

VERS UN DROIT UNIVERSEL, LA FIN D'UN VIEUX RÊVE ?

François OST
(Genève, Bruxelles)

Introduction

Cette communication, dont le titre a été suggéré par les organisateurs de ce colloque, part d'une hypothèse : nous assisterions à l'imposition (ou l'adoption) progressive d'un droit universel, et cette globalisation juridique entraînerait « la fin d'un vieux rêve », non autrement spécifié (sans doute l'idéal d'un droit « autochtone » taillé à la mesure des traditions et valeurs locales).

Dans une première section, je m'attacherai à préciser les termes de cette hypothèse. J'évoquerai quelques temps forts du mouvement, qui ne date pas d'aujourd'hui, qui pousse l'humanité dans le sens de l'unification de son droit, mais aussi de sa langue, comme l'a bien montré Umberto Eco. En contrepoint je rappellerai la forme qu'a pu prendre le « vieux rêve » du droit autochtone, dans le cadre de l'Ecole allemande du droit historique qui en a fourni une des théorisations les plus abouties.

Dans une seconde section, je discuterai cette hypothèse qui, si elle devait se confirmer, illustrerait le bien fondé des prédictions de Francis Fukuyama relatives à « la fin de l'histoire », qui annonce la disparition de toute alternative à l'économie libérale de marché à l'américaine ¹. La discussion se portera tant sur le plan du diagnostique factuel, que sur celui de l'évaluation normative : l'hypothèse est-elle vérifiée, et, si oui, est-elle souhaitable ? Je tenterai de répondre par la négative à ces deux questions. Au plan constatif, on objectera que toute unification s'accompagne, tôt ou tard, d'un phénomène de « babélisation » (différenciation interne), et on montrera que toute construction uniformisante (car il s'agit toujours de constructions mentales) fait bon marché des éléments hétérogènes persistants qui ne cadrent pas avec la norme érigée en universel. Sur le plan normatif ou évaluatif, j'opposerai quelques arguments « communautaristes » aux prétentions universalisantes des tenants de la thèse « libérale ».

Je serai alors en mesure d'évoquer les linéaments d'une troisième voie qui rendrait mieux justice à la complexité des phénomènes contemporains en s'exprimant en termes de globalisation (le progrès du global passe par une valorisation et un approfondissement du local). Cette dialectique est celle du cosmopolitisme dont la version normative passe par l'hospitalité (Kant faisait déjà cette observation) et la pratique traductive.

Je terminerai en évoquant le « dialogue des juges » à titre d'illustration du dialogue traductif à l'heure du cosmopolitisme juridique.

¹ F. FUKUYAMA, *The End of History*, in *The national Interest*, été 1989.

La présentation dont je viens d'esquisser le parcours repose sur deux thèses philosophiques que je souhaiterais présenter d'entrée de jeu. La première, qui caractérise la pensée dialectique, et que Ulrich Beck associe opportunément au cosmopolitisme, nous invite à abandonner le mode de pensée disjonctif (ou bien /ou bien) au profit de la pensée conjonctive (et /et)². Ceci devrait nous engager à récuser systématiquement les fausses dichotomies dans lesquelles nous nous enfermons constamment (national/international, global/local, nous/les autres, semblable/différent,...) et qui nous barrent l'accès à la complexité du réel. La dialectique consiste au contraire à les penser ensemble, à les faire se travailler de l'intérieur, à les mettre en tension pour en dégager des propriétés émergentes – souvent la troisième voie qui fait justice à leur productivité, pour autant, précisément, qu'elles ne se replient pas sur elles-mêmes. La pensée conjonctive met ainsi en lumière à la fois leur valeur (ou leur pertinence descriptive) et leur limite.

Soit l'universalisme et le relativisme. L'universalisme se signale par l'exigence d'avoir à transcender les points de vue particuliers pour s'élever à une sorte de nécessité conceptuelle ou éthique, mais présente le danger, mille fois avéré, de sous-estimer (et bientôt nier) les différences, en imposant partout ce qui n'est jamais que la norme d'une culture particulière. A l'inverse, le relativisme (particularisme), s'il respecte les différences (et constitue, de ce point de vue, une antidote bienvenue à l'*ubris* des thèses universalistes), risque toujours d'exacerber, voire d'absolutiser ces différences, professant alors la thèse commode de l'incommensurabilité des positions en présence, ce qui finit par engendrer une forme d'in-différence à l'autre. Ironiquement, les deux thèses en présence finissent alors par se rejoindre dans une forme d'essentialisme : qu'elle soit petite ou grande, tout finit par tourner autour d'une identité reposant en elle-même et gardée de toute altération (action de l'autre sur soi).

Ces notions, il est cependant très difficile de s'en passer – tant il est vrai qu'on ne peut jamais penser *tabula rasa*. Il nous est néanmoins possible de les faire se corriger et se féconder mutuellement sous l'égide du « troisième terme » que représente le cosmopolitisme³.

A l'encontre du relativisme particulariste, le cosmopolitisme fait valoir une exigence de dialogue, rendu de toute façon nécessaire par le fait inéluctable des flux de toutes sortes (migratoires, financiers, culturels) qui caractérisent désormais notre « village mondial ». A l'encontre de l'universalisme, le cosmopolitisme ne cesse de rappeler le risque permanent de malentendu et d'intraduisible, générateur de ce que Jean-François Lyotard appelle le « différend ». Loin de condamner toute entreprise de dialogue traductif, ce constat le relance au contraire à partir de ce que le grand sinologue

² U. BECK, *Qu'est-ce que le cosmopolitisme ?*, traduit par Aurélie Duthoo, Paris, Aubier (Alto), 2006, p.16.

³ U. BECK, *op.cit.*, p.100 s., p. 117s.

François Jullien appelle l'intuition du « fond commun de l'humain »⁴. Une intuition cependant plus interrogative qu'hégémonique qui se nourrit de l'exigence d'un universel inversé, opérant en creux, sous la forme d'une relance permanente, plutôt qu'en plein, sous la forme arrogante de l'affirmation de certitudes toujours trop hâtives.

La pointe philosophique la plus avancée de ce cosmopolitisme conjonctif tient dans la reconnaissance de l'autre au sein même du soi (on se souvient du « *Soi-même comme un autre* » de Paul Ricoeur). Ce n'est qu'à la condition de prendre acte de cette division intérieure du sujet (et donc de la pluralisation virtuelle de ses représentations et convictions), qu'on peut comprendre le fonctionnement d'une pensée conjonctive et s'engager dans un dialogue traductif. De même nous faudra-t-il reconnaître que l'universel est lui-même pluriel (F. Jullien montre bien que, même en Occident, sa genèse est composite, sans parler de sa mise en discussion au regard d'autres cultures). Il n'en va du reste pas autrement de nos « identités » nationales, dont seule une forme d'amnésie historique pourrait nous faire oublier l'origine mêlée. Cosmopolitisation, dialogue et traduction sont d'abord et avant tout des réalités intérieures.

Section 1. Une hypothèse : quel droit universel ? quel vieux rêve ?

A. Quel droit universel ?

L'universalisation du droit (ou de la langue, ou de la religion, ...) peut procéder ou d'une volonté hégémonique de conquête militaire, ou d'un idéal plus ou moins désintéressé. Seul ce deuxième cas nous intéresse ; dans cette hypothèse prévaut généralement une aspiration à la perfection – sur le modèle de cette quête obstinée de la « langue parfaite » dont U. Eco a raconté la longue histoire⁵. On pourrait tenter d'évoquer cette vaste entreprise en la rapportant à trois modalités, du reste nullement mutuellement exclusives : religieuses, rationnelles et pragmatiques. On en donne ici un très rapide aperçu en quelques coups de sonde .

1. Loi universelle parfaite d'origine religieuse.

Dans la bouche d'Antigone déjà, l'opposition aux ordres de Créon (on dirait aujourd'hui : le droit positif de la ville de Thèbes) s'appuie sur l'appel aux « lois non écrites, inébranlables, des dieux ». Tout au long du moyen âge chrétien, et même encore longtemps après lui, le droit naturel s'est pensé dans

⁴ F. JULLIEN, *De l'universel, de l'uniforme, du commun et du dialogue entre les cultures*, Paris, Fayard, 2008, p. 158, 190, 228.

⁵ U. ECO, *La recherche de la langue parfaite dans la culture européenne*, traduit par J.-P. Manganaro, Paris, Seuil, 1994. Pour un parallèle avec la quête de la loi parfaite, cf. F. OST, *L'amour de la loi parfaite*, in *L'amour des lois*, sous la direction de J. BOULAD AYOUB, Les presses de l'université de Laval, 1997, p. 53 s.

les termes de la révélation religieuse. Saint Thomas d'Aquin (1226-1274) le rapportera, à l'instar de toute la pensée médiévale, au Dieu créateur, origine d'un ordre cosmique qui englobe l'ordre de la Cité terrestre. « Il est évident », écrit-il dans la *Somme théologique* (Ia-IIae, 9.91, art.1), « étant établi que le monde est régi par la Providence divine, que cette grande communauté qu'est l'univers est gouvernée par la loi divine ».

Cette référence divine reparaît aujourd'hui, avec une très grande force, en terre d'Islam : ainsi, l'article 2 de la Constitution égyptienne stipule-t-il que « les principes de la *Sharia* sont la source principale de la législation ». A la différence cependant de l'universalisme chrétien, d'inspiration paulinienne (« ni juifs, ni chrétiens.. »), la référence islamique présente une forte connotation d'autochtonie (d'où les résistances persistantes à traduire le Coran). Ce qui explique que l'expansion territoriale du Coran est souvent passée par la conquête – ceci sans nier les violences qui ont accompagné, dans l'histoire, l'expansion de l'universalisme romain.

2. Loi universelle parfaite d'inspiration rationnelle.

Dès l'Antiquité prévaut l'idée que le juste naturel, transcendant les contingences des usages locaux, s'inscrit dans la nature même des choses. La raison était censée l'y découvrir comme la mesure des justes partages, l'ajustement du rapport de droit envisagé. Un droit qui ne se ramène alors ni à la loi ni au droit subjectif, mais était plutôt la proportion harmonieuse d'un rapport, quelque chose comme le nombre d'or qui faisait l'équilibre des édifices sacrés que les Grecs ont toujours recherché. La loi parfaite était donc la juste proportion immanente aux rapports humains : proportion arithmétique dans les rapports commutatifs privés, proportion géométrique dans les rapports distributifs publics.

Le moyen âge chrétien, on l'a dit, réinterprétera cet héritage dans le langage de la révélation, en le rapportant à l'infailibilité divine. Mais, dès la Renaissance, c'est la justification rationnelle qui l'emportera à nouveau ; ainsi lorsque Grotius (1583-1645) assurera pouvoir fonder le droit de la nature et des gens sur « les principes clairs et évidents par eux-mêmes » de la raison – ajoutant que « tout ce que nous venons de dire aurait lieu quand même on accorderait qu'il n'y a point de Dieu ».

A partir de ce moment, le rêve de la loi parfaite prendra la forme du Code, source de toute justice, paré de toutes les qualités rationnelles et virtuellement promis à une application universelle. Leibniz est, parmi d'autres, un des relais de cet idéal, lui qui s'attachait à dégager « les vrais principes dont tout le droit est dérivé » et qui, convaincu de la plénitude logique du Code qui les exprimerait, interdisait qu'on basât le droit sur quelque autre source.

Plus tard, Jeremy Bentham livrera une autre variété de cet idéal rationnel, sur la base cette fois du calcul utilitariste des plaisirs et des peines censé valoir universellement.

3. Loi universelle d'inspiration pragmatique.

Au cours des derniers siècles, cet idéal universaliste dut affronter la forte contestation nationaliste qui accompagnait la montée en puissance des Etats nations. La prétention de dégager une loi « parfaite » valable universellement se fit plus discrète, sans qu'on renonce pour autant à rechercher des modèles normatifs valables au-delà des frontières étatiques, d'autant que, dans l'intervalle, l'évidence d'une société des nations et bientôt le besoin d'une gouvernance planétaire commençaient à se faire ressentir. Autrement dit : on en rabattait sur le terrain de la justification idéale, mais on ne désarmait pas sur le plan pragmatique – ce qui, du reste, traduisait un passage de l'idéal universaliste des hauteurs éthérées du droit naturel aux réalités plus prosaïques du droit positif. Au plan linguistique, c'était le moment où, renonçant aux spéculations relatives à une mythique langue originaire ou à une possible langue logique établie a priori, on se mit à élaborer toutes sortes de langues internationales auxiliaires de synthèse, dont l'esperanto reste une des réussites les plus connues. Aujourd'hui, la langue anglaise, ou plutôt le *globish* qui en tient lieu dans les marchés et les congrès, prend le relais, avec la prétention de s'imposer comme langue unique de communication. Au plan juridique, cette méthode pragmatique passe par l'entreprise de comparaison des ordres juridiques en présence, une comparaison qui génère toutes sortes de tentatives d'unification du droit matériel, sous la forme de conventions internationales notamment.

Tout ceci conduit aujourd'hui à prendre la mesure d'un droit bientôt *mondialisé*. Alors que le *droit de la mondialisation* relève encore de la perspective classique de l'« inter-national », dès lors qu'il procède de la mise en place de structures de gouvernance au départ des Etats (perspective onusienne), le *droit mondialisé* relève, quant à lui, d'une perspective beaucoup plus radicale de pénétration trans-nationale, résultat de la convergence plus ou moins spontanée de droits notamment (mais pas exclusivement) nationaux cherchant à s'aligner sur des standards et des modèles dominants ou séduisants. Ces phénomènes sont bien observés, sur un plan sociologique plus général, par Saskia Sassen qui note que la mondialisation se produit à des échelles différentes : à côté des institutions globales, prolifèrent également des gammes diversifiées de déclinaisons locales de la mondialisation qui passent par les circuits et les réseaux transfrontières ⁶. On assiste alors à la diffusion étonnante, et parfois très rapide, de concepts, de valeurs, de modèles et de pratiques, fondés sur l'efficacité économique ou, dans d'autres domaines, la légitimité démocratique, entraînant des formes d'hybridation et d'acculturation des systèmes nationaux et de leur vocabulaire spécifique. Cette « mondialisation douce », explique Charles-Albert Morand, permet par exemple de comprendre

⁶ S. SASSEN, *La globalisation . Une sociologie*, traduit par P. Guglielmina, Paris, Gallimard, 2007.

pourquoi « le législateur suisse, sans en avoir l'obligation, transforme en droit interne les normes de l'O.M.C. ou le *soft law* de l'O.C.D.E. »⁷. Ce phénomène, qu'on a pu qualifier d'« internormativité de fait »⁸ (dans la mesure où il procède d'ajustements volontaires et non d'une obligation juridique) présente de multiples facettes : tantôt il résulte de la contrainte économique (on songe aux pays de l'ex bloc soviétique ou aux pays émergents du sous-développement, obligés de s'aligner sans délai sur les standards de l'économie libérale mondialisée), tantôt de la fascination intellectuelle (tels les phénomènes d'emprunt, parfois inconscients, de styles, de pratiques, d'argumentaires et de formes de motivation) – dans tous les cas il conduit à des formes d'hybridation, dès lors que ces emprunts sont sélectifs et partiels, ce qui ne manque pas de nourrir le débat sur la légitimité de ces *legal transplants*⁹.

Pour tenter d'insuffler un peu d'ordre dans ce foisonnement normatif, Mireille Delmas-Marty a introduit, il y a quelques années, une distinction bienvenue entre deux formes de mondialisation : la *globalisation* qui procède des forces du marché, et l'*universalisation* qui s'inspire des idéaux éthiques des droits fondamentaux¹⁰. On assisterait alors à l'action, tantôt convergente, tantôt conflictuelle de ces deux sortes de droit mondialisé : la première, qui tend à imposer partout les dogmes de la libre concurrence et à dissoudre les politiques nationales qui ne s'inscrivent pas dans cette politique libérale ; la seconde, qui parle le langage des droits de l'homme et tend à universaliser le principe de l'irréductible dignité de l'être humain, au nom de laquelle il est légitime que les collectivités s'organisent pour décider les formes de leur vivre-ensemble.

Plus largement, cette tension entre deux formes de la mondialisation juridique renvoie à la distinction établie aujourd'hui par François Jullien entre ce qu'il appelle l'« uniforme », qui relève d'une logique de production à l'identique et se nourrit du fantasme de la similitude (« *macdonaldisation* » du monde), et, d'autre part, l'« universel » qui procède d'une exigence de la raison et présente un caractère de nécessité logique ou d'inconditionnalité morale¹¹.

B. Quel vieux rêve ?

Face à l'universalisation du droit, jamais n'a vraiment désarmé la tendance inverse qui manifeste son attachement aux coutumes locales, usages

⁷ Ch.-A. MORAND, *Le droit saisi par la mondialisation. En guise de prélude* » in *Le droit saisi par la mondialisation*, sous la direction de Ch.-A. MORAND, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 10.

⁸ M. DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit II. Le pluralisme ordonné*, Paris, Seuil, 2006, p.41s.

⁹ Cf. notamment R. SACCO, *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Paris, Economica, 1991, p.115s.

¹⁰ M. DELMAS-MARTY, *Trois défis pour un droit mondial*, Paris, Seuil, 1998.

¹¹ Fr. JULLIEN, *De l'universel*, op. cit., p.31s.

professionnels, traditions nationales, prescrits religieux et constitutions étatiques, toutes normes taillées à la mesure de l'infinie diversité des individus et des groupes. L'Ecole du droit historique, qui domine la pensée juridique allemande au XIXe siècle, en est une des expressions les plus abouties.

C'est dans les écrits programmatiques de Frédéric Charles de Savigny (1779-1861), et particulièrement dans le manifeste de l'Ecole intitulé *De la vocation de notre temps pour la législation et la science du droit*, que ces thèses se traduisent de la façon la plus nette. Celles-ci furent relayées efficacement par plusieurs disciples de Savigny : Jacob Grimm (1785-1863), qui fut aussi un grammairien célèbre et un conteur apprécié, le romaniste Georges Puchta (1798-1840), ainsi que le germaniste Georges Beseler (1809-1888).

Influencée par le romantisme allemand, l'Ecole du droit historique entend réagir à la fois contre le rationalisme universaliste de l'Ecole du droit naturel du XVIIIe siècle et contre le légalisme positiviste du mouvement de la codification qui, selon l'exemple français, prétend réduire le droit à la loi codifiée. A l'opposé de ces thèses, Savigny et ses disciples entendent affirmer le fondement populaire et organique du droit, ancré dans la tradition nationale, ainsi que, au plan des sources du droit, la prévalence de la coutume et de la doctrine par rapport à la loi. Enraciné au plus profond de la conscience populaire (le *Volksgeist*) dont l'origine est immémoriale, le droit connaît un développement organique et coutumier : il marche du même pas que la nation elle-même.

A l'opposé des codificateurs qui prétendent dériver le droit des principes a priori de la raison, l'Ecole du droit historique désigne son fondement dans les nécessités internes, historiquement et organiquement développées, de chaque nation. En 1847, Puchta écrit : « Le droit repose, quant à son ultime fondement historique, sur la conviction commune du peuple » ; Beseler lui fait écho, qui affirme : « Le droit n'est pas le produit du hasard ou de l'arbitraire des hommes, ni de la législation ou des abstractions des philosophes ; il s'est développé directement dans la vie des peuples comme la coutume et la langue »¹².

Section 2 . Discussion de l'hypothèse. Le cosmopolitisme comme troisième voie.

Rappelons l'hypothèse de départ : l'intensification des échanges au sein de ce qu'il est désormais convenu d'appeler le « village mondial » générerait un droit mondialisé qui aurait bientôt raison des survivances des ordres juridiques locaux ou particuliers. En somme, on serait amené à enregistrer, sur le terrain juridique, une application des thèses de Francis

¹² Cité par A. DUFOUR, *Droit historique (Ecole du)*, in *Encyclopédie de théorie et de sociologie du droit*, sous la direction de A.-J. ARNAUD et al., 2^e éd., Paris, LGDJ, 1993, p. 193.

Fukuyama qui, dès 1989, annonçait « la fin de l’histoire ». Après l’effondrement du communisme soviétique, il n’y aurait plus d’alternative crédible à l’économie libérale de marché à l’américaine, expliquait-il. Le capitalisme démocratique, ou la « démocratie de marché » est la seule véritable vision de la modernité, et, selon sa logique interne, cette vision va s’imposer progressivement au monde entier, ce qui devrait donner naissance à une civilisation universelle qui marquera la fin de l’histoire.

Sans même discuter, à ce stade, la confusion qu’une telle thèse introduit entre l’uniforme et l’universel (si elle devait se vérifier, ce serait, en effet, de l’uniforme quantitatif et non de l’universel nécessaire qu’elle produirait), on peut mettre en question et sa pertinence descriptive et sa valeur normative.

A. Critique factuelle.

Une réfutation descriptive de notre hypothèse dépasserait de loin les limites de la présente étude. On se contentera donc de mobiliser deux séries d’arguments. Les premiers visent à rappeler le phénomène inéluctable de « babélisation » qui affecte tout discours hégémonique. Les seconds attirent l’attention sur les très nombreux « refoulés » de la thèse dominante, qui, loin de procéder d’une évidence naturelle, n’est jamais qu’une construction mentale, qui laisse dans l’ombre toutes les réalités qui échappent à sa programmation.

1. Babélisation.

C’est un phénomène bien connu des linguistes : sitôt un langage s’est-il imposé de façon dominante, qu’il commence à subir un mouvement de différenciation interne, signe de sa réappropriation singulière par les groupes de locuteurs. L’esperanto, par exemple, a payé son succès relatif d’une telle « fatalité » babélienne. Les ordres juridiques n’échappent pas à ce phénomène, comme le confirment les quelques exemples qui suivent.

Ainsi, des comparatistes ont-ils pu relever que les mêmes adages romains, présents dans différents systèmes juridiques, y reçoivent des acceptions sensiblement différentes – ce qui devrait suffire à dissiper quelques illusions quant aux performances d’une quelconque *lingua franca*¹³.

Autre exemple : la circulation des concepts juridiques à la faveur de l’articulation, tant verticale qu’horizontale, des systèmes juridiques. Hélène Ruiz Fabri note à cet égard, à propos du droit international de l’environnement : « si les effets principaux de la mondialisation promeuvent ainsi en principe une diffusion de concepts juridiques uniformisés, il n’en reste pas moins qu’on observe aussi, selon une logique diamétralement opposée, une tendance à la

¹³ H.MATILA, in *Le politiche linguistiche delle istituzioni comunitarie dopo l’allargamento*, sous la direction de Valentina Jacometti et Barbara Pozzo, Milan, Giuffrè, 2006, p. 37.

singularisation des concepts lors de leur réception dans les différents espaces normatifs. En effet, même s'il était possible de s'attendre à ce que les Etats, à travers leur participation simultanée aux différentes enceintes internationales, réussissent à garantir un certain niveau de cohérence pour ce qui concerne la production du droit, on peut craindre, dans le même temps, la fragmentation du droit international du fait de l'existence, au plan régional ou mondial, de systèmes juridiques ayant acquis un degré d'autonomie plus ou moins poussé par rapport aux Etats »¹⁴.

Mais le constat n'affecte pas seulement les termes du lexique ; il concerne également les représentations et les valeurs. Ainsi, si la Déclaration *universelle* des droits de l'homme se réclame de l'universalisme, il faudra bien la concilier avec la Convention de l'Unesco sur la diversité culturelle qui présente cette diversité comme « caractéristique inhérente à l'humanité » et la qualifie de « patrimoine commun de l'humanité ». Il faut donc en convenir : notre patrimoine est diversifié, et l'humanisation s'entend à la fois d'un mouvement d'universalisation qui rapproche *et* de poussées de spécialisation qui diversifient.

Les droits de l'homme n'échappent donc pas à ces logiques contradictoires. Si, d'une part, ils n'ont cessé de s'étendre et de s'approfondir depuis l'adoption de la Déclaration du 10 décembre 1948, ce succès même les expose à un brouillage de leur message. « Les droits de l'homme se sont obscurcis », notait récemment Mireille Delmas-Marty, « à mesure que la rédaction des textes, puis les problèmes posés par leur interprétation, révélaient non seulement les conflits potentiels entre les divers droits, mais aussi entre divers choix culturels sous-jacents »¹⁵. L'étude attentive de l'abondante casuistique qu'ils génèrent révèle que, loin de fonctionner comme des concepts fixes constituant un socle de valeurs universelles, qui détermineraient des valeurs supposées définitives, ils opèrent « comme des processus transformateurs qui déclenchent un mouvement de mise en compatibilité des différences »¹⁶. La technique strasbourgeoise de la « marge nationale d'appréciation », de même que la notion canadienne d'« accommodements raisonnables » sont, parmi d'autres, des procédés destinés à concilier l'homogénéisation transnationale des solutions et les particularités nationales (dans le premier cas) ou les valeurs collectives (dans le second)¹⁷.

¹⁴ H. RUIZ FABRI, *Emergence et circulation de concepts juridiques en droit international : entre mondialisation et fragmentation*, in *Droit et justice*, n°31, hiver 2008-2009, p. 3-4.

¹⁵ M. DELMAS-MARTY, *Etudes juridiques comparatives et internationalisation du droit*, in *Cours et travaux du Collège de France, résumés 2007-2008*, p. 528.

¹⁶ *Ibidem*, p.524.

¹⁷ A propos des accommodements raisonnables qui désignent « l'adaptation d'une norme de droit, notamment dans le but d'atténuer ou d'éliminer l'impact que cette norme peut avoir sur un droit ou une liberté constitutionnellement protégés » (en matière d'objection de conscience ou de foulard islamique, par exemple), cf. P.BOSSET, *Droits de la personne et*

2. Refoulements

La mondialisation du droit n'est pas seulement démentie par le phénomène de diffraction interne ; elle est aussi fortement relativisée par la part de réalité qu'elle refoule. Sauf à réduire l'analyse au constat, incontestable, de l'« uniformisation » (production et diffusion planétaire d'objets et de symboles standardisés), il est réducteur de décrire le monde contemporain en termes monolithiques. Des philosophes et des sociologues en témoignent.

Ainsi M. Walzer, qui, dans son ouvrage *Sphères de justice*, décrit nos sociétés contemporaines comme des mondes hautement différenciés, au sein desquels la distribution des biens à partager se réalise dans une série de « sphères de justice » gouvernées par des significations, des valeurs et des règles chaque fois spécifiques, reflets de formes de vie particulières qui se sont développées au sein de communautés historiques déterminées. Ainsi en va-t-il, par exemple, de la sécurité, de l'argent, des charges, de l'éducation, du temps libre, des grâces divines. Dans chaque cas prévalent des critères de répartition spécifiques. Walzer insiste : dans ce modèle très décentralisé (typique de sociétés pluralistes soucieuses de garantir une égalité réelle entre leurs membres), ne prévaut nul code supérieur susceptible d'en hiérarchiser les exigences¹⁸. Ce qui, du reste, pose de façon aiguë la question de la capacité d'arbitrage politique au sein de ces sociétés hautement différenciées : comment assurer la traduction, en termes d'intérêt général, de discours aussi hétérogènes ? Mais ceci n'est pas notre problème d'aujourd'hui.

Les sociologues Boltanski et Thévenot confirment ces analyses dans leur ouvrage qui a pour titre *De la justification. Les économies de la grandeur*. Le point de départ n'est plus ici la répartition de biens au sein de sphères de justice différenciées, mais la justification de solutions apportées aux conflits dans un contexte caractérisé par la diversité des économies de la grandeur. Dans un monde pluraliste comme le nôtre prévalent en effet différents principes de justification qui donnent naissance à des « cités » spécifiques, c'est-à-dire des mondes suffisamment cohérents pour qualifier les transactions humaines selon une grille unique et englobante. Non moins de six cités sont ainsi distinguées : la cité inspirée (fondée sur la grâce), la cité de l'opinion (basée sur la renommée), la cité marchande (construite sur la valeur des biens rares), la cité domestique (soudée par la fidélité et la loyauté), la cité civique (articulée par la volonté générale et la loi positive), et enfin la cité industrielle (vouée à la poursuite de l'utilité et de la performance). Ici aussi prévaut le constat de l'absence de

accommodements raisonnables : le droit est-il mondialisé ?, à paraître in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2009.

¹⁸ M. WALZER, *Sphères de justice. Une défense du pluralisme et de l'égalité*, traduit par S. Engel, Paris, Seuil, 1997, p. 443.

langage de surplomb : à l'interface des cités, ce sont des compromis provisoires et fragiles qui s'établissent ¹⁹.

De cette situation résulte la multiplication de ces « différends » dont J.-F. Lyotard fait l'analyse. Le *différend*, explique Lyotard, est le résidu qui résiste au traitement par les logiques dominantes, le reste inassimilable par les critères de justice ou les principes de rationalité en vigueur. Il se distingue du *litige* ordinaire en ceci que, si le litige est redevable d'un code de principes et de valeurs communes aux protagonistes et conduit normalement à la compensation du *plaignant* qui a subi un *dommage* (lui aussi évaluable selon les échelles acceptées), le *différend*, en revanche, demeure intraitable : il n'est qualifiable par aucune règle commune, de sorte que le *tort* que subit la *victime* reste non compensé, et souvent même inexprimable. Comme si, faute de langage commun, la victime était condamnée au silence ²⁰.

On est obligé alors de prendre acte de la violence inhérente au processus d'uniformisation lorsqu'il se donne pour la version contemporaine, naturelle et nécessaire, de l'universel. Une telle opération masque mal le réductionnisme épistémologique et le forçage symbolique qui accompagne son hégémonisme prétendu. Boaventura de Sousa Santos, sociologue spécialiste de la mouvance altermondialiste, montre bien que nos modèles dominants sont, comme les autres, des constructions mentales programmées pour rendre visibles les réalités qui confortent leurs prémisses, et pour occulter ou dénigrer celles qui s'y opposent ²¹. Prétendre à l'inéluctabilité du modèle dominant, c'est, dans ces conditions, témoigner d'une raison « paresseuse » et « métonymique » (qui prend la partie pour le tout), qui rend littéralement invisibles les productions alternatives du Sud, les savoirs de terrain, les valeurs indigènes, les pratiques des mouvements locaux, féministes, minoritaires, ou encore les expériences institutionnelles des mouvements qui s'expriment notamment dans le cadre du *Forum social mondial* ²². Et le sociologue d'en appeler à une « sociologie des émergences » et à une pratique de l'« hétérotopie » (décentrement du regard) pour leur rendre justice.

Mais il n'est même pas nécessaire d'opposer le Sud au Nord, ou l'Est à l'Ouest pour s'en persuader : les cultures, si elles se mondialisent, ne cessent de se démarquer et de se reconstituer de façon locale. Mieux même : il serait illusoire de prétendre en saisir une image arrêtée et homogène – notre modernité, faite de flux et de réseaux, est « liquide »²³. Et s'il vrai que les

¹⁹ L. BOLTANSKI et L. THEVENOT, *De la justification. Les économies de la grandeur*, Paris, Gallimard, 1991, p. 285.

²⁰ J.-Fr. LYOTARD, *Le différend*, Paris, Ed. de Minuit, 1983.

²¹ B. de SOUSA SANTOS, *Towards a new social science. Law, science and politics in the paradigmatic transition*.

²² ID., *The rising of the global left. The world social forum and beyond*, Londres, Zed Books, 2006.

²³ U. Bech, *op.cit.*, p. 57, citant les travaux de Z. Bauman.

identités fixes et autres exceptions culturelles tendent à se réduire ou à être reléguées au musée, « d'autres communautés culturelles, voire de contre-cultures, autrement découpées (de travail, de banlieue, liées aux modes de sexualité, sur Internet, etc.), ne s'en reconstituent pas moins d'elles-mêmes souterrainement »²⁴.

Ces hybridations typiques de la gloCalisation cosmopolitique (la « troisième voie ») ne sont sans doute pas une nouveauté, dans la mesure où nous n'avons jamais été « purement » nationalistes, ni certainement pas « purement » universalistes. La nouveauté tient dans le fait de l'accélération et de l'intensification de ces échanges, et surtout dans le fait qu'ils accèdent à une pleine conscience d'eux-mêmes : une réflexivité que U.Beck appelle l' « optique cosmopolitique »²⁵.

Contribuer à cette réflexivité théorique de notre modernité cosmopolitique implique de réinventer notre vocabulaire et de modifier nos représentations. Pourrait déjà y contribuer l'abandon, auquel nous invite F. Jullien, de la paire conceptuelle paresseuse qui oppose les « identités » aux « différences » - comme s'il existait quelque chose comme des identités fixes, univoques, a priori, clairement et définitivement distinguées d'autres identités par des différences absolues. Le savoir social nouveau qu'appelle notre époque plurielle et métissée implique plutôt de travailler les « écarts » qui mettent en tension des identités instables, que séparent des différences relatives²⁶. Pensées comme *écarts*, les différences et les identités, qui cessent alors de se refermer dans leur clôture dogmatique, deviennent des sources de questions (pour les premières) et des ressources de sens (pour les secondes), productives d'un savoir dynamique.

B. Critique normative.

D'aucuns pourraient concéder que si la mondialisation uniformisante n'est pas (ou pas encore) une réalité avérée, du moins constitue-t-elle un idéal digne d'être poursuivi. C'est cette thèse qu'il nous faut maintenant discuter – sans pour autant souscrire à la thèse opposée qui prônerait un retour aux certitudes rassurantes des communautés fermées.

Depuis la modernité, les libéraux se sont attachés à résoudre positivement la question suivante : est-il possible, dans un monde pluraliste et pluriculturel, de formuler des principes de justice et des règles de discussion valables universellement, indépendamment de la diversité des personnes, des communautés et des cultures ? Ne pourrait découvrir, dans le champ politique, un principe qui opérerait à la manière de la « main invisible » sur le marché ?

²⁴ F. JULLIEN, *op.cit.*, p. 222.

²⁵ *Op.cit.*, p.46.

²⁶ F. JULLIEN, *op.cit.*, p.228.

Un mécanisme autorégulateur qui dégagerait les exigences de l'intérêt général, tout en s'accommodant de la diversité des fins particulières ?

Dans la ligne du formalisme kantien, les libéraux croient avoir réussi à identifier un tel principe : « la priorité du juste sur le bien ». Autrement dit : une organisation sociale qui promeuve des principes de distribution équitables, indépendamment de toute considération relative aux « biens » substantiels recherchés par les uns et les autres. On aura notamment reconnu l'ambitieuse construction de John Rawls qui imagine une « position originelle » (nouvel avatar du contrat social), caractérisée par un « voile d'ignorance » garant d'impartialité (car cachant aux négociateurs leur situation « réelle »), et menant nécessairement à l'adoption de principes de justice valables en tous temps et tous lieux. Ignorant la position qu'ils occuperont « sur terre », une fois levé le voile d'ignorance, nos négociateurs rationnels privilégieront le « *maximin* » (le maximum d'avantages dans la pire des situations) et ainsi, grâce au formalisme de cette « justice procédurale pure », seront moraux malgré eux²⁷.

A partir d'autres prémisses (une pragmatique transcendantale du langage), Apel et Habermas définissent, quant à eux, les conditions d'une « situation idéale de parole » qui devrait également permettre de dégager un « consensus rationnel » sur des « intérêts universalisables » .

Dans les deux cas, on s'imagine avoir dégagé au moins les conditions de possibilité d'une langue politique universelle « parfaite » (rationnelle, équitable) - la recette magique du politique à l'heure de la gouvernance planétaire.

Loin de faire l'unanimité, ces ambitieuses théories suscitent néanmoins quantité d'objections, notamment dans le camp des communautariens, plus sensibles aux enracinements socio-historiques des principes éthiques, et mieux conscients de la relativité de la rationalité attendue des individus. Le formalisme, le caractère anhistorique de ces théories, ainsi que leur indifférence à l'égard de l'incommensurabilité des intérêts à arbitrer sont au cœur des controverses²⁸.

Du reste, Rawls lui-même en a bientôt rabattu sur le caractère prétendument intemporel et universel de sa construction – concédant que, somme toute, elle se limitait à reformuler les intuitions sous-jacentes à *notre* tradition politique, c'est-à-dire, la démocratie constitutionnelle américaine²⁹. Voilà donc que l'universel prétendu s'avère, une fois encore, la projection du particulier. Du reste, à mieux y regarder, on s'aperçoit qu'on ne *délibère* pas sous le voile d'ignorance : on s'accorde rationnellement sur la nécessité logique

²⁷ J. RAWLS, *Théorie de la justice*, traduit par C. Audard, Paris, Seuil, 1987.

²⁸ Pour une synthèse de ces discussions, cf. F. OST et M. van de KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 511s.

²⁹ J. RAWLS, *La théorie de la justice comme équité : une théorie politique et non pas métaphysique*, in *Justice et démocratie*, traduit par C. Audard et al., Paris, Seuil, 1988.

de principes de justice rendus *indiscutables* en raison de la contrainte des prémisses, et notamment le « portrait robot » des négociateurs . Ceux-ci sont en effet censés être tous des individus rationnels, poursuivant leur intérêt personnel mais dépourvus de jalousie, respectueux de la parole donnée mais présentant de l'aversion pour le risque... Où l'on s'aperçoit que, loin de *débattre entre soi*, à partir de positions différentes, dans un espace politique pluraliste, c'est UN grand sujet politique, *l'homo economicus* libéral, mille fois démultiplié, qui *s'accorde avec lui-même* sur le bien fondé de règles qui ont toujours déjà prédéterminé sa rationalité. Tout se passe ici comme si le modèle politique de discussion érigé en universel passait par l'acceptation préalable (et non dite) des contraintes « rationnelles » qui en dicteront nécessairement le résultat.

En quoi consiste alors l' alternative cosmopolitique qui tracerait la troisième voie entre le Charybde de l'arrogance universaliste et le Scylla de l'insularité particulariste ?

Il s'agirait de penser les conditions sinon d'un universel a priori, du moins d'une visée d'universel, une *universalisation* construite à partir d'une multitude de points de vue différents. On ne postulerait plus une perspective de surplomb, on ne s'installerait plus dans un mirador transcendantal du haut duquel il s'agirait de délivrer des bons et des mauvais points en assignant à chacun sa place sur une échelle d'excellence ou de vérité. On ne prétendrait plus occuper un point de vue privilégié (une « position originelle » à la Rawls, par exemple), on ne se référerait plus à une loi surplombante (un tribunal de la raison, ou de l'histoire, ou de la nature), mais on chercherait, une fois encore, à remonter le rocher de Sisyphe (on viserait une forme d'universalisation) sans jamais perdre de vue la gravité qui rattache la pierre à un sol toujours particulier.

M. Walzer emprunte cette voie en distinguant, à côté de ce qu'il appelle l' « universalisme de surplomb » – référé à des règles générales, des critères abstraits, des arguments rationnels, et, de manière générale, une vérité dominante, conquérante et messianique – un autre universalisme qu'il qualifie de « réitératif ». Celui-ci ne présuppose pas une loi unique et un seul peuple élu, mais considère, au contraire, qu'à sa manière chaque peuple fait l'expérience de sa libération et propose sa version de la justice. Ainsi, à travers leurs coutumes, leurs sentiments, leurs expériences, au bénéfice de leur propre créativité, ces différents peuples livrent une version différenciée de l'universalisme prétendu. Là, on postulait un universel englobant, ici on « réitère » des versions partielles et toujours inachevées d'un universel en projet. Mais, quelle que soit la variété des réponses données, il est cependant possible de leur reconnaître un « air de famille » : de façon inductive et tolérante nous apprenons à identifier chez autrui les prétentions à la moralité, les aspirations à l'universalité, et cette reconnaissance est elle-même un progrès décisif dans la voie de la moralité. Comme dans la pratique traductive où nous partons toujours de notre propre langue, ici aussi « nous nous tenons où nous sommes et nous apprenons de nos rencontres avec d'autres. C'est que nous n'avons pas de point de vue privilégié :

les prétentions que nous élevons, ils les élèvent aussi (...). Mais c'est une action morale que de reconnaître l'altérité de cette manière »³⁰.

C'est un universel « contextuel » - l'expression vient sous la plume de Ricoeur comme de Beck³¹ – qui se laisse ainsi pressentir ; on ne le vise, dans chaque cas, qu'à partir de manifestations particulières. On pressent alors que nous puissions être, les uns et les autres, à la fois, égaux et différents ; on intériorise le regard que l'autre porte sur nous-même, en même temps que nous développons la capacité à nous mettre à sa propre place. Ainsi les lignes de frontière se mettent à bouger, les écarts travaillent, et se développe le *clash of cultures within one's own life*³². Grâce à cette forme d'« imagination dialogique de l'autre internalisé », des voies alternatives entre les différentes cultures et modernités se dessinent³³.

Par des chemins différents, François Jullien aboutit au même carrefour de pensée. Son propos, on s'en souvient, consiste à penser un « commun » à la fois affranchi des illusions hégémoniques des universalismes, et pourtant préservé des dérives communautaristes qui signifieraient repli paresseux sur le propre. Un horizon politique nourri de l'intuition du « fond commun de l'humain », mais travaillé de l'intérieur par un universel « négatif », une exigence d'universalisation ou de transcendance qui expose nos productions culturelles au regard, à la critique et à la réappropriation d'autrui. Mais comment prétendre à l'universel tout en campant résolument dans le particulier ? Le *jugement réfléchissant*, à l'aide duquel Kant pense l'expérience esthétique du beau, pourrait être invoqué ici à condition d'être étendu à l'expérience éthique du bien, suggère Jullien³⁴.

Soit telle situation humaine dans laquelle nous serions spontanément enclins à invoquer tel ou tel « droit de l'homme ». Sans doute savons-nous maintenant tout ce que ces droits doivent à leur histoire occidentale et aux avatars de la politique de l'Occident. Et pourtant, nous n'en démordons pas : cette situation exige la reconnaissance de ce droit, et sans même savoir identifier avec précision le principe sous-jacent, nous en appelons à l'assentiment universel.

Tel est précisément le *modus operandi* du jugement réfléchissant qui, du cas *exemplaire* se porte vers la règle, encore informulée, dont il semble être l'application. « Il s'agit », explique Kant, « d'une nécessité de l'adhésion de tous à un jugement qui est considéré comme exemple d'une règle universelle qu'on ne peut indiquer »³⁵. Tel est le paradoxe : il y a impossibilité de nommer la règle et pourtant exigence d'adhésion universelle à celle-ci. Mais cette

³⁰ M. WALZER, *Les deux universalismes*, in *Esprit*, décembre 1992, p. 129.

³¹ P. RICOEUR, *Soi-même comme un autre*, Paris, Seuil, p. 329s. ; U. BECK, *op. cit.*, p. 120.

³² U. BECK, *op. cit.*, p. 175.

³³ *Ibidem*, p. 156-157.

³⁴ *Op. cit.*, p. 155.

³⁵ E. KANT, *Critique de la faculté de juger*, « Analytique du beau », §18.

apparente faiblesse du raisonnement est sans doute aussi sa force : ainsi chaque culture est-elle invitée à dépasser son perspectivisme étroit et dogmatique pour s'engager dans une comparaison – ou, mieux encore : une traduction – des versions différenciées de l'inconditionné qu'elles produisent chacune pour leur compte.

Traduction : il est significatif que les différents auteurs que nous avons mobilisés pour dépasser la dichotomie universalisme /particularisme débouchent tous sur un appel à l'éthique de la traduction. Jullien : « la traduction est la seule éthique possible du monde global à venir »³⁶ ; Beck : « la compétence cosmopolitique exige que l'on passe expert dans l'art de traduire »³⁷ ; de Sousa Santos : la méthode qu'il préconise (une sociologie des émergences, ou encore un « écologie de la connaissance ») « resorts to intercultural translation (...). Through translation, it becomes possible to identify common concerns, complementary approaches, and, of course, also intractable contradictions »³⁸.

La traduction n'est-elle pas précisément la ressource qui nous reste lorsque nous avons fait notre deuil de la langue unique, tout en refusant de nous enfermer dans nos idiolectes ? Sans doute, le reproche de « trahison » accompagne-t-il la traduction comme son ombre ; et il est bien des intraduisibles qu'elle ne surmontera pas. Mais peut-être faut-il dépasser, ici encore, la perspective statique de la fidélité reproductive, et considérer que la bonne traduction est moins celle qui reproduit à l'identique le message d'origine, que la traduction féconde (« relevante », dit Derrida) qui lui offre de nouvelles résonances dans la langue d'accueil³⁹. A défaut de disposer d'un super-lexique qui fournirait la transposition automatique de n'importe quel terme dans n'importe quelle langue, le traducteur met en œuvre un jugement réfléchissant : il recherche l'équivalent, au sein de sa langue et de sa culture, de cette signification étrangère « exemplaire » dont la signification idéale (la règle ou le principe de rattachement) lui fait défaut.

Ce faisant, il accorde l'« hospitalité » à l'étranger qui s'invite en sa langue. Cette hospitalité cosmopolite, que Kant plaçait au cœur de son projet de Paix perpétuelle⁴⁰, a l'avantage de maintenir la bonne distance entre celui qui reçoit et celui qui est reçu. Si, en effet, celui qui est reçu n'est pas en position de force (il est invité et non pas propriétaire), il fait cependant l'objet d'égards particuliers : il est reconnu dans sa spécificité et sa différence . Par ailleurs,

³⁶ *Op.cit.*, p.248

³⁷ *Op.cit.*, p.175.

³⁸ B. de SOUSA SANTOS, *Beyond abyssal thinking*, in *Eurozine*, www.Eurozine.com, p.16.

³⁹ F.OST, *Traduire. Défense et illustration du multilinguisme*, Paris, Fayard, 2009.

⁴⁰ E.KANT, *Vers la paix perpétuelle*, Paris, PUF, 1958. Kant parle de « droit de visite » : « il est question ici non pas de philanthropie mais de droit. Hospitalité signifie le droit qu'a l'étranger, à son arrivée dans le territoire d'autrui, de ne pas y être traité en ennemi ». Fichte développe ce point de vue dans la deuxième annexe au *Droit naturel*, § 22.

comme on le sait, l'hospitalité est réversible (le terme français « hôte » traduit du reste cette ambivalence, signifiant tour à tour celui qui reçoit et celui qui est reçu) et engage des obligations réciproques (à l'instar des termes formés autour de la racine *munus* – communauté, etc.⁴¹, l'hospitalité s'inscrit dans la logique du don et de la dette). A ce double titre - bonne distance et réversibilité – l'hospitalité ouvre une dynamique de partage et de métissage qui rend l'altérité productive. On pourrait soutenir qu'elle constitue l'éthique, modeste mais résolue, qui s'impose dans la cité-monde (*cosmopolis*) qui est la nôtre.

3. L'exemple du dialogue des juges

Le « dialogue des juges » pourrait illustrer la manière dont un tel cosmopolitisme s'invite aujourd'hui dans le raisonnement juridique⁴². D'origine spontanée, en dehors de toute habilitation ou contrainte, il ne connaît ni frontières ni différences de juridictions. À l'instar de ces sites de discussion qui fleurissent sur le réseau d'internet, ce dialogue informel jette les bases d'une opinion judiciaire mondiale, sorte de vaste « boîte à idées » qu'on alimente ou consulte à sa guise. A. Garapon et J. Allard précisent cependant qu'on se tromperait en y voyant l'anticipation d'un « ordre juridique mondial » unitaire et monolithique ; pas plus n'y trouverait-on les bases de l'esperanto juridique qu'exigerait la gouvernance mondiale⁴³. De même se gardera-t-on d'idéaliser une pratique qui relève autant de la compétition que de la collaboration, dans le cadre du *law shopping* et du *forum shopping*.

Mais au-delà de ces aspects compétitifs, il est permis de voir dans ce dialogue des juges une forme très originale de collaboration transfrontière à la motivation des décisions, sous la forme de l'élaboration d'une argumentation juridique résolument transnationale. Sans être, bien entendu, le moins du monde tenues d'exécuter une décision étrangère ou même de s'en inspirer, il est de plus en plus fréquent que les juridictions y puisent des normes, des principes, des valeurs « venues d'ailleurs ». Des cas particuliers sont ainsi érigés en jugements exemplaires par leur capacité à suggérer le général sous les traits du singulier (on aura reconnu le « *jugement réfléchissant* » évoqué plus haut). Dans cette jurisprudence mondialisée, la solution ne découle pas de la règle, mais plutôt celle-ci de celle-là.

Lorsque la Cour suprême des États-Unis, pour s'opposer à une loi texane prohibant les relations sexuelles entre personnes du même sexe, cite la

⁴¹ F.JULLIEN, *op.cit.*, p.46-48.

⁴² Pour une illustration en droit européen, cf. *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?*, sous la dir. de F. LICHERE et al., Bruxelles, Nemesis-Bruylant, 2004.

⁴³ J. ALLARD et A. GARAPON, *Les juges dans la mondialisation*, Paris, Seuil, 2005, p.35.

jurisprudence de la CEDH (arrêt *Lawrence v. Texas* du 26 juin 2003), lorsque cette Cour européenne des droits de l'homme discute à son tour la jurisprudence de la Cour suprême du Canada (arrêt *Pretty*) à propos d'une autorisation de suicide assisté, ou lorsque l'avocat général et le conseiller rapporteur s'appuient sur la jurisprudence américaine dans l'affaire *Perruche* (à propos de la demande en réparation d'un enfant né handicapé) dont eut à connaître la Cour de cassation française, on ne peut manquer d'y voir une tentative de renforcer la rationalité de l'argumentation, par l'épreuve, typiquement kantienne, d'universalisation des jugements, devant ce que Ch. Perelman appelait un « auditoire universel », ici singulièrement concrétisé.

On peut y voir aussi une illustration type de l'« hospitalité » traductrice : s'inviter en langue étrangère avant de convier l'hôte, à son tour, dans son propre pays. Ce n'est pas par hasard que s'est imposé ici un vocabulaire aux connotations éthiques : « bénévolance » des juges⁴⁴, « *judicial comity* », « courtoisie judiciaire ».

Plus largement, en se « décentrant » par la référence à une tradition différente de la sienne, le juge fait « l'épreuve de l'étranger » et s'expose au jugement de sa propre tradition à l'aune de critères extérieurs. Cette interdiction de l'homosexualité, cette pratique de la peine de mort (mais aussi, pour notre rive continentale : cette prohibition du voile islamique, cette réglementation des langues à l'école...) sont-elles vraiment légitimes ? Traduites dans un langage différent de leur idiome d'origine, quels sons rendent-elles ? Par un effort d'imagination, le juge se met provisoirement à distance de sa propre situation (il y est d'ailleurs souvent invité par l'*amicus curiae* que les parties auront convié au tribunal) et s'efforce de l'évaluer du point de vue de l'autre⁴⁵. H. Arendt parlait à ce propos de cette « mentalité élargie » qui, par le fait de considérer une chose à différents points de vue, « rend les hommes capables de juger »⁴⁶.

Il ne s'agit pas, bien entendu, de se mettre à juger comme le ferait le juge étranger, ni d'adopter son langage ou de se référer à ses décisions comme à des précédents ; mais, tout en continuant à parler sa propre langue, on aura « élargi sa mentalité », dégagé ses horizons, intégré, par les ressources de la traduction, quelque chose du point de vue de l'autre.

Je voudrais conclure cette brève étude en soulignant encore que ce dialogue transfrontière n'a pas nécessairement pour effet d'engendrer un discours judiciaire toujours plus homogénéisé, qui finirait par imposer un style universel au détriment des sensibilités particulières. Deux exemples, tirés du dialogue que le Cour européenne de justice de Luxembourg entretient avec la République fédérale d'Allemagne, devraient au contraire nous persuader de ce que

⁴⁴ G. CANIVET, « Les influences croisées entre juridictions nationales et internationales. Éloge de la bénévolance des juges », in *Revue des sciences criminelles*, 2005-4, p. 799 s.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 60 s.

⁴⁶ H. ARENDT, *La crise de la culture*, trad. par P. Lévy, Paris, Gallimard, 1972, p. 307-308.

l'initiative peut venir de juridictions « périphériques » et que des solutions divergentes ou minoritaires peuvent contribuer à diversifier, affiner et enrichir le point de vue général ou universel.

Premier exemple : le fameux arrêt *Solange I* de la Cour constitutionnelle allemande, rendu le 29 mai 1974⁴⁷, qui décide que, en dépit du principe de primauté du droit européen, la Cour peut contrôler elle-même la législation communautaire au regard des dispositions de la loi fondamentale relatives aux droits fondamentaux *aussi longtemps* (« *so lang* ») que n'existera pas un catalogue communautaire de droits fondamentaux doté d'une portée identique à ceux de la Loi fondamentale. Si les partisans d'une logique hiérarchique ont pu dénoncer cet arrêt, il est permis, au contraire, d'y voir une salutaire contribution, par une juridiction de base, si on ose dire, à un approfondissement de la reconnaissance des droits de l'homme en Europe. C'est du reste ainsi que l'a compris la Cour de Luxembourg qui y a vu un incitant à traduire, à son tour, la préoccupation des droits fondamentaux dans le système du droit communautaire en les intégrant dans la catégorie des principes généraux du droit. Et l'on sait que cet infléchissement de la jurisprudence luxembourgeoise est lui-même à l'origine de l'article 6 du Traité sur l'Union européenne qui a finalement reçu son prolongement dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne proclamée à Nice en décembre 2000.

Deuxième exemple : l'arrêt *Omega* rendu par la Cour de justice européenne le 14 octobre 2004⁴⁸ qui fait droit à une restriction à la libre prestation de services par les autorités allemandes, soucieuses de préserver une conception nationale de la « dignité humaine ». Etait en cause dans cette affaire un jeu de tir au pistolet laser sur des cibles d'apparence humaine, dont la commercialisation pouvait s'autoriser de la libre prestation des services. La République fédérale allemande s'était opposée à cette commercialisation au nom de l'atteinte à la dignité humaine. La Cour a admis cette restriction au motif qu'« il n'était pas indispensable (...) que la mesure restrictive décidée par les autorités d'un Etat membre corresponde à une conception partagée par l'ensemble des Etats membres en ce qui concerne les modalités de protection du droit fondamental ou de l'intérêt légitime en cause »⁴⁹.

Voilà qui devrait nous convaincre de ce que le dialogue des juges ne vise pas nécessairement l'« entende » au sens de Habermas (le consensus sur des intérêts universalisables) ; il peut aussi engendrer un accord sur ce qui nous distingue (l'« écart ») - dans une conception réaliste (cosmopolitique) de la « situation idéale de parole »⁵⁰.

⁴⁷ Traduction française dans la *Rev. Trim. Dr. Eur.*, 1975, p.316.

⁴⁸ CJCE, arrêt du 14 octobre 2004, affaire C-36/02, *Omega Spielhallen*, Rec. I-9609.

⁴⁹ Considérant n°37. Sur ces deux arrêts, cf. H.DUMONT, à paraître.

⁵⁰ J.ALLARD, *Le dialogue des juges dans la mondialisation*, in *Le dialogue des juges. Actes du colloque organisé à Bruxelles le 28 avril 2006*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 82.

Ainsi donc : ni fantasme d'unité babélique ni rêve d'insularité.
Plutôt le défi d'un métissage assumé.