

ENTRETIEN

AVEC ANTOINE GARAPON

sur le droit dans la mondialisation et l'anti-juridisme de la pensée française

■ **Pierre Lauret** Avec *Julie Allard*, vous avez publié en 2005 *Les Juges dans la mondialisation*. La nouvelle révolution du droit¹. Par « mondialisation » on entend ordinairement deux choses : d'une part, le développement des échanges économiques, sociaux, culturels, avec l'extension des marchés, le déplacement des biens et des personnes ; d'autre part et corollairement, un réaménagement des sphères de production et de consommation à l'échelle mondiale – qui tend à affaiblir l'échelon national.

Comment le droit est-il affecté par ces processus ? Dans quels domaines est-il amené à se modifier ?

■ **Antoine Garapon** Je définirais la mondialisation comme un principe de mise en présence des hommes, des biens, des cultures en ce qu'elles témoignent d'un rapport au monde. La mondialisation introduit, et c'est en cela qu'elle est très bouleversante, un principe général de comparaison. Soudain, la référence pour nous situer est peut-être moins l'histoire, ce que nous avons été et ce que nous voudrions être, que : qui sont les autres, et en quoi nous remettent-ils en cause ? On passe d'une dimension historique à une dimension spatiale. Et cette dimension spatiale n'est pas étrangère au problème de la justice, par la mise en comparaison qui oblige à porter des jugements de valeur.

Une première réaction à ce phénomène peut consister à se replier : nous, nous sommes ainsi, c'est notre histoire, notre identité, notre nation, et la mondialisation ne nous affecte pas ; ce que nous faisons ne regarde pas les autres, et ce que font les autres ne nous regarde pas. Une autre réaction consiste en une sorte de fuite en avant, où l'on fait comme si la mondialisation obligeait à adopter les principes du libéralisme et à homogénéiser les manières d'être. Une autre encore voit dans cette ouverture à la diversité des cultures une valeur.

La mondialisation est plus qu'une circulation. La circulation est un fait. Mais ce qui importe, c'est la façon dont elle affecte notre manière d'être. Le droit révèle tout cela. L'erreur à ne pas commettre serait de considérer la mondialisation comme un phénomène purement externe, un phénomène qui nous arrive de l'étranger, du fait de l'ouverture des

■ 1. J. Allard, A. Garapon, *Les Juges dans la mondialisation. La nouvelle révolution du droit*, Paris, Seuil, 2005.

marchés et de la « liquidité » du monde. La mondialisation est aussi un phénomène de fragmentation qui travaille l'intérieur de notre société. Il y a dans la mondialisation une convergence inattendue entre un processus interne de fragmentation lié à l'individualisme, au caractère électif des rôles sociaux (qu'on constate dans la famille, la manière d'habiter, d'aimer, de voyager, etc.), et une intensification des échanges avec l'extérieur. C'est donc un phénomène extrêmement complexe, interne et externe, dans lequel le juge va remplir un rôle très particulier : celui de la figure interne qui va très souvent jouer comme un agent mondialisateur, et qui peut être perçu comme déstabilisant.

■ **P. L.** *On présente assez souvent la mondialisation du droit comme s'opérant selon deux axes.*

Le premier est que le droit a une dimension fonctionnelle et opératoire, et qu'on a besoin de règles et de procédures pour réguler les nouveaux flux d'échanges. C'est le rôle dévolu à l'Organisation mondiale du commerce (OMC), créée en 1994, qui dispose d'un Organe de règlement des différends (ORD), et en Europe à la Cour de justice des communautés, la Cour de Luxembourg.

L'autre axe est la propagation des droits de l'homme, qui peut prendre la forme d'une extension de leur compréhension, avec les droits de l'homme de deuxième et troisième génération (droits économiques, sociaux, culturels, environnementaux), mais surtout d'une judiciarisation, via des dispositifs institutionnels comme les Tribunaux pénaux internationaux (TPI) ou les juridictions mixtes, et en Europe la Cour européenne des droits de l'homme (la Cour de Strasbourg), qui applique la Convention européenne des droits de l'homme.

Si l'on se réfère à ces deux axes, le droit apparaît, sous l'aspect de sa mondialisation, comme le lieu d'une tension, voire d'une lutte entre sa dimension fonctionnelle d'une part, et son ambition éthique d'autre part. Il me semble que cette tension n'est pas toujours très bien perçue. Dans une fraction de l'opinion (en gros, le courant altermondialiste), et chez certains philosophes français comme Jacques Rancière ou Alain Badiou, on a l'impression que le premier aspect, la dimension fonctionnelle et opératoire, cache complètement le second, l'idée d'une progression des droits de l'homme et des garanties juridiques des libertés fondamentales. Au contraire, chez certains théoriciens du droit, comme Mireille Delmas-Marty ou Anne-Marie Slaughter, sans qu'on puisse vraiment parler d'un optimisme « droits de l'homme », la mondialisation actuelle est située dans un horizon cosmopolitique, dans la perspective d'un droit commun de l'humanité (M. Delmas-Marty) ou d'un nouvel ordre juridique mondial (A.-M. Slaughter)². Vous vous tenez à distance de ces deux interprétations du phénomène.

■ **A. G.** En effet. Je suis cependant beaucoup plus en accord avec les analyses de Mireille Delmas-Marty ou d'Anne-Marie Slaughter qu'avec celles d'Alain Badiou par exemple.

La mondialisation a deux faces : la mondialisation du commerce, la circulation des objets ne vont pas sans la mise en contact des hommes. À cet égard, je me sens très proche d'un Montesquieu et des idées libérales telles qu'on les entendait à la fin du XVIII^e siècle : le commerce substitue les échanges à la guerre et à la conquête. L'économie à la fois contient de la violence, et contient la violence.

■ 2. Voir M. Delmas-Marty, *Vers un droit commun de l'humanité*, Paris, Textuel, 1995, 2^e éd. 2005 ; *Le Relatif et l'Universel*, Paris, Seuil, 2004. A.-M. Slaughter, *A New World Order*, Princeton, Princeton University Press, 2004.

Il y a effectivement la Cour de Luxembourg pour l'économique et la Cour de Strasbourg pour les droits de l'homme. Mais on ne peut s'arrêter au constat de ces deux dimensions : on assiste en effet à un certain dépassement, dans les pratiques, de l'opposition entre les faits et les valeurs ; il paraît difficile voire impossible de dissocier la circulation des biens et celle des valeurs. Prenons l'exemple de l'affaire Nike aux États-Unis. Des associations américaines de consommateurs reprochent à l'équipementier sportif d'afficher une éthique internationale qu'il ne respecte pas, parce qu'en réalité, il fait travailler des enfants, qui s'époumonent au sens propre où ils contractent des maladies pulmonaires dans les tristement fameuses « *sweat shops* » en Asie du Sud-Est. Nike traite ces associations de consommateurs par le mépris, mais finit par perdre devant la Cour suprême de Californie. Autre exemple : le Crédit Lyonnais vient d'être condamné en mai dernier parce que sa filiale moyen-orientale a continué de faire des affaires avec une entreprise listée comme organisation terroriste par les Israéliens mais pas par les Européens. On retrouve un argument voisin dans les contentieux autour de l'Holocauste, où il fut reproché aux banques suisses non pas d'être nazies mais d'avoir par leurs prêts, permis à l'Allemagne de tenir six mois de plus (qui furent les plus meurtriers pour les Américains). On pourrait y ajouter les contentieux autour de la première guerre du Golfe, et autour de l'apartheid. Tous ces exemples montrent qu'il est de plus en plus périlleux de faire des affaires en prétendant que l'argent n'a pas d'odeur et que la seule finalité de l'entreprise est de s'enrichir. Il n'est même plus possible de limiter l'éthique au commerce équitable. On achète des chaussures, mais une part du travail des enfants, de leur sueur, de leur misère est attachée à ces chaussures. Les consommateurs américains, pas plus que les Français ou les autres, ne veulent que leurs propres enfants portent des chaussures qui gardent cette trace, si imaginaire soit-elle.

Désormais à partir du moment où l'on fait des affaires, il faut envisager de prendre ses responsabilités en matière de droits de l'homme. Prêter de l'argent qui arrive dans les caisses du Hamas, cela peut tuer. De même que ceux qui faisaient trop de commerce avec l'Afrique du Sud à l'époque de l'apartheid étaient soupçonnés d'entretenir l'apartheid. Certes, sur le plan juridique, de telles affaires sont très complexes. Mais il ne faut pas se cacher derrière cette complexité car on peut aussi y trouver l'émergence de principes et donc d'un espoir. En l'occurrence, l'espoir vient de ce que la mondialisation organise une solidarité de fait, une solidarité mondialisée qui succède aux solidarités organiques et mécaniques de Durkheim, par le biais du commerce. Le commerce, c'est de l'échange, et cet échange ne peut être absolument neutre moralement. L'idée naît qu'on ne peut pas instituer une séparation étanche entre les affaires et les valeurs. Et en tant que consommateurs occidentaux, consommateurs de chaussures de sport ou de pamplemousses Outspan, clients du Crédit Lyonnais, nous sommes parties prenantes de cette solidarité objective, qui passe par les objets de consommation. Il ne dépend que de nous de transformer cette solidarité de fait en solidarité de droit. Arrive un moment où l'on ne peut échanger avec des gens sans construire un lien avec eux. Par le passé, le lien colonial était construit sur un échange très inégal, mais déjà on ne pouvait pas séparer les affaires et les valeurs, les échanges intriquent les deux. La justice peut fournir une entrée assez solide dans cette intrication, en donnant une signification juridique à l'idée que soutenir des gens et du même coup leur donner les moyens d'en tuer d'autres, c'est scandaleux.

Si l'on tente de concevoir la mondialisation d'un point de vue historique, en tant que juriste observateur des institutions judiciaires mondialisées, je constate un travail, très lent, de séparation de l'œuvre par rapport à l'auteur. Les Américains ont posé Nuremberg ;

ils ont institué les deux TPI pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda ; ils ont calé sur la Cour pénale internationale ; ils sont en train de poser des arrêts importants comme l'arrêt Nike, et les affaires du Crédit Lyonnais ou de l'apartheid. Ils ont lancé des idées, mais aussi une mécanique, une organisation du monde, qui peut se retourner contre eux. Leur prétention que le modèle de Nuremberg ne fonctionne que si ce sont eux qui accusent, leur refus d'occuper la place de l'accusé, n'est plus tenable.

Bien sûr, l'évolution est lente, et elle suscite des attitudes fondamentalistes, comme celle du *Monde diplomatique*, dont la position idéologique revient à dire que si la transformation n'est pas globale, immédiate, et pour tout le monde, alors il n'y a pas de transformation du tout. Je crois, au contraire, que c'est progressivement, par des conquêtes juridiques fragiles et réversibles (le fondamentalisme idéologique traite par le mépris les avancées partielles, notamment parce qu'il les tient pour définitivement acquises, ce qui dispense de les défendre), qu'on peut agrandir l'espace juridique des droits de l'homme. J'ai soutenu que l'intervention militaire au Kosovo était possible parce qu'elle était sans risques. C'était une bonne raison d'intervenir, même si on ne peut pas le faire au Cachemire, au Tibet ou en Tchétchénie. L'intervention était justifiée, et elle crée un précédent. Le monde juridique se construit progressivement.

D'un autre côté, des pensées comme celles de M. Delmas-Marty ou A.-M. Slaughter minimisent peut-être la conflictualité et les rapports de force. Il faut tenir compte de cette conflictualité, et s'y inscrire, si l'on veut essayer d'orienter la mondialisation *de facto* vers plus de droit.

■ **P. L.** Avec Julie Allard, vous avez choisi de décrire la mondialisation du droit à partir de l'action et du travail des juges. Qu'est-ce qui justifie ce parti pris méthodologique ?

■ **A. G.** C'est une erreur d'optique que de croire que les juges travaillent seuls : ce sont en réalité des intermédiaires, des convertisseurs ; ils transforment une énergie militante en principes officiels. Dans de nombreux conflits dont sont saisis les juges, il y a une partie locale, dont les effets se limitent aux parties prenantes, mais il y a aussi de l'universalisable dans le jugement rendu. Et derrière le jugement, on rencontre des gens qui se sont battus, au nom à la fois d'intérêts locaux et de principes universels, qui s'indignent de l'injustice et intentent des actions en justice. Ce qui caractérise le pouvoir des juges, c'est qu'il ne se saisit pas lui-même. Le travail des juges est donc la partie juridiquement visible de tout un travail antérieur fait par des militants ou des États.

■ **P. L.** Dans un article intitulé « Le droit privé de contenu³ », Benoît Frydman conteste l'interprétation ordinaire des transformations qui affectent le droit contemporain. On voit souvent ces transformations comme un transfert de pouvoirs entre autorités de régulation, soit un glissement du législatif et de l'exécutif vers le judiciaire, i. e. vers des « autorités indépendantes ». On parle même de « gouvernement des juges ». Selon lui, ce phénomène apparent dissimule une tendance plus fondamentale : la transformation des contenus du droit, i. e. la disparition de pans entiers de règles. Ses arguments sont les suivants :
1, la mise en avant du judiciaire revient à substituer à la règle juridique la pratique de l'arbitrage comme mise en balance ponctuelle des intérêts en conflit ;

■ 3. B. Frydman, « Le droit privé de contenu », in *Refaire la politique*, sous la dir. de Tony Andréani et Michel Vakaloulis, Paris, Syllepse, 2002, p. 53-64.

2, quelques actions spectaculaires des juges (poursuite de dirigeants politiques, de firmes) sont les arbres qui cachent la forêt, à savoir que la majorité des cas échappent aux tribunaux;

3, l'expansion des organisations internationales économiques et financières aboutit à une vaste entreprise de déréglementation. Il y a inadéquation d'échelle entre la dimension internationale des phénomènes économiques et financiers et le niveau étatique de réglementation juridique. Or, dans ce contexte, les institutions économiques et financières internationales (OMC, FMI, Cour de Luxembourg) ne se substituent pas aux États pour assurer des fonctions de police et de réglementation à une échelle supérieure. Sur le plan du droit, leur action est plutôt négative : veiller au respect des mécanismes du marché et de la liberté des échanges, en combattant toutes les dispositions nationales qui s'y opposent.

Bref, la mondialisation du droit dans cette interprétation signifie surtout le passage de la réglementation à la régulation, avec alignement systématique sur les législations les moins contraignantes. Frydman parle d'une « crise de la prescription ».

Ce diagnostic appelle deux questions. D'une part, ne signale-t-il pas des tendances incontestables ? D'autre part, ne repose-t-il pas sur un présupposé discutable : l'identification du contenu substantiel du droit à la codification normative – soit la conception du droit propre à la tradition du droit civil ? Ne pourrait-on pas dire plutôt que la mondialisation du droit fait une large part aux pratiques issues d'une autre tradition juridique, celle de la common law, où les juges sont des producteurs de droit et pas seulement des applicateurs et des interprètes ? Ce que Frydman analyse comme un effacement du droit et de la normativité juridique serait alors plutôt une autre manière de produire du droit ; et aussi un effet de la rivalité entre deux traditions juridiques.

■ **A. G.** Il faut distinguer deux hypothèses : celle où la réglementation par l'État est pensable, et celle où elle ne l'est pas – par exemple pour fixer des règles à Internet. Mais prenons un exemple moins spectaculairement hors des atteintes de l'administration étatique : la réglementation universitaire. Nous pouvons très bien dire, nous autres Français, que nous ne tenons aucun compte du classement de Shanghai et du reste du monde, et que nous continuons à administrer nos universités comme nous l'entendons. On peut certes s'interroger un peu sur le niveau de démocratie de la réglementation à la française, mais le splendide isolement est une option possible, on peut refuser le LMD. Je ne sais pas si *in fine* ce serait un service rendu à nos concitoyens ; si ce ne serait pas manquer une occasion de dynamisme, de remise en cause, d'évolution, de modernité... Même dans les domaines très administrés ou administrables, peut-on échapper à la comparaison ? La difficulté, c'est qu'aujourd'hui les règles du jeu changent, les instruments politiques aussi, et cela devrait nous conduire à changer aussi notre manière de penser la politique. Nous vivons dans un capitalisme cognitif et réputationnel. Cela signifie que le poids de l'opinion publique est très fort. De ce fait, les monstres économiques et financiers de la mondialisation ont des points de fragilité, notamment leur image de marque. Il est vrai qu'une part de la déréglementation est très choquante, et même scandaleuse, parce qu'elle profite à une très petite minorité. Mais quelle est la manière la plus efficace de lutter contre ?

Avec la mondialisation, il est évident qu'on n'assiste pas à la disparition des États, mais à une réarticulation du local, du national et du global. Si l'on prend les « *class actions* », les actions de groupe, c'est une manière d'armer juridiquement des associations, des groupes de consommateurs. Cela s'intègre à une recherche des moyens, des anti-

dotes pour contrer les abus inévitablement engendrés par la mondialisation. S'agit-il d'un combat entre *civil law* et *common law*? Oui, à l'évidence. Mais j'y vois non seulement une confrontation, mais aussi une ouverture et une occasion de construire quelque chose de nouveau, qui soit plus universalisable que notre modèle. Plutôt que de *civil law* et de *common law*, je parlerais de deux modèles politiques. C'est Athènes contre Rome : un universalisme par réplication, contre un universalisme par extension. En France, la tradition de l'universalisme national conduit souvent à penser la nation comme accès au monde. L'universalisme américain se conçoit plus sur le modèle romain d'une extension indéfinie des provinces. La mondialisation est l'occasion de mesurer les limites du modèle français – qui à dire vrai n'est pas celui qui a gagné.

■ **P. L.** *Quels sont selon vous les principaux effets internes au droit, qui découlent de la mondialisation et de l'internationalisation de sa pratique ? Comment la rationalité juridique en est-elle affectée ? Vous insistez sur les vertus de la comparaison, de la confrontation.*

■ **A. G.** La mondialisation juridique prend la culture française à rebours, parce qu'elle sollicite ce qui est plutôt faible chez nous. C'est une mondialisation qui se fait par la société civile, par les corps intermédiaires, par les professions, par les juges, par les avocats, par le privé, par l'entreprise. Or, la culture française est une culture d'État, qui affaiblit les corps intermédiaires, qui tient l'entreprise pour un peu suspecte, qui n'aime pas trop les avocats ni les juges, et qui se méfie de la société civile. Nous sommes donc pris à rebours par la culture de la mondialisation, qui n'est cependant pas un phénomène absolument nouveau. Les commerçants, depuis le Moyen Âge, depuis la *lex mercatoria*, s'organisent entre eux, indépendamment des États, pour inventer la lettre de change, et d'autres mécanismes qui vont permettre d'échanger. De plus, la mondialisation crée des réseaux et demande de la souplesse, là où notre fonctionnement est très hiérarchique et plutôt rigide. Elle fait appel à la plasticité là où nous aimons l'académie. Et ainsi de suite. La mondialisation perturbe la société française, du fait de sa culture et de son histoire. Au niveau judiciaire, c'est un encouragement à rentrer dans un langage nouveau – pas seulement la langue anglaise, mais l'argumentation, ce que les Anglais appellent, de façon très libérale, *the market place of ideas*, le marché des idées – pour y faire valoir notre point de vue. Pour l'instant, notre pays renâcle à entrer dans ce jeu-là. Pourtant, en matière juridique, il s'agit d'argumenter, sans argument d'autorité, sans préférence nationale. Cela oblige à penser différemment.

■ **P. L.** *Pourquoi parlez-vous de la « nouvelle révolution » du droit à propos du commerce des juges ? Quelle était l'ancienne ?*

■ **A. G.** L'ancienne révolution, c'est le Code civil : on unifie la France par un droit unique, qui est en fait une transaction entre le droit romain du Sud et les coutumes du Nord. Le Code civil est une exposition claire et systématique de toutes les catégories de droit. C'est un droit très statique, anhistorique. Nous sommes aujourd'hui confrontés à une autre manière de faire du droit, plus proche de l'action, plus historicisée avec le rôle du précédent, un droit d'acteurs et non plus de législateur. C'est une révolution politique autant qu'intellectuelle.

■ **P. L.** Le « pouvoir des juges » est souvent dénoncé comme une désagrégation de l'espace public de délibération, comme une confiscation du débat démocratique par des pouvoirs et des intérêts qui ne veulent pas consulter le peuple. Que pouvez-vous répondre à cette dénonciation ?

■ **A. G.** Cela semble une manière spécifiquement française de voir les choses ! Nous sommes les seuls à penser cela. Comment peut-on soutenir que le débat judiciaire se mène contre l'espace public ? Au contraire, les avocats sont au cœur même de la société civile, ce sont eux qui vont mettre en forme les attentes politiques de catégories de la population : les mères porteuses, les commerçants, les opprimés, les oppresseurs... Le droit permet de transcrire les attentes politiques dans un langage commun. En France, on ne sait pas faire de délibération judiciaire. Selon une tradition très catholique et hiérarchisée, l'intérêt général est défini d'une manière infiniment moins démocratique et délibérative que ce que peuvent faire les juges et le droit privé.

■ **P. L.** Mireille Delmas-Marty avance l'idée que le pouvoir des juges est parfois le corrélat de la timidité du législateur, voire de la démission du politique. Elle prend l'exemple de la bio-éthique, ou de la responsabilité pénale des chefs d'entreprise. Cela irait d'ailleurs à l'appui de la thèse qu'à sa manière le pouvoir des juges constitue une arme dans le combat politique et participe au débat public.

■ **A. G.** La judiciarisation de la société française, et c'est vrai de toutes les sociétés démocratiques actuelles, est une judiciarisation par défaut. La guerre froide, à cause de la menace d'apocalypse nucléaire et de la gigantomachie entre le capitalisme et le socialisme, nous plaçait sous une pression dont nous n'avions même pas conscience. La chute du mur de Berlin, le nouveau monde qui s'est mis en place, le terrorisme avec sa menace violente, ont vidé les États d'une part de leur légitimité traditionnelle. On assiste à une dépressurisation symbolique très rapide, dans quoi les juges ont été propulsés pour combler un vide. On peut comparer l'évolution de la famille et celle de l'État. On voit que par rapport à la famille traditionnelle, avec le *pater familias*, où les conflits certes étaient réglés, mais au bénéfice d'un sexe, d'un genre et d'une autorité traditionnelle, eh bien, aujourd'hui, c'est un peu plus compliqué, avec des époux qui ont un droit identique. Tant que l'État était la république de l'ingénieur et de l'énarque qui savaient mieux que le peuple ce dont celui-ci avait besoin, c'était plus facile qu'aujourd'hui où il y a des groupes d'intérêt qui interviennent à titre d'acteurs politiques.

■ **P. L.** Bien évidemment, il y a une nécessité pratique du commerce des juges. La critique soi-disant politique de l'expansion internationale du juridique ne peut quand même pas ignorer la cause profonde du développement du droit mondial, à savoir le déséquilibre entre d'une part la globalisation économique des pouvoirs économiques, et d'autre part l'impuissance des pouvoirs politiques à poser des limites au nom de l'intérêt général. De fait, la réponse à la globalisation marchande se joue de manière essentielle dans l'ordre juridique. Mais cette nécessité pratique du droit oblige quand même à une vraie démonstration de sa légitimité démocratique. Car une nécessité pratique impose, certes, mais elle ne fonde pas à proprement parler. Et la culture juridique, en tant que telle, me semble un fondement insuffisant pour instituer le droit. Les droits, surtout les droits civiques et les droits humains, ont une origine politique. En amont du droit, il y a des luttes, qui

entraînent des négociations et aboutissent à des conquêtes juridiques. Et celles-ci engagent la souveraineté nationale, le consensus national, qui apporte l'onction démocratique. De ce point de vue, j'aurais du mal à suivre Anne-Marie Slaughter, dont les thèses semblent reposer sur la constitution d'un ordre juridique autonome. L'ordre judiciaire a besoin d'un relais politique. Réciproquement, peut-être le droit a-t-il le potentiel d'être un instrument dans les luttes politiques, et pas seulement leur but.

■ **A. G.** Il est vrai que les juges sont faibles en légitimité démocratique, et à cet égard ils ne pourront jamais avoir la même légitimité que le gouvernement national. Mais la norme juridique est bonne précisément parce que sa légitimité est insuffisante. Parce qu'il manque constitutivement de légitimité démocratique, le juge est obligé de la rechercher au contact de l'opinion publique, des parties au procès. Ce qui est inquiétant dans la légitimité à la française, c'est la conception absolue de la souveraineté, qui ne supporte rien d'autre qu'elle-même et qui se justifie par le mandat du peuple sans jamais penser sa division ou sa fugacité. Cette manière de saturer la souveraineté me paraît très inquiétante, pas seulement parce qu'elle est porteuse d'un nationalisme incandescent. Il est bon d'interroger la prétention de la représentation politique à monopoliser la légitimité et la souveraineté, prétention que le droit n'a pas. Je me représente plutôt le bon gouvernement comme étant en tension entre un gouvernement qui agit et des principes qui le brident.

D'autre part, dans la mondialisation, la légitimité nationale affiche beaucoup d'impuissance. D'où la tendance du droit à se légitimer par l'efficacité. C'est très insuffisant, ce n'est pas méprisable. Au niveau mondial, le droit a produit des normes comptables. Elles sont orientées en faveur des investisseurs beaucoup plus que des travailleurs, mais elles ont le mérite d'exister, et elles sont efficaces. Il y a aussi une légitimité procédurale, qui confronte des groupes plus ou moins représentatifs de « *state holders* », de teneurs d'intérêts – des parents, des médecins. On oublie souvent, de plus, la légitimité acquise par le droit dans le traitement de la Shoah et de ses conséquences : indemnisation de l'Holocauste, affaire « Yahoo⁴ », etc. Il ne s'agit pas seulement d'émettre des normes ou des précédents juridiques en matière d'indemnités ou de restitution. La Shoah, effondrement de la politique dans le crime contre l'humanité, atteinte extrême à la dignité humaine, est une source substantielle de légitimité pour le droit, sur le mode d'une fondation négative de la modernité tardive post-Shoah.

La question de la légitimité du droit conduit donc à considérer plusieurs types de légitimité différents. Il ne faudrait pas penser que, parce qu'il n'y a pas le vote, il n'y a pas de légitimité. La mondialisation pousse à envisager des sources de légitimité imparfaites, et assez rassurantes par là même.

■ **P. L.** *Tout cela conduit à voir dans la mondialisation du droit non seulement un phénomène complexe, mais un enjeu politique et théorique. Michaël Foessel constate une relative panne du « cosmopolitisme par le haut », i. e. par les États. Cela rejoint à certains égards les considérations un peu désabusées de Pierre Hassner, qui avance que l'Occident n'est pas tellement dans le monde de Kant, actuellement, mais plutôt dans le monde de Hobbes. Le « commerce des juges » a sans doute le potentiel de constituer un « cosmopolitisme par le bas ». Des cas particuliers permettent l'expression de préoccupations qui relèvent d'une*

■ 4. Fermeture d'un site antisémite, prononcée par un juge français.

citoyenneté mondiale, et non nationale. De plus, ces préoccupations font signe vers des principes universels, qui se dégagent des cas particuliers, et qui sont plus ou moins implicites: ils ne sont pas codifiés sur le mode d'une déduction, il y a plutôt une exhibition ou un dégagement des principes à partir des cas. D'un autre côté, la pratique judiciaire ne peut, sans la volonté politique, instituer un « nouvel ordre mondial » ou un « droit commun de l'humanité ». Elle n'en a pas le pouvoir, ni la légitimité.

La mondialisation du droit est donc un lieu de tension et un enjeu conflictuel. Elle devrait à ce titre être un enjeu dans le débat public démocratique, qui est un des lieux où se gagne la légitimité. Avez-vous le sentiment que les philosophes français contribuent à éclairer cet enjeu ?

■ **A. G.** Malheureusement non. La France est riche d'un extraordinaire patrimoine littéraire, philosophique, artistique. Dans ce patrimoine, il y a une tradition anti-juridique, liée à une glorification du politique. Il y a aussi une fascination pour la dimension esthétique de la pensée, au mépris de la vérité. Enfin, il y a le modèle de l'intellectuel prophétique, qui ne prend pas le soin de regarder la réalité. Ce modèle est aujourd'hui en panne, mais continue à peser d'une manière négative sur l'expression des philosophes.

Si l'on creuse un peu l'anti-juridisme de la pensée française, on y voit plusieurs sources. Il y a notamment une source sceptique, chez Montaigne et Pascal, qui procède à la dévaluation du droit en le rapportant à la particularité de la coutume, à sa contingence, voire son arbitraire (« Plaisante justice qu'une rivière borne »). Cette tendance ne peut qu'être amplifiée au contact de la mondialisation, si on voit en elle un facteur de relativisme du fait de la multiplication des relations à d'autres cultures. Une autre source de l'anti-juridisme se réclame de l'éthique et de l'absoluité des valeurs. Sous cet aspect, on peut faire un lien entre Pascal et l'extrême-gauche actuelle, une extrême-gauche sans Marx et sans guère d'espoir, plutôt catastrophiste, porteuse d'une vision gnostique de la politique. Une troisième source de l'anti-juridisme est beaucoup plus directement politique. Pour la gauche marxiste, en regard du tort absolu fait au prolétariat, le droit ne compte pas. À droite, l'idée de nation est supérieure à celle du droit. Les droits de l'homme subissent une critique de droite et une critique de gauche. On constate souvent en France une impossibilité de penser le droit autrement que comme la mise en forme de la volonté souveraine. Entre la morale et la politique, il n'y a rien. Le lieu médiateur que pourrait constituer le droit n'existe pas. Ceux qui s'y meuvent ou s'en réclament sont facilement regardés comme des hypocrites ou des imposteurs.

Pour toutes ces raisons, la pensée française ne me semble pas au rendez-vous de la mondialisation, dont on ne peut découvrir les apories et les lignes de fracture qu'en se penchant de près sur la réalité des échanges, du droit, des violences diverses qui s'y produisent. Si on regarde les choses de trop loin, on ne voit rien. C'est dommage.

On a vu toute une fraction de la pensée de gauche passer de thèses anti-étatiques, libertaires, à la réclamation de l'intervention de l'État contre la mondialisation, à des fins de protection. C'est une pensée politique silencieuse sur les articulations entre ce qu'elle a été et ce qu'elle est devenue aussi bien qu'entre ce qu'elle est et ce que pensent les autres. Tous ces points aveugles donnent aujourd'hui un résultat assez décevant.

■ **P. L.** Dans la philosophie française contemporaine, si on met à part Ricœur, on constate souvent soit une ignorance soit un discrédit du juridique, qui contraste avec l'attention qui lui est portée dans les pays anglo-saxons – des théoriciens comme Rawls, Walzer, Dworkin,

sont évidemment très loin d'ignorer le droit –, et aussi dans la tradition allemande – Habermas réfléchit beaucoup en termes de droit.

Cette ignorance me semble liée à la prédominance de deux courants, un courant de philosophie politique, et un courant de philosophie éthique. Parlons d'abord du premier. Il y a une philosophie politique française contemporaine qui est très centrée sur le geste politique, qui affiche une grande indifférence aux questions relevant d'une théorie de la justice, et qui ne réfléchit pas tellement en termes d'institutions. C'était déjà frappant chez Althusser, qui pensait les institutions comme des « Appareils Idéologiques d'État », donc comme l'objet d'une dénonciation et le lieu d'un renversement, plutôt que d'une intervention ou d'une transformation. Il y a sans doute là l'héritage de l'anti-juridisme de Marx. Et cela se retrouve dans les textes de Badiou ou de Rancière. Rancière pense la démocratie contre le consensus. Pour lui, le juridique, c'est d'une part l'évacuation de la politique comme affirmation de la démocratie, d'autre part le redoublement de toutes les nécessités ou pseudo-nécessités qui émergent dans le champ empirique. Le droit n'est alors qu'une administration juridique de la nécessité sociale, telle qu'elle est identifiée par les experts, sans aucune référence aux idées de justice et d'égalité.

■ **A. G.** Ce qui me frappe dans ce discours, c'est sa manière d'entrer dans la politique comme dans une entité déjà là qui n'aurait qu'à se ressaisir. La démocratie c'est le peuple, ou, version de droite, le peuple c'est l'incarnation de la nation. Il n'y a pas là de pensée de la politique à partir des individus, des minorités. Personnellement, j'ai commencé ma vie professionnelle en étant pendant douze ans juge des enfants. Pendant tout ce temps, j'ai arbitré des conflits familiaux très aigus, voire tragiques, où souvent étaient pris des gens très défavorisés socialement. J'ai été frappé par leur revendication de justice, et par la dignité de leur demande de droit. Ce n'est pas une contestation du droit, mais au contraire une demande de droit, qui émane de la vie sociale.

Si on approche la politique exclusivement sous la catégorie englobante de la domination, la seule possibilité d'être, par rapport à cette identification de la politique au pouvoir et du pouvoir à la domination, c'est pour l'intellectuel la dénonciation de l'oppression inhérente à toute forme de politique qui ne serait pas une incarnation du peuple. Mais il y a une autre manière d'aborder la politique, qui vient de l'anti-totalitarisme, et plus loin de la pensée aristotélicienne : la politique est l'organisation de la coexistence humaine, c'est l'ajustement de la pluralité, la rectification des inégalités, et éventuellement la gestion d'une part tragique de l'existence humaine. Dans l'affaire de l'hormone de croissance, il faut gérer une confrontation à la finitude. Aujourd'hui, la justice récupère une part de cette gestion du tragique que n'assument plus les idéologies, et elle doit lui construire une scène différente de la scène idéologique.

■ **P. L.** Il y a un autre courant philosophique qui problématise l'appréhension du juridique : le courant de philosophie morale issu de Lévinas, qui est un courant très respectable, c'est une grande pensée incontestablement. Mais c'est une pensée éthique de la justice et de l'obligation, et pas juridique, qu'on va retrouver ensuite chez Derrida, chez Lyotard ; une pensée hyperbolique de l'accueil sans condition, dont on voit assez difficilement quelles pourraient être ses implications juridiques ou institutionnelles. C'est une pensée qui rend problématique, voire aporétique – peut-être à juste titre –, l'articulation de la prescription éthique et de la norme juridique.

■ **A. G.** Il me semble que Lévinas ou Derrida satisfont la dimension gnostique de la modernité : une critique du monde qui aboutit à une fuite dans une exigence éthique supra-humaine. J'ai un peu travaillé avec Derrida sur la question du terrorisme, et il me donnait l'impression de passer d'une suspicion de principe à l'égard de la justice mondaine, à l'exigence impérieuse de son sacre immédiat. La justice pénale internationale était infiniment en deçà de l'exigence éthique, mais si elle devait exister, c'était pour tout régenter dans le monde ! Je me souviens d'une rencontre que j'avais organisée entre lui et Ricœur sur le thème « pardon et justice ». L'interrogation de Ricœur était : puis-je pardonner, même s'il n'y a pas de lieu philosophique correspondant à cette expérience ? L'expérience du pardon lui paraissait poser un problème à la compréhension philosophique. Derrida répondait : « le pardon s'il existe, mais il n'existe pas » ! Il a eu cette phrase qui pour moi est un aveu gnostique : « déjà dans la Bible le pardon était corrompu ». Le texte humain est déjà l'inscription d'une chute. Au rebours de cette radicalité, Ricœur proposait de penser le droit comme ensemble de médiations imparfaites ; donc de lier la fragilité et la nécessité de la justice dans les institutions, la possibilité et la difficulté de tisser un *continuum* entre l'intérêt et la coopération. Je me garde bien de parler d'amour, d'hospitalité, d'aborder un tel registre. Ce qui m'intéresse chez Ricœur, c'est son effort pour penser ensemble la capacité et la vulnérabilité, l'homme souffrant et agissant, parce qu'alors la souffrance n'est pas un absolu improductif politiquement, sur quoi on ne peut rien construire.

■ **P. L.** Chez Foucault, le rapport au « juridique » semble plus compliqué qu'on ne le croit. Il y a chez lui un anti-juridisme philosophique, mais qui vise beaucoup moins la réalité du droit en tant que telle, qu'un discours méta-juridique : ce qu'il appelle la « théorie de la souveraineté », qui est une conception juridique du politique, de l'autonomie et de l'émancipation⁵.

Sa thèse est que la théorie juridique de la souveraineté a eu une très grande efficacité sur une période historique qui va de la monarchie féodale à la construction théorique de la démocratie parlementaire, via la construction des monarchies absolues et le débat théorique autour du contractualisme ; mais qu'elle ne peut plus constituer une réponse complète et satisfaisante à la question de l'autonomie. À l'âge de ce qu'il appelle les pouvoirs disciplinaire puis biopolitique, cette théorie propage l'illusion que l'individu atteint l'autonomie en tant que sujet de droit. Du coup, situant l'autonomie du côté de la loi, elle raterait le pouvoir des normes, qui produisent sur un mode technique, selon lui, des modes d'individuation spécifiques ; et de ce fait elle rate la manière dont, depuis le ^{xviii}e siècle, les formes et les dispositifs de pouvoir s'appliquent aux individus et aux populations (discipline, contrôle, population).

Il me semble qu'on pourrait cependant trouver une complémentarité entre les analyses de Foucault et le discours de la souveraineté ou de la légitimité. Je ne suis pas convaincu par le jeu des disqualifications réciproques, qui d'un côté voient dans les préoccupations juridiques une vieilleries obsolète, et de l'autre critiquent un « oubli du droit » chez Foucault. Ne devrait-on pas plutôt chercher la complémentarité entre une théorie du pouvoir, qui était l'objet philosophique de Foucault, et une théorie de la justice ? Pourquoi serait-ce incompatible ?

■ 5. Voir l'article de Mathieu Potte-Bonneville, « Droit », in P. Artières et M. Potte-Bonneville, *D'après Foucault*, Paris, Les Prairies ordinaires, 2007, p. 205-233.

■ **A. G.** Foucault reste un philosophe passionnant pour qui réfléchit sur le droit, et cela au moins à deux égards.

D'abord, sa tentative pour construire une pensée de l'émancipation sur le mode d'une pensée du pouvoir, et sa méfiance de principe envers l'État ont conduit sa pensée très près du libéralisme, de fait. Il y a une dimension libertaire dans sa pensée qui est encore très active.

Ensuite, il me semble que sa grande philosophie, c'est sa philosophie du sujet, celle du « dernier Foucault », dont on parle beaucoup moins dans mon milieu théorique que du Foucault de *Surveiller et punir*. Avec la thématique du souci de soi, c'est par la méditation de l'autonomie du sujet qu'il va retrouver le politique et le droit. C'est une vision qui peut rejoindre des préoccupations contemporaines, comme celles de Sen sur la capacité. Foucault s'intéresse au sujet non comme principe, mais comme processus de construction d'une souveraineté sur soi. Cela a à voir avec la construction de la capacité.

Il y a des déclarations de Foucault très intéressantes, faites peu avant sa mort dans un livre sur la peine, *Punir mon beau souci*. On demandait à Foucault de préciser sa position vis-à-vis de la peine. Il répond que ce qu'il n'aime pas dans la peine telle qu'elle a été pensée aux XIX^e et XX^e siècles, c'est l'idée que le pouvoir s'applique à l'intériorité sur le mode d'un contrôle. En revanche, que dans la peine il y ait quelque chose d'affiché, de clair, de codifié, qui concerne les actes et non l'intériorité, cela ne le gêne pas. C'est une conception juridique classique.

■ **P. L.** *Oui, il voyait dans Des délits et des peines de Beccaria une sorte d'étalon permettant de mesurer ce qu'il y a d'exorbitant dans la conception moderne de la peine.*

■ **A. G.** Outre cette rigueur proche de l'esprit juridique classique, la pertinence de sa pensée pour moi tient, encore une fois, à sa manière d'entrer dans le politique par le souci de soi et la construction du sujet. Cela permet de penser le droit comme médiation sociale au sens d'une rencontre entre les capacités. Cela permet de penser beaucoup de choses, en fait, comme la pluralité, la différence, la minorité, la rébellion... Des choses qu'on ne peut pas penser quand on part d'une conception globale et sacralisante de la démocratie et du peuple. Foucault a la bonne entrée, et il a aussi l'attention aux faits, qui est très rafraîchissante. Dans toutes ses œuvres, il y a cet intérêt pour les faits, pour ce qui se passe. Pour toutes ces raisons, je ne suis pas surpris qu'aujourd'hui son travail soit encore très vivant, très riche, et que les foucauldien(ne)s soient ceux qui ont le plus de choses à dire sur la réalité politique et sociale. ■

Entretien réalisé le 11 février 2008