent la confidentialité et un suivi diligent du signalement. Considérant 50 : L'exemption des petites et microentreprises de l'obligation de mettre en place des canaux de signalement internes ne devrait pas s'appliquer aux entreprises privées qui sont actuellement tenues d'établir des canaux de signalement internes en vertu des actes de l'Union visés dans la partie I.B et la partie II de l'annexe. Article 8.9 : « Les États membres peuvent exempter de l'obligation (de mettre en œuvre des canaux internes) les municipalités comptant

collectivités, elle invite aussi à s'appuyer sur les multiples autorités existantes (judiciaires, de réglementation, de surveillance, de médiation, de lutte contre la corruption, etc. et ce dans tel ou tel domaine spécifique). Elle vise notamment la pléthore d'instances qui ont été mises en place ces dernières années pour les procédures d'alerte (considérant 70), que ce soit à l'échelle européenne – Office européen de lutte antifraude (OLAF), Agence européenne pour la sécurité maritime (AESM), Agence européenne de la sécurité aérienne (AESA), Autorité européenne des marchés financiers (AEMF), Agence européenne des médicaments (EMA), etc. – ou dans certains pays de l'Union. En France ont ainsi fleuri les instances et autres associations se présentant comme un premier guichet d'accueil des lanceurs d'alerte¹⁷, ou comme des lieux de signalement d'événements ou dangers affectant la santé, l'environnementaux¹⁸, la sûreté nucléaire¹⁹, etc.

Derrière ce choix, on comprend qu'il pourrait être de mauvaise politique de concentrer la réception et l'instruction des alertes dans une instance unique alors que d'un secteur à l'autre, non seulement les contextes varient mais divers dispositifs plus ou moins efficaces existent déjà. Cette mobilisation de l'existant plaide donc en faveur d'un modèle déconcentré.

Les autorités et instances compétentes pour recevoir et traiter les alertes doivent être multiples car complémentaires, et ne devraient pas jouer le rôle de super agences lorsque des agences spécialisées sont en place, sous peine de court-circuiter le travail réalisé par ces dernières et, ce faisant, de discréditer l'action publique. Certes, la directive retient qu'« en tant que destinataires des signalements, les autorités désignées comme étant compétentes devraient avoir les moyens et les pouvoirs nécessaires pour assurer un suivi approprié – notamment en évaluant l'exactitude des allégations formulées dans le signalement et en traitant les

moins de 10 000 habitants, ou moins de 50 employés, ou les autres entités comptant moins de 50 employés ».

17. V. la « Maison des lanceurs d'alerte », association qui œuvre pour l'accueil et la protection des lanceurs d'alerte, l'Agence française anticorruption, etc.

18. www.alerte-sante-environnement-deontologie.fr ; Signalement.social-santé.gouv.fr

19. <https://www.asn.fr/Divers/Signalement-Lanceur-d-alerte>

faits signalés, en ouvrant une enquête interne, une enquête judiciaire, des poursuites en recouvrement de fonds ou en adoptant toute autre mesure corrective appropriée conformément à leur mandat » (considérant 65). Mais, outre le fait que le texte vise bien une pluralité d'autorités et non une autorité unique de réception des alertes²⁰, la directive envisage la possibilité d'un système de relais : les autorités compétentes « devraient avoir les moyens et pouvoirs nécessaires pour saisir du signalement une autre autorité qui devrait enquêter sur (le fait signalé), en veillant à ce que cette autorité donne un suivi approprié »²¹. L'autorité saisie de l'alerte doit alors simplement en examiner la recevabilité, la transférer à l'instance compétente et assurer le suivi et donc l'effectivité du traitement des alertes ainsi transmises.

Car traiter efficacement l'alerte, c'est aussi, ajoute la directive, consacrer des moyens à son instruction. En effet, parce que l'ambition de la directive est de ne pas abandonner la question aux seules entreprises, l'instruction des alertes mobilisera les institutions de manière importante : recherche d'informations complémentaires auprès des administrations compétentes aux fins d'apprécier la robustesse des signalements, puisque ces derniers peuvent reposer sur des données fragiles voire purement et simplement inventées ; transmission aux autorités concernées des signalements évocateurs de véritables alertes ; suivi des suites données à ces alertes, etc.²². Une telle implication des autorités publiques nécessite l'attribution de ressources, ce à quoi enjoint la directive. Elle précise ainsi explicitement que « les États membres [...] mettent des ressources suffisantes à la disposition desdites autorités » (art. 11.1). Plus précisément encore, les États membres doivent « veiller à ce que les autorités compétentes disposent de membres du personnel chargés du traitement des signalements et en particulier de l'exécution des tâches suivantes : communi-

20. Ainsi l'autorité administrative indépendante unique visée à l'art. 20.3 de la directive n'est qu'une faculté ouverte aux États pour assurer la prise en charge des mesures de soutien aux lanceurs d'alerte, lequel soutien peut aussi être assuré par un centre d'information ou des autorités administratives spécialisées.

21. Considérant 65.

22. En ce sens, v. l'art. 11.1 : « Les États membres désignent les autorités compétentes pour recevoir les signalements » et l'art. 11.2. c) : « Les autorités compétentes assurent un suivi diligent des signalements ».

cation à toute personne intéressée d'informations au sujet des procédures de signalement ; réception et suivi des signalements ; maintien du contact avec l'informateur dans le but de lui fournir un retour d'information et de lui demander d'autres informations le cas échéant. Ces membres du personnel reçoivent une formation spécifique aux fins du traitement des signalements » (Art. 12.4). La directive rappelle également à plusieurs reprises que l'effectivité du traitement de l'alerte suppose la reconnaissance, au profit des autorités compétentes, de pouvoirs adaptés à l'exécution de leurs missions. Ainsi précise-t-elle que le suivi de l'alerte comprend : « toute mesure prise par le destinataire du signalement ou toute autorité compétente pour évaluer l'exactitude des allégations formulées dans le signalement et, le cas échéant, pour remédier à l'infraction signalée, y compris par des mesures telles qu'une enquête interne, une enquête judiciaire, des poursuites et une action en recouvrement de fonds et clôture » (Art. 6.12).

Autant de considérations qui tranchent avec le caractère lapidaire de nombreux textes qui, en matière de protection des lanceurs d'alerte, se contentent d'en affirmer solennellement le principe. Tel n'était certes pas le cas du droit français qui, depuis 2013 et l'adoption de la loi Blandin, s'était attaché à définir les conditions et modalités de cette protection. Mais en matière de lisibilité des procédures et d'effectivité du traitement de l'alerte, le dispositif français était loin de satisfaire les préconisations de la directive.

401

b) *Les écueils et le renouveau du « modèle français »*

On ne peut alors que se réjouir que la transposition de la directive ait conduit le législateur français à reprendre sa copie (B.2) car loin de toute convivialité, le dispositif français présentait des allures kafkaïennes (B.1).

b.1) Une organisation kafkaïenne

Le dispositif était le fruit d'une accumulation de dispositions issues de lois successivement adoptées dans différents champs du droit et qui, depuis 2007, avaient conduit à faire de la protection des lanceurs d'alerte un maquis difficilement lisible. Ces 15 dernières années s'étaient en effet empilées la loi du 13 novembre 2007 relative à la lutte

contre la corruption²³, la loi Bertrand du 29 décembre 2011 relative à la sécurité sanitaire²⁴, la loi Blandin du 16 avril 2013 en matière de santé et d'environnement (qui a créé une Commission nationale de la déontologie et des alertes en matière de santé publique et d'environnement (CnDAspe) chargée de réceptionner les alertes et de s'enquérir de la suite qui leur est réservée)²⁵, la loi du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique pour ce qui concerne l'alerte sur des situations de conflits d'intérêts dans la sphère publique²⁶.

A cet éclatement thématique des textes – santé, environnement, fraude fiscale, corruption, etc. –, s'ajoutaient les modifications successives intervenues ces dernières années. Ainsi les deux lois de 2013 ont-elles été modifiées dès 2016. D'une part par la loi Lebranchu relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires²⁷. D'autre part par la loi Sapin 2 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique²⁸. Un éparpillement, en somme, de textes pléthoriques, disparates, souvent fragmentaires quant aux champs concernés ou aux personnes et informations visées, donnant à voir de la protection du lanceur d'alerte en droit français une image des plus baroques.

La loi Sapin 2 était pourtant nourrie d'une ambition unificatrice. L'objectif, louable, était de mettre en place un cadre harmonisé entre les domaines disparates précédemment réglementés. La multiplicité et la complexité des canaux de signalement prévus conduisait toutefois le lanceur d'alerte à se livrer à un véritable jeu de piste, alors même que de son succès à cet exercice dépendait son salut. La

23. Loi n° 2007-1598 du 13 novembre 2007 relative à la lutte contre la corruption.

24. Loi n° 2011-2012 du 29 décembre 2011 relative au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé.

25. Loi n° 2013-316 du 16 avril 2013 relative à l'indépendance de l'expertise en matière de santé et d'environnement et à la protection des lanceurs d'alerte.

26. Loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique.

27. Loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires et notamment l'art 4.2 : « Dans le cas d'un conflit d'intérêts, le fonctionnaire doit avoir préalablement alerté en vain l'une des autorités hiérarchiques dont il relève. Il peut également témoigner de tels faits auprès du référent déontologue prévu à l'article 28 bis ».

28. Loi Sapin 2 n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

loi Sapin 2 subordonnait en effet la protection du lanceur d'alerte au respect des procédures qu'elle instituait, sauf dans un cas précis, celui d'un danger grave et imminent ou d'un risque de dommage irréversible. Dans ce dernier cas, le lanceur d'alerte n'était pas tenu de respecter les canaux de signalement institués et pouvait directement rendre le signalement public ou saisir l'« autorité compétente » (art.8 II). Mais hormis cette exception, qui supposait d'identifier la bonne autorité eu égard à l'objet du signalement, le dispositif antérieur à l'entrée en vigueur de la loi Waserman présentait des allures impressionnistes.

Premier cas de figure : le lanceur d'alerte était salarié ou employé (article 8 I). Il devait d'abord porter l'alerte à la connaissance de son employeur ou de son supérieur hiérarchique. L'objectif de la loi Sapin 2 était en effet aussi de recentrer l'alerte au sein des établissements pour assurer que les lanceurs d'alerte employés transmettent en premier lieu leur alerte « en interne » et protéger ainsi, notamment, les intérêts des entreprises. A cet effet – et la directive reprend ce point –, la loi Sapin 2 avait rendu obligatoire la mise en place de « procédures appropriées » de recueil des signalements par toute personne morale de droit public ou de droit privé de plus de 50 salariés, par les administrations de l'État, les communes de plus de 10.000 habitants, les départements et les régions. Ainsi, l'employeur de droit privé devait mettre en place un registre spécial sur lequel sont consignées les alertes²⁹. Si le principe du registre et un certain nombre de mentions obligatoires avaient été prévus, le support, les modalités d'information et d'accessibilité de ce registre étaient laissés à la responsabilité de chaque

29. Ce registre doit être mis en place par l'employeur et ses pages numérotées afin de pouvoir s'assurer de la continuité des alertes consignées. L'auteur de l'alerte doit y mentionner les produits ou procédés de fabrication utilisés ou mis en œuvre par l'établissement dont le travailleur estime de bonne foi qu'ils présentent un risque grave pour la santé publique ou l'environnement ; le cas échéant, les conséquences potentielles pour la santé publique ou l'environnement ; ainsi que toute autre information utile à l'appréciation de l'alerte consignée. Chaque alerte doit être datée et signée par son auteur. V. art. D. 4133-1 et D4133-2 du code du travail issus du décret n° 2014-324 du 11 mars 2014 relatif à l'exercice du droit d'alerte en matière de santé publique et d'environnement dans l'entreprise, JORF n°0061 du 13 mars 2014 page 5191. V. aussi le décret n° 2017-564 du 19 avril 2017 relatif aux procédures de recueil des signalements émis par les lanceurs d'alerte au sein des personnes morales de droit public ou de droit privé ou des administrations de l'État, JORF n°0093 du 20 avril 2017, texte n°10.

employeur. Une souplesse comparable était donnée aux personnes morales de droit public pour l'établissement de leur procédure appropriée de recueil des alertes³⁰. Cette souplesse impliquait une certaine diversité des procédures mises en place, mais elle permettait leur adaptation à la taille de la structure, à la condition que les intérêts du lanceur d'alerte soient respectés, comme le note à raison la Commission consultative nationale des droits de l'homme³¹.

A ce stade, le lanceur d'alerte pouvait encore s'y retrouver relativement facilement grâce à l'obligation faite à l'employeur de porter sa procédure « interne » à la connaissance du personnel ainsi qu'à ses collaborateurs extérieurs et occasionnels³². Un angle mort apparaissait pourtant déjà : en deçà des seuils prévus par la loi (50 salariés, etc.), aucune procédure dédiée n'était plus requise, alors même que le lanceur d'alerte demeurait contraint de signaler « en interne ». Il ne lui restait plus qu'à prouver par tous moyens avoir respecté cette obligation.

Quoi qu'il en soit, en l'absence de réponse de l'employeur « dans un délai raisonnable », l'alerte pouvait être adressée à l'autorité judiciaire OU à l'autorité administrative OU aux ordres professionnels. A ce stade, notre lanceur d'alerte se devait d'être juridiquement averti afin de ne pas se tromper sur l'aiguillage à prendre au regard de l'objet de son signalement. A défaut de réponse dans un délai de

30. Si le décret n°2017-564 du 19 avril 2017 relatif aux procédures de recueil des signalements émis par les lanceurs d'alerte au sein des personnes morales de droit public ou de droit privé ou des administrations de l'État (JORF n°0093 du 20 avril 2017) précise en son article 5 les exigences auxquelles doit répondre la procédure retenue par la personne morale, il ne garantit aucunement une homogénéisation des procédures. C'est d'ailleurs ce que relève la circulaire du 19 juillet 2018 relative à la procédure de signalement des alertes émises par les agents publics dans le cadre des articles 6 à 15 de la loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, et aux garanties et protections qui leur sont accordées dans la fonction publique, NOR : CPAF1800656C, p. 8

31. La CNCDH, dans son avis du 24 septembre 2020, recommande ainsi d'introduire dans la loi l'obligation de négociation avec les institutions représentatives du personnel concernant la mise en place dans l'entreprise du dispositif d'alerte ainsi que son suivi par le biais de l'information-consultation annuelle. De même, la CNCDH recommande que les personnes déléguées à recevoir les alertes et à assurer leur traitement aient une qualification adaptée. Dans l'exercice de cette fonction, leur indépendance doit être garantie ; elles ne doivent rendre compte directement qu'au sommet de la hiérarchie de l'entreprise ou de l'administration concernées.

32. Article 6 du décret n°2017-564 du 19 avril 2017.

3 mois, ce dernier pouvait être rendu public. C'est donc à un lanceur d'alerte avisé et pugnace que s'adressait la loi Sapin 2.

Deuxième cas de figure : l'alerte externe, en dehors de tout cadre professionnel. La loi Sapin 2 laissait ici davantage encore sur sa faim. Bien que ses dispositions semblaient permettre la protection du lanceur d'alerte hors situation professionnelle (riverains, patients, etc), l'esprit de la loi Sapin 2 laissait planer un doute quant à l'applicabilité du dispositif en dehors de ce cadre. Or, en matière de santé et d'environnement, l'hypothèse du lanceur d'alerte hors cadre professionnel n'est pas d'école, comme en témoignent par exemple le cas d'Irène Frachon et des dommages causés par le Mediator. Comme la loi Sapin 2 avait souhaité concentrer autant que possible la réception et la gestion des alertes entre les mains des entreprises, elle restait bien laconique sur l'alerte « externe » à ces dernières. Elle énonçait que toute personne (y compris le salarié *in fine* éconduit donc) « peut adresser son signalement au Défenseur des droits afin d'être orientée vers l'organisme approprié de recueil de l'alerte » (dernier alinéa de l'article 8). Il semblait donc que le lanceur d'alerte qui ne trouvait pas son chemin parmi les dispositifs existants puisse trouver dans le Défenseur des droits sinon un relais du moins un guide clairement identifié pour alerter en toute sécurité. Mais le Défenseur des droits, qui n'est pas traditionnellement un spécialiste de l'alerte, ne marquait pas d'intérêt particulier pour l'alerte et n'a véritablement investi ce terrain qu'une fois adoptée la directive européenne³³. Quant au point de savoir si et à quelles conditions une personne pouvait alerter directement en toute sécurité les médias (du moins hors cas de danger grave et imminent ou de risque de dommages irréversibles), la loi ne le précisait pas explicitement.

33. V. Défenseur des Droits, « Protéger les lanceurs d'alerte : un défi européen », Actes du colloque du 4 juin 2020, <https://www.defenseurdesdroits.fr/fr/actes-de-rencontre/2020/06/actes-du-colloque-protoger-les-lanceurs-dalerte-un-defi-europeen>. Le Défenseur des Droits y insiste entre autres sur la nécessité d'une transposition ambitieuse de la directive dans une législation claire, opérationnelle, accessible à tous, harmonisant les régimes de protection et prévoyant des moyens humains et financiers conséquents.

Voir toutefois, dès 2017, les efforts du Défenseur des Droits pour guider les lanceurs d'alerte : « Orientation et protection des lanceurs d'alerte », juillet 2017.

C'est dire si le dispositif français n'était pas à la hauteur des impératifs de clarté, de convivialité et d'efficacité affirmés par la directive.

Pour s'en convaincre davantage encore, il suffit de se pencher quelques instants sur le cas de la Commission nationale de la déontologie et des alertes en matière de santé publique et d'environnement (CnDAspe)³⁴ créée par la loi Blandin.

En application de ce texte, la CnDAspe avait au cœur de ses missions initiales le soin de réceptionner les alertes, d'en définir les critères de recevabilité, de les transmettre, le cas échéant, aux ministres compétents, puis de s'enquérir de la suite qui leur était réservée (loi Blandin, art 2 al. 3 et 4). On notera que ce faisant, bien que parfois critiquée (y compris par Marie-Angèle Hermitte elle-même) comme étant une simple boîte aux lettres sans pouvoirs d'instruction, la commission était en ligne avec la philosophie de la directive.

Trois ans plus tard, la loi Sapin 2 modifiait substantiellement la loi Blandin, non seulement en imposant le passage par l'alerte interne pour le salarié comme condition de sa protection, on l'a vu ; en limitant la protection aux seuls lanceurs d'alerte personnes physiques, on y reviendra ; mais aussi et surtout en amputant purement et simplement la CnDAspe de ses trois missions de définition des critères de recevabilité de l'alerte d'une part, de définition des éléments portés aux registres d'alerte d'autre part, et de suivi des dossiers enfin³⁵.

Or loin d'en prendre acte, la CnDAspe a continué à œuvrer, y compris dans les missions qui lui avaient été retirées. Elle agissait en application du pouvoir d'auto-saisine qui lui avait été conféré et, dans le cas où elle était sollicitée par un particulier, en l'absence de diligence de son employeur ou supérieur hiérarchique ou en cas de « danger grave et imminent ou en présence d'un risque de dommages irréversibles » (article 8 I al. 2 et II de la loi Sapin 2 qui, dans ce dernier cas, on le sait, permettait au lanceur d'alerte de rendre son signalement public)³⁶ ! Tout indique

34. Décret n° 2014-1629 du 26 décembre 2014 d'application de la loi du 16 avril 2013 relatif à la composition et au fonctionnement de la Commission.

35. La loi Sapin 2 a en effet abrogé les art. 2 al. 3 et 2 al. 4 de la loi Blandin.

36. CnDAspe, rapport d'activité 2018, p. 7, www.alerte-sante-environnement-deontolo-

qu'elle a fait preuve de pugnacité sans toutefois faire office de « super agence », déminant certaines alertes³⁷, s'assurant que les signalements fondés sont correctement instruits au fond – elle disposait d'un droit de suite à cet égard et en usait –, accompagnant et protégeant, dans un processus parfois long de plusieurs mois, les lanceurs d'alerte, s'assurant que l'ensemble des requêtes et procédures initiées étaient instruites dans les règles et les délais prévus par le droit. Ainsi la cnDAspe s'était-elle autosaisie suite à un signalement relatif à la toxicité des fongicides inhibiteurs de la succinate déshydrogénase (SDHI) et suivait-elle la manière dont l'Agence nationale de sécurité sanitaire de l'alimentation, de l'environnement et du travail (ANSES) traitait

gie.fr. On consultera avec intérêt le site de la cnDAspe qui donne de précieuses indications aux lanceurs d'alerte, dont les suivantes : « Exemple de danger grave et imminent : mise sur le marché frauduleuse de produits de consommation contenant des substances classées «cancérogène avéré». Exemple de risque de dommages irréversibles : dépôt sauvage de matériaux contenant de l'amiante ou d'autres produits dangereux. Noter que les définitions de «danger grave et imminent» ou de «dommages irréversibles» prêtent à diverses interprétations. Il est recommandé de ne rendre publiques des situations relevant de ces catégories que si elles sont solidement étayées. L'impact redouté ou constaté n'a pas à être massif ni effectif, mais des annonces publiques pourraient être considérées comme abusives si elles portaient sur des événements mineurs ou peu documentés, et la personne ou l'entreprise visée pourrait poursuivre en justice le lanceur d'alerte. Il est donc recommandé de porter d'abord ces signalements considérés comme «urgents» auprès de la cnDAspe ».

V. aussi CnDAspe, Du signalement à l'alerte : critères d'appréciation de la CnDAspe, 2017, annexe au rapport d'activité 2018, https://www.alerte-sante-environnement-deontologie.fr/IMG/pdf/annexes_rapport_activite_2018_cndaspe.pdf

La commission y définit les critères qui fondent la recevabilité d'une alerte (comme l'y oblige l'art 2.3 abrogé par La loi Sapin). La démarche est la suivante : elle reçoit les signalements sur un portail internet ; elle cherche si le signalement constitue une alerte ; pour opérer cette qualification, elle demande des informations ; la source du signalement doit être une personne identifiable et crédible ; la menace ou le dommage signalés doivent être plausibles (la situation doit être précisément décrite, des données scientifiques doivent étayer l'hypothèse d'une menace, qui doit être vraisemblable ; à cet égard, des données de qualité suffisent, même non consensuelles). Plus ces éléments sont robustes, plus le signalement est « évocateur d'alerte » ; au terme de l'examen du dossier, ce dernier peut être classé sans suite, mis en veille ou transféré aux ministres compétents ; la CnDAspe exerce ensuite un « droit de suite » des saisines, charge aux instances de statuer sur la réalité de la menace ou d'apprécier le dommage et aux ministres de revenir vers la Commission.

37. CnDAspe, rapport d'activité 2018 précité : « Dans un cas, cela a conduit à ce que des informations circonstanciées délivrées par les autorités publiques (Préfecture et Agence régionale de santé) soient délivrées à l'association, qui ne les connaissait pas, et in-fine à considérer, au vu des informations dont a disposé la Commission, qu'il n'y avait pas matière à lancer une alerte auprès des ministres compétents, les ministres chargés de l'environnement, de la santé et de l'agriculture, informés de cette conclusion de la Commission ».

cette alerte et cherchait à améliorer les connaissances en la matière, avec un volontarisme qui n'était malheureusement pas toujours couronné du succès escompté. On notera en effet que fin octobre 2020, la cnDAspe avait communiqué à 12 reprises à des ministres des dossiers évocateurs de véritables alertes et dans 8 de ces 12 cas – dont celui des SDHI –, elle n'avait reçu aucune réponse des ministres...³⁸

Derrière cette lutte de survie d'une instance en partie décapitée (et que l'on pensait renaître de ses cendres à l'occasion de la transposition de la directive), ce sont en tous cas des tensions profondes qui étaient en jeu entre différentes conceptions de l'alerte (quant aux personnes qui peuvent la lancer, quant aux circuits qu'elles doivent suivre, etc...). La directive a conduit d'elle-même à résoudre une grande partie de ces oppositions, comme on le verra plus loin. Mais constatons que c'était un profond travail de clarification qui attendait les autorités françaises.

b.2) *Un dispositif plus accessible*

La loi Wasserman du 21 mars 2022 devrait permettre de rendre le dispositif français plus accessible. Elle maintient trois canaux d'alerte – le canal interne, le canal externe et la divulgation publique (Art. 3, art. 7-1 de la loi Sapin 2) – mais vient réécrire l'article 8 de la loi Sapin 2 pour clarifier ces canaux.

Concernant le canal interne, la loi établit une liste des personnes, administrations et entités qui ont l'obligation d'établir une procédure interne de recueil et de traitement des signalements. Les conditions de cette procédure interne sont fixées par décret, lequel définit aussi les garanties d'indépendance, d'impartialité de la procédure et les délais de retour d'informations à l'auteur du signalement³⁹. La procédure devrait donc faire l'objet d'une certaine harmonisation propice à la rendre plus lisible pour le lanceur d'alerte. En outre, et c'est une nouveauté importante, l'introduction de délais de retours permettra facilement au lanceur d'alerte d'identifier une tentative d'étouffement de

38. https://www.alerte-sante-environnement-deontologie.fr/spip.php?page=rubrique&id_rubrique=25

39. Décret n° 2022-1284 du 3 octobre 2022, JORF du 4 octobre 2022.

l'alerte et, dans ce cas, de pouvoir le cas échéant diffuser cette dernière par un autre canal, externe ou public. Deux autres points sont à relever concernant le canal interne. D'une part, afin d'éviter de pénaliser trop lourdement les plus petites structures concernées par l'obligation d'avoir une procédure interne de traitement des alertes, le législateur les autorise à mutualiser le dispositif. Enfin, pour les structures qui ne sont pas concernées par l'obligation de mettre en place une procédure interne, le législateur vient apporter des précisions salutaires quant aux personnes susceptibles de recueillir l'alerte : supérieur hiérarchique direct ou indirect, employeur ou référent désigné à cet effet.

Concernant le canal d'alerte externe, il est ouvert aussi bien après avoir eu recours à un signalement interne que directement. Cette alerte peut être portée soit devant l'une des « autorités compétentes », dont la liste est fixée par décret, soit devant le défenseur des droits, soit devant l'autorité judiciaire, soit devant une institution, un organe ou un organisme de l'Union européenne compétent. Le législateur français a fait ici deux choix. D'abord, celui de ne pas mettre en place de guichet unique de réception des alertes – qui avait pourtant les faveurs de la Commission nationale consultative des droits de l'homme, pour sa simplicité⁴⁰ – mais de s'appuyer sur les autorités déjà en place. C'est un choix qui permet non seulement de ne pas empêcher les informateurs d'emprunter différents canaux mais aussi de capitaliser sur l'expérience acquise. A cet égard, on peut regretter que la CnDaspe, sur avis du Conseil d'Etat, n'ait pas été désignée parmi les « autorités compétentes » pour recueillir et traiter les signalements et soit donc purement et simplement absente de la liste des autorités dressée par le décret du 3 octobre 2022⁴¹. Ensuite, à défaut de guichet unique, le législateur a néanmoins fait du défenseur

40. CNCDH, avis du 24 septembre 2020, p. 77.

41. Décret n° 2022-1284 du 3 octobre 2022 précité, art. 9 et annexe. Le Gouvernement s'est rangé à l'avis du Conseil d'Etat qui a vu une « fragilité juridique » dans des discordances entre certaines dispositions inscrites dans le décret de fonctionnement de la Commission (datant de 2014) et celles qui s'appliquent dorénavant en application de la loi du 21 mars 2022. En conséquence, le Conseil d'Etat a recommandé de suspendre la désignation de la cnDaspe comme autorité compétente pour recevoir des alertes à une révision préalable de son décret de fonctionnement.

des droits une porte d'entrée privilégiée pour recevoir les alertes. Le rôle de cette instance, bien identifiée sur le plan institutionnel et dotée d'un poids politique important, a ainsi été accru et précisé, rendant du reste nécessaire l'adoption de la loi organique n°2022-400 du 21 mars 2022 visant à renforcer le rôle du défenseur des droits en matière de signalement d'alerte. Le défenseur des droits va pouvoir traiter les alertes qui lui sont adressées et qui relèvent de sa compétence et, dans le cas contraire, orienter le lanceur d'alerte vers une autre autorité compétente. Ces autorités doivent par ailleurs rendre annuellement compte de leur action au défenseur des droits, ce qui devrait donner une plus grande visibilité au traitement des alertes (art.3, art. 8.-I.-A 4° al.3 de la loi sapin 2).

Enfin, *la divulgation publique*, c'est-à-dire l'alerte au grand public (par les médias par exemple) reste possible dans des conditions proches de celles déjà prévues depuis 2016 – en situations de danger grave et imminent notamment. Mais elle se trouve sécurisée dans un autre cas de figure, précisément lorsqu'elle fait suite à un signalement interne ou externe resté sans réponse pendant 3 mois à compter de la réception de l'alerte⁴².

Au final, l'alerte et son traitement devraient se trouver facilités par une procédure plus lisible pour le lanceur d'alerte, avec une présentation graduée des canaux de signalement et une plus grande souplesse quant à la démarche à emprunter. Ils devraient également être favorisées par deux dispositions bienvenues de la loi Waserman. D'abord les mesures d'exemption de responsabilité : lorsqu'il recourt à la divulgation publique, le lanceur d'alerte peut révéler toutes les informations dont il a des motifs raisonnables de croire qu'elles sont nécessaires, sans craindre de voir sa responsabilité civile engagée pour les conséquences préjudiciables de cette divulgation (art. 10-I I de la loi Sapin 2). Ensuite, le lanceur d'alerte ne peut pas voir engager sa responsabilité pour avoir porté atteinte à un secret protégé par la loi, le secret des affaires en parti-

42. Décret n° 2022-1284 du 3 octobre 2022, précité, art. 4 et 10, ce dernier précisant que pour l'alerte externe, le délai peut être porté à 6 mois au cas où l'affaire présente des circonstances particulières (complexité, nature, etc.).

culier, ni pour avoir soustrait, recelé ou détourné des documents ou supports contenant les informations dont il a eu connaissance de manière licite et qu'il signale ou divulgue, documents qui sont souvent essentiels pour convaincre du bien-fondé et de l'importance de l'alerte (art.6, art. 10-1 I et II de la loi Sapin 2)⁴³.

Outre les procédures et moyens, le législateur français devait également revenir sur la protection même du lanceur d'alerte, quoi qu'en la matière, l'évolution du droit européen ait davantage invité à des aménagements qu'à une réelle refonte du droit français.

2. Consolider la protection juridique du lanceur d'alerte

S'agissant de la protection proprement dite du lanceur d'alerte, la directive met en place un dispositif dont l'économie générale est solide, à quelques nuances près toutefois qui n'auront sans doute pas échappé au regard critique de Marie-Angèle Hermitte. Si, là encore, les conditions et les modalités de la protection révèlent une bonne compréhension des enjeux par le législateur européen et ont conduit la France à rehausser ses dispositions (a), l'assiette de la protection est quant à elle plus discutable et militait pour un maintien des dispositions françaises, plus strictes sur ce point, ce qui a été fait en partie et on peut s'en féliciter (b).

a) *Des conditions et des modalités de protection adaptées*

a.1) Quant aux conditions de protection

Le législateur européen a soumis la protection du lanceur d'alerte à des conditions de fond et de forme suffisamment strictes pour éviter ce que tout un chacun peut redouter en la matière : que l'alerte constitue un prétexte commode au dénigrement ou à la calomnie, et qu'elle fasse dériver nos sociétés vers des situations d'alarme permanente où des risques – y compris les plus farfelus – sont dénoncés toujours et partout.

43. Cette exonération, déjà prévue par l'article 122-9 du code pénal, est renforcée ; elle s'étend également désormais à la responsabilité civile. V. sur ce point JCP G 2022, act. 507, Aperçu rapide J.-M. Brigant.

Sur le fond, le lanceur d'alerte ne bénéficie d'une protection que s'il a des motifs raisonnables de croire que les informations communiquées sont véridiques au moment du signalement⁴⁴. Il peut certes ne pas fournir d'éléments de preuve positifs et se contenter de « faire part de préoccupations ou de soupçons ». Mais ces soupçons doivent être « raisonnables » et non des « rumeurs ou ouï-dire non fondés » (considérants 32, 43, 80 et art. 6.1.a.). Il s'agit là d'une garantie essentielle. D'une part contre les signalements malveillants, fantaisistes ou abusifs – les personnes qui signalent sciemment des informations erronées ou trompeuses ne se voient pas accorder la protection et la directive prévoit que des sanctions leur soient applicables (art 23.2). D'autre part, cela garantit que l'informateur reste protégé lorsqu'il a fait un signalement inexact, mais de bonne foi. La directive ajoute que si le signalement est de bonne foi, il incombe à l'auteur de la mesure préjudiciable – par exemple l'employeur qui a licencié – d'établir que celle-ci était fondée sur d'autres motifs dûment justifiés (art. 21.5).

412

C'est également le choix qui avait été fait par le législateur français. Ainsi l'article L.1132-3-3 alinéa 2 du code du travail interdit-il toute mesure répressive (licenciement, mesure discriminatoire, refus d'un stage, exclusion d'une mesure d'intéressement ou de formation, etc.) à l'encontre d'une personne pour avoir signalé une alerte dans les conditions prévues par la loi Sapin 2, laquelle réservait explicitement la protection au lanceur d'alerte désintéressé et de bonne foi (art. 6)⁴⁵. Le même article précisait que si les éléments apportés par le lanceur d'alerte permettaient de présumer qu'il avait relaté ou témoigné de bonne foi, alors, la charge de la preuve pesait sur la partie défenderesse à qui il incombait de prouver que sa décision était justifiée par des éléments objectifs étrangers à la déclaration ou au témoignage de l'intéressé (art. 6 alinéa 3). Cette condition de bonne foi se trouvait déjà dans les lois Bertrand et Blandin ainsi que dans la loi sur la transparence de la vie publique, étant précisé qu'un lanceur d'alerte de mauvaise foi ou ani-

44. Article 5a.

45. Des dispositions équivalentes étaient prévues à l'article 25 de la loi sur la transparence de la vie publique ou à l'article L. 1312-4-2 du code de la santé publique issu de la loi Bertrand (abrogés par la loi Sapin 2).

mé par l'intention de nuire était passible de sanction pénale pour dénonciation abusive⁴⁶.

Tout cela a été conservé par la loi Wasserman qui a maintenu le droit antérieur tout en l'aménageant à la marge. Il n'est ainsi plus exigé que la violation d'une norme de droit soit « grave et manifeste » pour justifier la protection de celui qui la dénonce ; la protection accordée à celui qui dénonce non seulement une violation, mais également la tentative de dissimulation d'une telle violation, est étendue, au-delà de la dénonciation des actes visés par le texte, à toute personne signalant ou divulguant des informations portant sur ces mêmes actes. Hormis le cas où ces informations n'ont pas été obtenues dans un cadre professionnel, il n'est pas nécessaire que le lanceur d'alerte en ait eu personnellement connaissance, ce qui, là encore, constitue un assouplissement par rapport aux exigences de la loi Sapin 2 dans sa version d'origine.

Sur la forme, la directive retient un dispositif pertinent et plus souple que l'ancien droit français (Art 6.1.b) puisque l'informateur, on l'a dit, est protégé quel que soit le canal d'alerte qu'il a emprunté, qu'il ait effectué un signalement par les canaux internes à son entreprise (conformément à l'article 7 de la directive), par des canaux externes (conformément à l'article 10), ou qu'il ait divulgué directement ses informations par un autre biais, publiquement notamment (plateformes web, médias sociaux, médias, élus, ONG, syndicats etc., conformément à l'article 15).

Certes, la loi comme la directive s'attachent à viser successivement ces cercles concentriques de plus en plus larges comme autant d'étapes que les lanceurs d'alerte devraient idéalement s'astreindre à franchir les uns après les autres. L'objectif est pédagogique sans doute, mais aussi de bonne gestion, pour cantonner la diffusion de l'alerte : d'abord en interne à l'entreprise quand l'alerte concerne cette dernière ; puis dans un second temps seulement, en cas d'échec, devant un médiateur ou un avocat ; et enfin l'alerte de médias ou d'élus dans un 3^{ème} temps, si les étapes précédentes ont échoué. Et de fait, même si cette démarche peut être vaine, elle reste triplement utile : pour préserver

46. Article 226-10 du code pénal.

l'obligation de loyauté du salarié envers son employeur ; pour sa potentielle efficacité – le signalement en interne est le meilleur moyen de « faire en sorte que l'information parvienne aux personnes qui peuvent contribuer à la résolution rapide et efficace des risques pour l'intérêt public » (directive, considérant 33⁴⁷) – ; et parce qu'elle est un élément important en termes de culture du risque au sein de l'entreprise. La directive note à ce sujet que l'entreprise sert de creuset, d'espace de délibération pour penser le travail en articulation avec les enjeux environnementaux, sanitaires, éthiques, et que doit être favorisée au sein des organisations une culture de la bonne communication et de la responsabilité sociale, les informateurs étant considérés comme des personnes contribuant notablement à l'autocorrection et à l'excellence (considérant 47).

Pourtant, à trop vouloir canaliser l'alerte, on prend le risque de l'étouffer. Dès lors, si le passage en premier lieu par le canal interne est encouragé, la directive laisse en réalité l'informateur assez libre (articles 7, 10 et 15). Elle prend acte des limites de l'alerte interne (considérant 62) qui, dans le cadre confiné à l'entreprise, a des chances d'être étouffée, les instances internes pouvant s'en emparer et, soucieuses des questions d'emploi et des risques de déviance en leur sein, faire pression sur le salarié voire dissimuler des preuves – on rappelle souvent comment les CHSCT ont réagi aux alertes relatives aux dangers de l'amiante⁴⁸. L'informateur doit donc être protégé quelle que soit la sphère dans laquelle il porte son alerte⁴⁹. En application de la di-

47. Pour une détection et une prévention efficace des infractions au droit de l'Union, il est essentiel que les informations pertinentes parviennent rapidement à ceux qui sont les plus proches de la source du problème, les plus aptes à enquêter et qui disposent des pouvoirs nécessaires pour y remédier, si possible. Par principe, les informateurs devraient donc être encouragés à utiliser en premier lieu les canaux internes et à faire un signalement auprès de leur employeur, si ces canaux leur sont accessibles et si l'on peut raisonnablement s'attendre à ce qu'ils fonctionnent.

48. Voir Virginie Rozières, rapporteur du projet de directive, dans *Libération*, 6 mars 2019 : « Comment imaginer, pour ne prendre que l'exemple de Luxleaks, Raphaël Hallet ou Antoine Deltour, les deux employés de l'auditeur compromis dans les ristournes fiscales, prévenir préalablement leur employeur de pratiques secrètes et quotidiennes qui sont la base même de leur travail et de leur compromission ? C'est impossible. Ils auraient été licenciés – ou promus – sur-le-champ. Et les injustices fiscales auraient à coup sûr continué ».

49. V. art. 15 de la directive : Divulgations publiques 1. Une personne qui divulgue publiquement des informations sur des infractions relevant du champ d'application de

rective, l'alerte externe – à des autorités administratives ou judiciaires, aux médias, etc. – est ainsi facilitée par rapport à la loi Sapin 2, qui, sauf en cas de danger grave et imminent ou en présence d'un risque de dommages irréversibles, ne la rendait possible qu'à des conditions strictes ou nébuleuses. La loi Waseman a donc desserré l'étau et c'est une bonne chose (art.3, art. 7-1 2° de la loi Sapin)⁵⁰.

Sur la forme toujours, la directive témoigne d'une approche également nuancée en ce qui concerne la confidentialité de l'identité du lanceur d'alerte. D'un côté, elle observe que l'anonymat peut inciter le lanceur d'alerte à parler sans crainte, car préserver la confidentialité de son identité durant la procédure de signalement et les enquêtes de suivi constitue une mesure *ex ante* essentielle pour éviter des représailles. De l'autre, c'est aussi la porte ouverte au risque d'alertes fantaisistes, au dénigrement et à la calomnie. Retenant la recevabilité possible de signalements anonymes, elle réserve donc la possibilité pour le législateur national de refuser de tels signalements et d'exiger que le lanceur d'alerte s'identifie au moins auprès d'une administration précise, laquelle devrait s'engager à protéger la confidentialité (Considérant 100, art.6.3 et 16). C'est bien vers ce dernier modèle que tendait déjà le droit français. L'article 9 de la loi Sapin 2 prévoyait ainsi que « les procédures mises en œuvre pour recueillir les signalements

415

la présente directive bénéficie d'une protection au titre de la directive si l'une des conditions suivantes est remplie: a) elle a d'abord fait un signalement par les canaux internes et externes, ou directement par les canaux externes conformément aux chapitres II et III, mais aucune suite appropriée n'y a été donnée dans le délai visé à l'article 9, paragraphe 1, point f), et à l'article 11, paragraphe 2, point d); ou b) elle avait des motifs raisonnables de croire que: i) l'infraction peut représenter un danger imminent ou manifeste pour l'intérêt public, tel qu'une situation d'urgence ou un risque de préjudice irréversible; ou ii) en cas de signalement externe, il existe un risque de représailles ou il y a peu de chances qu'il soit véritablement remédié à l'infraction, en raison des circonstances particulières de l'affaire, comme le fait que des preuves puissent être dissimulées ou détruites ou qu'une autorité soit en collusion avec l'auteur de l'infraction ou impliquée dans l'infraction. 2. Le présent article ne s'applique pas aux cas dans lesquels une personne divulgue directement des informations à la presse selon les dispositions nationales spécifiques établissant un système de protection relatif à la liberté d'expression et d'information.

50. La CNCDH, dans son avis précité, recommandait à cet égard que le législateur français précise explicitement que la divulgation publique, notamment par l'intermédiaire de la presse et des journalistes, est possible en cas d'atteinte grave et manifestement illégale aux droits et libertés fondamentaux, notamment dans le cadre du droit à la liberté d'expression.

doivent garantir une stricte confidentialité de l'identité des auteurs du signalement, des personnes visées par celui-ci et des informations recueillies par l'ensemble des destinataires du signalement. Les éléments de nature à identifier le lanceur d'alerte ne peuvent être divulgués, sauf à l'autorité judiciaire, qu'avec le consentement de celui-ci [...]. Le fait de divulguer les éléments confidentiels définis au I est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende »⁵¹. La loi du 21 mars 2022 vient réécrire l'article 9 de la loi Sapin 2 pour préciser que l'identité du lanceur d'alerte ne peut, en principe, être révélée sans son consentement préalable et fixer la durée de conservation des données relatives au signalement, de leurs auteurs et des personnes qu'il vise.

a.2) Quant aux modalités de la protection

S'agissant des modalités de la protection, l'analyse de la directive révèle également les ambitions du législateur européen. L'éventail des préjudices contre lesquels ce dernier a entendu protéger le lanceur d'alerte est large. Outre la protection contre toute responsabilité, qu'elle soit civile, pénale, administrative ou liée à l'emploi, elle entend interdire toute mesure de représailles prises à l'encontre de l'informateur lui-même (article 13), mais aussi à l'encontre de l'entité juridique que l'informateur détient, pour laquelle il travaille ou avec laquelle il est en lien dans un contexte professionnel. On pense ainsi au refus de fournir des services, à l'inscription « sur liste noire » ou au boycottage d'affaires. On notera aussi que les représailles indirectes comprennent les mesures prises à l'encontre des facilitateurs, des collaborateurs ou des proches de l'informateur qui présentent également un lien de travail avec l'employeur, le client ou le destinataire des services. Sur ces différents points, la directive va plus loin que le droit national qui visait essentiellement des mesures de représailles d'ordre salarial prises directement à l'encontre du lanceur d'alerte (L.1132-3-3 du code du travail). On notera en particulier la notion in-

51. Ces dispositions sous entendent l'identification préalable du lanceur d'alerte, laquelle est au demeurant requise en cas d'alerte interne (v. supra le contenu des registres d'alerte). Le principe d'une alerte anonyme n'est pourtant pas totalement exclu lorsque l'alerte est faite directement auprès d'une agence. Voir par exemple le cas de l'Autorité de sûreté nucléaire qui traite toutes les alertes qui lui parviennent, y compris lorsqu'elles sont anonymes.

novante de « facilitateur », personne physique ou morale (collègue de travail, ami, réseau social, ONG, syndicat) qui aura conseillé ou aidé le lanceur d'alerte dans sa démarche.

La directive innove également lorsqu'elle prévoit qu'il soit fourni au lanceur d'alerte un soutien qui peut notamment être d'ordre financier et/ou psychologique (article 20.2). A cet égard, on rappellera qu'il avait été envisagé en 2016 de désigner le Défenseur des droits à cet effet précis, mais les dispositions en question (art. 14 de la loi Sapin 2) ont été censurées par le Conseil constitutionnel au motif que le soutien financier ne relevait pas de la mission attribuée à ce personnage par la Constitution⁵².

La transposition de la directive a ce faisant emporté une grande évolution du droit national. D'abord, en élargissant le bénéfice de la protection contre les représailles et autres mesures bâillon au-delà de la personne même du lanceur d'alerte pour qu'elle profite également aux facilitateurs (« toute personne physique ou morale de droit privé à but non lucratif qui aide un lanceur d'alerte à effectuer un signalement ou une divulgation »⁵³, et l'on pense notamment aux membres de sa famille, ainsi qu'aux entités juridiques contrôlées par le lanceur d'alerte au sens de l'article L.233-3 du code de commerce⁵⁴).

Ensuite, concernant les mesures de représailles, la loi Wasserman introduit un nouvel article 10-1 dans la loi Sapin 2, qui renvoie aux dispositions spécifiques déjà existantes (dans le code du travail, le code général de la fonc-

52. L'aide financière était prévue par le 1° de l'article unique de la loi organique relative à la compétence du Défenseur des droits pour l'orientation et la protection des lanceurs d'alerte, l'article 14 de la loi Sapin 2 en prévoyant les modalités. Le Conseil constitutionnel a censuré ces 2 dispositions dans ses décisions n°2016-740 D.C. et n°2016-741 du 8 décembre 2016. V. Dalloz actualité, 16 juin 2016 et 13 déc. 2016 obs. M.-C. de Montcler ; v. aussi Pierre JANUEL, « Lanceurs d'alerte : les apports de la directive pour une meilleure protection », Dalloz actualités, 20 mars 2019. La CNCDH, qui estime que les garanties données aux lanceurs d'alerte ne sont pas effectives en l'absence de mesures de soutien financier et psychologique, considère que cette assistance doit être prise en charge par l'autorité unique ont elle prône la mise en place (v. supra). Elle recommande par ailleurs d'intégrer le principe de la réparation intégrale du dommage subi par le lanceur d'alerte et de s'assurer que tous les aspects des préjudices soient réparés (reconstitution de carrière dans la fonction publique ; préjudice moral, etc).

53. Art. 2 de la loi Wasserman, art.6-1 nouveau de la loi Sapin 2.

54. A noter qu'une extension comparable, quoi que non identique, est prévue au profit de différentes personnes victimes ou ayant dénoncé ou témoigné de faits de harcèlement moral ou sexuel, notamment.

tion publique et le code de la défense) les lanceurs d'alerte qui relèvent de leur champ d'application. Suivant ainsi les recommandations formulées par le Conseil d'Etat, le législateur entend éviter la superposition de dispositions poursuivant les mêmes fins mais mobilisant des catégories juridiques distinctes bien que proches. Une telle superposition aurait en effet été de nature à entraîner des difficultés d'interprétation. Notons que la loi prend en outre soin de compléter ces dispositions en y ajoutant des mesures de représailles jusque-là non visées, comme la résiliation anticipée ou l'annulation d'un contrat pour des biens ou des services. Pour toute personne ne relevant pas du champ d'application de ces codes, l'article 10-1 II nouveau de la loi Sapin énumère une liste non exhaustive de 15 mesures de représailles dont les lanceurs d'alerte ne peuvent ni faire l'objet ni être menacés d'en faire l'objet.

Enfin, un soutien est prodigué aux lanceurs d'alerte. Dès lors que le demandeur présente des éléments de faits qui permettent de supposer qu'il est bien un lanceur d'alerte, il pourra solliciter du juge l'octroi d'une provision pour frais de l'instance voire, lorsque sa situation financière s'est gravement dégradée suite au signalement ou à la divulgation publique, à « une provision visant à couvrir ses subsides » (art. 10-1 III A al.2). Un dispositif similaire est prévu au profit du lanceur d'alerte défendeur à une procédure civile ou pénale dont il y a lieu de penser qu'elle a été engagée contre lui pour entraver son signalement ou sa divulgation publique. (art. 10-1 III B). Cet octroi est logiquement subordonné à la situation économique respective de chacune des parties, mais il montre que le législateur a été sensible aux difficultés financières rapportées par les lanceurs d'alerte. Cette prise en compte des difficultés concrètes auxquelles ils sont exposés s'étend au demeurant au-delà du cadre contentieux. En effet, la loi Wasserman crée un article 14-1 à la loi Sapin 2, qui prévoit la possibilité pour l'autorité compétente saisie en cas d'alerte externe d'apporter au lanceur d'alerte un soutien psychologique et de lui accorder un secours financier temporaire si sa situation le justifie. Le pragmatisme du législateur se retrouve également dans les procédures prud'homales où le juge pourra désormais obliger l'employeur à abonder le compte personnel de formation du salarié lanceur d'alerte jusqu'à son plafond et

ce « en complément de toute autre sanction » (art. 8 de la loi, nouvel article 12 II de la loi Sapin 2). Cette disposition est de nature à faciliter la reconversion professionnelle du lanceur d'alerte salarié pour lequel le maintien dans son ancien emploi s'avère souvent difficile. Les dispositions ainsi introduites dans la loi Sapin 2 apparaissent comme de droit commun, mais également comme un socle minimal de protection. Ainsi, même lorsque la situation relève d'un dispositif spécifique, ces mesures de protection trouveront à s'appliquer dès lors que le dispositif en question ne dispose pas de mesures équivalentes ou si le droit commun s'avère plus protecteur du lanceur d'alerte (article 6-1 III nouveau de la loi Sapin 2 ; article 1^{er} de la loi du 21 mars 2022).

C'est donc vers des conditions plus souples et des modalités plus complètes de protection des lanceurs d'alerte que la directive a conduit à adapter le droit français.

Globalement convaincante sur ces différents points, la directive se révèle plus décevante quant à l'assiette de protection qu'elle retient, ce qui militait pour un maintien des dispositions du droit français.

b) *Une assiette de protection discutable*

b.1) Domaines concernés et personnes protégées

La directive précise les domaines dans lesquels le lanceur d'alerte est protégé, les personnes susceptibles de l'être et les faits dénoncés susceptibles de justifier cette protection. Si ses dispositions s'avèrent très larges quant aux domaines de protection, la directive ne va pas aussi loin qu'elle aurait pu concernant la personne du lanceur d'alerte et l'objet de l'alerte.

En premier lieu, le lanceur d'alerte est protégé quel que soit le domaine concerné ou presque. A l'exception de la défense et de la sécurité de l'État, qui restent exclus du régime protecteur établi par la directive, la protection accordée vaut dans des champs aussi divers que ceux des marchés publics, de la fraude fiscale, du blanchiment de capitaux, de la sécurité des produits et du transport, de la protection des consommateurs, des données à caractère personnel, de la santé publique, de l'environnement, etc. (art. 2.1). En droit positif français, la loi Sapin 2 excluait quant à elle du domaine de protection des lanceurs d'alerte uniquement :

« Les faits, informations ou documents, quel que soit leur forme ou leur support, couverts par le secret de la défense nationale, le secret médical ou le secret des relations entre un avocat et son client » (art. 6).

En deuxième lieu, ne bénéficient de la protection que les personnes physiques qui ont eu connaissance du problème dénoncé dans un contexte professionnel ou dans le cadre d'une relation de travail. Certes, cette condition renvoie à un éventail très large de situations et de personnes (voir considérants 39, 40, 41 et art. 4) - secteur privé ou public, relation de travail achevée, en cours ou pas encore commencée, actionnaires, anciens travailleurs, personnes travaillant pour des contractants, des sous-traitants et des fournisseurs, tiers ayant aidé ou étant liés au lanceur d'alerte (collègues, parents, etc.). Sont ainsi couverts non pas seulement les salariés mais aussi un large spectre de lanceurs d'alerte – médecins, journalistes, etc. Le champ des personnes protégées s'avère ainsi plus large que celui couvert par le droit français et il conviendra sur ce point aussi d'adapter nos textes. En outre, la directive affirme, reprenant ici une idée de longue date martelée par les spécialistes de l'alerte, que : « Les obligations légales ou contractuelles des individus, telles que les clauses de fidélité dans les contrats ou les accords de confidentialité et de non-divulgence, ne peuvent pas être invoquées pour empêcher de faire des signalements, refuser d'assurer la protection ou pénaliser les informateurs pour avoir fait un signalement lorsqu'il était nécessaire, pour révéler l'infraction, de fournir les informations relevant du champ d'application de ces clauses et accords »⁵⁵.

Il reste que le dispositif mis en place par la directive exclut les personnes morales ainsi que les simples riverains qui dénonceraient un fait sans lien avec leur travail. Ce choix restrictif est également celui qui avait été retenu en droit positif français puisque la loi Sapin 2 énonçait explicitement que « le lanceur d'alerte est une personne physique », réformant sur ce point les lois Bertrand, Blandin et transpa-

55. L'article 21.2 prévoit quant à lui que sous réserve des cas prévus à l'article 3 paragraphes 2 et 3, le lanceur d'alerte est exonéré de toute responsabilité résultant du non-respect d'une restriction à la divulgation d'information, sans distinguer selon la nature contractuelle ou légale de cette restriction.

rence de la vie publique dont les dispositions visaient tant les personnes physiques que les personnes morales (article 6 de la loi Sapin 2). Or ce choix ne va pas de soi. Il semble ainsi parfaitement imaginable que le lanceur d'alerte puisse être la filiale d'un groupe, et l'on sait par ailleurs que ce sont souvent des riverains ou des ONG qui dénoncent les premiers la contamination de certains milieux ou les dangers de certains produits. Ces personnes peuvent être entravées dans leur action par des menaces ou des procédures bâillons contre lesquelles le statut de lanceur d'alerte pourrait utilement leur être reconnu, sans préjudice des éventuelles qualifications pénales dont pourraient relever ces menaces et procédures. Comme l'a indiqué la Commission nationale consultative des droits de l'homme, les organisations syndicales et les associations doivent pouvoir jouer le rôle de « porteur de l'alerte » en se substituant à l'auteur du signalement, souvent fragilisé et isolé⁵⁶. Sur ce point, on pourra donc regretter que la loi Waserman n'aille pas au-delà de la directive et maintienne le droit français existant (art. 1 et 2 de la loi Waserman, art. 6 de la loi Sapin 2).

b.2) *Faits dénoncés*

Quant aux faits dénoncés, la directive, tirant son origine de l'affaire *Luxleaks*, n'apporte de protection qu'à celui qui dénonce une infraction au droit de l'Union (art 2.1 et 6). Et c'est là encore une limite. La définition des « infractions » a certes été voulue large de façon à détecter et prévenir efficacement les atteintes graves à l'intérêt public⁵⁷. Elle couvre aussi les pratiques abusives, telles qu'elles sont déterminées par la jurisprudence de la Cour européenne de justice, à savoir les actes ou omissions qui ne paraissent pas illicites

56. Commission nationale consultative des droits de l'homme, avis du 24 septembre 2020 précité. V., dans le même sens, les actes du colloque organisé par le Défenseur des droits, précité.

57. Considérants 42, 43 et art 6 : « infractions », les actes ou omissions: i) qui sont illicites et ont trait aux actes de l'Union et aux domaines relevant du champ d'application visé à l'article 2 et à l'annexe; ou ii) qui vont à l'encontre de l'objet ou de la finalité des règles prévues dans ces actes de l'Union et ces domaines; 2) « informations sur des infractions », des informations ou des soupçons raisonnables concernant des infractions effectives ou potentielles, et concernant des tentatives de dissimuler des infractions qui se sont produites ou sont très susceptibles de se produire dans l'organisation auprès de laquelle l'informateur travaille ou a travaillé ou dans une autre organisation avec laquelle il est ou a été en contact dans le cadre de son travail.

sur le plan formel, mais qui vont à l'encontre de l'objet ou de la finalité de la loi applicable. Pour prévenir efficacement les infractions au droit de l'Union, la protection est par ailleurs accordée aux personnes qui fournissent des informations nécessaires pour révéler des infractions qui ont déjà eu lieu, mais aussi bien d'autres cas de figure : infractions non encore matérialisées, mais qui vont très probablement être commises ; actes ou omissions que l'informateur a des motifs raisonnables de considérer comme des infractions au droit de l'Union ; tentatives de dissimulation d'infractions, etc. Mais, en limitant la protection à la dénonciation des *infractions* même ainsi largement entendues, la directive laisse sur le bord du chemin tous ceux qui dénoncent des situations légales mais dangereuses – trop plein de sel dans l'alimentation, effets sanitaires de tel insecticide, impact de telle friche industrielle, etc. –, ce qui restreint inévitablement sa portée. Tous les textes français, eux, permettaient d'alerter contre tout fait représentant une menace grave ou un préjudice grave pour l'intérêt général⁵⁸, y compris si cela mettait en jeu des secrets d'affaires⁵⁹. Cette conception étendue des faits dénoncés devait à l'évidence être maintenue puisque la directive le permettait⁶⁰. Prenant prétexte de la directive, les sénateurs ont pourtant tenté, à l'occasion de l'examen du projet de loi de transposition, de revenir sur cette conception française de l'alerte et de réduire le champ matériel de la protection des lanceurs d'alerte. Mais en vain et il faut finalement se féliciter du maintien du droit antérieur (art. 1 de la loi Wasserman, art. 6.I de la loi Sapin 2).

58. V. par exemple les lois Bertrand (« des faits [...] dont elle aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions), Blandin (tout « fait relatif à un risque grave »), Sapin (tout « crime, délit, violation grave et manifeste de la loi [...] mais aussi menace grave ou préjudice grave pour l'intérêt général » à partir du moment où elle/il est grave ou du moins ressenti comme tel).

59. V. sur ce point la loi du 31 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires, qui prévoit des exceptions à cette protection notamment lorsqu'est en jeu l'intérêt général ou un intérêt légitime du droit de l'Union (art L. 151-8 du code de commerce). Ces exceptions, qui bénéficient aux lanceurs d'alerte, ont été jugées conformes à la Constitution par le Conseil constitutionnel, décision n°2018-768 DC, 26 juillet 2018.

60. Article 25 : 1. Les États membres peuvent adopter ou maintenir des dispositions plus favorables aux droits des auteurs de signalement que celles prévues par la présente directive, sans préjudice de l'article 22 et de l'article 23, paragraphe 2. 2. La mise en œuvre de la présente directive ne peut, en aucun cas, constituer un motif pour réduire le niveau de protection déjà offert par les États membres dans les domaines régis par la présente directive.

Conclusion

En fin de compte, l'adoption de la proposition de directive « sur la protection des personnes dénonçant les infractions au droit de l'Union » invite à un double constat.

D'une part, il faut globalement se réjouir de ce qu'une protection *ad hoc* des lanceurs d'alerte soit désormais affirmée en droit de l'Union européenne et qu'elle ait conduit la France à être plus protectrice en la matière (canaux d'alerte plus clairs et plus cohérents, désacralisation de l'alerte interne – à laquelle la protection ne pourra plus être subordonnée – etc.). D'autre part, il est bienvenu que notre droit français ait maintenu ses dispositions lorsqu'elles étaient plus protectrices que celles de la directive, comme le recommandaient la CNCDH et le Défenseur des droits. Sans « surtransposer la directive », il s'agissait en particulier de conserver les dispositions françaises concernant le type de faits dénoncés et d'élargir le champ des personnes protégées⁶¹. C'est bien la voie dans laquelle s'est acheminé le législateur (à l'exception de la protection des personnes morales)⁶² et, ce faisant, c'est d'un régime plus équilibré et plus robuste que l'on dispose. A une condition près sur laquelle insiste la directive européenne⁶³ et qui n'est pas de détail : qu'une volonté politique se matérialise concrètement en faveur d'un soutien effectif des lanceurs d'alerte et d'une instruction efficace de leurs signalements. Que la *cnDAspe* soit purement et simplement absente de la liste des autorités compétentes pour recueillir et traiter les alertes ne constitue pas véritablement un bon signal à cet égard. Quant aux moyens alloués au traitement des alertes, la vigilance doit

423

61. V. dans ce sens le Défenseur des droits, *op. cit.*, et la Commission nationale consultative des droits de l'homme qui, dans son avis du 24 septembre 2020 précité, recommande au législateur d'assurer une transposition de la directive qui, d'une part, élargisse le champ de l'alerte aux personnes morales, notamment à des organisations syndicales et des associations, et d'autre part, s'applique à l'ensemble des faits visés par la loi Sapin 2, y compris les menaces graves pour l'intérêt général.

62. V. les grandes lignes des travaux entrepris par le député S. Waserman, nommé rapporteur par l'Assemblée Nationale.

63. La directive indique à cet égard explicitement (art. 6.12 et 11.1) que « les Etats membres [...] mettent des ressources suffisantes à la disposition desdites autorités et, plus précisément encore que les Etats membres doivent « veiller à ce que les autorités compétentes disposent de membres du personnel chargés du traitement des signalements [...]. Ces membres du personnel reçoivent une formation spécifique aux fins du traitement des signalements » (art. 12.4).

être de mise car jusqu'alors, les ressources ont été sous-dimensionnées, en particulier en ce qui concerne les moyens humains⁶⁴. Il aurait été de bonne politique que, comme le proposait le Défenseur des droits, un fonds de soutien soit créé au profit des instances en charge de réceptionner et traiter les alertes, abondé par les amendes payées par les entreprises ne respectant pas leurs obligations en matière de droit d'alerte⁶⁵.

64. V. CnDAspe, Rapport d'activité 2018 précité, pp. 2 et 13.

65. Défenseur des droits, avis n°20-12 précité.

History does not repeat itself, but it rhymes
atribuido a Mark Twain

1. Introducción

425

Marie Angèle Hermitte, en su larga y rica carrera investigadora, ha arrojado luz sobre problemas jurídicos complejos. Siempre me ha resultado muy enriquecedor leer, y de ser posible, escuchar a Marie Angèle ya que su visión iba siempre 10 años por delante de lo que apenas podíamos intuir, entrelazando aspectos jurídicos, antropológicos y sociológicos, y en muchos casos diría que filosóficos y políticos, sin perder el sentido práctico que su formación inicial en derecho económico. Recuerdo una vez, en mi inocencia de joven doctorando, cuando le dije creyendo haber descubierto algo importante, que creía que el derecho ambiental estaba relacionado con el derecho económico. Ella me miró con la serenidad de los que ya llevan décadas trabajando el tema y me respondió que el derecho ambiental es derecho económico sin más. Lo que para ella era una obviedad, y para nosotros el comienzo de un aprendizaje, se ha ido consolidando poco a poco y hoy en día, con la estrategia de lucha contra el cambio climático, difícilmente se discute.

* Profesor Titular de Derecho Internacional Público. Universidad Nacional de Educación a Distancia (España). E-mail: jcorti@der.uned.es

Si el derecho ambiental es derecho económico, uno de los modos más interesantes de estudiar los fenómenos económicos es a través de la historia. La propia Marie Angèle suele utilizar este método, cito por ejemplo su seminario en la *EHESS* sobre la historia de la ciencia de la vida junto con Jean-Paul Gaudillière y Maurice Cassier², o sus trabajos con Christine Noiville sobre el estatuto del investigador³. Los análisis históricos son, por su complejidad, difícilmente abordables sin una focalización metodológica y es por ello que suelen combinarse con el estudio de caso.

La historia del glifosato, y en particular su matrimonio forzado con la de los organismos genéticamente modificados, es un típico caso “hermítico”. Regulación de riesgos químicos y biotecnológicos, contestación social, confrontación entre regulación europea y derecho nacional, regulación jurídica no aceptada social/sociológicamente (sociedad de riesgo), principio de precaución, exportación de riesgos al tercer mundo (su querida América Latina) y posterior aceptación del comercio internacional de granos, asamblea de ciudadanos, conflictos de expertos. Incluso hay elementos de derecho de la competencia (adquisición de Monsanto por Bayer) y debates antropológicos sobre el modelo de producción agrícola, consumo de carne, y asunción de la naturaleza como sujeto de derecho. Será difícil desarrollarlos todos, pero intentaré describir, al menos brevemente, las interrelaciones más importantes.

2. El pecado original: la interpretación de las pruebas científicas

El glifosato fue descubierto por el químico suizo-alemán Henri Martin en los años 50 y vendido posteriormente a otras empresas, aun sin una utilidad práctica, hasta que finalmente recayó en Monsanto en los años 70. Monsanto ya contaba con experiencia en el desarrollo de herbicidas, en particular con el “agente naranja” utilizado en la gue-

2. Jean Paul GAUDILLIÈRE, Marie-Angèle HERMITTE, Maurice CASSIER, *L'histoire des sciences de la vie au XXe siècle, dans leurs rapports avec la médecine et l'industrie*, «Annuaire de l'EHESS», 2013. Disponible en <http://journals.openedition.org/annuaire-chess/21958> (última consulta 04/10/2022).

3. Christine NOIVILLE, Marie-Angèle HERMITTE, *Quelques pistes pour un statut juridique du chercheur lanceur d'alerte*, «Natures Sciences Sociétés», 2006, vol. 14, n. 3, pp. 269-277.

rra de Vietnam⁴. Por ello cuando uno de sus científicos, John Franz, descubrió las propiedades herbicidas de la molécula, no tardó en adaptarla para su comercialización. Después de su introducción en el mercado americano en 1974, fue ampliamente aceptado y sus ventas no dejaron de crecer mundialmente en los años 80. Fue precisamente en esa época cuando los genetistas de Monsanto, y aun estando vigente la patente del glifosato, comenzaron a trabajar en la creación de semillas genéticamente modificadas que resistieran al herbicida y funcionaran como un “paquete tecnológico”. Teniendo en cuenta los diez primeros años de uso, en 1985 la *Environmental Protection Agency* de los Estados Unidos tenía serias dudas sobre los posibles efectos cancerígenos del glifosato, al que calificó de «possible carcinogenic to humans (Group C)»⁵. Sin embargo, cuando el paquete tecnológico ya estaba listo y se esperaba un aumento significativo de las ventas de glifosato (y de los niveles de exposición) al combinarse con las semillas OGM resistentes, la misma agencia reevaluó el producto en 1991 y lo redujo a «Group E (evidence of non carcinogenicity for humans),

427

4. De hecho, el propio glifosato fue un elemento clave de la llamada “guerra contra las drogas” utilizándose ampliamente por brigadas conjuntas de los EEUU y militares locales para deforestar los cultivos clandestinos de marihuana y coca en Colombia y México. Estas fumigaciones, en el caso de Colombia, acabaron en 2014 por una decisión judicial en aplicación del principio de precaución. Ver Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 3, subsección B, decisión del 20 de febrero de 2014 (Ref. 41001-23-31-000-2000-02956-0129028), Luis Eli Medina c/ Nación, Ministerio de Defensa, Policía Nacional. Disponible en [http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/142/S3/41001-23-31-000-2000-02956-01\(29028\).pdf](http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/142/S3/41001-23-31-000-2000-02956-01(29028).pdf) (última consulta 04/10/2022).

5. La decisión se basó en una serie de estudios sobre ratones realizados por el propio Monsanto entre 1978 y 1982, en donde roedores alimentados con granos expuestos a glifosato durante dos años desarrollaron un tipo raro de cáncer de riñón (1 caso sobre 50 a una dosis de 3000 ppm y 3 casos sobre 50 a una dosis de 30.000 ppm). Esta evidencia llevó a un panel de consenso interdisciplinar a declarar al glifosato como tipo “C” de oncogénesis según las guías entonces vigentes de la EPA recomendando, además, un estricto control de los niveles máximos de exposición ya que encontraban una relación directa entre la dosis y el riesgo. Resulta interesante la discusión entre Monsanto y la EPA sobre el valor estadístico de los casos de cáncer, ya que Monsanto no discutía sus propios resultados. Ver EPA «Consensus Review of Glyphosate Caswell n° 661^a» memorándum firmado por Theodore Farber (jefe area toxicología), Louis Kasza (Patólogo), Bertram Litt (estadístico) Herbert Lacayo (estadístico), Reto Engler, William Dykstra (evaluador), Steve Saunders y Laurence Chitlik; 4 de marzo de 1985 y disponible en <https://archive.epa.gov/pesticides/chemicalsearch/chemical/foia/web/pdf/103601/103601-171.pdf> (última consulta 04/10/2022).

based on upon lack of convincing carcinogenicity evidence in adequate studies in two animal species»⁶.

Es interesante ver que la «falta de evidencia convincente» no se debió a la ausencia de oncogénesis en los animales expuestos al glifosato, que la hubo, sino al valor estadístico de dichos casos en relación con el grupo de control⁷. Estas evaluaciones, realizadas por la propia empresa solicitante (Monsanto) y solo revisadas posteriormente por la EPA, no siguieron en ningún momento criterios de precaución. De hecho, se desecharon sin más otros problemas graves encontrados (tiroides, hígado, páncreas, malformaciones, etc.) también por criterios estadísticos. Demás está decir que los estudios fueron realizados en roedores (no en humanos) y todo ello antes del aumento exponencial del uso del glifosato por el “paquete tecnológico” con las semillas OGM⁸.

Este “pecado original” es importante porque la evaluación de la EPA (y en especial los estudios que la sustentan) fueron la base de todas las demás autorizaciones, incluidas la de la Unión Europea, cuya EFSA sigue insistiendo que no hay pruebas suficientes para demostrar su peligrosidad. Hubo que esperar a 2015 para que esta decisión fuera puesta en entredicho, esta vez por el Centro Internacional de Investigación sobre el Cáncer (CIIC-OMS)⁹ y básicamente por cambiar los criterios (estadísticos) de las evaluaciones

6. La discusión sobre el valor estadístico mencionada en la nota al pie anterior continuó y llevo a la EPA a recomendar repetir los estudios en 1986, resultados que estuvieron listos a principios de los 90'. Básicamente se volvieron a encontrar casos de cáncer entre los roedores alimentados con glifosato, pero como aparecieron también en algunos grupos de control (en sólo 3 grupos de control de los 19 estudios, y en cada uno de ellos 1/54, 2/60 y 3/1286 muestras únicamente) se determinó que los casos de los roedores expuestos a glifosatos y que habían desarrollado cáncer no eran estadísticamente relevantes. Es decir, fue una discusión sobre el impacto estadístico. “Based on lack of convincing carcinogenicity evidence in adequate studies in two animal species” el comité decidió reclasificar al glifosato como Grupo E (“evidence of non-carcinogenicity for humans”). Ver: EPA, «Second Peer Review of Glyphosate» memorándum de 30 de octubre de 1991. Disponible en <https://archive.epa.gov/pesticides/chemicalsearch/chemical/foia/web/pdf/103601/103601-265.pdf> (última consulta 04/10/2022).

7. Justamente las mismas críticas que le hicieron al artículo de Seralini de 2012 como trataremos más adelante.

8. Desde la introducción de las semillas OGM en 1996 el consumo de glifosato se ha multiplicado por 15. Ver Charles M. BENBROOK, *Trends in glyphosate herbicide use in the United States and globally*, «Environmental Sciences Europe», 2016, vol. 28, n. 1, p. 3.

9. OMS, *Evaluation of five organophosphate insecticides and herbicides*, «IARC Monographs», vol 112, publicado el 20 de marzo de 2015. Disponible en <https://www.iarc.fr/wp-content/uploads/2018/07/MonographVolume112-1.pdf> (última consulta 04/10/2022).

hechas dos décadas antes (por ejemplo, en cuanto al cáncer de riñones). Es verdad que entre ambos informes se publicó nueva evidencia científica de los riesgos para la salud, en especial los informes Séralini¹⁰ (analizando su incidencia en relación con los OGM) y Swanson¹¹ (sobre su repercusión en condiciones reales sobre la salud humana), pero el cambio fue esencialmente de reevaluación de la misma evidencia de laboratorio que ya se disponía a principios de los 80'. La UE aún se debate sobre la seguridad del glifosato, y ni siquiera son comparables las evaluaciones científicas entre la EFSA y el CIIC - OMS¹². Por ello la última decisión de la Comisión¹³ fue la de trasladar a los Estados miembros, al menos hasta diciembre de 2022, el dilema sobre si permiten o no su uso en base a una evaluación nacional, evidenciando un claro conflicto entre criterios científicos no precautorios y percepción del riesgo desde el ángulo político/social. En Francia, por ejemplo, la autorización de la *Agence Nationale de Sécurité sanitaire de l'Alimentation, de l'Environnement et du Travail* fue anulada en enero de 2019 por los tribunales de Lyon en base a los informes de la OMS. El tribunal francés, además, planteó cuestión prejudicial al TJUE sobre la validez de los Reglamentos de ejecución (UE) 2016/1056 y 2016/1313 sobre las condiciones de aprobación del glifosato¹⁴. En otros países es difícil prever qué pasará. Para

10. Gilles-Eric SÉRALINI, Emilie CLAIR, Robin MESNAGE, *et al.*, *Republished study: long-term toxicity of a Roundup herbicide and a Roundup-tolerant genetically modified maize*, «*Environ Sci Eur*», 2014, vol. 26, n. 14. Volveremos sobre estos estudios en el apartado 4 de este capítulo.

11. Nancy L. SWANSON, Andre LEU, Jon ABRAHAMSON, Bradley WALLET, *Genetically Engineered Crops, Glyphosate and the Deterioration of Health in the United States of America*, «*Journal of Organic Systems*», 2014, vol. 9 n. 2, pp. 6-37.

12. Christopher J. PORTIER, *et al.*, *Differences in the Carcinogenic Evaluation of Glyphosate Between the International Agency for Research on Cancer (IARC) and the European Food Safety Authority (EFSA)*, «*J Epidemiol Community Health*», 2016, vol. 70, pp. 741-745.

13. Reglamento de Ejecución (UE) 2019/724 de la Comisión, de 10 de mayo de 2019, por el que se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) n. 686/2012 en lo que respecta a la designación de Estados miembros ponentes y Estados miembros ponentes para las sustancias activas glifosato, lambdacihalotrina, imazamox y pendimetalina y por el que se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) n. 844/2012 en lo que respecta a la posibilidad de que un grupo de Estados miembros asuma conjuntamente el papel del Estado miembro ponente (Texto pertinente a efectos del EEE.) C/2019/3392. Diario Oficial L 124, 13.5.2019, pp. 32-35.

14. Sentencia del 15 de enero de 2019 del Tribunal Administrativo de Lyon (6ta sala) *Comité de Recherche et d'Information Indépendantes sur le Génie Génétique*, asunto 1704067.

complicar más las cosas, hasta el momento persiste la negativa por parte de la empresa solicitante, de la EFSA y de la Comisión Europea (a instancias de Alemania como ponente de la propuesta de renovación de autorización), por razones de propiedad industrial, de publicar el detalle de la evaluación de riesgos sobre las que fundó la solicitud original y las reevaluaciones posteriores, elemento esencial para tomar una decisión a nivel nacional. Si bien la cuestión de la falta de transparencia ha llegado al TJUE por posible violación al Convenio de Aarhus, las decisiones son contradictorias¹⁵. Sin dicha información es muy difícil ponderar adecuadamente los riesgos para fijar una restricción nacional a la utilización de glifosato.

3. El glifosato entre la (eco)nomía y la (eco)política: el extraño matrimonio entre los lobbies químico y agrícola

Mucho se ha hablado sobre si el principio de precaución es una herramienta de evaluación o de gestión del riesgo, incluso Marie-Angèle Hermitte siempre ha defendido desarrollar una “cultura precautoria”¹⁶. El glifosato, al ser un

430

Disponible en <http://lyon.tribunal-administratif.fr/content/download/152397/1543277/version/1/file/1704067.pdf> (última consulta 04/10/2022).

15. La primera sentencia fue a favor de difundir los datos. Sentencia de 8 de octubre de 2013 del Tribunal General (Sala Segunda) *Stichting Greenpeace Nederland y Pesticide Action Network Europe (PAN Europe) contra Comisión Europea*, asunto T-545/11: ECLI:EU:T:2013:523; aunque anulada en casación por Sentencia de 23 de noviembre de 2016 del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) *Comisión Europea contra Stichting Greenpeace Nederland y Pesticide Action Network Europe (PAN Europe)*, asunto C-673/13 P. ECLI:EU:C:2016:889. Y al volver al Tribunal General este tuvo que seguir la decisión de casación. Sentencia de 21 de noviembre de 2018 del Tribunal General (Sala Cuarta) *Stichting Greenpeace Nederland y Pesticide Action Network Europe (PAN Europe) contra Comisión Europea*, asunto T-545/11 RENV. ECLI:EU:T:2018:817. Recientemente el Tribunal General parece insistir con una visión favorable aunque habrá que ver si la sentencia es recurrida. Ver Sentencia de 7 de marzo de 2019 del Tribunal General (Sala Octava) *Antony C. Fwoodale contra EFSA*, asunto T-716/14, ECLI:EU:T:2019:141.

16. Obligada es aquí la mención de los trabajos iniciales de Marie-Angèle Hermitte en cuanto a la aplicación del principio de precaución a la regulación de los OGM, el asunto de la sangre contaminada y de las vacas locas: Marie-Angèle HERMITTE, Christine NOUVILLE, *La dissémination volontaire d'organismes génétiquement modifiés dans l'environnement. Une première application du principe de prudence*, «Revue juridique de l'environnement», 1993, vol. 18, n. 3, pp. 391-417; Marie-Angèle HERMITTE, *Le principe de précaution à la lumière du drame de la transfusion sanguine en France* en Olivier GODARD (dir.), *Le principe de précaution dans la conduite des affaires humaines*, Paris, Editions Quae, 1997, pp. 179-198; Marie-Angèle HERMITTE, Dominique DORMONT, *Propositions pour le principe de précaution à la lumière de l'affaire de la vache folle* en Philippe KOURILISKY, Geneviève VINEY (dir.), *Le Principe de précaution*, Paris, Éditions Odile Jacob, 2000, pp. 341-386.

producto químico, no se le aplicó el principio de precaución en su proceso de aprobación¹⁷, aunque luego, al ligarse éste a la comercialización de los OGM, se vió envuelto en críticas de corte precautorio que, finalmente, están conduciendo sino a su prohibición al menos a su regulación restrictiva. Lo curioso es que si bien la regulación de los OGM, al menos en Europa, sí que sigue un principio precautorio, al evaluarse sus riesgos se excluyen los derivados del uso (y abuso) del glifosato ligado a semillas diseñadas para resistirlo. Todo se diluye a una cuestión del mantenimiento de las “buenas prácticas” y, en definitiva, a una política de “coexistencia”¹⁸.

La diferencia de trato no responde claramente a criterios científicos sino políticos, y estos últimos a la percepción del riesgo, principalmente económico, en cuanto a su restricción y/o prohibición. El peso económico del glifosato es a veces difícil de dimensionar. Fue el primer herbicida en ser «billion dollar product»¹⁹. Actualmente se estima que su mercado alcanzará los 8.000 millones de dólares en 2024²⁰ y ya se cuantifican las pérdidas económicas de su eventual restricción y/o prohibición en 6.760 millones de dólares, esencialmente pérdidas de producción agrícola debido a una caída de producción de 18,6, 3.1 y 1.44 millones de toneladas de soja, maíz y colza respectivamente²¹.

431

17. Recordemos que el 99% de las sustancias comercializadas antes de 1981 no fueron sometidos a evaluación de riesgos, y – como el caso del glifosato – sólo registradas según la antigua Directiva 67/548/EEC de sustancias peligrosas en caso de ser comercializadas entre 1971 y 1981. Si bien el Reglamento REACH de 2006 propone reevaluar aquellas más peligrosas y con mayor producción, se calcula que sólo se reevaluarán unas 3000 sustancias sobre un total de 100.000 productos. Ver: Nigel HAIGH, Laurence MUSSET, *A Brief History of EU Regulation of Chemicals* en: Claire WEILL (ed.), *Proposition de règlement européen des produits chimiques: REACH, enjeux et perspectives*, Paris, Institut du développement durable et des relations internationales, 2005, p. 29.

18. Marie-Angèle HERMITTE et.al. *Legal Issues, an Overview on Co-Existence Policies: Technological Pluralism, Confidence Economy, Transnational Supply Chains*, en Yves BERTHEAU (coord.), *Genetically Modified and non-Genetically Modified Food Supply Chains: Co-Existence and Traceability*, London, Wiley-Blackwell, 2012, pp. 415-432.

19. John E. FRANZ, Michael K. MAO, James A. SIKORSKI, *Glyphosate: a unique global herbicide*, «American Chemical Society Monograph» n.189, 1997.

20. MARKET WATCH «Glyphosate Market Share will Touch US\$ 8 Billion by 2024», 8 de mayo de 2019. Disponible en <https://www.marketwatch.com/press-release/glyphosate-market-share-will-touch-us-8-billion-by-2024-2019-05-08> (última consulta 04/10/2022).

21. Graham BROOKES, Farzard TAHERIPOUR, Wallace E. TYNER, *The contribution of glyphosate to agriculture and potential impact of restrictions on use at the global level*, «GM Crops & Food», 2017, vol. 8 n. 4, pp. 216-228.

Este fuerte impacto económico incide en el debate político sobre la gestión de riesgos, y en el caso específico del glifosato, sobre la renovación de su autorización a nivel europeo. El sistema que se sigue es básicamente el mismo que para los OGM y se funda en el procedimiento de comitología. La empresa solicitante realiza una evaluación de riesgo que acompaña a su solicitud y la remite a un Estado miembro de su elección. Este, que será el *rapporteur* controla dicha evaluación y emite un informe técnico-científico que es remitido a EFSA. Esta, en consulta con expertos de otros Estados miembros, elabora un informe de evaluación y remite sus conclusiones (científicas) a la Comisión en donde, normalmente, concluye que no hay pruebas científicas sobre la peligrosidad pero nunca asegura que haya certeza sobre su seguridad (es decir, nunca aplica el principio de precaución). En base a dicho informe la Comisión elabora una propuesta. Si bien este paso es teóricamente político, y aquí si que se podría introducir el principio de precaución y/o otros factores no incluidos en la evaluación científica, el hecho que la EFSA sea un organismo técnico y asesor de la propia Comisión hace que muy rara vez (por no decir nunca) se aparte de sus recomendaciones. Un comité con representantes de todos los Estados miembros vota la propuesta. Si la acepta por mayoría cualificada, esta es aprobada, pero si no se llega a dicha mayoría, la Comisión puede insistir ante un Comité de apelación, procedimiento en donde el Estado *rapporteur* puede reevaluar los datos. En esta segunda instancia, la decisión (siempre adoptada por mayoría cualificada) debe ser por la afirmativa o por la negativa. Pero si no se alcanza dicha mayoría (para aprobar o rechazar la propuesta) nos encontramos ante una situación de *no opinion* que permite a la Comisión implementar por si sola la propuesta por un período transitorio de hasta diez años. Y esto es lo que ha venido ocurriendo tanto para los OGM como para el glifosato.

La Unión Europea sometió por primera vez al glifosato a un sistema común de autorización en 2002, en base al Reglamento de la Comisión 3600/92, sin mayores inconvenientes para alcanzar la mayoría cualificada en el comité PAFF (*Committee on Plants, Animals, Food and Feed*). Al finalizar esta aprobación por 10 años, en 2012, se decidió realizar una prórroga excepcional, en base a la Directiva de

la Comisión 2010/77/EU, hasta 2015, para dar tiempo a Alemania, Estado miembro *rapporteur*, a realizar la re-evaluación de riesgos según el entonces reciente Reglamento 1107/2009.

En 2013 El Instituto Federal Alemán para la Evaluación de Riesgos envió su informe (favorable) a la EFSA, y esta, en 2014, inicia el proceso de consulta con otros Estados miembros y la *European Glyphosate Task Force* en la que está representada, entre otros, Monsanto. En el ínterin se publica el informe del CIIC - OMS y por ello la Comisión pide a la EFSA que tenga especialmente en cuenta dicho informe en el proceso de evaluación de riesgos. El informe final de la EFSA se publica en octubre de 2015 y concluye: «glyphosate is unlikely to pose a carcinogenic hazard to humans and the evidence does not support classification with regard to its carcinogenic potential»²². En base a dicho informe la Comisión propone una renovación por 15 años que no fue aprobada (*no opinion*), principalmente por el cambio el criterio de algunos Estados, particularmente Francia, Alemania y Holanda. Estos proponían aplicar el principio de precaución, en términos de gestión (política) del riesgo; mientras que la Comisión afirmaba que el principio de precaución sólo se podría invocar si había evidencia científica de riesgo potencial²³.

Ante este primer rechazo, la Comisión decidió solicitar un informe a la recientemente creada Agencia Europea de Productos Químicos (ECHA) y renovó provisionalmente, con el apoyo de los Estados miembros, la autorización del glifosato hasta que se pudiera analizar dicho informe. En junio 2017 dicha agencia emite un informe afirmando: «current scientific evidence does not support the classification of glyphosate for carcinogenicity»²⁴, con lo cual la Comisión

22. EFSA, *Conclusion on the Peer Review of the Pesticide Risk Assessment of the Active Substance Glyphosate*, «EFSA Journal», 2015, vol. 13, n. 11, p. 4302. Disponible en <https://efsa.onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.2903/j.efsa.2015.4302> (última consulta 04/10/2022).

23. Jale TOSUN, Herman LELIEVELDT, Trevelyan S. WING, *A Case of 'Muddling Through'? The Politics of Renewing Glyphosate Authorization in the European Union*, «Sustainability», 2019, vol. 11, p. 440.

24. ECHA, *General Report 2017*, Helsinki, Finlandia (2017). Disponible en https://echa.europa.eu/documents/10162/3048539/FINAL_MB_03_2018_%282%29_General_Report_2017_MB49.pdf/d6c665cc-8c84-d33f-2f82-fa148e366f5d (última consulta 04/10/2022).

esperaba dar carpetazo al asunto, aunque como veremos no fue así.

Desde el punto de vista económico, a diferencia de los OGM que no se cultivan en la UE salvo limitadamente en España, el glifosato es utilizado ampliamente en agricultura “convencional”, así como control de malas hierbas en jardinería, incluso en parques públicos, en carreteras y otros espacios de uso intensivo y directo por parte del público en general. Por ejemplo, asociaciones de agricultores ejercieron gran presión en favor de su renovación, sea porque su prohibición aumentaría los costes de producción²⁵ o directamente porque consideraban que no había alternativas²⁶.

Por su parte, desde el ángulo político, el debate sobre la renovación del glifosato despertó recelos tanto en relación sobre el rol que tenían las empresas productoras en el proceso de aprobación²⁷, con presión que ejerció el público con sus gobiernos nacionales y la propia UE. A este respecto, en octubre de 2017, se presentó una Iniciativa Ciudadana Europea pidiendo la prohibición del glifosato, un cambio en el sistema de comitología y la reducción de los niveles máximos admisibles de pesticidas²⁸.

En este debate político/(eco)nómico el Parlamento Europeo, que en el procedimiento de renovación sólo tenía un rol consultivo, emitió en octubre 2017 una resolución²⁹ que se oponía a la propuesta de la Comisión emitida poco antes

25. NATIONAL FARMERS UNION, *European farmers need glyphosate to provide a safe, secure and affordable food supply*, Carta abierta de asociaciones agrícolas británicas a políticos europeos. Disponible en <https://www.nfuonline.com/uk-unions-open-letter/> (última consulta 04/10/2022).

26. REUTERS, *France Says Farmers Exempt from Glyphosate Ban when No Alternative*, 25 de enero de 2018. Disponible en <https://www.reuters.com/article/us-eu-health-glyphosate/france-says-farmers-exempt-from-glyphosateban-when-no-alternative-idUSKBN1FE2C6> (última consulta 04/10/2022).

27. Vincent HARMSSEN, *EU Weed-Killer Evidence 'Written by Monsanto'*, «EUObserver», 2 de mayo de 2017. Disponible en <https://euobserver.com/environment/137741> (última consulta 04/10/2022).

28. Henri WAELE, Ellen MASTENBROEK, *Fulfilling High Hopes? The Legitimacy Potential of the European Citizens' Initiative*, «Open Political Sci.», 2018, vol. 1, pp. 75-92.

29. Resolución del Parlamento Europeo, de 24 de octubre de 2017, sobre el proyecto de Reglamento de Ejecución de la Comisión por el que se renueva la aprobación de la sustancia activa glifosato con arreglo al Reglamento (CE) n. 1107/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la comercialización de productos fitosanitarios y se modifica el anexo del Reglamento de Ejecución (UE) n. 540/2011 (D053565-01-

en base a los informes de la EFSA y de la ECHA, y requería la prohibición total para diciembre 2022.

Todo parecía conducir a un rechazo, o al menos a una *no opinion* en el PAFF de noviembre de 2017. Sin embargo, una reducción del plazo de renovación (a 5 años en vez de 15) en la propuesta de la Comisión fue suficiente para que obtener una aprobación. El resultado se debió únicamente al cambio de voto de los delegados alemanes³⁰. Los demás Estados repitieron su voto de la sesión anterior³¹. Y ese mismo día la Comisión rechazó adoptar una propuesta legislativa en base a la iniciativa ciudadana³².

Es difícil saber la causa última del cambio del voto de los delegados alemanes. Puede que haya sido la inestabilidad política. Alemania estaba con un gobierno en funciones, y el ministro de agricultura, el social-cristiano Christian Schmidt, se había comprometido con el lobby agrícola germano a apoyar la renovación y defender el informe del Instituto Alemán de Evaluación de Riesgo, todo ello en contra del criterio del ministro de medioambiente³³. También la reciente adquisición de Monsanto por Bayer puede haber influido, particularmente porque a través de los contratos de licencia por el uso de las semillas OGM Monsanto (y ahora Bayer) se aseguraba que una parte muy importante de los agricultores, todos los que usaran semillas transgénicas, tuvieran que comprar el glifosato de su marca a pesar de ya estar caducada la patente³⁴. Una prohibición en Europa podía dañar y mucho las ventas.

435

2017/2904(RSP))Ref.P8_TA(2017)0395. Disponible en http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0395_ES.pdf?redirect (última consulta 04/10/2022).

30. Caterina TANI, *German Vote Swings EU Decision on 5-Year Glyphosate Renewal*, «EU-Observer», 27 de noviembre de 2017. Disponible en <https://euobserver.com/environment/140042> (última consulta 04/10/2022).

31. Ver gráfico p. 9 en Jale TOSUN, Herman LELIEVELDT, Trevelyan S. WING, *A Case of 'Muddling Through'? The Politics of Renewing Glyphosate Authorization in the European Union*, «Sustainability», 2019, vol. 11, p. 440.

32. Comunicación de la Comisión Europea sobre la iniciativa ciudadana europea «Prohibición del glifosato y protección de las personas y del medio ambiente frente a los pesticidas tóxicos», Ref. C(2017) 8414 Final. Disponible en <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/3/2017/ES/C-2017-8414-F1-ES-MAIN-PART-1.PDF> (última consulta 04/10/2022).

33. Op. cit. nota 29, p. 10.

34. Justo CORTI VARELA, *It's (just) Chemistry, Stupid! Or Not?*, «European Journal of Risk Regulation», 2015, vol. 6, n. 3, pp. 423-425.

Una pequeña victoria para los detractores del glifosato fue que la renovación incluyese la posibilidad de una prohibición a nivel nacional, siempre sobre la base de una evaluación científica, algo que recuerda mucho la salida de compromiso alcanzada para los OGM.

Esta posibilidad de prohibición a nivel nacional es, sin embargo, difícil de concretar en la práctica. En Francia, aunque oficialmente se haya votado contra la renovación en el comité PAFF, y que el presidente Macron haya enarbolado la bandera de la prohibición en territorio francés «tan pronto haya una alternativa»³⁵, lo cierto es que la propuesta de prohibición a nivel nacional fue rechazada dos veces por la Asamblea Nacional en mayo y septiembre de 2018³⁶, incluso por los propios diputados del partido de Macron, argumentando todos que no se podía poner en riesgo a los agricultores franceses³⁷. En Alemania, sin embargo, en septiembre de 2019 se aprobó una prohibición que entrará en vigor en 2023 no sin cierto debate entre el ministerio de medioambiente (autor del proyecto) y el de agricultura, y las críticas de Bayer³⁸. Sólo Austria y Dinamarca han aprobado una prohibición completa. Otros países como Bélgica, Francia, Italia u Holanda han prohibido su uso no comercial o no agrícola, principalmente para jardinería, o restringido su uso en determinadas áreas geográficas.

En definitiva, parece que la importancia económica (inicialmente de la industria química, encabezada por Alema-

35. REUTERS, *Macron Says Glyphosate to Be Banned in France within Three Years*, 25 de enero de 2018. Disponible en <https://www.reuters.com/article/us-eu-health-glyphosate/france-says-farmers-exempt-from-glyphosateban-when-no-alternative-idUSKBN1FE2C6> (última consulta 04/10/2022).

36. ASSEMBLÉE NATIONALE, *Amendement No. 1570 (à l'article L. 253-8 du code rural et de la pêche maritime)*, votado el 17 de mayo de 2018 (rechazado). Disponible en <http://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/amendements/0902/AN/1570> (última consulta 12/11/2019). ASSEMBLÉE NATIONALE, *Amendement No. 198*; votado el 5 de agosto de 2018 (rechazado). Disponible en <http://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/amendements/1175/AN/198> (última consulta 04/10/2022).

37. LE MONDE, « Comment le Glyphosate Empoisonne la vie de Députés LRM », 18 de octubre de 2018. Disponible en https://www.lemonde.fr/politique/article/2018/10/18/comment-le-glyphosate-empoisonne-la-vie-des-deputeslrms_5371079_823448.html (última consulta 04/10/2022).

38. Florence SCHULZ, « German cabinet agrees on plan to ban glyphosate, increase insect protection » Euroactiv, 5 de septiembre de 2019. Disponible en <https://www.euractiv.com/section/agriculture-food/news/german-cabinet-agrees-on-plan-to-ban-glyphosate-increase-insect-protection/> (última consulta 04/10/2022).

nia, y más reciente del sector agrícola, liderado por Francia) ha producido una resistencia en el camino hacia la prohibición del glifosato a nivel nacional. El debate político no logró superar estas dificultades a pesar del fuerte impulso desde el ángulo medioambiental y las grandes dudas que generaban los informes científicos, impidiendo todo ello que se imponga una cultura precautoria en el sentido “hermítico”. Queda por ver, como analizaremos en el apartado siguiente, si desde el ángulo judicial se pueden vencer estas resistencias.

4. La participación ciudadana como respuesta ante la inacción reguladora: siempre nos quedarán los jueces

Ante el silencio precautorio de la evaluación científica de riesgos, y la dubitativa (por no decir contradictoria) gestión política, el glifosato sigue utilizándose masivamente en cultivos en todo el mundo. El derecho muchas veces crea mecanismos cuando no los hay, y el llevar los casos a los jueces, aunque esto los obligue a asumir el rol de evaluadores y gestores de riesgos, suele ser muchas veces el último recurso de la ciudadanía.

437

Las sentencias pueden dividirse en tres categorías. En primer lugar, las que analizan el incumplimiento de las condiciones legales o buenas prácticas de uso, normalmente las distancias mínimas de fumigación respecto a áreas pobladas. En segundo término, las que estudian la legalidad de restricciones locales a su uso a pesar de contar con autorización de comercialización. Y finalmente las que reclaman una indemnización por daños sufridos, normalmente sobre la salud de las personas, por el uso del glifosato.

El primer supuesto es el menos problemático desde el punto de vista jurídico. Se trata al fin y al cabo de un uso ilegal (o en violación a las buenas prácticas agrícolas) que, por lo tanto, queda fuera del marco de la autorización de comercialización y, en definitiva, sus daños no serán responsabilidad de la empresa comercializadora y/o de las autoridades autorizantes. Salvo, claro está, que el uso abusivo pudiese haberse previsto (o incluso fuese parte del modelo de negocio) y no existan controles suficientes para su adecuado cumplimiento. Encontramos sentencias que achacan a los agricultores utilizar fumigaciones por aviones cerca de

la población, a pesar de conocer los posibles efectos sobre la salud e incumpliendo, por lo tanto, las buenas prácticas agrícolas³⁹. Muchas de estas sentencias deben clarificar cuáles son las buenas prácticas agrícolas ante el silencio legal y/o regulatorio, fijado una distancia mínima entre los campos fumigados y las viviendas⁴⁰, establecimientos educativos⁴¹, instalaciones de tratamiento de agua potable⁴². Otras simplemente achacan la inacción de la autoridad de policía sanitaria municipal, sea ante incumplimientos de la legislación vigente, la falta de adopción de una actitud precautoria o la inaplicación del principio de no regresión, todo ello en el uso de su poder de vigilancia⁴³. Desde el punto de vista de la legitimación, es interesante remarcar que, si bien esta jurisprudencia es iniciada por las víctimas directas, más recientemente es accionada también por asociaciones civiles⁴⁴. Si bien estas sentencias tienen una base legal (normalmente constatan el incumplimiento de una legislación en materia de uso de agroquímicos); la falta de determinación en el mandato del legislador y la necesidad, por lo tanto, de clarificar el contenido de la gestión del riesgo, obligó en la mayoría de los casos a reevaluar los riesgos del glifosato a la luz de principios constitucionales, normalmente vinculados a la salud pública, el derecho a un ambiente sano⁴⁵, la pro-

39. Sentencia del 02 de abril de 2008 del Tribunal Criminal Nro. 2 del Departamento Judicial de Mercedes (Mendoza, Argentina), *Di Vicensi contra D. Jorge (amparo)*; Sentencia del 8 de agosto de 2012 de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (Argentina), *Monsalvo, Cristina y otros contra Delaunay, Jorge* (amparo), asunto L.L. 2012 – F.278.

40. *Ibíd.* Sentencia del 21 de febrero de 2011 de la Sala I de la Cámara Civil y Comercial de Apelaciones de la ciudad de Resistencia (Chaco, Argentina) *Arrocera San Carlos SRL y Arrocera Cancha Larga S.A E/A Ferrau, Marco Antonio y otros contra Municipalidad de Las Palmas y otros (medida cautelar)*, asunto 3712/10.

41. Sentencia del 29 de octubre de 2018 del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos (Argentina), *Foro Ecologista de Paraná y otra*.

42. Sentencia del 17 de septiembre de 2015 del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba (Argentina) *Ituzaingo contra Provincia de Córdoba*.

43. Sentencia del 9 de diciembre de 2009 de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Santa Fe (Argentina), *Peralta Viviana contra Municipalidad de San Jorge y otros. (amparo)*. Sentencia del 24 de septiembre de 2014 de la Corte Suprema de Justicia de Buenos Aires (Argentina) *Picorelli, Jorge Omar y otros contra Municipalidad de General Pueyrredón*.

44. Sentencia del 7 de junio de 2015 de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires (Argentina), *ASHPA. Amparo. Recurso de inaplicabilidad de Ley*.

45. Para un comentario de la jurisprudencia argentina al respecto ver María Valeria BERROS, Rodrigo PEITEADO, *De la experiencia de los agroquímicos a los incipientes desafíos de los*

tección de comunidades indígenas⁴⁶ e incluso la salvaguarda de cultivos tradicionales y/o el bosque tropical⁴⁷.

En segundo lugar, respecto a las restricciones al uso de glifosato, y por lo tanto, sólo justificables como una excepción a su autorización de comercialización, encontramos restricciones locales que fueron impugnadas por razones de ilegalidad y/o inconstitucionalidad. Entre ellas aparecen declaraciones locales de «zona libre de agroquímicos» que finalmente fueron declaradas ilegales⁴⁸ o rechazadas por cuestiones procedimentales⁴⁹. En fallos similares, frente a normativa municipal que prohibía agroquímicos de mayor toxicidad⁵⁰, sí que se ha aceptado este tipo de prohibiciones locales a pesar de la autorización nacional de comercialización, lo que parece indicar que los jueces han hecho, al menos indirectamente, una evaluación de riesgos para el caso concreto y no simplemente una remisión a la evaluación/gestión de riesgos realizada por la autoridad autorizante. Menos radicales, las ordenanzas locales que simplemente restringen el uso de glifosato y que fueron impugnadas por inconstitucionalidad corrieron mejor suerte⁵¹, aunque en

nano-agroquímicos: riesgos manufacturados y derecho a un ambiente sano en Argentina, «Araucaria», 2015, vol. 17, n. 33, pp. 229-251.

46. Sentencia T-300 de 8 de mayo de 2017 de la Corte Constitucional de Colombia, *Cabildos Indígenas Kiwe Ukwé, Yu'Çijme, y otros contra la Dirección Antinarcóticos de la Policía Nacional, el Ministerio del Interior, el Ministerio de Salud y Protección Social, el Ministerio de Justicia y del Derecho y el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible*.

47. Sentencia T-080 de 7 de febrero de 2017 de la Corte Constitucional de Colombia, *Martín Narváez Gómez en calidad de Capitán del resguardo indígena Carijona de Puerto Nare (Guaviare) y otro, contra la Presidencia de la República, el Ministerio de Interior, el Ministerio de Justicia, el Ministerio de Medio Ambiente, el Ministerio de Defensa y otros*.

48. Sentencia del 18 de septiembre de 2007 del Supremo Tribunal de Justicia de la Provincia de Córdoba (Argentina), *Chañar Bonito S.A. contra Municipio de Mendiolaza (amparo)*. Sentencia del 8 de noviembre de 2019 del Tribunal administratif de Cergy-Pontoise (Francia), *Préfet des Hauts-de-Seine contra Maire de Gennevilliers*, asuntos 1912597 y 1912598, decisión no firme. Sentencia del 8 de noviembre de 2019 del Tribunal administratif de Cergy-Pontoise (Francia), *Préfet des Hauts-de-Seine contra Maire de Sceaux*, asuntos 1912600 2C13193001730, decisión no firme.

49. Sentencia del 25 de agosto de 2011 del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chaco (Argentina), *Ferrau, Marco Antonio y otros c. Municipalidad de Las Palmas y otros* (medida cautelar).

50. Sentencia del 3 de octubre de 2011 de la Sala II de la Cámara en lo Contencioso Administrativo de Rosario (Argentina) *Speedagro SRL contra Comuna de Arequito* (recurso contencioso-administrativo).

51. Por ejemplo declarando una “zona de resguardo ambiental” 1500 metros alrededor de la planta urbana. Sentencia del 28 de diciembre de 2012 de la Cámara 4ta, Civil y

algunos casos se suspendió su aplicación hasta la decisión sobre el fondo⁵². El principio de proporcionalidad explicaría, entonces, las diferencias de criterio⁵³.

Finalmente, el tercer grupo de casos tiene que ver con reclamaciones de daños y perjuicios contra el fabricante por efectos sobre la salud de personas que han estado en contacto continuo con el glifosato. Este tipo de demandas, muy usuales en *common law*, han trastocado los cimientos de todo el proceso de evaluación de riesgos ya que fueron acompañadas por pruebas que demuestran que Monsanto (ahora Bayer) ocultó durante años información relevante sobre los posibles efectos cancerígenos del glifosato, e incluso, orquestó campañas para desprestigiar a científicos que habían publicado artículos científicos con información que sacaban a la luz dichos riesgos⁵⁴. Esta evidencia hasta ahora

Comercial, de Córdoba (Argentina) *Morardo, Julio Á. y Otro c/Municipalidad de la Ciudad de Alta Gracia* (Acción Declarativa).

52. Sentencia de 31 de octubre de 2019 del Tribunal administratif de Toulouse (Francia) *Préfet de la Haute-Garonne contra Maire de Montbrun-Lauragais*, asuntos 1905869 y 1905868. La decisión (provisional) impide mantener en aplicación una ordenanza municipal que prohibía utilizar glifosato a una distancia menor de 150 metros de cualquier casa habitada hasta tanto no se decida sobre el fondo. De modo similar, Sentencia de 27 de mayo de 2019 del Tribunal administratif de Rennes (Francia), *Préfet d'Ille-et-Vilaine contra Maire de Langouët*, asunto 1904033.

53. Conf. María Valeria BERROS, *Observaciones sobre el principio precautorio en Argentina*, «Revista Catalana de Dret Ambiental», 2013, vol. IV, n. 2, pp. 1-24.

54. Particularmente relevante el caso Seralini cuyo artículo (*Long term toxicity of a Roundup herbicide and a Roundup-tolerant genetically modified maize*, cit., nota 9) publicado originalmente en 2012 en *Food and Chemical Toxicology* fue retirado por los editores en 2013 en contra del criterio de los autores bajo un gran debate mediático, calificado por los autores de campaña en su contra, incluyendo comunicados de prensa de la EFSA (Disponible en <http://www.efsa.europa.eu/fr/press/news/121004>), el *Bundesinstitut für Risikobewertung* (Disponible en https://www.bfr.bund.de/en/press_information/2012/29/a_study_of_the_university_of_caen_neither_constitutes_a_reason_for_a_re_evaluation_of_genetically_modified_nk603_maize_nor_does_it_affect_the_renewal_of_the_glyphosate_approval-131739.html) y el *Vlaams Instituut voor Biotechnologie* (Disponible en http://www.vib.be/en/about-vib/Documents/20121008_EN_Analyse%20rattenstudie%20S%C3%A9ralini%20et%20al.pdf). Incluso hubo una declaración conjunta de la *Académie d'agriculture de France*, *l'Académie nationale de médecine*, *l'Académie nationale de pharmacie*, *l'Académie des sciences*, *l'Académie des technologies* et *l'Académie vétérinaire de France*. Disponible en <https://www.academie-sciences.fr/pdf/rapport/avis1012.pdf>. Después de su republicación en *Environmental Sciences Europe* se supo, en los llamados “papeles Monsanto”, que la empresa contrató como “consultor” (lobista) al director jefe de *Food and Chemical Toxicology*, Wallace Hayes (*Harvard School of Public Health*), poco después de la publicación inicial en su revista y antes de la retirada del artículo. Stéphane FOU CART, Stéphane HOREL, *L’Affaire Seralini ou les coulisses d’un torpillage*, «Le Monde», 5 octubre 2017. El documento de la oferta de Monsanto a Wallace Hayes está disponible en [440](http://baumhedlundlaw.com/pdf/monsanto-documents/10-Monsanto-Consulting-Agreement-with-Food-and-Chemi-</p></div><div data-bbox=)

oculta, que se conoce como los “papeles de Monsanto” se presentó en el primer grupo de casos acumulados ante los tribunales California⁵⁵, que concedió indemnización por un valor de más de 2000 millones de dólares. Según previsiones de la propia Bayer, se calcula que hay unos 18400 asuntos pendientes⁵⁶, 42700 según la prensa especializada⁵⁷, sólo en Estados Unidos y Canadá⁵⁸. La intención del actual dueño de Monsanto es llegar a un acuerdo global para limitar las indemnizaciones a un fondo de 8000 millones de dólares⁵⁹. Sin embargo, desde que se comenzaron a suceder las condenas por el glifosato (agosto 2018-octubre 2019), las acciones de Bayer han caído un 30%, perdido 30.000 millones de dólares de cotización bursátil, un 50% extra del precio pagado por la adquisición de Monsanto⁶⁰, lo que demuestra cuál es la previsión de los inversores.

cal-Toxicology-Editor.pdf (todos los enlaces incluidos en esta nota, consultados por última vez el 04/10/2022).

55. Sentencia de la Superior Court of the State of California for the County of Alameda de 13 de mayo de 2019, *Alva & Alberta Pilliod contra Monsanto Co.*, asunto RG17862702, JCCP No. 4953, no firme. Disponible en <https://www.baumhedlundlaw.com/pdf/monsanto-documents/Pilliod/Pilliods-Jury-Verdict-Form.pdf>. En realidad no es la primera sentencia, aunque sí la más contundente por el número de participantes y el monto de la indemnización. Como antecedentes encontramos a la sentencia de la Superior Court of San Francisco de 10 de agosto de 2018, *Dewayne Johnson contra Monsanto Company*, asunto CGC-16-550128, no firme. Disponible en <https://www.baumhedlundlaw.com/pdf/monsanto-documents/johnson-trial/Johnson-vs-Monsanto-Verdict-Form.pdf>. También la sentencia de la Northern District of California District Court de 27 de marzo de 2019, *Edwin Hardeman contra Monsanto Co.*, asunto 16-cv-00525-VC. Disponible en <https://www.baumhedlundlaw.com/pdf/monsanto-documents/Hardeman/Hardeman-Jury-Verdict-Form-Phase-2.pdf> (todos los enlaces de esta nota fueron consultados el 11/11/2019).

56. DW, *Bayer facing 18,400 glyphosate cases in the US*, publicado el 30 de julio de 2019. Disponible en <https://www.dw.com/en/bayer-facing-18400-glyphosate-cases-in-the-us/av-49799703> (consultado el 04/10/2022).

57. Ruth BENDER, *Bayer Reports Surge in Roundup Plaintiffs. Number of people claiming herbicide caused cancer has more than doubled in past three months*, «Wall Street Journal», 30 de octubre de 2019. Disponible en <https://www.wsj.com/articles/bayer-faces-surge-in-roundup-plaintiffs-11572422207> (consultado el 04/10/2022).

58. Por ejemplo, los asuntos pendientes *Walker contra Monsanto* ante la Court of Ontario, London (Canada); y *Mitchell and Hutton contra Monsanto y Bayer* ante la Nova Scotia Supreme Court of Halifax (Canada).

59. DW, *News Bayer stocks soar amid disputed reports of Roundup 'settlement'*, publicado el 9 de Agosto de 2019. Disponible en <https://www.dw.com/en/bayer-stocks-soar-amid-disputed-reports-of-roundup-settlement/a-49968437> (consultado el 04/10/2022).

60. Tim LOH, Jef FEELEY, *Bayer's Roundup Headache Grows as Plaintiffs Pile into Court*, «Bloomberg», 30 de octubre de 2019. Disponible en <https://www.bloomberg.com/news/>

5. Conclusiones

La historia del glifosato lo tiene todo. Un golpe de suerte en la adquisición de la molécula a un científico suizo-alemán por el amigo americano. Una revolución agrícola, en principio amigable con el medioambiente, que catapultó una nueva tecnología (los OGM). Un turbio sistema de evaluación de riesgos (terciarizada a la empresa solicitante) que, a pesar de las supuestas diferencias entre Estados Unidos y Europa respecto al principio de precaución, nunca fue contestado por los círculos científicos que forman parte de las agencias de evaluación. La prueba fehaciente que, cuando hay intereses económicos (y nacionales) en juego, el principio de precaución no llega a aplicarse ni en la evaluación científica de riesgos ni en la gestión política. El matrimonio entre lobbies químicos y agrícola. El juego de poder en los pasillos de la Unión Europea, con cambio de criterio en las votaciones, con países que van y vienen por razones de política interna, incluyendo contradicciones entre lo que se dice en Bruselas y lo que se consigue ante los parlamentos nacionales. Falta de transparencia en la disposición de información científica sobre la cual se concedió la autorización, indispensable para reevaluar los riesgos, primando intereses de propiedad industrial por sobre los del medioambiente y la salud pública. Orfandad también para las autoridades locales que viven más de cerca las consecuencias sobre la población, sea por los riesgos no prevenidos por las autoridades autorizantes, sea por la falta o no seguimiento de buenas prácticas de utilización; las cuales se ven forzadas a completar el vacío legal improvisando una reglamentación a ciegas, aun a riesgo de exceder sus competencias. Y al final llegan los jueces, primero para dotar transparencia a todo el proceso, luego para evaluar qué medidas locales son o no proporcionales, y finalmente para indemnizar los daños sufridos por la población.

La paradoja es que esas acciones individuales de indemnización, que acumuladamente pueden trastocar todo el modelo de negocio del glifosato y forzar su retirada por inviabilidad económica, las pagará una empresa alemana,

con sede justo al otro lado de los Alpes donde se sintetizó la molécula. El círculo de la historia del glifosato se cierra justo donde comenzó.

Es más, en los extremos de ese círculo (evaluación inicial de riesgos y sentencias indemnizatorias por daños en la salud) confluye un mismo hecho: la ocultación de pruebas en la evaluación del riesgo. La prueba esencial en estos juicios de reparación es la información ocultada por Monsanto durante los procesos de autorización y, posteriormente, de reevaluación, siguiendo un esquema similar al ya ocurrido con la industria del tabaco en los años 50 y, más recientemente, del azúcar, sin mencionar la financiación de estudios científicos orientados a generar dudas sobre los críticos. Es decir, la ocultación de información relevante para la evaluación del riesgo, el primer eslabón de esta cadena, es la causa de la cuadratura ¿Qué hubiese ocurrido si los estudios científicos de evaluación de riesgos hubiesen sido llevados a cabo directamente por las agencias reguladoras, a expensas del solicitante; en vez de ser conducidas por la propia empresa que requiere la autorización y simplemente controlados por el *expertise* público? ¿Hubiese esto favorecido una reevaluación país por país en vez de un simple corta y pega de estudios hecho en ratones y por la parte interesada? ¿La individualización de los procesos hubiese facilitado el acceso a la información científica relevante para permitir a los gestores de riesgos a diferentes niveles aplicar “su” propio nivel de precaución? A la vista de los papeles de Monsanto, ¿se puede seguir afirmando que se respetan suficientemente los protocolos para evitar los conflictos de interés entre agencias reguladoras y la industria⁶¹ y, lo que

61. Marie-Angèle Hermitte se ha visto envuelta recientemente en el debate sobre los conflictos de interés en su condición de miembro del *Comité de déontologie et de prévention des conflits d'intérêts* de la *Agence nationale de sécurité sanitaire de l'alimentation, de l'environnement et du travail (Anses)* de Francia en el marco de un proceso de revisión de la autorización del glifosato con repercusiones a nivel europeo. Sus declaraciones, a título personal, a *Le Monde*, en relación a la elección de los miembros del comité de evaluación, no dejan lugar a dudas: «un chercheur ne devrait évidemment pas participer à la rédaction d'un appel d'offres et y candidater. Cela peut faire naître le soupçon que le cahier des charges a été constitué de manière à favoriser sa propre candidature». Ver: Stéphane FOUCCART, Stéphane HOREL, *Glyphosate : la déontologie de l'Anses mise en cause*, «Le monde», 16 de junio de 2020. Disponible en https://www.lemonde.fr/planete/article/2020/06/16/glyphosate-la-deontologie-de-l-anses-mise-en-cause_6042962_3244.html (consultado el 04/10/2022).

es más importante, se castiga suficientemente la violación a tales conflictos? ¿Es necesario que pasen 45 años desde la puesta en el mercado, y a la luz de más de 40.000 demandas por cáncer en un solo país, para que se genere duda entre la comunidad científica sobre la seguridad del glifosato? ¿Por qué seguimos tropezando con la misma piedra?

Quels instruments juridiques pour lutter contre les faux médicaments ?

Amélie Robine*

Le trafic de faux médicaments et de médicaments de qualité inférieure a été estimé en 2019 à 200 milliards de dollars, contre 75 milliards en 2006. Il est estimé à environ 20 % du marché pharmaceutique mondial légal¹ et constitue un fléau mondialisé concernant les pays en voie de développement comme les pays industrialisés, portant atteinte à la santé humaine, affaiblissant les systèmes nationaux de santé et érodant la confiance des populations à l'égard des produits pharmaceutiques. En 2011, plus de 200 personnes sont décédées et 850 ont été hospitalisées au Pakistan après avoir pris un faux médicament pour le cœur. En 2015, 11 patients sont décédés et plus de 1000 personnes ont été hospitalisées en République démocratique du Congo pour avoir pris du faux diazépam, un

445

* Avocat au Barreau de Paris - Docteur en Droit. E-mail: amelie.robine@beau-bourg-avocats.fr. Je tiens à remercier les contributions substantielles de Nicolas Baya-Laffite à la version finale de ce texte et les suggestions précieuses d'une relectrice anonyme. Nicolas Baya-Laffite remercie l'assistance éditoriale d'Auxane Pidoux.

1. Keren LENTSCHNER, « Contrefaçon de médicaments : un fléau sanitaire et économique », *Le Figaro*, 23 avril 2019 ; Afeignindou GNASSINGBE, *Problématique de la lutte contre les faux médicaments : état des lieux de l'action publique et élaboration de stratégies alternatives*, thèse, Genève, Université de Genève, 2018.

sédatif très répandu². Les faux médicaments et les médicaments de qualité inférieure constituent et entretiennent les organisations mafieuses qui en organisent le trafic international. À titre d'exemples : en 2014, l'opération « Volcano » menée par les autorités italiennes contre une organisation mafieuse portait sur plus de 100 médicaments différents et 17 pays³; en 2017, l'opération internationale PANGAEA X menée par Interpol dans 123 pays a abouti à la saisie 25 millions de médicaments contrefaits distribués sur Internet. Selon les derniers travaux de recherche menés par l'Organisation Mondiale de la Santé (OMS), dans les pays à revenu faible ou intermédiaire 1 médicament sur 10 serait de qualité inférieure ou falsifié. La menace que représentent les faux médicaments pour la santé publique est d'autant plus importante qu'elle concerne tous les types de produits liés à la santé – médicaments essentiels, médicaments de confort, princeps, génériques –, dispositifs médicaux, contraceptifs, compléments alimentaires

À l'instar des autres formes de criminalité organisée, les groupes criminels mettent à profit les carences législatives et réglementaires en matière de produits pharmaceutiques falsifiés, le manque de ressources financières et humaines des pays à revenu faible ou intermédiaire, la complexité des chaînes d'approvisionnement pharmaceutiques, et les difficultés de la coopération internationale pour développer leur activité. Pour les réseaux, le trafic de faux médicaments constitue ainsi une activité particulièrement lucrative alors que les risques sont à ce jour limités tant la pénalisation de ce trafic est faible. Se pose, dès lors, la question de savoir quelle est l'efficacité et la marge de progrès des réponses juridiques apportées jusqu'ici, et qui mobilisent déjà toutes les ressources du droit, international, européen et interne, sachant que deux voies sont cumulativement empruntées pour endiguer ce trafic : sécuriser la chaîne du médicament légal par le biais d'une réglementation pharmaceu-

2. Nicolas PEYRAUD *et al.*, « An epidemic of dystonic reactions in central Africa », *The Lancet Global Health*, 2017, n° 2, vol. 5.

3. Domenico DI GIORGIO, Diana RUSSO, « A practical case study on how the Council of Europe Convention could improve the fight against pharmaceutical crime », *Council of Europe*, Octobre 2019.

tique stricte qui soit la plus homogène possible sur le plan international puisqu'il s'agit d'une production et d'un commerce mondialisés (1), et organiser une forte répression des trafiquants (2).

1. La sécurisation de la chaîne du médicament au moyen d'une réglementation pharmaceutique stricte

Le médicament est un produit fini dont le processus de production est parcellisé, tant en termes techniques qu'en termes de géo-économie. L'innovation se produit dans des écosystèmes économiques variés (des universités aux *big pharma* en passant par les *start up*) et la production est scindée en segments très séparés pouvant tous être affectés par les fraudes, – principes actifs, assemblages, robots de production, emballages, transports, modes de distribution ... Chacune de ces étapes est séparée des autres, ce qui renforce la vulnérabilité de la « chaîne de production » internationalisée. Dès lors, les différents niveaux juridiques doivent être cohérents et interconnectés pour éviter les dysfonctionnements; c'est ce qui est recherché en travaillant simultanément sur les niveaux international (a) et européen (b), avant d'aborder la situation en Afrique (c).

447

a) Le droit international et l'institution de concepts communs pour la définition de la qualité des médicaments

Sur le plan international, la définition des médicaments contrefaits est stabilisée et reconnue mondialement dans le cadre des accords de l'OMPI. Elle vise l'activité illégale de copie qui peut amener à des dysfonctionnements qualitatifs; mais cela ne permet pas de couvrir l'intégralité des préparations dangereuses qualifiées illégalement de médicaments et qui couvrent diverses falsifications, absence de principes actifs aussi bien que des défauts qualitatifs; or toutes ces pratiques ne relèvent pas, en tant que telles, d'actions en contrefaçon qui, elles, peuvent conduire à des médicaments illégaux et de bonne qualité. Il fallut donc définir la notion de médicament falsifié ou de qualité inférieure, ce qui a nécessité de nombreuses années pour parvenir à un consensus en 2017. L'Organisation Mondiale de la Santé (OMS) a ainsi utilisé de multiples expressions pour désigner ces produits : produits médicaux de qualité inférieure/faux/faususement

étiquetés/ contrefaits, avant de stabiliser le concept de « *substandard, spurious, falsely-labelled, falsified-counterfeit* » (SS-FFC). Et il fallut stabiliser ces définitions afin qu'elles s'inscrivent dans une perspective commune de santé publique, sans que les questions de propriété intellectuelle entrent en ligne de compte.

La Soixante-Dixième Assemblée mondiale de la Santé, principal organe directeur de l'OMS, a donc adopté en 2017 des définitions⁴ permettant de distinguer entre: *primo*, des produits médicaux bénéficiant en principe d'une autorisation mais qui sont « de qualité inférieure », également appelés produits « non conformes aux spécifications » parce qu'ils ne répondent pas aux normes de qualité ou aux spécifications ou ne sont conformes ni aux unes ni aux autres; *secundo*, des « produits médicaux non enregistrés » ou « non homologués » qui sont des produits médicaux qui n'ont pas été évalués et/ou approuvés par l'autorité nationale et/ou régionale de réglementation pour le marché sur lequel ils sont commercialisés, distribués ou utilisés, sous réserve des conditions autorisées par les réglementations et la législation nationales ou régionales; et *tertio*, des « produits médicaux falsifiés », produits médicaux dont l'identité, la composition ou la source est représentée de façon trompeuse.

Il ressort de ces définitions que des médicaments de qualité inférieure peuvent être produits par des fabricants homologués, mais ne satisfont pas aux normes de qualité approuvées, en raison de défauts de fabrication, d'emballage ou de problèmes de transport. Au contraire, les faux médicaments sont des produits qui visent délibérément à tromper le consommateur. Ces deux types de produits peuvent contenir des quantités de principe actif dangereusement élevées, ou au contraire trop faibles pour être efficaces, contenir des contaminants (comme tel était le cas des médicaments contre la toux au Pakistan), ou ne comporter aucun principe actif⁵.

L'adoption en 2017 d'un consensus international portant sur la définition de ces produits donne une première base commune pour permettre de lutter plus efficacement

4. Assemblée mondiale de la Santé, 2017, document A70/23, appendice 3 de l'annexe.

5. Système mondial de surveillance et de suivi de l'OMS pour les produits médicaux de qualité inférieure et falsifiés (GSMS), Genève: Organisation mondiale de la Santé; 2018.

contre ce fléau. Mais s'il permet de rationaliser les politiques nationales et d'évaluer les circulations internationales selon des critères homogènes, le système montre une intégration encore inégale de ces définitions au sein des réglementations pharmaceutiques nationales élaborées pour sécuriser en amont leurs chaînes d'approvisionnement pharmaceutiques. Une retombée de ce travail est le système d'alerte mondial géré par l'OMS, relayé par des systèmes nationaux⁶, qui permet de prévenir des falsifications présentes sur le marché.

b) Le droit européen et la réglementation des éléments constitutifs de la chaîne du médicament

En plusieurs grandes étapes, l'Europe a institué les techniques juridiques permettant d'améliorer la sécurité des différentes étapes de la chaîne du médicament. L'objectif européen est classique: protéger la santé publique tout en assurant la libre circulation des médicaments.

Éliminons d'emblée ce qui concerne le principe de l'autorisation préalable de mise sur le marché (possible au niveau européen ou au niveau national selon la procédure dite décentralisée). Cette étape concerne le rapport bénéfices – risques d'un nouveau médicament, pas la qualité des produits.

C'est dès 1965, après l'affaire de la thalidomide, que l'Europe commence à construire une politique commune de qualité, par deux directives « concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives aux médicaments »⁷. Mais ce n'est qu'en 2001 que la Directive 2001/83/CE du Parlement européen et du Conseil⁸ institue le « Code communautaire relatif aux médicaments à usage humain », harmonisant les règles re-

6. L'Agence Nationale pour l'Administration et le Contrôle des Aliments et Médicaments (NAFDAC) du Nigeria, informée par l'Oms, a ainsi alerté les populations en avril 2020 de la circulation de faux comprimés de chloroquine 250 mg au Cameroun. Les comprimés portaient un faux label NAFDAC n° 028060.

7. Directive 65/65/CEE du Conseil du 26 janvier 1965 Journal officiel n° 22 du 09/02/1965 p. 369–373 et Directive 75/319 du Conseil du 20 mai 1975, Journal officiel L 147, 9.6.1975, p. 13–22

8. Directive 2001/20/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 avril 2001 concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'application de bonnes pratiques cliniques dans la conduite d'essais cliniques de médicaments à usage humain.

latives à la fabrication, au contrôle et aux inspections des médicaments, ainsi que les tâches qui incombent aux autorités de réglementation pharmaceutique en vue d'assurer le respect des prescriptions légales ; conformément aux fondamentaux du droit européen, c'est cette harmonisation de la réglementation pharmaceutique qui est censée contribuer à la circulation de médicaments sûrs et de bonne qualité sur le territoire de l'Union européenne. On est désormais au cœur de la construction de la qualité dans le processus de fabrication et d'une fiabilité des circulations, elles-mêmes limitées aux produits de qualité. Les dispositions relatives au contrôle de la chaîne de distribution des médicaments, depuis leur fabrication ou leur importation dans la Communauté jusqu'à la délivrance au public, visent donc à garantir que les médicaments sont conservés, transportés et manipulés dans des conditions adéquates, à faciliter le retrait du marché des produits défectueux, et à lutter plus efficacement contre les contrefaçons. En 2004, l'Agence européenne du médicament est créée, et les règles de pharmacovigilance améliorées en 2010⁹. Si l'objectif premier de ces dernières est de comprendre les effets indésirables rares attachés aux principes actifs des médicaments que l'autorisation de mise sur le marché n'a pas pu détecter, il est possible que cela permette aussi de repérer des défauts de fabrication, voire des falsifications.

Mais c'est en 2011 qu'apparaît de manière évidente la lutte contre les médicaments falsifiés, objectif annoncé dans le titre même de la Directive 2011/62/UE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2011¹⁰, qui s'attache à prévenir l'introduction dans la chaîne d'approvisionnement légale de matières premières ou de médicaments falsifiés. L'objectif de ce texte est de garantir un niveau de protection élevé de la santé publique contre les faux médicaments à travers une série de mesures : qualité de l'approvisionnement, particulièrement en termes de matières premières,

9. Règlement (UE) n° 1235/2010 du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 2010.

10. Directive 2011/62/UE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2011 modifiant la directive 2001/83/CE instituant un code communautaire relatif aux médicaments à usage humain, en ce qui concerne la prévention de l'introduction dans la chaîne d'approvisionnement légale de médicaments falsifiés.

normes de fabrication, contrôle de la distribution, traçabilité des différentes opérations¹¹.

La Directive renforce ces objectifs en soumettant en premier lieu les principes actifs à des « bonnes pratiques de fabrication (BPF) », séries de Lignes directrices qui doivent être obligatoirement respectées par toute entreprise fabriquant des médicaments sur le territoire de l'UE, ce qui leur permet d'obtenir une « autorisation de fabrication ». Cela comprend des critères de qualité concernant le personnel, les installations, les processus de fabrication et de contrôle. Ils sont étendus aux sous-traitants et s'appliquent aux médicaments et substances actives importés, ce qui engage l'Union dans une politique de coopération – contrôle avec les autorités des pays tiers, et réciproquement. En effet, en cas d'importation, le pays d'origine doit certifier que la fabrication de la substance active a respecté des normes équivalentes à celles en vigueur au sein de l'Union européenne. Le texte soumet également les usines fabriquant des principes actifs pharmaceutiques à des contrôles et inspections. Il impose, par ailleurs, des règles plus strictes pour les grossistes, s'agissant de la conservation des données, et il fait peser sur les fabricants et les distributeurs l'obligation de communiquer toute suspicion de falsification. L'ensemble permet aux entreprises d'élaborer des procédures d'assurance de la qualité.

La Directive 2011/62/UE prévoit également la mise en place de dispositifs de sécurité et de traçabilité sur les boîtes médicaments pour faciliter la détection des faux médicaments et améliorer la qualité des contrôles des chaînes de production et de distribution pharmaceutiques au sein de l'Union européenne et aux frontières. Ainsi, un numéro de lot et un dispositif d'inviolabilité doivent être mis en place sur l'emballage extérieur des médicaments, ce qui doit permettre aux pharmaciens de s'assurer que le médicament est authentique et qu'il n'a jamais été ouvert.

Enfin, la Directive encadre la vente de médicaments par Internet en vue de prévenir la vente illégale de produits

11. On sait que la traçabilité est une pièce maîtresse des efforts de maîtrise des risques, Philippe PÉDROT (dir.), *Traçabilité et responsabilité*, Economica, 2003, p.323; Marie-Angèle HERMITTE, « Qu'est-ce qu'un droit des sciences et des techniques ? A propos de la traçabilité des OGM », *Revue Tracés*, Techno n° 16, janvier 2009, p. 63.

pharmaceutiques, et prévoit notamment qu'un logo unique soit utilisé sur tout le territoire de l'Union européenne pour permettre d'identifier les pharmacies pratiquant légalement la vente de médicaments en ligne (le dispositif a été introduit en France le 2 janvier 2013 pour les médicaments vendus sans ordonnance, les sites autorisés devant être liés à une pharmacie physique, les sites non autorisés restant très nombreux¹²).

c) *La démarche des pays africains*

En Afrique, dès 2005, l'Assemblée de l'Union africaine avait reconnu la nécessité d'élaborer un plan de fabrication des produits pharmaceutiques¹³. Mais ce n'est qu'en janvier 2016 que fut adoptée une loi-type sur la réglementation des médicaments, instrument devant guider les États Membres dans la promulgation ou la révision des lois nationales sur les médicaments¹⁴, reconnaissant que l'harmonisation des politiques, des lois et des cadres juridiques relatifs aux produits médicaux dans les Communautés économiques régionales et l'Union africaine devait permettre d'assurer l'accès à des produits pharmaceutiques sûrs, efficaces et de qualité à la population africaine. En 2019 fut signé le Traité relatif à la création de l'Agence africaine du médicament¹⁵ dont le Préambule rappelle la circulation de nombreux produits falsifiés. On assiste donc à un mouvement similaire à celui de l'Europe, avec des différences importantes, sur le plan scientifique et technique évidemment, mais aussi sur le plan juridique puisque l'Union africaine, qui regroupe 55 États, dépend de la capacité et de la volonté des États de respecter le texte adopté au niveau interétatique, l'UA n'ayant pas la capacité d'édicter des textes directement applicables et ne bénéficiant pas d'une Cour de Justice, mais d'un système de règlement des différends qui nécessite au cas par cas la désignation d'un tribunal arbitral.

12. L'ANSM est l'un des acteurs mobilisés pour repérer les filières illicites sur Internet dans le cadre de l'opération internationale dite PANGEA, impliquant 99 pays.

13. Pour un aperçu des objectifs et des compétences de l'UA, cf. <https://au.int/fr/appercu>

14. Loi-type de l'Union africaine sur la réglementation des produits médicaux https://au.int/sites/default/files/pages/32895-file-au_model_law_french.pdf

15. https://au.int/sites/default/files/treaties/36892-treaty-0069_-_ama_treaty_f.pdf

Le but de la loi-type de 2016 est d'inciter les États à établir un système efficace et efficient de réglementation et de contrôle des produits médicaux et de veiller à ce que ces produits répondent aux normes requises de sécurité, d'efficacité et de qualité. La loi recommande ainsi que chaque État mette en place des autorités nationales de réglementation pharmaceutique et définisse leurs pouvoirs et attributions¹⁶. Elle prône l'instauration d'un système national complet de réglementation : dispositif d'autorisation de mise sur le marché ; licences pour les fabricants, importateurs, exportateurs, grossistes et distributeurs. ; système de surveillance des médicaments après leur mise sur le marché (pharmacovigilance, procédure de rappel et de retrait des lots non-conformes), d'inspection et de contrôle qualité des médicaments.

S'agissant spécifiquement des médicaments falsifiés et de qualité inférieure, l'article 22 « Interdiction de produits médicaux de qualité inférieure / faux / falsifiés / fausement étiquetés / contrefaits (SSFFC) » énonce: « 1) Nul ne peut fabriquer, importer, exporter, fournir, stocker, distribuer ou vendre des produits médicaux SSFFC; 2) L'Agence / Autorité émet des directives stipulant les procédures de traitement des produits médicaux SSFFC en collaboration avec d'autres institutions compétentes ». Enfin, la loi-modèle prévoit un mécanisme de coopération régionale et internationale entre les États membres, rappelant que l'autorité de contrôle doit prendre les mesures appropriées pour lutter contre la production, la circulation et l'utilisation des médicaments falsifiés et de qualité inférieure, des drogues illicites, des stupéfiants et des substances psychotropes.

De nombreux pays africains ont adopté cette loi-modèle et la création de l'Agence africaine du médicament¹⁷ devrait

16. Les agences sanitaires sont devenues une pièce maîtresse du gouvernement des risques dans les sociétés des sciences et des techniques, Marie-Angèle HERMITTE, « La fondation juridique d'une société des sciences et des techniques par les crises et les risques », in Claudine BURTON-JEANGROS, Christian GROSSE et Valérie NOVEMBER (dir.), *Face au risque*, Georg, coll. L'Equinoxe, 2007 p.29 ; Nicole BRICQ, « Les agences en matière de sécurité sanitaire : de la réactivité à la stratégie », *Rapport d'information*, n° 355 (2006-2007).

17. Le Traité portant création de l'Agence africaine du médicament a été adopté le 11 février 2019. Le texte du Traité est disponible à l'adresse suivante : https://au.int/sites/default/files/treaties/36892-treaty-0069_-_ama_treaty_f.pdf

contribuer à renforcer l'harmonisation et la coordination de la lutte contre les médicaments falsifiés ou de qualité inférieure sur le continent africain. Sur le plan juridique, les États africains ont donc désormais la possibilité d'avoir un système complet de droit pharmaceutique, largement conforme aux normes internationalement reconnues. Toutefois, si la réglementation pharmaceutique vise à garantir la sécurité sanitaire et à prévenir l'introduction de faux médicaments dans la chaîne d'approvisionnement, elle ne produira ses effets qu'une fois la mise en place du système achevée et à la condition qu'elle soit associée à une forte répression pénale. D'autre part, ce « modèle » issu des pays industrialisés peine à inclure les caractéristiques des marchés des pays en voie de développement où les marchés informels spontanés, qu'ils soient urbains ou ruraux, occupent une place essentielle, entraînant souvent un développement de capacités techniques et commerciales, mais aussi des frictions entre les régulations étatiques et les autorégulations des marchés de base¹⁸.

454

2. La répression pénale du trafic de faux médicaments

Si chaque État doit avoir élaboré ses propres sanctions pénales, les différents niveaux interétatiques sont essentiels pour pouvoir combattre des phénomènes qui impliquent des circulations d'autant plus difficiles à appréhender qu'elles sont largement internationalisées¹⁹. Les trafics de médicaments les plus importants sont depuis longtemps déjà des entreprises mafieuses impliquant une répression pénale dont on connaît les difficultés. Elle est tentée à tous les niveaux géopolitiques, depuis l'approche onusienne de la criminalité organisée (a et b), jusqu'à la convention européenne MEDICRIME qui généralise un droit pénal spécifique et oblige les États l'ayant ratifiée, dont un certain nombre d'États africains, à des dispositions précises modifiant leur code pénal (c).

18. Carine BAXERRES, « D'intermédiaire informel, devenir détaillant, grossiste puis producteur pharmaceutique : les trajectoires « vertueuses » des hommes d'affaires du médicament au Ghana », in Carine BAXERRES et Charlie MARQUIS (COORD.), *Régulations, Marchés, Santé - Interroger les enjeux actuels du médicament en Afrique*, 2018 (on-line, déc.2018)

19. Jean-Sylvestre BERGÉ, *Les situations en mouvement et le droit*, Dalloz, 2021. L'auteur, à partir de divers exemples concrets, parle de circulations au-delà du contrôle.

a) *Au niveau international, les trafics de faux médicaments,
élément de la lutte contre la criminalité organisée*

La lutte contre la criminalité organisée au niveau international relève traditionnellement de l'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime (ONUDC) à travers la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée (CNUCTO) du 15 novembre 2000²⁰, dont l'ONUDC est le gardien. En 2011, la vingtième session de la Commission pour la prévention du crime et la justice pénale (CPCJP) de l'ONUDC a adopté la résolution 20/6 sur les produits médicaux falsifiés et frauduleux, en raison de l'inquiétude suscitée par l'implication du crime organisé dans le trafic de faux médicaments²¹. Cette résolution souligne l'implication du crime organisé et donc la nécessité du renforcement des capacités de la justice pénale. À cet égard, la convention donne les cadres de l'entraide judiciaire, l'extradition, la saisie, le gel et la confiscation des instruments et du produit du crime. L'ONUDC recommandait donc aux États de mettre ces dispositions au profit du renforcement de la coopération internationale dans la lutte contre le trafic de faux médicaments et d'inclure dans leur code pénal tout ce qui lie le trafic des médicaments au blanchiment d'argent, la corruption, la contrebande « afin de n'omettre aucune étape de la filière ».

Par ailleurs, toutes les forces onusiennes, du contrôle des stupéfiants à l'OMS, de l'Organe international de l'Organisation mondiale des douanes à l'Organisation internationale de police criminelle ainsi que, le cas échéant, le secteur privé, les organisations de la société civile et les associations professionnelles, sont priées d'aider les États membres à renforcer leurs capacités à démanteler ces réseaux criminels impliqués dans les différentes étapes de la chaîne d'approvisionnement illicite, en particulier la distribution et le trafic de produits médicaux falsifiés, de mieux utiliser les diverses expériences, compétences techniques et ressources de chaque organisation et de créer des synergies avec les

20. Elle est entrée en vigueur en 2003, <https://www.unodc.org/documents/treaties/UN-TOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-f.pdf>

21. https://www.unodc.org/documents/organized-crime/FM/Resolution_20_FR.pdf; cela englobe les médicaments « dont le contenu est inerte ou inférieurs, supérieur ou différent de ce qui est indiqué ou qui sont périmés »

partenaires intéressés. La comparabilité des systèmes développés et en voie de développement est toutefois difficile, des systèmes de distribution informels pouvant porter sur des médicaments produits de manière légale, souvent des génériques de fabrication asiatique ou africaine²².

Les mêmes objectifs sont déclinés au niveau européen à travers le Conseil de l'Europe et la convention MEDICRIME qui présente la spécificité d'être ouverte à tous les États, un certain nombre de pays en développement ayant saisi cette opportunité.

b) *La convention MEDICRIME du Conseil de l'Europe, la pénalisation conjointe de la contrefaçon et de la falsification des médicaments*

Le Conseil de l'Europe a adopté, le 8 décembre 2010, une convention internationale qui constitue le premier instrument juridique contraignant dans le domaine du droit pénal en criminalisant la contrefaçon des produits médicaux et des infractions similaires menaçant la santé publique : la Convention MEDICRIME²³. « Jusqu'à présent, de nombreux pays fondaient leurs poursuites pour falsification de produits médicaux sur des lois relatives aux droits de propriété intellectuelle, ce qui excluait la possibilité de poursuites fondées sur les dommages causés aux victimes de médicaments falsifiés »²⁴. La Convention MEDICRIME, met l'accent sur la santé publique, ce qui permet à toute personne ayant été exposée au danger de médicaments falsifiés d'engager une action pénale, que cette falsification repose sur une contrefaçon au sens juridique du terme, ou non. La convention impose aux États parties de transposer ces définitions dans leur législation nationale, ce qui permet d'espérer à terme la création d'un

22. Un auteur comme C. Baxerres va jusqu'à suggérer que le discours sur les médicaments falsifiés serait en partie « fantasmé », sous l'influence des industriels de la pharmacie pour bloquer ou ralentir la construction de capacités de production locales ; Carine BAXERRES, « Faux médicaments, de quoi parle-t-on ? Contrefaçons, marché informel, qualité des médicaments. Réflexions à partir d'une étude anthropologique conduite au Bénin », *Bull. Soc. Pathol. Exot.*, 2014, n° 2, vol. 107.

23. Convention sur la contrefaçon des produits médicaux et les infractions similaires menaçant la santé publique. <http://www.edqm.eu/fr/convention-medicrime-1470.html>

24. *Questions et réponses*, p. 21, <https://rm.coe.int/medicrime-10-questions-and-answers-fr/168096d6bd>

cadre juridique commun facilitant les poursuites de telles infractions.

La convention recouvre un large champ d'application puisqu'elle porte sur les produits médicaux (en ce compris les médicaments à usage humain et vétérinaire et les dispositifs médicaux), qu'ils soient ou non protégés par des droits de propriété intellectuelle ou qu'ils soient ou non des produits génériques, y compris les accessoires destinés à être utilisés avec les dispositifs médicaux, ainsi que les substances actives, les excipients, les éléments et les matériaux destinés à être utilisés dans la fabrication de produits médicaux. Elle érige en infraction pénale, pour les personnes physiques et les personnes morales, pour l'auteur principal et les complices, différents actes pouvant conduire à des falsifications : falsification de documents, fabrications, stockage, importations et exportations, mises sur le marché sans autorisation.

Les États doivent prévoir des sanctions effectives, proportionnées et « dissuasives » (art. 12), tenant compte de la gravité des infractions commises. Les sanctions pour les infractions commises par les personnes physiques peuvent être des sanctions pécuniaires pénales ou non pénales et/ou des sanctions privatives de liberté pouvant donner lieu à l'extradition. L'article 11 prévoit que les sanctions pour les infractions commises par les personnes morales peuvent comprendre des sanctions pécuniaires pénales ou non pénales, des mesures d'interdiction temporaire ou définitive d'exercer une activité commerciale, un placement sous surveillance judiciaire et/ou une mesure judiciaire de dissolution de l'entreprise.

Tous les instruments du droit pénal, et particulièrement ceux caractéristiques de la propriété industrielle, sont sollicités: saisie et confiscation des produits médicaux, des substances actives, excipients, éléments, matériaux et accessoires, ainsi que des biens, documents et autres moyens matériels utilisés pour commettre les infractions ou en faciliter la commission et des produits de ces infractions, ou de biens d'une valeur équivalente à ces produits; destruction de tous les produits impliqués.

La convention définit des circonstances aggravantes spécifiques, les atteintes à la santé bien sûr, mais aussi l'abus de confiance, le recours à Internet, source très fréquente d'accès aux médicaments falsifiés, organisation par des réseaux

criminels dont l'implication ne cesse de croître. Par ailleurs, elle tente de préciser des mécanismes permettant d'aider les victimes dans leurs démarches (art. 19 et 20) : droit d'information, mesures d'assistance pour assurer leur rétablissement physique, psychologique et social, ainsi qu'un « droit à un dédommagement par les auteurs d'infractions ».

Enfin, la convention impose aux États parties de mettre en place des mesures nationales de coopération et d'échange d'informations entre les représentants des autorités sanitaires, des douanes, des forces de l'ordre, des représentants des secteurs commercial et industriel, en coopération avec le secteur privé et la société civile. Le trafic de faux médicaments revêtant un caractère transfrontalier, l'ambition de la convention est de créer une coalition mondiale pour lutter contre ce type de criminalité internationale. Il importe de préciser que si la convention a été élaborée sous l'égide du Conseil de l'Europe, elle n'est toutefois pas conçue pour les seuls 47 États membres du Conseil de l'Europe ; elle est également ouverte aux États tiers. Il est intéressant de constater que, à ce jour, seulement 36 pays ont signé la Convention MEDICRIME, ce qui est peu, que l'Union européenne ne l'a pas signée²⁵, et que 18 pays seulement l'ont ratifiée: Albanie, Arménie, Belgique, Bosnie Herzégovine, Croatie, Espagne, Fédération de Russie, France, Hongrie, Portugal, République de Moldavie, Suisse, Turquie, Ukraine, Bélarusse, Bénin, Burkina Faso, Guinée²⁶. Parmi eux, seuls la France, la Russie, la Suisse et la Turquie sont des pays qui comptent à des titres divers dans la production pharmaceutique mondiale; en revanche de nombreux pays africains développent à l'heure actuelle une industrie du générique.

Après avoir ratifié la Convention MEDICRIME, les États parties ont accès à une expertise juridique pour transposer les dispositions de la convention dans la législation natio-

25. Les pays signataires sont très inégalement capables de fabriquer des produits pharmaceutiques, ainsi de l'Albanie, Arménie, Bosnie-Herzégovine, Chypre, Liechtenstein, Luxembourg, République de Moldavie, Bénin, Burkina Faso, Côte d'Ivoire, Guinée. D'autres ont des capacités plus ou moins convaincantes, Ukraine, Bélarusse, Serbie, Croatie, Hongrie, Islande, Finlande, Maroc, Slovénie, Belgique, Danemark, Espagne, Portugal. N'ont de véritable industrie que l'Allemagne, l'Autriche, la Fédération de Russie, la France, la Suisse, la Turquie, Israël.

26. <https://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/211/signatures>

nale. Ils bénéficient également d'une formation à l'intention des professionnels du droit pour les aider à comprendre la nature de la falsification des produits médicaux et les infractions similaires. Ils jouissent, d'autre part, d'un cadre de coopération nationale et internationale à travers les différents secteurs de l'administration publique (police, douane, autorités judiciaires et de santé). Et ils participent au Comité des Parties l'organe de suivi de la convention – qui inclut des représentants de chaque État partie et qui est chargé d'en surveiller la mise en œuvre et de guider la collaboration internationale intersectorielle.

c) *Le guide de bonnes pratiques d'ONUSD*

L'ONU avait fait précocement le constat selon lequel la criminalité organisée en matière de faux médicaments utilise les mêmes canaux et techniques que ceux employés pour le trafic d'autres substances illicites, et que les trafiquants exploitent les failles et les divergences existant entre les législations nationales et entre les divers systèmes de justice pénale des États. Mais force était de constater que l'Organisation ne peut pas intervenir directement dans les législations pénales, et que MEDICRIME avance lentement et ne concerne qu'un nombre limité d'États. L'ONUSD, branche spécialisée dans le crime organisé et les trafics de substances illicites, a donc lancé, le 21 mai 2019, un Guide de bonnes pratiques législatives pour lutter contre la criminalité liée aux produits médicaux falsifiés afin d'aider l'ensemble des pays de la communauté internationale à adopter ou à renforcer leur législation dans ce domaine, ainsi qu'à protéger la santé publique²⁷. Les dispositions relatives au crime organisé sont particulièrement développées (Chapitre III C²⁸). L'objectif est clairement d'inciter à élaborer des instruments juridiques les plus proches possibles, mais le guide donne des exemples de dispositions bien conçues dans des législations aussi différentes que le Drug Act du Bangladesh ou le *Drugs and Related Substances Act* du Botswana.

27. Le texte fait d'emblée référence à sa résolution 20/6 précitée p. 9, à MEDICRIME aussi bien qu'à la loi-modèle de l'Union africaine ou à la Directive 2011/62 de l'UE https://www.unodc.org/documents/treaties/publications/19-00741_Guide_Falsified_Medical_Products_ebook.pdf

28. En visant également ceux qui « conseillent », donc les conseillers juridiques, fiscaux, et les avocats d'une manière générale.

Comme les instruments précédents, le terme « produits médicaux falsifiés » utilisé dans ce guide repose sur la définition adoptée par l'OMS lors de l'Assemblée mondiale de 2017. Mais contrairement à la plupart des autres instruments juridiques qui traitent ensemble les contrefaçons et les falsifications, le guide exclut totalement tout ce qui concerne la propriété industrielle : « In this context, it is important to note once again that this Guide does not deal with the protection of intellectual property rights »²⁹.

Il est pris au sens large, recouvrant les médicaments, les excipients et les substances actives, mais aussi les dispositifs médicaux, leurs pièces et matériaux et les accessoires utilisés conjointement avec les dispositifs médicaux aussi bien que les outils de diagnostic. La définition que donne le guide tient donc compte de l'étroite relation entre les médicaments et les dispositifs médicaux, du fait que les organisations criminelles couvrent l'ensemble dans leurs activités criminelles, puisqu'ils portent tous atteinte à la santé publique.

Le guide constitue un outil pratique pour les États lorsqu'ils rédigent, modifient ou révisent leur législation nationale, en fournissant de nombreux exemples de dispositions juridiques dans divers États issus de différentes traditions juridiques. Il ne constitue toutefois pas un traité, ni une loi-type ou loi-modèle, dans la mesure où la législation nationale doit être adaptée à la tradition juridique, aux conditions sociales, économiques, culturelles et géographiques de chaque État. Les États doivent donc adapter les exemples de dispositions proposées dans ce guide au contexte local, aux obligations auxquelles ils sont tenus du fait de la signature et de la ratification d'autres traités, aux principes constitutionnels, et aux dispositions internes en vigueur en matière d'exécution.

Proche de MEDICRIME, le guide insiste particulièrement sur l'importance de réguler la chaîne d'approvisionnement pharmaceutique (*supply chain*), donc les questions

29. Cela correspond à certaines analyses selon lesquelles la lutte contre les contrefaçons porte aussi sur des médicaments de bonne qualité quoique produits de manière illicite; Mathieu QUET, *Impostures pharmaceutiques. Médicaments illicites et luttes pour l'accès à la santé*, Paris, La Découverte, coll. « Les Empêcheurs de penser en rond », 2018; dans la même perspective, Alain ANTIL soutient que les productions illicites sont un facteur d'apprentissage; Alain ANTIL, *l'Afrique dans la globalisation de l'illicite. Le développement de l'illicite est aussi un mode d'insertion dans la mondialisation*, Institut français des relations internationales, Ramses, 2015, pp. 98-101.

de traçabilité, d'inspection, particulièrement dans les zones franches, et la nécessité de collecter, d'analyser et d'échanger les données, d'où l'importance accordée au défaut de signalement d'un manquement par l'un des participants à la chaîne d'approvisionnement. D'autre part, en tant que guide pour l'élaboration de sanctions pénales, il rentre dans les fondamentaux du droit pénal - compétences territoriales et personnelles, élément matériel et élément intentionnel – et suggère de manière détaillée les types d'infractions directement liées aux produits médicaux falsifiés: infractions relatives à la production, à la circulation, à la détention de produits médicaux falsifiés, au passage du circuit illégal à la mise en circulation dans le circuit de distribution pharmaceutique ; infractions relatives à la vente à distance de produits médicaux falsifiés. Et il prévoit également une série d'infractions relatives à la falsification de documents (particulièrement importante dans les mécanismes de traçabilité), d'équipements, d'outils et de matériels, et des infractions associées: association de malfaiteurs, complicité, blanchiment d'argent, obstruction à la justice. Le guide rappelle, par ailleurs, que la législation nationale doit prévoir des peines graduées et appropriées en fonction de la nature des infractions commises et des circonstances dans lesquelles elles ont été commises. Il importe de rappeler que le chapitre IV traite de la responsabilité des personnes morales, de même que MEDICRIME, alors que c'est un type de responsabilité qui n'est pas connu de la totalité des législations pénales; différentes propositions sont donc faites. Le chapitre V aborde les enquêtes, y compris par infiltration des réseaux et surveillance électronique, les procédures de saisie et de confiscation; le chapitre VI a trait aux poursuites pénales, tandis que le chapitre VII porte sur la coopération nationale et internationale. Enfin, le chapitre VIII est consacré à des types de protection particulièrement importants dans le cadre de ces réseaux mafieux, assistance des témoins, des lanceurs d'alerte avec le modèle irlandais du *Protected Disclosures Act* de 2014 et bien sûr des victimes.

Le guide de l'ONU DC offre donc aux États de nombreux exemples sur la façon dont ils peuvent mettre en œuvre les obligations posées par la Convention MEDICRIME. Il devrait, dès lors, constituer un outil précieux au service de la lutte contre le trafic international de faux médicaments.

1. I dati come beni in senso giuridico

I dati personali, e così i dati *tout court*, possiedono al giorno d'oggi un rilevante valore economico. L'intero sistema dell'industria 4.0, che è tipicamente *data driven*, non può essere compreso prescindendo da tale assunto. I dati costituiscono, in particolare, un elemento essenziale di molti prodotti e servizi "smart" offerti sul mercato, possono essere la fonte di un rilevante vantaggio competitivo, e le applicazioni dell'intelligenza artificiale non fanno altro che rafforzare la premessa iniziale. Tuttavia, l'acquisizione di un valore economico, com'è noto, non è di per sé un presupposto condizionante rispetto alle scelte di valorizzazione giuridica dei beni.

Stabilire se un'entità, che abbia acquisto sul piano socio-economico un apprezzabile valore di scambio, sia un bene tecnicamente appropriabile e poi, secondariamente, se sia suscettibile di costituire oggetto di contratti, aventi efficacia obbligatoria o reale, è scelta rimessa esclusivamente all'ordi-

* Professore Ordinario di Diritto Privato Comparato. Università degli studi Roma Tre.
E-mail: giorgio.resta@uniroma3.it

namento giuridico (cfr. art. 810 c.c.). L'intera vicenda della 'patrimonializzazione' del corpo e del materiale biologico umano, così acutamente indagata da Marie-Angèle Hermitte nel corso della propria attività di ricerca, offre di ciò un limpido riscontro².

Quanto al primo aspetto, di recente si è molto dibattuto se sia possibile riconoscere, a diritto vigente, un diritto esclusivo sui dati non personali, e segnatamente sui *machine produced data*, il quale trascenda i limiti sottesi alla tutela del costituente di banche dati o al titolare di segreto industriale³. Del pari, diversi autori hanno difeso la tesi per cui dei dati personali possa predicarsi una vera e propria appartenenza di stampo proprietario.

Su tali problemi si potrebbe dibattere a lungo, e sarebbe opportuno farlo non rimanendo limitati alla prospettiva d'indagine propria del giurista, ma integrando nell'analisi le risultanze della riflessione dei sociologi, degli economisti, dei filosofi e degli informatici. Esulando dagli scopi della presente trattazione un'analisi monografica di tale tematica, basterà limitarsi a segnalare come le obiezioni mosse nei confronti delle prospettazioni di stampo proprietario appaiono difficilmente superabili. E ciò perché il sistema europeo della tutela dei dati personali è costruito in funzione attuativa del precetto di protezione dei diritti fondamentali, e segnatamente del diritto iscritto nell'art. 8 della Carta UE. Il Regolamento generale sulla protezione dei dati in sigla RGPD (UE n. 2016/679), in particolare, non è volto a riconoscere privative su beni immateriali, bensì a "tutelare le persone fisiche" «con riguardo al trattamento dei dati personali» (come recita il titolo dello stesso atto normativo); e, dunque, a bilanciare l'interesse al controllo sull'utilizzazione dei propri dati personali con l'opposto interesse all'accesso e alla circolazione delle informazioni. È, invece, assente dalla prospettiva di intervento del legislatore, e più in generale del diritto europeo, l'idea

2. V., tra i molti studi in materia, Marie-Angèle HERMITTE, *Le corps hors du commerce hors du marché*, «Arch. phil. dr.», 1988, p. 323 ss.; ID., *Le sang et le droit. Essai sur la transfusion sanguine*, Paris, Éd. Du Seuil, 1996, 141 ss.

3. V. in senso critico Josef DREXL, *Legal Challenges of the Changing Role of Personal and Non-Personal Data in the Data Economy*, in Alberto DE FRANCESCHI et al., *Digital Revolution: New Challenges for Law*, München – Baden Baden, Beck-Nomos, 2019, p. 19.

di ascrivere diritti esclusivi aventi contenuto patrimoniale sui dati personali⁴.

Non è invece estraneo all'impianto regolatorio sottostante l'obiettivo di conciliare la protezione degli interessi della persona con il fluido funzionamento del mercato intracomunitario delle informazioni. Perciò, piuttosto che attardarsi a ribadire gli argomenti, più volte avanzati, in grado di smentire l'assunto dei dati personali come termine di riferimento di diritti di privativa, appare più produttivo concentrarsi sui rapporti negoziali "a valle", per comprendere in che modo il suddetto temperamento di interessi possa essere perseguito nella fase "dinamica" della circolazione dei dati personali.

In particolare, è necessario porsi tre ordini di domande: *a)* i dati personali possono costituire oggetto di un contratto?; *b)* quali sono gli effetti che siffatti accordi sono in grado di produrre?; *c)* attraverso quali regole la natura fondamentale ed inalienabile del diritto alla protezione dei dati può essere conciliata con la vincolatività degli effetti propria dello strumento contrattuale?

Il settore della protezione dei dati personali è ormai quasi integralmente disciplinato dalle fonti di diritto europeo, primario e derivato. Perciò, per rispondere ai quesiti pocanzi formulati, è necessario adottare una prospettiva multilivello, integrando l'analisi del diritto interno con il diritto sovranazionale. In particolare, è necessario soffermare l'attenzione su due diversi testi, che, sia pure da differenti prospettive, si accostano al problema della "disposizione" dei dati personali. Il primo attiene, in senso ampio, al settore della contrattazione *online* e in particolare alla tutela dei diritti dei consumatori; il secondo alla protezione dei dati personali. Si allude, rispettivamente, alla Direttiva (UE) 2019/770 relativa alla fornitura di contenuti e servizi digitali, e al Regolamento (UE) n. 2016/679 sulla protezione dei dati personali (RGPD).

4. Giorgio RESTA, *Governare l'innovazione tecnologica: decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di uguaglianza*, in «Pol. dir.», 2019, p. 199 ss., spec. 204-205.

2. Il modello “servizi contro dati” e la Direttiva sulla fornitura di contenuti digitali

La Direttiva 2019/770 sulla fornitura di contenuti e servizi digitali si connota per un approccio dichiaratamente realistico. Essa non ignora, cioè, ed è questo uno dei suoi pregi maggiori, l'evoluzione dei rapporti di mercato e lo straordinario valore che i dati personali hanno assunto nel contesto dell'economia dell'informazione⁵.

In particolare, essa muove dalla constatazione che in vari segmenti di mercato, e in particolare in presenza di mercati *multisided*, si è passati dal modello dello scambio remunerato a quello del servizio gratuito. La “zero marginal cost society”, di cui scrive Rifkin, è una realtà ormai consolidata ed uno dei fattori su cui essa si basa è costituito proprio dal significato economico della disponibilità dei dati.

Non è certo per spirito di liberalità o per disinteressata generosità che molti servizi digitali, come la posta elettronica, l'accesso a *social network*, i servizi di *cloud*, i quali pure hanno un costo di esercizio non del tutto trascurabile, sono offerti a titolo gratuito⁶. Il sistema peraltro trascende lo stretto ambito dell'economia digitale, per interessare ormai una pluralità di rapporti: si pensi unicamente, da questo punto di vista, ai contratti di assicurazione r.c. che prevedono premi ridotti qualora l'assicurato consenta all'installazione nella propria autovettura di una ‘scatola nera’ atta a registrare tempi, modalità e condizioni di guida, oltre a dati personali⁷. Nonostante l'apparente gratuità, tutti questi servizi sono remunerati adeguatamente – sebbene in maniera opaca – attraverso il flusso dei dati personali connesso alla singola transizione o alla serie di transazioni rese possibili

465

5. Su questo punto, tra i molti, v. Axel METZGER, *Dienst Gegen Daten: Ein Synallagmatischer Vertrag*, «ACP», 2016, p. 818 ss.; Herbert ZECH, *Data as a Tradeable Commodity*, in Alberto DE FRANCESCHI (a cura di), *European Contract Law and the Digital Single Market. The Implications of the Digital Revolution*, Cambridge-Antwerp-Portland, Intersentia, 2016, p. 51 ss.; Carmen LANGHANKE, Martin SCHMIDT-KESSEL, *Consumer Data as Consideration*, «EuCML», 2015, p. 218 ss.

6. Madalena NARCISO, *'Gratuitous' Digital Content Contracts in EU Consumer Law*, *Consumer Law*, «EuCML», 2017, p. 198 ss.

7. Alberto DE FRANCESCHI, *La circolazione dei dati personali nella proposta di Direttiva UE sulla fornitura di contenuti digitali*, in Alessandro MANTELETO, Dianofa POLETTI (a cura di), *Regolare la tecnologia: il Regolamento UE 2016/679 e la protezione dei dati personali*, Pisa, Pisa University Press, 2018, p. 203 ss., 204.

dall'attivazione del servizio. Di qui l'esigenza di sottoporre tali rapporti ad una disciplina non divergente da quella ordinaria, in particolare per quanto concerne i profili di tutela del consumatore.

Questo è il senso, indipendentemente da alcune alchimie lessicali, alle quali si farà cenno a breve, del primo comma dell'art. 3, ove si stabilisce l'applicabilità della Direttiva 2019/770 non soltanto ai contratti in cui il consumatore, in cambio del contenuto o servizio digitale fornito dal fornitore, corrisponde o si impegna a corrispondere un prezzo, ma anche ai contratti tramite i quali «l'operatore economico fornisce o si impegna a fornire contenuto digitale o un servizio digitale al consumatore e il consumatore fornisce o si impegna a fornire dati personali all'operatore economico, fatto salvo il caso in cui i dati personali forniti dal consumatore siano trattati esclusivamente dall'operatore economico ai fini della fornitura del contenuto digitale o del servizio digitale a norma della presente direttiva o per consentire l'assolvimento degli obblighi di legge cui è soggetto l'operatore economico e quest'ultimo non tratti tali dati per scopi diversi da quelli previsti».

Il ragionamento di *policy* che è sotteso alla scelta di estendere l'applicabilità della Direttiva medesima ai rapporti "servizi contro dati" è esplicitato nel considerando n. 24. Converrà riprodurne per interno il testo:

«La fornitura di contenuti digitali o di servizi digitali spesso prevede che, quando non paga un prezzo, il consumatore fornisca dati personali all'operatore economico. Tali modelli commerciali sono utilizzati in diverse forme in una parte considerevole del mercato. Oltre a riconoscere appieno che la protezione dei dati personali è un diritto fondamentale e che tali dati non possono dunque essere considerati una merce, la presente direttiva dovrebbe garantire che i consumatori abbiano diritto a rimedi contrattuali, nell'ambito di tali modelli commerciali».

Si deve notare che la versione originaria della Proposta di Direttiva licenziata dalla Commissione prediligeva una diversa formulazione⁸. In particolare, l'art. 3, primo comma, configurava espressamente i dati personali come «con-

8. COM(2015) 634 final. Si veda Giorgio RESTA, Vincenzo ZENO-ZENCOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, «Riv. trim. dir. proc. civ.», 2018, p. 411 ss.

troprestazione non pecuniaria» atta a sorreggere sul piano causale la fornitura di servizi o contenuti digitali. L'espressa qualificazione dei dati personali come "controprestazione" aveva dato luogo ad equivoci ed obiezioni, che si trovano espressi con particolare forza argomentativa nell'apposito parere reso dallo *European Data Protection Supervisor*, ove si afferma che «[i] diritti fondamentali, come il diritto alla protezione dei dati personali, non possono essere ridotti a semplici interessi dei consumatori e i dati personali non possono essere considerati una mera merce»⁹. Da queste valutazioni traspare non soltanto un diverso apprezzamento delle implicazioni sistematiche dell'art. 3 della proposta, ma il conflitto tra due antitetici modelli di lettura del diritto alla protezione dei dati: l'uno, riflesso nella versione originaria della proposta, improntato ad una lettura se non patrimonialistica quanto meno pragmatica del fenomeno della circolazione dei dati; l'altro, scolpito nelle parole del garante europeo, orientato in chiave prettamente personalistica. Secondo quest'ultima prospettiva, i dati non potrebbero essere equiparati ad una merce e come tali non dovrebbero essere suscettibili di integrare il sinallagma contrattuale.

467

Ad osservare le modifiche apportate nel testo finale della Direttiva, si potrebbe essere indotti a pensare che quest'ultima lettura abbia avuto la meglio. Da un lato, infatti, si è abbandonata l'espressa qualificazione dei dati come «controprestazione non pecuniaria»; dall'altro, si è espressamente ribadito nel considerando n. 14 che i dati personali «non possono essere considerati una merce».

Tuttavia, mentre non si può che esprimere soddisfazione per quest'ultima precisazione, che ha un indubbio valore simbolico, sarebbe ingenuo ritenere che il *lifting* testuale così realizzato abbia trasformato la sostanza del modello regolatorio iscritto nella Direttiva 2019/770. E ciò non tanto nel senso che la differente formulazione accolta nell'art. 3, primo comma, sia del tutto priva di conseguenze operative (ad esempio in ordine all'applicabilità della disciplina dei contratti a prestazioni corrispettive). Si intende piuttosto affermare che già la formulazione originaria della Proposta di Direttiva aveva un significato e una funzione diversa da

9. EDPS, *Opinion on the Proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content*, 2017, 4, p. 9.

quella di legittimare e far proprio un modello di pura circolazione di mercato dei dati personali. A veder le cose in maniera più distaccata, sembra che si possa affermare che l'art. 3 della proposta fosse stato concepito essenzialmente come norma di competenza, atta a stabilire il perimetro di applicabilità della Direttiva e dei rimedi da questa forgiati. Come si leggeva nel considerando n. 13, sotteso all'intera disciplina era l'obiettivo di realizzare un trattamento paritario di situazioni funzionalmente assimilabili sul piano della razionalità economica¹⁰.

Escludere il modello "servizi contro dati" dall'ambito di applicazione della Direttiva, e dunque negare ai consumatori i rimedi contrattuali ivi previsti, soltanto in ragione della particolare natura della controprestazione, "significherebbe discriminare alcuni modelli commerciali e incoraggerebbe in modo ingiustificato le imprese ad orientarsi verso l'offerta di contenuti digitali contro la messa a disposizione di dati. Vanno garantite condizioni di parità eque"¹¹.

Tale esigenza probabilmente non implicava, ma il nuovo testo fuga ogni dubbio in proposito, un *vulnus* per la normativa di protezione dei dati personali, in quanto l'art. 3, comma 8, della Proposta faceva espressamente salva l'applicabilità di tale disciplina, alla quale sarebbe spettata la definizione delle regole preordinate a stabilire i requisiti di validità e gli effetti di qualsiasi atto dispositivi di diritti sui dati personali. Un principio, quest'ultimo, ora riaffermato ed ulteriormente precisato nel nuovo art. 3, comma 8, che stabilisce che «in caso di conflitto tra le disposizioni della presente direttiva e del diritto dell'Unione in materia di protezione dei dati personali, prevale quest'ultimo».

Se la Direttiva 2019/770 non fa che disciplinare alcuni aspetti dei rapporti negoziali "a valle" aventi ad oggetto la fornitura di dati personali preordinata all'accesso a servizi gratuiti, prendendo atto realisticamente del valore che assumono i dati nel contesto dell'economia 4.0, è alla normativa

10. Claire LOBET-MARIS, *Du fétichisme de la donnée personnelle. Relecture politique et critique de la vie privée*, in *Law, Norms and Freedoms in Cyberspace - Liber amicorum Yves Poullet*, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 685, 693 ss.

11. Sul punto v. le riflessioni di Natali HELBERGER, Frederik BORGESIU, Agustín REYNA, *The Perfect Match? A Closer Look at the Relationship Between EU Consumer Law and Data Protection Law*, «Common Market L. Rev.», 2017, 54, p. 1427 ss., 1445.

primaria in materia di protezione dei dati – oltre che alle regole nazionali in materia di diritto dei contratti e degli altri atti di autonomia privata – che ci si deve rivolgere al fine di capire quali siano giuridicamente i limiti e le forme nelle quali l'autonomia negoziale può esprimersi in questa delicata materia¹².

È essenziale, allora, focalizzare lo sguardo sul Regolamento 2016/679 per capire se e a quali condizioni un atto dispositivo dei diritti sui dati personali preordinato ad ottenere l'accesso a beni o servizi offerti da un operatore economico sia valido ed efficace. Dopo aver compiuto una siffatta analisi, si dovrà ritornare al testo della Direttiva 2019/770 per capire quale sia la disciplina di raccordo tra l'atto di consenso al trattamento dei dati e il contratto che regola gli aspetti patrimoniali e negoziali della fattispecie.

3. La disciplina del consenso nel Regolamento sulla protezione dei dati personali

La lettura del Regolamento non è scevra da difficoltà. L'attenzione deve appuntarsi in particolare sull'art. 4, n. 11, che definisce il contenuto della nozione di “consenso” dell'interessato, e sull'art. 7, comma 4, che fissa con maggior precisione i requisiti sostanziali di validità di tale atto giuridico. In particolare, la prescrizione più critica è quella che attiene alla c.d. “libertà” del consenso. Il consenso, secondo l'art. 4, n. 11, è atto giuridicamente vincolante soltanto se esprime una manifestazione di volontà “libera” e informata. Quale è l'esatto significato di tale nozione?¹³

Un cultore della teoria negoziale risponderebbe immediatamente: un negozio unilaterale, come il consenso, è da reputarsi giuridicamente “libero” se non è viziato da uno dei fattori perturbativi della volontà contemplati dal quarto libro del codice civile: errore, violenza e dolo. Ma a tale assunto si potrebbe agevolmente obiettare che non v'è alcuna ragione logica di ribadire espressamente in una apposita norma quanto le regole generali del negozio giuridico (o del contratto, a seconda dei modelli di riferimento) già

12. Cfr. Cons. 38.

13. Thierry LÉONARD, *Yves, si tu exploitis tes données?*, in *Liber amicorum Yves Poulet*, cit., p. 659 ss.

prescrivono con cristallina chiarezza¹⁴. Lo stesso argomento potrebbe avanzarsi nei confronti di chi ritenga, in una prospettiva dichiaratamente anti-paternalistica, che ai fini del giudizio sulla libertà del consenso è essenziale il parametro dell'informazione: un consenso informato sarebbe di per sé un consenso libero. Tuttavia, l'informazione, se è una condizione necessaria, non è invece sul piano normativo una condizione sufficiente ai fini della validità dell'atto, in quanto tale requisito è già autonomamente prescritto dal legislatore e non avrebbe senso duplicare tale concetto tramite il riferimento alla nozione di "libertà".

Per inquadrare correttamente la questione, si deve osservare che la fattispecie del consenso al trattamento dei dati è stata oggetto, a far data dall'introduzione della l. n. 675 del 1996, di una stratificata attività d'interpretazione da parte dell'autorità di regolazione (oltre che della giurisdizione ordinaria), che ha finito per attribuire alla nozione di "libertà" un contenuto più ricco ed implicante di quello ordinario¹⁵.

In primo luogo, al requisito della libertà del consenso si è fatto ricorso al fine di negare la validità di tutte quelle manifestazioni di volontà formatesi in condizioni di pressione psicologica legata a situazioni di vulnerabilità o a strutturali asimmetrie di potere¹⁶.

Tra gli esempi più ricorrenti, possono citarsi alcuni casi di trattamento nell'ambito dei rapporti di lavoro, quando le finalità di esso non siano strettamente necessarie all'esecuzione dell'obbligazione principale¹⁷.

Anche in assenza di una sostanziale disparità di potere sociale, e dunque di una sottostante pressione psicologica tale da indurre all'accettazione delle condizioni poste dal titolare del trattamento, si è ritenuto che la ponderatezza e la serenità delle scelte compiute dall'interessato possa essere inficiata dall'essere l'accesso a un bene o a un servizio —

14. In questo senso v. ora Cass., 2 luglio 2018, n. 17278, «Giur. it.», 2019, p. 530 (al par. 2.4).

15. Shaira THOBANI, *La libertà del consenso al trattamento dei dati personali e lo sfruttamento economico dei diritti della personalità*, «Eur. dir. priv.», 2016, p. 513 ss.

16. Stefan ERNST, sub § 4, in Boris PAAL, Daniel PAULY, *Datenschutz-Grundverordnung*, München, Beck, 2017, p. 46, Rn. 71; ART. 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY, *Guidelines on Consent Under Regulation 2016/679*, 28 novembre 2017, 17/EN WP259, p. 7.

17. Garante prot. dati, provv. 28 ottobre 1999, doc. web 47741; GOLA *et al.*, *Bundesdatenschutzgesetz Kommentar*; sub § 4a, München, Beck, 2015, p. 137, Rn. 22a.

anche se non strumentale all'esercizio di una libertà fondamentale – subordinato al consenso al trattamento, qualora questo non sia strettamente necessario all'adempimento della prestazione contrattuale (c.d. *Kopplungsverbot*)¹⁸. Tra i molti esempi offerti dalla giurisprudenza del garante risaltano quelli della fornitura di servizi di telefonia o altri servizi online, là dove la stipula del contratto sia resa dipendente dal consenso al trattamento dei dati per finalità ulteriori, scollegate dalla causa e non necessarie all'esecuzione del contratto a monte, come quelle pubblicitarie, di *marketing* o di profilazione del cliente. Al cospetto di tali fattispecie, tutt'altro che marginali sul piano sociale e economico, l'autorità garante ha osservato che «il consenso del contraente per l'attività promozionale deve intendersi libero quando non è preimpostato e non risulta anche solo implicitamente in via di fatto – obbligatorio per poter fruire del prodotto o servizio fornito dal titolare del trattamento. Esemplicando, non è libero il consenso prestato quando la società condiziona la registrazione al suo sito web da parte degli utenti e, conseguentemente, anche la fruizione dei suoi servizi, al rilascio del consenso al trattamento per la finalità promozionale»¹⁹. Non siamo lontani dal divieto dei *tying arrangements* iscritto nel diritto della concorrenza (cfr. art. 101, comma 1°, lett. e TFUE), ma ciò che è ancor più rilevante è che la medesima posizione espressa dal garante italiano è sostanzialmente condivisa anche dalle omologhe autorità indipendenti, nonché dalla giurisprudenza nei sistemi tedesco (ove peraltro il *Koppelungsverbot* trova un'espressa formalizzazione normativa, relativamente all'uso ulteriore dei dati per finalità promozionali, nella legge federale sulla protezione dei dati personali²⁰), francese e inglese²¹.

Alla luce di queste premesse, e in particolare di questa comune tendenza delle autorità di regolazione nazionali, non può sorprendere che una soluzione analoga sia ora espressamente adottata dal Regolamento. L'art. 7, comma

18. GOLA *et al.*, *Bundesdatenschutzgesetz Kommentar*, cit., sub § 4a, p. 136, Rn. 21.

19. Prov. 4 luglio 2013 n. 330, doc. web. n. 2542348.

20. § 28, comma 3b, BDSG; v. Gerald SPINDLER, Fabian SCHUSTER (a cura di), *Recht der Elektronischen Medien: Kommentar*, sub § 28 BDSG, ³, München, Beck, 2015, Rn. 15-21.

21. THOBANI, *La libertà del consenso*, cit., pp. 538-539; cui *adde* GOLA *et al.*, *Bundesdatenschutzgesetz Kommentar*, cit., sub § 4a, pp. 136-137, Rn. 21 ss.

4, nel concretizzare il requisito della “libertà” del consenso posto dall’art. 4, stabilisce che «nel valutare se il consenso sia stato liberamente prestato, si tiene nella massima considerazione l’eventualità, tra le altre, che l’esecuzione di un contratto, compresa la prestazione di un servizio, sia condizionata alla prestazione del consenso al trattamento di dati personali non necessario all’esecuzione di tale contratto».

Che tale disposizione offra un formale suggello alle soluzioni applicative sin qui emerse in diversi paesi europei è indubbio. Molto più complesso, però, è capire quali siano le implicazioni pratiche di tale norma per il tema che qui rileva, e in particolare per il quesito relativo all’ammissibilità di una cessione dei dati personali a titolo oneroso²². Si possono distinguere a tal riguardo due principali itinerari interpretativi.

Secondo il primo, il vincolo posto dall’art. 7 dovrebbe intendersi come ostativo alla validità di uno scambio tra dati personali ed altre prestazioni. Difatti, nell’escludere l’ammissibilità di un consenso preordinato a finalità ulteriori rispetto a quelle afferenti l’esecuzione della prestazione principale, ove tale consenso sia configurato dal titolare quale precondizione per l’accesso a beni e servizi, l’ordinamento esprimerebbe un netto giudizio di disvalore, tale da far ritenere che tale consenso non possa mai essere espressione di una scelta ponderata e consapevole, dunque “libera”. Ora, questo è proprio quello che avviene quando servizi della società dell’informazione siano forniti gratuitamente: lo schema economico sottostante è in realtà quello dello scambio corrispettivo, ove i dati personali (da utilizzarsi tipicamente per finalità ulteriori, come la profilazione e la pubblicità mirata) costituiscono la vera controprestazione per l’accesso al servizio medesimo. Aderendo ad una lettura rigida dell’art. 7, si finirebbe necessariamente per sancire l’invalidità di un siffatto consenso (con effetti a cascata sull’intera intesa negoziale)²³.

È evidente che un risultato ermeneutico di questo tipo si rivela di fatto convergente con l’assunto per cui i dati per-

22. LANGHANKE, SCHMIDT-KESSEL, *Consumer Data as Consideration*, cit., 218 ss.; METZGER, *Dienst Gegen Daten: Ein Synallagmatischer Vertrag*, cit., pp. 816 ss.

23. Paul VOIGT, AXEL VON DEM BUSSCHE, *The EU General Data Protection Regulation (GDPR). A Practical Guide*, Cham, Springer, 2017, p. 96 ss.

sonali non costituiscono delle “merci” e non possono essere trattati come tali. In sostanza, il modello di circolazione dei dati sarebbe sostanzialmente analogo a quello della circolazione del corpo umano, simbolicamente iscritto nell’art. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea: in entrambi i casi l’atto dispositivo dovrebbe informarsi al paradigma della gratuità, in ossequio all’idea per cui un consenso ‘remunerato’ sarebbe per definizione un consenso “non libero”²⁴.

Questa tesi non riesce a persuadere, e ciò non soltanto muovendo da un’ottica giusrealistica (lo scollamento del sistema giuridico con la realtà, che conosce e legittima da lungo tempo il mercato dei dati personali, si rivelerebbe drammatico), ma già rimanendo aderenti al piano delle norme.

Vi sono almeno due argomenti, uno di natura sistematica e l’altro di natura testuale, che possono essere opposti alla prima tesi e depongono nel senso della liceità dello schema “servizi contro dati”.

Il primo attiene proprio al confronto tra regime della circolazione delle parti del corpo e regime della circolazione dei dati personali. Come si è cercato di dimostrare in altra sede²⁵, il sistema della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, lungi dall’avvalorare l’idea della de-patrimonializzazione dei dati, la smentisce, sia pure indirettamente. Difatti, mentre con riferimento al corpo e alle sue parti si prevede espressamente che questi non possono costituire, in quanto tali, una “fonte di lucro”, riprendendo letteralmente il modello francese del corpo oggetto di un diritto extra-patrimoniale (art. 16-5 *code civil*)²⁶, nulla di simile è stabilito con riguardo ai dati personali. L’art. 8, dopo avere ribadito la natura fondamentale del diritto alla protezione dei dati personali, menziona il consenso come una delle possibili basi idonee a giustificare il trattamento,

473

24. Giorgio RESTA, *Doni non patrimoniali*, in *Enc. dir.*, Annali IV, Milano, Giuffrè, 2011, p. 510, pp. 516 ss.; circa le esigenze sottese alla regola di gratuità, Marie-Angèle HERMITTE, Karène PARIZER, *La bioéthique et la constitution française. Interrogations de privatistes sur les modèles constitutionnels contemporains*, in CHRISTIAN BYK (a cura di), *La constitution face au défi de la bioéthique*, Paris, LEH, 2008, p. 57 ss.

25. Giorgio RESTA, *Autonomia contrattuale e diritti della persona nel diritto UE*, in *Dig. disc. priv.*, Agg. n. 8, Torino, Utet, 2013, p. 92, spec. pp. 96-97.

26. V. ancora RESTA, *Dati non patrimoniali*, cit., pp. 516-517.

ma non prefissa alcun limite di ordine contenutistico comparabile con quello dell'art. 3. Il che non implica che la circolazione dei dati personali debba appiattirsi sullo stesso modello della circolazione dei beni, come si avrà modo di spiegare a breve, ma certo suggerisce che l'idea della gratuità come necessario requisito di validità dell'atto non abbia ragion d'essere in relazione alla fattispecie del trattamento dei dati personali.

Il secondo argomento, si diceva, è di natura testuale e attiene alla lettera dell'art. 7 del Regolamento. Qui si prevede, come si è già ricordato, che nel valutare se il consenso è stato liberamente prestato «si tiene nella massima considerazione l'eventualità, tra le altre, che l'esecuzione di un contratto, compresa la prestazione di un servizio, sia condizionata alla prestazione del consenso al trattamento di dati personali non necessario all'esecuzione di tale contratto».

Escludiamo innanzitutto che l'intera questione possa essere risolta sostenendo che, poiché nello schema “servizi contro dati” il trattamento è strutturalmente necessario all'esecuzione del contratto, di esso non vi sia necessità ai sensi dell'art. 6 del Regolamento. Tale argomento sarebbe mal posto, in quanto l'art. 7 parla di libertà del consenso e ne concretizza il contenuto tramite il divieto di correlazione tra consenso e finalità ulteriori facendo riferimento alle ipotesi in cui un consenso sia necessario e dunque l'art. 6 sia inoperante²⁷. D'altronde la norma parla di un trattamento «non necessario *all'esecuzione* del contratto»; mentre nello schema “servizi contro dati” il consenso è elemento strutturale dell'intesa, sì che in assenza di un trattamento lecito dei dati il contratto non verrebbe nemmeno ad esistenza, connotandosi dunque il consenso come necessario al “perfezionamento” dello stesso contratto.

L'argomento essenziale, ad ogni modo, consiste nel fatto che la norma non introduce un divieto, bensì stabilisce un mero parametro di valutazione, da considerare insieme ad altri (non meno rilevanti) parametri, come l'esistenza o meno di condizioni di concorrenza nel settore di riferimento, la fungibilità del bene o del servizio offerto e la strumentalità rispetto all'esercizio di diritti fondamentali, la funzione

27. PAAL, PAULY, *Datenschutz-Grundverordnung*, cit., sub § 7, p. 114, Rn. 20; LÉONARD, *Yves, si tu exploitais tes données?*, cit., pp. 677-678.

di intrattenimento o professionale del servizio, l'impiego di condizioni generali di contratto senza negoziazione individuale delle clausole, ecc.²⁸ Se si vuole si può anche parlare di presunzione di invalidità del consenso prestato al fine di accedere a beni o servizi, ma deve esser chiaro che si tratta di una presunzione *iuris tantum* e non, invece, *iuris et de iure*. Aderendo ad una siffatta interpretazione, vengono meno le ragioni di conflitto tra l'art. 7 del Regolamento e la Direttiva sulla fornitura di contenuti digitali e lo schema negoziale "servizi contro dati" può trovare una solida collocazione nel sistema²⁹.

Mi pare, in altri termini, che la "monetizzazione" dei dati personali non abbia in sé nulla di particolarmente disdicevole né di giuridicamente "sospetto", purché però il consenso in oggetto rappresenti una effettiva espressione dell'autodeterminazione informativa e non una fittizia clausola di legittimazione dell'altrui potere negoziale o tecnologico³⁰. In questo senso merita di essere specificamente richiamato un passaggio della motivazione di una recente pronuncia della Corte di cassazione che, in un caso di consenso al trattamento dei dati per finalità ultronee rispetto alla reale consistenza del servizio offerto, ha espresso in termini chiarissimi il medesimo concetto: «l'ordinamento non vieta lo scambio di dati personali, ma esige tuttavia che tale scambio sia frutto di un consenso pieno ed in nessun modo coartato»³¹.

L'interrogativo da porsi, allora, è il seguente: i mercati in oggetto sono caratterizzati da un grado sufficiente di trasparenza e "libertà"? In particolare, il fornitore di dati è generalmente posto nelle condizioni di comprendere tipologie e ambiti del trattamento ulteriore dei propri dati personali, nonché l'oggettiva consistenza economica della "controprestazione non pecuniaria" coinvolta (*i.e.* i propri dati), sì da rendere possibile un reale atto di esercizio dell'autodeterminazione informativa?

28. Sul punto Axel METZGER, *Data as Counter-Performance. What Rights and Duties do Parties Have?*, «JIPITEC», 2017, 8., spec 2-5.

29. METZGER, *Dienst Gegen Daten: Ein Synallagmatischer Vertrag*, cit., p. 824.

30. Meike KAMP, Martin ROST, *Kritik an der Einwilligung. Ein Zwischenruf zu einer fiktiven Rechtsgrundlage in asymmetrischen Machtverhältnissen*, «DuD», 2013, p. 80.

31. Cass., 2 luglio 2018, n. 17278, cit., (al par. 2.5).

A tale interrogativo non può darsi, purtroppo, una risposta sempre positiva. Il grado di opacità che caratterizza tali mercati è ancora molto elevato, e non è un caso che le autorità di regolazione della concorrenza abbiano già avuto modo di segnalare tale aspetto, condannando per violazione della normativa sulle pratiche commerciali sleali i fornitori di servizi *on line* che ottenevano l'accesso a miniere di dati personali dei consumatori carpandone il consenso attraverso lo specchio della gratuità e condizioni generali di contratto tutt'altro che trasparenti³².

È anche per questa ragione che si è suggerito di far discendere dagli obblighi di informazione stabiliti tanto dalla normativa sulla protezione dei dati (artt. 12-13 Regolamento) quanto soprattutto da quella consumeristica, uno specifico obbligo informativo concernente la natura della controprestazione pagata dal consumatore, o persino il suo effettivo valore monetario³³; un obbligo la cui eventuale violazione potrebbe comunque rilevare quale pratica commerciale ingannevole ai sensi dell'art. 6 della Direttiva 2005/29/CE e dell'art. 21 del Codice del consumo³⁴. In questa prospettiva, si è auspicato, da parte di alcuni autori, la predisposizione di opzioni di prezzo alternative (c.d. *active choice models*), comprendenti sia lo schema servizio contro dati sia quello servizio contro corrispettivo monetario³⁵.

Senza entrare nei dettagli di ciascuna di queste proposte interpretative, l'elemento che qui preme segnalare è che la tutela degli interessi fondamentali della persona non deve necessariamente essere perseguita attraverso un'irrealistica de-patrimonializzazione dei dati (e degli atti giuridici che ne determinano la circolazione), bensì attraverso una duplice strategia.

Da un lato si tratta di operare un attento controllo dell'atto di autonomia finalizzato ad assicurare la salvaguardia dei

32. AGCM, 11 maggio 2017, n. 26597, *WhatsApp – Trasferimento Dati a Facebook*, «Bollettino», 2017, 18, p. 57; Bundeskartellamt, 6 febbraio 2019, B6-22/16.

33. Alberto DE FRANCESCHI, *Digitale Inhalte gegen Personenbezogene Daten: Unentgeltlichkeit oder Gegenleistung?*, in Martin SCHMIDT-KESSEL, Malte KRAMME (a cura di), *Geschäftsmodelle in der digitalen Welt*, JWV, Sipplingen, 2017, p. 113, pp. 125-131.

34. HELBERGER, BORGESIOUS, REYNA, *The Perfect Match?*, cit., p. 1429.

35. Philip HACKER, Byliana PETKOVA, *Reining in the Big Promise of Big Data: Transparency, Inequality, and the New Regulatory Frontiers*, «Northwestern J. Techn. Int. Prop. L.», 2017, 15, p. 1, alle pp. 20-27.

valori incompressibili della personalità³⁶; dall'altro, il regime prettamente privatistico di supervisione dell'atto di autonomia deve essere integrato dagli strumenti di carattere sia pubblico sia privato volti ad assicurare che il trattamento dei dati reso legittimo dalla manifestazione della volontà negoziale si conformi ad un livello elevato di rispetto delle garanzie e dei diritti della persona. Poiché questo secondo aspetto (che evoca i temi della *accountability*, del controllo da parte dell'Autorità garante, etc.) è di specifica pertinenza delle trattazioni generali sulla normativa in materia di protezione dei dati, ci si concentrerà qui sul primo profilo indicato.

Dell'informazione si è già detto, ma non minore è il rilievo della "specificità" quale ulteriore presupposto di validità del consenso: una manifestazione di volontà generica non permette un reale apprezzamento delle concrete conseguenze dell'atto dispositivo, mentre un consenso espresso in maniera distinta e in relazione a ciascuna delle finalità rilevanti costituisce maggiore garanzia di ponderatezza delle scelte coinvolte³⁷. Non è un caso che nella più recente (ed importante) pronuncia della Corte di cassazione in materia di consenso al trattamento dei dati si sia attribuito un rilievo cruciale alla sinergia tra i due parametri di "libertà" e "specificità" del consenso, dichiarandosi non conforme alle prescrizioni di legge un modulo di richiesta online del consenso che non dava all'interessato la possibilità di accedere al servizio senza autorizzare i trattamenti ulteriori per finalità pubblicitarie e non precisava in maniera sufficiente ambiti e limiti di tale uso secondario dei dati personali³⁸. Si rivela cruciale, allora, anche in questo settore, far maturare una cultura degli operatori e specifiche prassi applicative preordinate a rafforzare la c.d. granularità del consenso.

477

4. Il coordinamento tra la Direttiva 2019/770 e il Regolamento 2016/679

Ciò detto quanto all'astratta compatibilità del requisito della libertà del consenso e del divieto di *tying* con la struttura

36. Giorgio RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, Napoli, Jovene, 2005, pp. 276-284.

37. Cfr. Shaira THOBANI, *I requisiti del consenso al trattamento dei dati personali*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli Editore, 2016, pp. 71 ss.

38. Cass., 2 luglio 2018, n. 17278, cit., al par. 2.6.

economica del modello “servizi contro dati”; e ribadito che il controllo di validità del consenso deve operarsi in base ai parametri procedurali e sostanziali fissati dagli artt. 4 e 7 del Regolamento, rimane da capire come si coordinino tra di loro i due plessi normativi precedentemente identificati, e segnatamente il Regolamento 2016/679 e la Direttiva 2019/770. Senza che sia qui necessario soffermarsi sulle questioni minutamente esegetiche e di dettaglio, converrà concentrare l’attenzione su un problema di fondo: quale è il rapporto tra il consenso al trattamento dei dati disciplinato dal Regolamento e il contratto di fornitura di servizi e contenuti digitali disciplinato (dal diritto nazionale dei contratti, come determinato dal Regolamento 593/2008 sul diritto applicabile alle obbligazioni contrattuali, e) dalla Direttiva?

Ragioni testuali e logiche inducono a ritenere che, benché si tratti di un’operazione economicamente unitaria, giuridicamente il consenso al trattamento e il contratto di accesso al servizio rappresentano due atti distinti e sottoposti ciascuno a una specifica disciplina.

Il consenso costituisce un atto a struttura unilaterale (sia pure perfezionato, di norma, a seguito di specifica sollecitazione della controparte), il quale funzionalmente realizza l’esercizio del diritto di “autodeterminazione informativa”³⁹. Discutere se esso configuri un atto negoziale o non negoziale porta a poco, perché anche a ritenere – cosa che sembra più lineare – che si tratti di un vero e proprio negozio giuridico, le regole applicabili alla fattispecie – ad es. in punto di capacità, vizi del volere, etc. – dovranno essere comunque teleologicamente adattate alla peculiare natura degli interessi coinvolti. La disciplina forgiata dal legislatore comunitario indica chiaramente che il consenso non può essere parificato ad un qualsiasi altro atto negoziale. Come si è già visto nel paragrafo precedente, i requisiti della “libertà”, dell’“informazione” e della “specificità” fissano uno standard di validità – nel senso di idoneità a produrre l’effetto legittimante di cui all’art. 6 del Regolamento – che è molto più elevato rispetto a quello consueto per gli atti patrimoniali ed è volto a garantire che l’atto veicoli una reale determinazione volitiva del soggetto. Valorizzando uno

39. Benedikt BUCHNER, Jürgen KÜHLING, *Die Einwilligung in der Datenschutzordnung 2018*, «DuD», 2017, p. 544 ss.

spunto presente nella sentenza della Corte di cassazione precedentemente ricordata, il consenso al trattamento dei dati è giuridicamente più prossimo al consenso informato al trattamento medico che non al prototipo degli atti negoziali a contenuto patrimoniale. Come tale, il giudizio sulla sua validità/efficacia scriminante deve essere condotto alla luce delle norme specificamente previste nel Regolamento e deve tenere adeguatamente conto della peculiare funzione di tale atto in quanto strumento d'esercizio dell'autodeterminazione informativa.

Il contratto di fornitura di servizi e contenuti digitali, per contro, opera logicamente “a valle” rispetto al consenso, il quale costituisce il presupposto indispensabile, l'elemento legittimante “a monte”, perché possa aversi un lecito trattamento dei dati personali (sempre che, s'intende, non sussista altra base giuridica di riferimento ai sensi dell'art. 6 del Regolamento). A questo riguardo è bene insistere sul carattere logicamente obbligato della sequenza descritta, quand'anche nella prassi i due momenti siano temporalmente unitari o indistinguibili sul piano del *drafting* contrattuale (è noto infatti che il “consenso” al trattamento è sovente reso attraverso clausole integrate in modelli standard). Prima viene il consenso che “abilita” la negoziazione bilaterale, conformando modalità e limiti del trattamento; poi viene il contratto, che regola gli aspetti essenzialmente patrimoniali e definisce il programma obbligatorio, prevedendo ad esempio l'accesso a servizi o contenuti digitali in cambio della fornitura di (o dell'impegno a fornire) dati personali⁴⁰.

Non potrebbe darsi, invece, una scansione logica opposta, in quanto non sarebbe giuridicamente configurabile un contratto che produca l'obbligo per l'interessato di prestare il consenso al trattamento dei dati personali. Un siffatto consenso, reso in esecuzione di uno specifico obbligo di fonte contrattuale, sarebbe infatti ontologicamente incompatibile con il prototipo normativo del “consenso libero”; il contratto, per suo conto, rischierebbe di risultare viziato

40. Davide MESSINETTI, *Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali*, «Riv. crit. dir. priv.», 1998, p. 339, p. 365; sul punto v. ora LÉONARD, *Yves, si tu exploitis tes données?*, cit., pp. 666-668.

per conflitto con norme imperative, le quali prescrivono appunto l'incoercibilità del consenso al trattamento.

La distinzione in oggetto – la quale, si ribadisce, va riferita al piano logico dell'analisi e non necessariamente a quello fenomenologico – è giuridicamente rilevante da un duplice punto di vista.

Innanzitutto, ne discende l'esigenza di un trattamento differenziato dei due atti giuridici coinvolti: come si è chiarito in precedenza, il consenso è soggetto alla disciplina del Regolamento, ha una sua specificità ed è connotata dagli elementi precedentemente illustrati, mentre il contratto è soggetto alle diverse regole derivanti dal diritto interno e dalle fonti europee, siano queste le regole generali o quelle preordinate alla tutela dei consumatori.

Ciò implica, ad esempio, che i requisiti di capacità prescritti per il valido compimento dell'atto sono diversi per il consenso e per il contratto: i primi posti dall'art. 8 del Regolamento, come declinato nel nostro ordinamento dall'art. 2 *quinquies*, comma 1, del Codice in materia di protezione dei dati (quattordici anni d'età); i secondi dalla norma generale dell'art. 2 del codice civile (maggiore età)⁴¹. Sicché il consenso al trattamento dei dati potrebbe essere validamente rilasciato dal minore ultraquattordicenne, mentre il contratto di accesso al servizio di social network richiede l'assenso degli esercenti la potestà genitoriale⁴².

Del pari, dovrebbe logicamente ritenersi che la normativa sulle clausole vessatorie (artt. 33 e ss. c. cons.; Direttiva 93/13/CE) non sia di per sé direttamente applicabile al consenso in quanto atto unilaterale di esercizio del diritto di autodeterminazione informativa. Essa rappresenta, però, un ineludibile punto di riferimento per l'ipotesi in cui il consenso sia integrato all'interno di moduli e formulari. E ciò non soltanto nel senso che le clausole di richiesta del consenso o le *privacy policies* accessorie ad un più ampio accordo contrattuale possono essere oggetto di specifico scrutinio ai sensi della normativa consumeristica, come testimoniato da un importante indirizzo emerso nella giurisprudenza tedesca⁴³; ma anche che il giudizio sulla

41. Cfr. art. 8, comma 3, del Regolamento 2016/679.

42. METZGER, *Data as Counter-Performance*, cit., p. 4.

43. HELBERGER, BORGESIU, REYNA, *The Perfect Match?*, cit., p. 1452.

libertà e consapevolezza del consenso, come ribadito dal Considerando n. 42 del Regolamento, non potrà non tener conto dei criteri direttivi prefissati dalla disciplina consumeristica. In particolare, si dovrà tenere presente quanto previsto dal secondo comma dell'art. 8 del Regolamento, ai sensi del quale se il consenso «è prestato nel contesto di una dichiarazione scritta che riguarda anche altre questioni, la richiesta di consenso è presentata in modo chiaramente distinguibile dalle altre materie in forma comprensibile e facilmente accessibile, utilizzando un linguaggio semplice e chiaro». Si tratta del fondamentale paradigma del *Trennungsprinzip*, il quale traduce in specifico canone operativo il principio di trasparenza relativamente alla manifestazione di consenso: la dichiarazione di consenso, per essere tale, deve appuntarsi su uno specifico progetto di trattamento, rappresentato in maniera univoca e distinguibile dalle altre materie su cui insiste l'accordo negoziale. È da chiarire, a tal riguardo, che l'eventuale violazione di tale principio ha per conseguenza la mera invalidità dell'atto di consenso ai sensi dell'art. 7 del Regolamento, la quale non travolge automaticamente l'intera intesa contrattuale, la quale rimane soggetta agli specifici meccanismi di controllo e di sindacato dettati dal diritto comune e dal diritto dei consumatori⁴⁴.

Particolarmente rilevante, a tal proposito, può rilevarsi il ricorso alla disciplina delle pratiche commerciali scorrette ai sensi della Direttiva 2005/29/CE, in quanto in tal caso la valutazione si appunta necessariamente sull'intera operazione negoziale, al fine di sanzionare quei comportamenti dell'operatore economico atti a condizionare la libertà di scelta e a orientare le decisioni di natura commerciale dei consumatori⁴⁵. Alcune importanti decisioni di corti e autorità indipendenti hanno fatto rientrare tra i comportamenti incriminati le pratiche commerciali volte ad ottenere il consenso al trattamento dei dati personali in maniera ingannevole o aggressiva, impedendo un effettivo esercizio della libertà di autodeterminazione⁴⁶. Il caso più noto, a questo

481

44. Philipp SCHMECHEL, *Verbraucherdatenschutzrecht in der EU-Datenschutzgrundverordnung*, in Hans MICKLITZ, Lucia REISCH et al. (a cura di), *Verbraucherrecht 2.0 – Verbraucher in der digitalen Welt*, Baden-Baden, Nomos, 2017, pp. 280-281.

45. HELBERGER, BORGESIU, REYNA, *The Perfect Match?*, cit., p. 1454.

46. *Ibid.*, 1454.

riguardo, è quello dell'acquisizione di Whatsapp da parte di Facebook, pesantemente sanzionato da parte dell'Autorità garante per la concorrenza e il mercato⁴⁷.

In secondo luogo, dall'assenza di una struttura negoziale unitaria discende l'impossibilità logica di configurare l'atto giuridico di consenso, in quanto tale, elemento costitutivo del sinallagma contrattuale. Essa non esclude, però, che tra il consenso unilaterale al trattamento e il contratto di fornitura di contenuti e servizi digitali intercorra uno specifico collegamento.

Ciò ha un significato particolare per il caso di vizi genetici o sopravvenuti del rapporto. Dalla sussistenza di un collegamento negoziale discende, in particolare, che l'eventuale declaratoria di invalidità del consenso per contrasto con i requisiti prescritti dall'art. 7 del Regolamento, benché non determini automaticamente l'inefficacia del contratto, possa astrattamente legittimare lo scioglimento del vincolo qualora si dimostri che la possibilità di procedere ad un lecito trattamento dei dati personali costituisse, nell'economia del rapporto, una vera e propria "base negoziale". Soprattutto, il nesso funzionale tra i due atti giuridici fa sì che, in caso di revoca del consenso, anche il vincolo contrattuale sia destinato a venir meno, in quanto dalla revoca deriva la caducazione con effetto *ex nunc* della base primaria di legittimazione al trattamento dei dati. Di riflesso, l'equilibrio originario tra le prestazioni (servizi contro dati) ne viene inesorabilmente sconvolto, con conseguente legittimazione dell'altro contraente a invocare la liberazione dagli obblighi primari di prestazione assunti con la stipula del contratto di fornitura di servizi e contenuti digitali.

Dogmaticamente, la fattispecie si presta a diverse alternative ricostruttive. Si potrebbe, ad esempio, ravvisare un contratto risolutivamente condizionato alla persistenza del consenso al trattamento dei dati (ma ci si esporrebbe all'obiezione per cui la condizione in oggetto avrebbe carattere "meramente potestativo"); un contratto soggetto al rimedio risolutorio *ex art.* 1467 c.c. (o in base alla regola generale di buona fede) per il venir meno della "presupposizione" cui

47. V. in particolare AGCM, 11 maggio 2017, n. 26597, *WhatsApp – Trasferimento Dati a Facebook*, «Bollettino», 2017, 18, p. 57.

le parti avevano subordinato l'adesione all'intesa negoziale; un recesso unilaterale dal contratto di durata.

Approfondire ciascuna di queste opzioni analitiche sarebbe indubbiamente affascinante sul piano teorico, ma non è indispensabile su quello operativo. Quale che sia la ricostruzione che si predilige, un punto deve essere, infatti, tenuto fermo, e cioè che la caducazione del vincolo contrattuale non può determinare conseguenze pregiudizievoli in capo al revocante. In altri termini, la revoca del consenso – e così pure l'esercizio degli altri diritti dell'interessato suscettibili di interferire con l'esecuzione del contratto – non può produrre alcun obbligo di risarcimento o indennizzo per la frustrazione delle aspettative riposte dalla controparte nella stabilità del rapporto contrattuale, poiché se così fosse il consenso non potrebbe ritenersi conforme al paradigma normativo – l'art. 7, terzo comma, del Regolamento prescrive che «il consenso è revocato con la stessa facilità con cui è accordato»⁴⁸ – e pertanto l'intero trattamento dovrebbe reputarsi condotto in violazione di legge⁴⁹.

Del pari, l'eventuale inadempimento da parte dell'operatore economico dell'obbligo di fornire servizi e contenuti digitali, come pure la fornitura di servizi e contenuti non conformi ai sensi degli artt. 7, 8 e 9 della Direttiva 2019/770, non legittima soltanto l'esercizio da parte del consumatore del diritto di recesso o di risoluzione del contratto alla stregua degli articoli 13 e 14, ma a maggior ragione può rafforzare costui nell'intento di revocare il consenso al trattamento. Anzi, è da ritenere che una revoca sia presuntivamente inclusa nella dichiarazione di recesso dal contratto. Ad ogni modo, lo stesso principio di finalità potrebbe essere d'ostacolo alla prosecuzione di un trattamento funzionalmente preordinato all'esecuzione di un rapporto contrattuale successivamente esauritosi, determinando dunque l'obbligo di cancellazione o trasformazione in forma anonima dei dati. In questo senso è opportuno il chiarimento espresso nell'art. 16, secondo comma, della Direttiva 2019/770, ove si prevede che, in caso di risoluzione, «[p]er quanto riguarda i dati personali del consumatore, l'operatore economico

48. In tema v. PAAL, PAULY, *Datenschutz-Grundverordnung, sub § 7, cit.*, p. 113, Rn. 16-17.

49. Cfr. Cons. 42 del Regolamento.

rispetta gli obblighi applicabili a norma del Regolamento (UE) 2016/679».

5. Conclusioni

Le ultime considerazioni svolte fanno riemergere un profilo già toccato in precedenza e che merita qui di essere ripreso a mò di conclusione del discorso.

L'assunto della non equiparabilità dei dati ad una merce, iscritto nel Considerando 24 della Direttiva 2019/770, non implica necessariamente l'impossibilità di addivenire a schemi di remunerazione del consenso, com'è tipico, appunto, dei modelli servizi contro dati. Non diversamente da quanto sostenuto in ordine alla circolazione degli attributi della personalità suscettibili di sfruttamento commerciale, il legame con la persona impone invece l'applicazione di un sistema di regole – le quali vanno dalla tutela dei diritti dell'interessato di cui agli artt. 15-20 del Regolamento al principio della strutturale precarietà dei rapporti inerenti il trattamento dei dati *ex art. 7* – che conformi il rapporto in maniera garantistica e rispettosa dei precetti di tutela della dignità umana e degli altri diritti fondamentali. La depatrimonializzazione non è, in altri termini, una strategia che il diritto può realisticamente perseguire, confidando di invertire processi sociali, economici e tecnologici ormai fortemente radicati a livello globale. Ciò che invece l'ordinamento può e deve realizzare è un'infrastruttura normativa idonea a incanalare l'esercizio dell'autonomia privata all'interno di un quadro di regole condivise e trasparenti, connotate, com'è nello spirito del diritto europeo, dalla prevalenza dei diritti sulle logiche di autoregolazione del mercato.

L'interferenza tra il diritto alla protezione dei dati e il sistema dei contratti su contenuti digitali è, da questo punto di vista, un caso di studio esemplare, non meno di quanto lo sia stato, in passato, l'interazione tra prerogative morali dell'autore e contratto di edizione, o di quanto lo sia, ancor oggi, il rapporto tra diritti della personalità e *merchandising*.

La principale differenza sta nella maggiore capillarità e diffusione del fenomeno della "patrimonializzazione" dei dati, che non tocca più soltanto la cerchia ristretta degli autori o delle persone note, ma tutti noi in quanto consuma-

tori, utenti della rete e in genere individui costantemente immersi in flussi di informazioni in entrata e in uscita.

Anche per questa ragione è importante ricordare che il controllo sull'autonomia privata non deve essere inteso in una prospettiva meramente privatistica, ma, come ha insegnato Stefano Rodotà, è un elemento integrale del controllo democratico sul potere, e in particolare sul potere derivante dalle informazioni⁵⁰. Esso è parte, necessariamente, di quella "strategia giuridica integrata", che, nel combinare strumenti privatistici e pubblicistici, tecniche procedurali e sostanziali, controlli individuali e controlli collettivi, intende dare un contenuto sostanziale all'idea della protezione dei dati come diritto fondamentale, la quale – come ci ricorda l'art. 8 della Carta dei diritti fondamentali UE – è un elemento connotativo dell'identità costituzionale europea. È opportuno, da questo punto di vista, richiamare l'attenzione sull'art. 21 della Direttiva 2019/770, che demanda agli Stati Membri la predisposizione di strumenti adeguati al fine di garantire l'osservanza della Direttiva, e tra questi sono espressamente contemplate le disposizioni del diritto interno volte a permettere l'esercizio in forma collettiva – da parte di «organizzazioni di consumatori aventi un interesse legittimo a proteggere i consumatori» oppure da «organismi, organizzazioni o associazioni senza scopo di lucro, attivi nel settore della protezione dei diritti e delle libertà degli interessati di cui all'art. 80 del Regolamento (UE) 2016/679» – dei rimedi spettanti al cittadino-consumatore. Si tratta di un'ulteriore testimonianza della crescente convergenza del diritto dei consumatori e del diritto della protezione dei dati nel contesto della società digitale; una convergenza resa necessaria dall'evoluzione dei rapporti economici, che rendono i dati degli utenti sempre più un elemento centrale dei rapporti di produzione e consumo⁵¹.

485

50. V. già STEFANO RODOTÀ, *Elaboratori elettronici e controllo sociale*, Bologna, il Mulino, 1973 (rist. Jovene, Napoli, 2018).

51. HELBERGE, BORGESJUS, REYNA, *The Perfect Match?*, cit., p. 1427; SCHMECHEL, *Verbraucherdatenschutzrecht in der EU-Datenschutzgrundverordnung*, cit., p. 265 ss.

A influência extraterritorial do GDPR no que se refere ao tratamento de dados pessoais

Maria Edelvacy Marinho*

Marcelo Dias Varella**

486

O trabalho de Marie-Angèle Hermitte tem contribuído de maneira significativa para a discussão da relação entre o direito, outras ciências e a tecnologia. A análise desenvolvida por ela enfatiza o papel do direito diante da incerteza dos efeitos de determinadas tecnologias para saúde e o meio ambiente¹. Sua abordagem aponta para o papel do direito em prevenir o dano e não apenas remediá-lo².

Além do conteúdo normativo, seu trabalho também se volta a forma como as normas são produzidas. Ao questionar a participação e o grau de representatividade dos países em desenvolvimento e menos desenvolvidos³, assim como

* Professora da Universidade Presbiteriana Mackenzie. E-mail: mariaedelvacy@gmail.com

** Professor da Centro Universitário de Brasília. E-mail: marcelodvarella@gmail.com

1. Ver sobre o tema: Marie-Angèle HERMITTE, *Qu'est-ce qu'un droit des sciences et des techniques ? À propos de la traçabilité des OGM*, «Tracés. Revue de Sciences humaines», 2009, n. 16.

2. Marie-Angèle HERMITTE, *Sujets politiques et «origine du droit» dans la société des sciences et des techniques* in Dominique BOURG (dir.), *Du risque à la menace. Penser la catastrophe*, Paris, Presses Universitaires de France, 2013, pp. 165-198.

3. Ver sobre o tema: Marie-Angèle HERMITTE, *Les ressources génétiques végétales et le droit dans les rapports Nord-Sud*, Bruxelles, Bruylant, 2004; Marie-Angèle HERMITTE, *La fon-*

das populações autóctones⁴ e dos cidadãos nos documentos internacionais e nacionais, a autora evidencia a necessidade de se contemplar os grupos afetados pelas decisões políticas e jurídicas e que pouco têm espaço real em construí-las⁵.

As ferramentas e institutos analisados por Marie-Angèle Hermitte têm fornecido pistas para respostas mais eficazes do direito em diferentes frentes: a proteção da propriedade intelectual para inovações biotecnológicas⁶ e para o conhecimento tradicional⁷, construção e aplicação do princípio da precaução⁸, natureza jurídica e mecanismos jurídicos de proteção do *whistleblower* (*lanceur d'alerte*)⁹. Tais construções são úteis para o tratamento de novas tecnologias pelo direito, independentemente de sua área de aplicação.

As pesquisas realizadas por Marie-Angèle Hermitte influenciaram a construção deste artigo. Em particular, suas ideias sobre participação dos países em desenvolvimento no debate internacional e seus argumentos sobre o papel do

dation juridique d'une société des sciences et des techniques par les crises et les risques, in *Face au risque*, Paris, Georg L'Equinoxe, 2007, pp. 29 à 71.

4. Ver sobre o tema: Marie-Angèle HERMITTE, *Souveraineté, peuples autochtones: le partage équitable des ressources et des connaissances*, in Florence BELLIVIER, Christine NOUVILLE (dir.), *La bioéquité. Batailles autour du partage du vivant*, Paris, Autrement, 2009, pp. 115-135.

5. Ver sobre o tema: Marie-Angèle HERMITTE, *La convention sur la biodiversité biologique et les droits intellectuels des peuples autochtones: une lacune française*, «Revue Juridique de l'Environnement», 2007, n. spécial, pp. 191-213; Pierre-Benoît JOLY, Claire MARRIS et Marie-Angèle HERMITTE, *À la recherche d'une «démocratie technique»*. Enseignements de la conférence citoyenne sur les OGM en France, «Nature Sciences Sociétés», 2003, vol. 11, n. 1, pp. 3-15.

6. Sobre o tema ver: Marie-Angèle HERMITTE, *Le rôle des concepts mous dans les techniques de déjuridicisation, l'exemple des droits intellectuels*, «Archives de philosophie du droit», 1985, n. 30; Marie-Angèle HERMITTE, *Bioéthique et brevets: le nouveau contrat social issu du système international*, in Sandrine MALJEAN-DUBOIS (dir.), *La société internationale et les enjeux bioéthiques*, Paris, Editions Pédone, 2006, p. 111.

7. Marie-Angèle HERMITTE, *La convention sur la biodiversité biologique et les droits intellectuels des peuples autochtones: une lacune française*, «Revue Juridique de l'Environnement», 2007, n. spécial, pp. 191-213.

8. Marie-Angèle HERMITTE, *La traçabilité des personnes et des choses. Précaution, pouvoirs et maîtrise*, in *Traçabilité et responsabilité*, Paris, Economica, 2003; Marie-Angèle HERMITTE, *Os fundamentos jurídicos da sociedade do risco, uma análise de U.Beck*, in Marcelo DIAS VARELLA (dir.), *Governo dos riscos*, Brasília, UNICEUB-UNITAR, 2005. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/235/11335/1/GovernodosRiscos.pdf>

9. Marie-Angèle HERMITTE, Christine NOUVILLE, *Quelques pistes pour un statut juridique du chercheur lanceur d'alerte*, «Natures, Sciences, Sociétés», 2006, n. 14, p. 269; Marie-Angèle HERMITTE, *Alertes et lanceurs d'alertes à l'épreuve des lois sanitaires Bertrand (2011) et Blandin (2013): nécessité d'une mise en cohérence et d'un renforcement de leur efficacité*, disponível em: <https://sciencescitoyennes.org/wp-content/uploads/2015/07/2015-02-04-2-M-A-Hermitte.pdf>

direito em responder aos desafios sociais trazidos por novas tecnologias serviram de ponto de partida para construção dos argumentos aqui desenvolvidos.

O artigo trata da regulação da transferência de dados pessoais entre países onde ocorre a coleta de tais dados e países onde estes são processados a partir do regulamento geral de proteção de dados da EU (GDPR). O objetivo é identificar o real espaço dos países em desenvolvimento para o estabelecimento de padrões de proteção de dados pessoais diferentes do padrão europeu.

Para tanto, serão analisados como o processo de construção de padrões globais de proteção pela União Europeia foi consolidado. Em seguida, se examinar como os instrumentos de extraterritorialidade da GPDR foram criados para garantir a efetividade dos direitos dos titulares de cidadãos europeus. Por fim, será analisado como os países em desenvolvimento, como o Brasil, periféricos na produção tecnológica, podem se comportar face ao conflito de ideias sobre a proteção de dados pessoais e segurança da informação.

1. A construção dos padrões globais de proteção dos dados pessoais a partir da União Europeia

As bases jurídicas para a proteção dos titulares de dados pessoais têm sido construídas através de declarações, tratados e diretivas que vinculam os Estados-membros da União Europeia a obediência aos requisitos comuns de proteção e circulação de dados. Tal movimento pode ser observado desde o início do processo de integração normativa entre os Estados. O que vem mudando é a intensidade como essa proteção vem sendo exigida, a clareza dos direitos dos titulares, o espaço destinado à margem de apreciação dos Estados e os mecanismos de *enforcement* desses direitos.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos já previa proteção a vida privada, familiar, ao domicílio e a correspondência¹⁰. Dois anos depois, em 1950, a Declaração Europeia dos Direitos Humanos reafirma tais direitos¹¹. Na década de 70, o Comitê de Ministros do Conselho da Europa adotou duas resoluções sobre a proteção da priva-

10. ONU, *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, Paris, 1948, art. 12.

11. *Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 1950, art. 8.

cidade referentes ao uso de banco de dados eletrônicos¹². Em 1981, a Convenção 108 sobre a proteção de indivíduos relativa ao processamento automático de tratamento de dados, foi adotada pelo Conselho da Europa. A Convenção representou um avanço no tratamento da proteção de dados pessoais ao abranger dados coletados e tratados tanto pelo setor público como privado; por reconhecer uma série de direitos aos titulares de dados no que diz respeito à finalidade, adequação e legitimidade da coleta e por reconhecer o direito do titular de ser informado sobre a existência de dados coletados a seu respeito. Além dos direitos citados, a Convenção apresentou conceitos sobre o que seriam os dados pessoais¹³ e o que seriam dados especiais (depois identificado como dados sensíveis)¹⁴. Essa distinção foi relevante por ter consequências nas limitações impostas a coleta e usos dos dados sensíveis.

A Convenção 108 tem um artigo específico sobre fluxos transfronteiriços de dados de caráter pessoal. A regra seria o livre fluxo. Mas permitiu-se se aos Estados-parte introduzir derrogações caso não houvesse equivalência entre as proteções de dados em outros Estados parte¹⁵.

Em 1995, a Diretiva 95/46/CE relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados (Diretiva de Proteção de Dados) é adotada. O objetivo foi promover a harmonização entre normas já vigentes entre os Estados-membros sobre a proteção de dados pessoais¹⁶. Como

12. Tratam-se das resoluções 73 (22), 74 (29). Sobre esse histórico ver: CONSELHO EUROPEU. *Manual da Legislação Europeia sobre Proteção de Dados*, 2014. Disponível em: <https://rm.coe.int/16806ae65f>

13. CONSELHO DA EUROPA, *Convenção sobre a proteção de indivíduos relativa ao processamento automático de tratamento de dados*, 1981, art. 5.

14. CONSELHO DA EUROPA, op. cit., art. 6: «Os dados de carácter pessoal que revelem a origem racial, as opiniões políticas, as convicções religiosas ou outras, bem como os dados de carácter pessoal relativos à saúde ou à vida sexual, só poderão ser objecto de tratamento automatizado desde que o direito interno preveja garantias adequadas. O mesmo vale para os dados de carácter pessoal relativos a condenações penais».

15. CONSELHO DA EUROPA, *Convenção sobre a proteção de indivíduos relativa ao processamento automático de tratamento de dados*, 1981, art. 12.

16. Tal objetivo pode ser compreendido a partir do próprio texto da Diretiva no considerando n. 8 e n.10 por meio da decisão do nos casos Processos apensos C-468/10 e C-469/10, *Asociación Nacional de Establecimientos Financieros de Crédito (ASNEF) e Federación de Comercio Electrónico y Marketing Directo (FECEDM) contra Administración del Estado* § 28 e 29: «Neste contexto, há que recordar que a Directiva 95/46 visa, como resulta nomea-

avanco destaca-se, principalmente, a criação de autoridades independentes de controle responsáveis pela fiscalização da aplicação da Diretiva¹⁷.

Em 2000, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia reconhece em seu artigo 8 que «Todas as pessoas tem direito à proteção dos dados de caráter pessoal que lhes digam respeito». São reconhecidos também o direito ao acesso, retificação, a necessidade de consentimento de seu titular e o direito a um tratamento leal e específico dos dados coletados¹⁸.

O Regulamento Europeu parte do pressuposto do referido art. 8 n. 1. da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e do Art. 16 n.1 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia¹⁹ para consagrar o direito a proteção de dados de pessoais como um direito fundamental. Esse reconhecimento tem implicações jurídicas para as empresas, como por exemplo, o direito do titular de dados

damente do seu oitavo considerando, tornar equivalente em todos os Estados Membros o nível de proteção dos direitos e liberdades das pessoas no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais. O seu décimo considerando acrescenta que a aproximação das legislações nacionais aplicáveis na matéria não deve fazer diminuir a proteção que asseguram, devendo, pelo contrário, ter por objectivo garantir um elevado nível de proteção na União (v., neste sentido, acórdãos, já referidos, Lindqvist, n. 95, e Huber, n. 50). Assim, já foi decidido que a harmonização das referidas legislações nacionais não se limita a uma harmonização mínima, mas conduz a uma harmonização que é, em princípio, completa. É nesta óptica que a Directiva 95/46 pretende assegurar a livre circulação dos dados pessoais, garantindo simultaneamente um alto nível de proteção dos direitos e dos interesses das pessoas visadas por esses dados (v. acórdão Lindqvist, já referido, n.º 96)».

17. UNIÃO EUROPEIA, *Directiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados* (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados), 24 de outubro de 1995, art. 28.

18. UNIÃO EUROPEIA, *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*, art. 8º: «1. Todas as pessoas tem direito à proteção dos dados de caráter pessoal que lhes digam respeito, 2. Esses dados devem ser objecto de um tratamento leal, para fins específicos e com o consentimento da pessoa interessada ou com outro fundamento legítimo previsto por lei. Todas as pessoas têm o direito de aceder aos dados coligidos que lhes digam respeito e de obter a respectiva rectificação. 3. O cumprimento destas regras fica sujeito a fiscalização por parte de uma autoridade independente». Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf

19. UNIÃO EUROPEIA, *Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia*, art. 16: «1. Todas as pessoas têm direito à proteção dos dados de caráter pessoal que lhes digam respeito». Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_3&format=PDF

ao seu acesso²⁰, sua portabilidade²¹, retificação e exclusão²². Por ser um direito fundamental, seu uso por terceiros deve ser justificado. Por consequência, reforçou-se do direito do titular de restringir o uso do dado à finalidade anunciada no momento da coleta²³. O consentimento passa a ser pressuposto da coleta e tratamento legal dos dados. Este deve ser buscado de maneira a esclarecer ao titular os dados que serão coletados, a finalidade da coleta, podendo ser objeto de retratação a qualquer tempo²⁴. O direito a ter seus dados apagados também foi garantido, apesar de ainda pairar dúvidas sobre o como tal direito será efetivado²⁵.

A definição de dados pessoais da GDPR²⁶ é ampla: abarca tanto os dados relativos às informações que permitam uma pessoa natural ser identificada ou identificável. Por consequência, o regulamento é passível de ser aplicado

20. UNIÃO EUROPEIA, Regulamento (UE) nº 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (*Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados*), GDPR, art. 15.

21. UNIÃO EUROPEIA, GDPR, artigo 20.

22. UNIÃO EUROPEIA, GDPR, artigo 13.

23. UNIÃO EUROPEIA, GDPR, artigo 13, cit.

24. UNIÃO EUROPEIA, GDPR, artigo 13, 2. B.

25. UNIÃO EUROPEIA, GDPR, artigo 17.1: «O titular tem o direito de obter do responsável pelo tratamento o apagamento dos seus dados pessoais, sem demora injustificada, e este tem a obrigação de apagar os dados pessoais, sem demora injustificada, quando se aplique um dos seguintes motivos: a) Os dados pessoais deixaram de ser necessários para a finalidade que motivou a sua recolha ou tratamento; b) O titular retira o consentimento em que se baseia o tratamento dos dados nos termos do artigo 6.o, n. 1, alínea a), ou do artigo 9., n. 2, alínea a) e se não existir outro fundamento jurídico para o referido tratamento; c) O titular opõe-se ao tratamento nos termos do artigo 21.o, n. 1, e não existem interesses legítimos prevalecentes que justifiquem o tratamento, ou o titular opõe-se ao tratamento nos termos do artigo 21.o, n.2; d) Os dados pessoais foram tratados ilícitamente; e) Os dados pessoais têm de ser apagados para o cumprimento de uma obrigação jurídica decorrente do direito da União ou de um Estado-Membro a que o responsável pelo tratamento esteja sujeito; f) Os dados pessoais foram recolhidos no contexto da oferta de serviços da sociedade da informação referida no artigo 8., n. 1». Sobre o tema, ver a decisão do caso do Tribunal de Justiça da União Europeia. Grande Secção. Processo C-131/12, Google Spain SL, Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González, 13/05/2014.

26. UNIÃO EUROPEIA, GDPR, artigo 4: «1. Dados pessoais», informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável (“titular dos dados”); é considerada identificável uma pessoa singular que possa ser identificada, direta ou indiretamente, em especial por referência a um identificador, como por exemplo um nome, um número de identificação, dados de localização, identificadores por via eletrónica ou a um ou mais elementos específicos da identidade física, fisiológica, genética, mental, económica, cultural ou social dessa pessoa singular».

tanto aos dados anonimizados quanto aos pseudoanonimizados.

O texto da GDPR aponta que a existência de diferentes níveis de proteção dos dados pessoais na aplicação da referida diretiva justificou a criação do regulamento. Enquanto a diretiva²⁷ oferece objetivos e permite aos Estados implementá-los em suas legislações locais com certa margem de apreciação sobre os meios de se atingir tais objetivos, o regulamento é um instrumento legal vinculativo que todos os Estados da União Europeia devem aplicar. Havendo divergências quanto à implementação do texto da GDPR nos Estados-membros, gera-se a obrigação de sua justificativa. Há, contudo, espaços para diferenças, margens nacionais de apreciação, em áreas previamente acordada entre as partes, são elas: tratamento de dados pessoais sensíveis²⁸, e tratamento de dados «efetuado pelas autoridades competentes para efeitos de prevenção, investigação, detecção e repressão de infrações penais ou da execução de sanções penais, incluindo a salvaguarda e a prevenção de ameaças à segurança pública»²⁹.

492

A análise do desenvolvimento da proteção de dados por meio de instrumentos jurídicos da União Europeia revela que o Regulamento n. 2016/679 (GDPR) foi fruto de um processo de reconhecimento do direito do titular de dados pessoais e do reconhecimento de que a proteção dos cidadãos europeus só seria efetiva caso as regras tivessem efeitos extraterritoriais.

Diante das dimensões do mercado europeu e sua integração com os demais mercados, os efeitos extraterritoriais da GDPR têm implicações no desenho dos negócios que usam os dados pessoais como base para o desenvolvimento de seus produtos, independentemente dessas empresas terem sede ou filiais em algum país da União Europeia³⁰.

27. UNIÃO EUROPEIA, Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados (*Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados*), 24 de outubro de 1995.

28. UNIÃO EUROPEIA, GDPR, considerando 10.

29. UNIÃO EUROPEIA, GDPR, art. 2º, 2 d.

30. UNIÃO EUROPEIA, GDPR, cit. considerando 22 e 23.

2. A construção dos meios jurídicos para assegurar a extraterritorialidade da GDPR

Os dispositivos extraterritoriais da GDPR foram construídos a partir da Convenção 108 e da Diretiva 95/46/CE. Dentre os mecanismos utilizados pela GDPR para garantir sua aplicação extraterritorial destacam-se a identificação do sujeito a ser protegido, a criação de uma lista de países que atenderiam os requisitos de proteção da União Europeia, a criação de instrumentos contratuais conforme padrões de proteção de dados e responsabilidade europeus.

a) *Sujeito a ser protegido*

O Regulamento Geral de Proteção de Dados (GDPR) da União Europeia tem efeitos extraterritoriais relevantes por proteger os dados de todas pessoas naturais que se encontrem na União Europeia³¹. A nacionalidade, portanto, não é relevante para aplicação do regulamento³². Qualquer empresa que colete, trate ou receba dados de pessoas que se encontrem na União Europeia no momento da coleta deve respeitar os dispositivos da GDPR. Deve se submeter a essas regras também as empresas que subcontratem empresas europeias para o tratamento de dados³³. E mesmo as empresas que não se encontrem em território europeu, mas que monitorem ou ofereçam serviços e produtos a pessoas

493

31. UNIÃO EUROPEIA, GDPR, cit. art. 3 «1. O presente regulamento aplica-se ao tratamento de dados pessoais efetuado no contexto das atividades de um estabelecimento de um responsável pelo tratamento ou de um subcontratante situado no território da União, independentemente de o tratamento ocorrer dentro ou fora da União. 2. O presente regulamento aplica-se ao tratamento de dados pessoais de titulares residentes no território da União, efetuado por um responsável pelo tratamento ou subcontratante não estabelecido na União, quando as atividades de tratamento estejam relacionadas com: a) A oferta de bens ou serviços a esses titulares de dados na União, independentemente da exigência de os titulares dos dados procederem a um pagamento; b) O controlo do seu comportamento, desde que esse comportamento tenha lugar na União. 3. O presente regulamento aplica-se ao tratamento de dados pessoais por um responsável pelo tratamento estabelecido não na União, mas num lugar em que se aplique o direito de um Estado-Membro por força do direito internacional público».

32. Ver mais sobre as consequências da tradução do art. 3.2 para língua portuguesa: Graça CANTO MONIZ, *Finally: A Coherent Framework for the Extraterritorial Scope of EU Data Protection Law - The End of the Linguistic Conundrum of Article 3(2) of the GDPR (July 1, 2018)*. «UNIO-EU Law Journal», 4 (8), July 2018. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3225827>.

33. UNIÃO EUROPEIA, GDPR, cit., considerando 2. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=PT>

naturais que se encontrem na União Europeia devem seguir o disposto na GDPR³⁴.

a.1) *Validação prévia de países autorizados a transferência de dados com a União Europeia.*

Um dos efeitos extraterritoriais é encontrado nos artigos relativos à transferência de dados pessoais para países terceiros ou organizações internacionais. O artigo 45 (2) lista requisitos para que países interessados no fluxo de dados com a União Europeia alterem suas normas locais como meio de ter acesso ao mercado europeu³⁵. O nível de proteção do Brasil, por exemplo, ainda não foi avaliado como adequado pela Comissão.

Tal estratégia cria para os países, territórios ou setores específicos desses países terceiros que desejem assegurar o fluxo de dados com a União Europeia uma referência normativa que deverá ser alcançada para ter acesso aos titulares de dados que se encontrem na União Europeia. Cria, por consequência, a necessidade para que tais entes busquem a adoção dessa referência nas suas legislações internas sem a necessidade de acordos internacionais que visem a harmonização desses padrões de proteção. Pelo interesse no acesso ao mercado europeu, os países, ou determinados setores desses países podem se sentir compelidos a adotar tais regras de maneira unilateral sem a existência de uma negociação prévia com a União Europeia. As modificações normativas para atender tais requisitos podem ser apresentadas no formato de leis formais, caso sejam adotadas pelos países terceiros, ou via instrumentos de autorregulação criados pelos setores interessados, mesmo que as leis internas de seus países de origem não os obriguem ao respeito a tal padrão de proteção.

A GDPR ainda determina que a permanência na lista de autorização prévia para transferência de dados pessoais para terceiros é condicionada a revisão periódica a cada quatro anos, no mínimo³⁶. Como o controle é periódico,

34. UNIÃO EUROPEIA, GDPR, artigo 28 (1), cit.

35. Ver mais sobre: Shakila BU-PASHA, *Cross-border issues under EU data protection law with regards to personal data protection*, «Information & Communications Technology Law», 2017, n. 26:3, pp. 213-228.

36. UNIÃO EUROPEIA, art. 45 (3), op cit.

pode-se depreender que a necessidade de adequação dos terceiros esteja vinculada também as futuras modificações da GDPR.

a.2) *Validação prévia de instrumentos contratuais autorizados*

O fato de não integrar a lista de sujeitos autorizados ao fluxo de dados com países da União Europeia não impede que a transferência de dados ocorra. Para tanto, as empresas deverão adotar cláusulas previamente aprovadas pela Comissão Europeia em seus contratos de transferência de dados.

O outro meio jurídico de empresas de países terceiros ainda não “aprovados” pela Comissão de terem acesso a dados coletados na União pode se dar através do consentimento expresso da pessoa titular do dado no momento de sua coleta³⁷. As outras possibilidades de transferência se referem àquelas que ocorrem para execução de medidas pré-contratuais e contratuais em que o titular é parte ou para aqueles contratos feitos em razão do interesse do titular ou por razões de interesse público³⁸. A solução em favor da harmonização da proteção de dados segundo o padrão europeu, nesse caso, é realizada a partir de instrumentos de *soft law*, nos quais as partes acordam com tais regras pela via contratual³⁹.

495

3. A jurisdição Europeia como fonte de proteção e de inspiração

Mesmo entre países desenvolvidos, testa-se os limites do controle da ação extrajurisdicional da norma europeia e a conveniência de sua adoção, face a alternativas oriundas dos Estados Unidos. As soluções aportadas pela União Europeia é, na maioria das vezes, conveniente e efetiva para a garantia de direitos em países em desenvolvimento.

a) *A jurisdição extraterritorial europeia como fonte de proteção para os direitos humanos*

O Brasil, como a maioria dos países em desenvolvimento, não tem a mesma força de argumentação que os Estados

37. UNIÃO EUROPEIA, GDPR, art. 13, cit.

38. UNIÃO EUROPEIA, GDPR art. 49, cit.

39. Tal estratégia do uso de normas de *soft law* foi tratada no âmbito do direito ambiental por Hermitte já em 1990: Marie-Angéle HERMITTE, *Pour un statut juridique de La diversité biologique*, «Revue Française d'Administration Publique», 1990, n. 53, p. 33-41.

Unidos ou a União Europeia para discutir padrões internacionais de proteção dos dados pessoais, porque não é um importante produtor de tecnologia da informação. Na maioria das vezes, é conveniente aceitar e mesmo estimular a extraterritorialidade das normas europeias, pelo maior nível de proteção que elas conferem e pela proximidade da visão que se tem sobre o uso dos dados pessoais por grandes corporações.

Os Estados Unidos têm a possibilidade de estabelecer padrões de proteção a outros países e encontram na União Europeia um ator para dialogar e refletir sobre limites em pé de igualdade. Em casos importantes, é possível que os tribunais norte-americanos definam padrões globais. Caso não considerassem os prejuízos aos cidadãos americanos com uma proteção global, certamente a assimetria de forças entre os países levaria a prevalência do modelo americano.

No caso *Microsoft Corp. Estados Unidos*, em julgamento perante a Suprema Corte dos Estados Unidos, discute-se a existência ou não de extrajurisdicionalidade em um caso onde o Governo norte-americano solicitou dados pessoais (conteúdos de emails) de um indivíduo cujo IP era da Irlanda. A norma europeia possibilita a identificação do detentor do IP, mas apenas permite o acesso a dados pessoais (emails, documentos, fotos e outros), com autorização judicial⁴⁰. No caso específico, trata-se de uma empresa americana, que presta serviços na Europa, para cidadãos Europeus e, provavelmente, armazena os dados em data centers localizados na União Europeia⁴¹.

Na visão do governo americano, não haveria extrajurisdicionalidade porque deve-se observar o local onde o dado está acessível. Uma vez que o dado está acessível nos Estados Unidos, valeria a norma americana, que permitiria em determinados casos de investigação criminal, o acesso a dados

40. THEODORE CHRISTAKIS, *Data, Extraterritoriality and International Solutions to Transatlantic Problems of Access to Digital Evidence. Legal Opinion on the Microsoft Ireland Case (Supreme Court of the United States) (November 29, 2017)*, in *The White Book: Lawful Access to Data: The US v. Microsoft Case, Sovereignty in the Cyber-Space and European Data Protection, CEIS & The Chertoff Group White Paper (December 2017)*. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3086820>.

41. Desde as discussões sobre a proteção de dados pessoais na União Europeia, torna-se mais comum a construção de data centers na Europa para armazenar dados dos cidadãos europeus e, assim, prevenir conflitos legais.

pessoais pela via administrativa. Nessa visão, os tratados sobre o tema e o GDPR ficariam sem efeito, porque anularia a possibilidade de controle judicial do acesso a informação. Uma decisão confirmatória do pedido do Governo dos Estados Unidos levaria ao enfraquecimento do GDPR e dos seus mecanismos de proteção.

Trata-se de uma decisão que pode se virar contra os próprios Estados Unidos. Muito embora sejam o maior produtor de tecnologia do mundo, não apenas há um grande número de empresas europeias e asiáticas atuando em território americano e mesmo as empresas americanas poderiam, na mesma lógica, tornar dados de cidadãos americanos disponíveis na Europa, na Ásia ou em qualquer lugar do mundo. Não apenas esse argumento foi utilizado ao longo do processo, como parece ser um dos elementos principais da decisão⁴².

Conflitos como esse demonstram a importância de países em desenvolvimento como Brasil contarem a extrajurisdicionalidade do GDPR e da internacionalização dos problemas ligados à internet para construir seus níveis de proteção nacional. Não apenas não haveria simetria de interesses para defender soluções unilaterais do Brasil – pela falta de empresas e sistemas construídos no Brasil – como em virtude da baixa capacidade de investigação, mesmo com ordem judicial, seria possível que decisões judiciais brasileiras tornassem sem efetividade pelo armazenamento de dados em paraísos digitais. É apenas a partir de um diálogo entre Estados Unidos e União Europeia, que países em desenvolvimento como o Brasil podem participar da fixação de padrões globais de proteção.

b) As soluções europeias como forma de inspiração para os países em desenvolvimento

A União Europeia aprovou por meio do Regulamento Europeu 910/2014 uma harmonização das assinaturas eletrônicas, aliado a proteção de dados pessoais. Ficam uniformizados três modalidades de assinatura para identificação pessoal: a assinatura simples, a avançada e a qualificada. A assinatura qualificada utiliza um dispositivo para garantir a integridade do documento. A assinatura avançada pro-

42. Até a data de fechamento deste artigo o caso ainda estava pendente de decisão.

cura dar segurança jurídica por meio de confirmações de dados pessoais que apenas o titular dos direitos deveria ter. A proteção dos dados via GDPR garante um maior nível de proteção às assinaturas eletrônicas avançadas.

No Brasil, desde o início dos anos 1990, houve a criação de dispositivos de assinatura digital qualificada, pelo sistema ICP-Brasil. Trata-se de um token que vincula o documento a um hash. Caso haja violação do documento, com perda da integridade, torna-se possível identificar a perda do hash. No entanto, em 20 anos, pouco mais de 3 milhões de tokens estão sendo utilizados, ou seja, menos de 0,15% da população tem acesso ao dispositivo. Dúvidas sobre segurança de outros sistemas levam a exclusão da população da verificação da sua identidade, da possibilidade de acesso a serviços públicos e da proteção das suas informações, porque apenas se considera como uma assinatura válida aquela equivalente à assinatura qualificada.

Com a expansão de sistemas globais de emissão de documentos, fica cada vez mais difícil para as empresas e cidadãos brasileiros conviver sem dar segurança jurídica no mesmo nível que na União Europeia. Um documento assinado com a conferência de dados pessoais ou de dispositivos móveis, por um brasileiro, no Brasil, não pode ser válido na União Europeia e não ser válido no Brasil. Ao mesmo tempo, as autoridades brasileiras não podem pretender que um sistema confirmado em 28 Estados Europeus não seja seguro.

Nesse caso, diferentes projetos de lei e iniciativas têm se inspirado no sistema europeu para alterar o modo de assinatura eletrônica no Brasil. A plataforma gov.br já adota assinaturas avançadas, independente da legislação, inspirada na experiência europeia. O Projeto de Lei sobre Eficiência Pública (PL 7843/2017) faz o mesmo.

Neste caso, como em vários outros, a norma europeia inspira soluções ao Brasil, devido a incidência prática de sistemas eletrônicos em nível global. Ao contrário das soluções americanas, mais abertas à circulação de dados pessoais, a maior confiança nas empresas e no mercado sobre os aspectos positivos da circulação de dados, o Brasil parece estar mais próximo das preocupações Europeias, com a proteção dos dados pessoais e a desconfiança em relação a possíveis fraudes. A extrajurisdicionalidade ou a norma europeia co-

mo fonte de inspiração acabam por ser portos seguros para a efetividade das normas no Brasil.

Conclusão

As normas europeias e americana acabam por ter um efeito extraterritorial direto sobre os demais países emergentes, a exemplo do Brasil. Ao mesmo tempo que há uma submissão a um padrão global de proteção, as deficiências institucionais no Brasil dificultam a efetividade dos padrões internacionais no plano local. wComo os dados têm sido considerados como a matéria prima dos produtos no mercado digital, o acesso a tais dados se torna vital para as empresas do setor. Seguindo o exemplo europeu, o Brasil, em 2018, aprovou a lei geral de proteção de dados. A lei entrará em vigor em 24 meses para todas as suas disposições.

Liste des auteurs

- Nicolas Baya-Laffite**, professeur de sociologie des sciences et des techniques à l'Université de Genève. 501
- María Valeria Berros**, professeure à l'Université nationale du littoral et chercheuse au CONICET.
- Pierre Brunet**, professeur de droit public à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne.
- Emanuele Conte**, professeur à l'Université de Roma Tre et directeur d'études cumulant à l'EHESS.
- Justo Corti Varela**, professeur de droit international public à l'Université nationale d'éducation à distance.
- Marcelo Dias Varella**, professeur du Centre universitaire de Brasilia.
- Maria Edelvacy Marinho**, professeure de l'Université presbytérienne Mackenzie.
- Silvia Falconieri**, chargée de recherche à l'Institut des Mondes Africains du CNRS.
- Raphaël Larrère**, directeur de recherche INRA (retraité).
- Luis Lloredo Alix**, professeur de philosophie du droit à l'Université Autonome de Madrid.
- Marta Madero**, professeure d'histoire médiévale à l'Université nationale général Sarmiento.
- Sandrine Maljean-Dubois**, directrice de recherche au CNRS.

- Jean-Pierre Marguénaud**, chercheur à l'IDEDH de l'Université de Montpellier.
- Delphine Marie-Vivien**, chercheuse en droit au CIRAD, UMR Innovation.
- Rodrigo Míguez Núñez**, professeur de droit privé à l'Université du Piémont orientale.
- Pauline Milon**, post-doctorante à l'Université de Brasilia.
- Paolo Napoli**, directeur d'études à l'EHESS.
- Christine Noiville**, directrice de recherche au CNRS, Institut des sciences juridiques et philosophiques de la Sorbonne (UMR 8103).
- Giorgio Resta**, professeur de droit privé comparé à l'Université Roma Tre.
- Amélie Robine**, avocate au Barreau de Paris.
- Judith Rochfeld**, professeure de droit privé à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne.
- David Samson**, docteur en philosophie et sciences sociales et membre du LIER-FYT.
- Gonzalo Sozzo**, directeur scientifique de l'IEA à l'Université Nationale du Littoral.
- Michele Spanò**, maître de conférences de l'EHESS.
- Elsa Supiot**, professeure de droit au Centre Jean Bodin de l'Université d'Angers.
- Sarah Vanuxem**, maîtresse de conférences à l'Université Côte d'Azur.

«Diálogos»

Incontri con la cultura giuridica latino-americana

collana diretta da Rodrigo Míguez Núñez

ISSN 2724-6736

Comitato scientifico

Helena Alviar García, María Valeria Berros, Flavia Carbonell Bellolio, Aldo Andrea Cassi, Bartolomé Clavero, Thomas Duve, Jorge Esquirol, Mark Goodale, Jorge Armando Guevara Gil, Sabrina Lanni, Luis Lloredo Alix, Lucio Pegoraro, Marzia Rosti, Fernando Tenorio Tagle.

La Collana ha lo scopo di promuovere e diffondere la conoscenza e il dialogo tra studiosi della cultura giuridica europea e latino-americana, nell'intento di fornire uno spazio di incontro e confronto sui temi tanto classici quanto nuovi dell'esperienza giuridica. La Collana è aperta a contributi di studiosi di diverse discipline e ospita opere monografiche, studi collettivi, atti di convegno e testi utili a soddisfare finalità didattiche.

«Diálogos» è aperta a contributi in lingua non solo italiana ma anche francese, inglese, portoghese, spagnola.

Le pubblicazioni della Collana sono sottoposte a un sistema di referaggio anonimo (*blind peer review*) secondo i criteri indicati sul sito web dell'editore www.aaccademia.it

I volumi della Collana sono pubblicati in formato digitale con licenza Creative Commons. «Diálogos» è inoltre candidata alla piattaforma OpenEdition Books.

Volumi pubblicati

1. *Scritti in onore di Mario G. Losano. Dalla filosofia del diritto alla comparazione giuridica*, a cura di Luis Lloredo Alix e Alessandro Somma.
2. Clelia Bartoli, *Chile Revolts: From the Uprisings to the Constitutional Process*.
3. *Le droit à l'épreuve de la société des sciences et des techniques. Liber amicorum en l'honneur de Marie-Angèle Hermitte*, sous la direction de Nicolas Baya-Laffite, María Valeria Berros, Rodrigo Míguez Núñez.

Nicolas Baya-Laffite est professeur de sociologie des sciences et des techniques à l'Université de Genève.

María Valeria Berros est professeure de droit privé et de sociologie du droit à l'Université nationale du littoral et chercheuse au CONICET.

Rodrigo Míguez Núñez est professeur de droit privé à l'Université du Piémont oriental.

aAaAaAaAa

A series of five horizontal stripes in dark grey, red, blue, and yellow, stacked vertically.