

François Ost



*Le droit
comme traduction*

pul

LE DROIT COMME TRADUCTION

Page laissée blanche intentionnellement

Collection Mercure du Nord/Verbatim

Se concentrant sur le discours oral, cette collection, un sous-ensemble de Mercure du Nord, transcrit mot à mot, *verbatim*, les conférences sur les grands problèmes de l'heure qu'éclairent d'éminents conférenciers en lettres et en sciences humaines.

Le lecteur retrouvera ainsi, rapportés sous forme de texte écrit, les débats auxquels il s'intéresse et qui se répercutent à travers le monde philosophique, social et politique.

Autres titres parus dans la collection

Marc Angenot, Maï-Linh Eddi et Paule-Monique Vernes, *La tolérance est-elle une vertu politique ?* 2006.

Clément Lemelin, *L'accessibilité aux études supérieures*, 2006.

Michel Troper, *Le gouvernement des juges*, 2006.

Shauna Van Praagh, *Hijab et kirpan. Une histoire de cape et d'épée*, 2006.

Michel Guérin, *La seconde mort de Socrate*, 2007.

Mireille Delmas-Marty, *L'Adieu aux Barbares*, 2007.

Hubert Bost, *Bayle et la « normalité » religieuse*, 2007.

Ethel Groffier-Klibansky, *Le statut juridique des minorités sous l'Ancien Régime*, 2007.

Bertrand Binoche, *Sade ou l'institutionnalisation de l'écart*, 2007.

Marc Angenot, *En quoi sommes-nous encore pieux ?* 2008.

Jules Duchastel, *Mondialisation, citoyenneté et démocratie. La modernité politique en question*, 2008.

Paule-Monique Vernes, *L'illusion cosmopolitique*, 2008.

Michel Jébrak, *Société du savoir, néoténie et université*, 2008.

Marcel Dorigny, *Anti-esclavagisme, abolitionnisme et abolitions*, 2008.

Dorval Brunelle, *L'autre société civile, les mouvements sociaux et la lutte pour les droits fondamentaux*, 2009.

Peter Leuprecht, *Déclin du droit international ?*, 2009.

Gian-Mario Cazzaniga, *Frères chasseurs, Brother Hunters* suivi de *Les églises chrétiennes et la franc-maçonnerie*, 2009.

Christine Straehle, sous la dir. de, *L'Éthique saisie par la mondialisation*, 2009.

Alexandra Torero-Ibad, *Débats politiques et philosophiques au XVII^e siècle*, 2009.

Page laissée blanche intentionnellement



CHAIRE UNESCO
D'ÉTUDE DES FONDEMENTS PHILOSOPHIQUES
DE LA JUSTICE ET DE LA SOCIÉTÉ DÉMOCRATIQUE

La *Chaire UNESCO d'étude des fondements juridiques de la justice et de la société démocratique* se joint au programme du doctorat en droit du Département des sciences juridiques de l'UQAM pour vous inviter

Lundi 3 novembre 2008

18h00 à 20h00

Salle des Boiseries (local J 2810)

UQAM, Pavillon Judith-Jasmin

LA TRADUCTION: PARADIGME POUR LE DROIT?

La mondialisation du droit place le juriste en situation d'avoir à appréhender des langues différentes. Le multilinguisme peut également caractériser des systèmes juridiques nationaux (comme au Canada ou en Belgique) ou des droits régionaux en émergence (comme le droit européen). La traduction s'érige ainsi en un paradigme de création et d'interprétation du droit. Le conférencier s'interroge sur la portée de ce paradigme nouveau et ses implications méthodologiques et éthiques.

par FRANÇOIS OST

Professeur, vice-recteur, Facultés universitaires Saint-Louis
(Bruxelles, Belgique)

Co-directeur de l'Académie européenne de théorie du droit
Président de la Commission du Fonds National de la
Recherche Scientifique sur les études doctorales

L'entrée est libre

Un cocktail sera servi en fin de conférence

Faculté des Sciences Humaines, Département de Philosophie
C.P. 8888, succ. Centre-Ville
Montréal H3C 3P8

Tél : 514 987-3000, # 3252 ou 0384

www.unesco.chairephil.uqam.ca

Fax: 514 987-6721

Les Presses de l'Université Laval reçoivent chaque année du Conseil des Arts du Canada et de la Société de développement des entreprises culturelles du Québec une aide financière pour l'ensemble de leur programme de publication.

Nous reconnaissons l'aide financière du gouvernement du Canada par l'entremise de son Programme d'aide au développement de l'industrie de l'édition (PADIE) pour nos activités d'édition.

Maquette de couverture : Mariette Montambault

ISBN 978-2-7637-9010-7

© Les Presses de l'Université Laval 2009

Tous droits réservés. Imprimé au Canada

Dépôt légal 4^e trimestre 2009

LES PRESSES DE L'UNIVERSITÉ LAVAL

Pavillon Maurice-Pollack, bureau 3103

2305, rue de l'Université, Québec (Québec) G1V 0A6

www.pulaval.com

François Ost

LE DROIT COMME TRADUCTION

pul

SOMMAIRE

S'il est pertinent de proposer le paradigme de la traduction pour penser la grammaire de notre monde pluriel – un monde qui ne peut plus se refermer sur ses idiolectes ni céder à la tentation de la langue ou pensée unique – alors on peut penser que le droit représente un champ d'application privilégié de ce paradigme traductif. On le montre ici non seulement dans les multiples secteurs où le droit national entre en contact avec d'autres langues et cultures juridiques, mais aussi au cœur même des opérations les plus quotidiennes des juristes : interprétation des lois, balance des intérêts, mise en rapport des discours des parties, des experts et des juges. Avec la traduction se cherchent une méthode et une éthique qui sachent faire droit aux différences sans renoncer pour autant au vœu de l'intercompréhension.

LE DROIT COMME TRADUCTION¹



S'il est pertinent et souhaitable de proposer la traduction comme paradigme pour penser la grammaire de notre monde pluriel – un monde qui ne peut plus se refermer sur ses idiolectes et qui tente d'échapper à la langue comme à la pensée uniques : un monde post-babélien, en somme, instruit de l'inanité de la grande tour moniste et désireux cependant de dépasser son pluralisme de juxtaposition, alors on peut penser que le domaine juridique représente un champ d'application privilégié de ce paradigme de la traduction. Ce sera le propos de cette brève étude de tenter de le démontrer.

Il s'agira d'abord, dans une première section, de prendre la mesure des phénomènes de traduction dans le champ juridique. Sans doute songe-t-on d'emblée aux zones où le droit national entre en contact avec le droit étranger, suscitant dans la plupart des cas la difficile confrontation de langues différentes : le droit international public (1), le droit international privé (2) et le droit

1. Cette conférence a été prononcée le 4 novembre 2008 à l'invitation du Professeur THIERRY BOURGOIGNIE, directeur du département des sciences juridiques de l'UQAM, dans le cadre du cycle de conférences du doctorat en droit. Pour de plus amples développements, cf. F. OST, *Traduire. Défense et illustration du multilinguisme*, Paris, Fayard, 2009.

comparé (3) s'imposent ici à l'étude. Mais la problématique ne tarde pas à s'élargir et se complexifier singulièrement, entraînant, de proche en proche, le droit tout entier (en application de cet acquis central de la théorie de la traduction qui, loin de limiter celle-ci aux échanges inter-linguistiques, l'étend également aux communications se déroulant au sein d'une même communauté linguistique)². C'est que, d'une part, le multilinguisme juridique peut aussi caractériser des systèmes juridiques nationaux comme ceux de la Belgique et du Canada, par exemple. C'est que, d'autre part, les difficultés de traduction terminologique que rencontrent le droit international privé et le droit européen ne sont que l'indice de problèmes de qualification d'institutions s'enracinant dans les traditions juridiques différentes – ce qui ne manque pas de conduire le juriste-traducteur dans les profondeurs mêmes des ordres juridiques en présence, suscitant souvent par là même de très bénéfiques remises en question de ses propres catégories et taxonomies.

Par ailleurs, l'émergence du droit régional européen et de ce que nous appellerons le « droit mondialisé » (4) contribue encore à faire pénétrer le paradigme traductif au cœur des ordres juridiques nationaux. Tantôt il s'agit d'un système supranational, pétri de droit comparé, s'imposant comme composante à part entière (et autorité supérieure) des systèmes nationaux, tantôt il s'agit, avec le droit mondialisé, de phénomènes multifformes d'emprunt de solutions juridiques étrangères, de contagion de modèles d'importation supposés efficaces, d'irradiation plus ou moins spontanée de principes jugés légitimes.

2. P. RICOEUR, « Le paradigme de la traduction », in *Le juste*, Paris, Éd. Esprit, 2001, p. 125.

Il faut aller plus loin encore : à supposer même qu'un ordre juridique puisse se développer en vase clos, à l'abri des traditions étrangères et dans un monolinguisme absolu, les phénomènes de traduction (du fait au droit, du langage d'une branche du droit à l'autre, d'une époque juridique à l'autre, du langage de l'expert à celui du juriste...) n'en caractériseraient pas moins le discours juridique tout entier (5), soulevant ainsi, outre des questions méthodologiques de grand intérêt, des enjeux éthiques auxquels il convient également d'être attentif (6).

Mais on ne peut se contenter d'établir l'importance de l'opération de traduction pour comprendre la raison du discours juridique ; encore faut-il précisément montrer l'apport de la théorie de la traduction pour éclairer les opérations juridiques essentielles de traduction au sens strict (inter-linguistique), mais aussi de comparaison et de qualification (section 2). Après avoir rappelé brièvement certains enseignements essentiels de cette très riche théorie de la traduction, on évoquera, à sa lumière, quelques aspects des problèmes posés par la traduction de traités multilingues en droit international privé, par la « construction des comparables » en droit comparé, par l'application des traités européens, partagée entre « interprétation (européenne) autonome » et « marge nationale d'appréciation », ou encore par ce qu'il est convenu aujourd'hui d'appeler le « dialogue des juges » dans le cadre du droit mondialisé. Dans tous ces domaines, une méthodologie se cherche – quelque chose comme la grammaire du « droit en réseau » ; et si la théorie générale de la traduction présente tous les titres pour remplir cet office, elle aura également elle-même beaucoup à gagner à s'instruire de l'expérience accumulée sur le terrain par la pratique et la doctrine juridiques. Il ne s'agira, bien entendu, que de simples « coups

de sonde » pratiqués dans un océan immense et passablement agité ; dans chaque cas néanmoins se dégagera une structure – en laquelle nous reconnaissons la marque de la traduction – également distante du repli frileux sur le propre (l’idiolecte, le système juridique national) comme de la fascination dangereuse et illusoire à l’égard d’un système unique (langue universelle, modèle juridique impérial). Entre monolinguisme et espéranto (et, ajouterons-nous encore, *sabir* ou *pidgin*, fait d’emprunts non réfléchis), le droit en réseau cherche sa grammaire dans le modèle traductif.

Mais si la traduction est riche d’une solide méthodologie, elle est porteuse également d’une éthique – une éthique de « l’hospitalité », faite de conscience de ses propres limites, de respect de la parole de l’autre et de dialogue coopératif. Nous évoquerons, pour terminer, quelques aspects de son application possible au domaine juridique.

Enfin, nous montrerons, en conclusion, ce qui pourrait distinguer le paradigme du « droit comme traduction » d’autres grands paradigmes à l’aide desquels on a pu tenter précédemment de caractériser le juridique : le droit comme « interprétation », comme « argumentation » ou comme « communication », par exemple.

Section 1. Le droit, champ privilégié du paradigme traductif

1. *Le droit international public et les droits nationaux multilingues*

Le droit international classique (tant public que privé) croyait pouvoir refouler l'autre, l'étranger, la langue étrangère, à l'extérieur de ses frontières. Basé sur une philosophie du « chacun chez soi », exprimé dans les dogmes « westphaliens » (issus du traité de Westphalie en 1648) de suprématie interne de l'État et d'égalité et de souveraineté externes, ce droit international pouvait se contenter de gérer les contacts diplomatiques multilingues qu'entraînait leur nécessaire commerce dans le cadre de la société des nations (tout en se souvenant que le français a jusque récemment pu servir de *lingua franca* diplomatique internationale). On en trouve une illustration caractéristique dans l'article 33 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, qui entend régler la question spécifique de l'interprétation des traités multilingues. Trois règles résultent de cette disposition. La première fixe un principe général : « lorsqu'un traité a été authentifié en deux ou plusieurs langues, son texte fait foi dans chacune de ces langues » (art.33-1), principe lui-même complété par le paragraphe 3 de l'article 33 : « les termes d'un traité sont présumés avoir le même sens dans les divers textes authentiques ». En dépit de ce présumé d'unicité du traité et de la présomption qui l'accompagne, l'article 33 fixe néanmoins deux règles susceptibles de résoudre

les probables divergences de sens qui apparaîtront d'une version à l'autre. La deuxième partie du paragraphe 1 prévoit en effet une règle formelle de préférence : [le texte du traité fait foi dans chacune des langues d'authentification] « à moins que le traité ne dispose ou que les parties ne conviennent qu'en cas de divergence un texte déterminé l'emportera » (on sait que la version française a longtemps joué ce rôle de langue tierce de surplomb). Par ailleurs, le paragraphe 4 propose, quant à lui, une règle substantielle de conciliation : « sauf le cas où un texte déterminé l'emporte conformément au paragraphe 1, lorsque la comparaison des textes authentiques fait apparaître une différence de sens que l'application des articles 31 et 32 [qui fixent les règles « ordinaires » d'interprétation des traités] ne permet pas d'éliminer, on adoptera le sens qui, compte tenu de l'objet et du but du traité, concilie le mieux ces textes »³. On reviendra dans la section suivante sur les questions méthodologiques soulevées par ce système complexe d'interprétation-traduction-comparaison des différentes versions du traité. On notera seulement ici, sur un plan plus pratique, que le droit international restant, comme la société internationale, encore largement tributaire des rapports de force, le système de traduction « égalitaire » mis en place par l'article 33 est largement biaisé par les intérêts nationaux et l'auto-interprétation que font les États des traités qui les lient. On notera également que les engagements internationaux fourmillent d'ambiguïtés volontaires – qui seules ont permis l'élaboration de compromis ; ici la diversité linguistique n'est plus que le reflet d'un désaccord dont la solution est différée.

3. Sur cette question, cf. A. PAPAUX, *Article 33. Interprétation de traités authentifiés en deux ou plusieurs langues, à paraître.*

On se souvient à cet égard de l'ambiguïté radicale affectant la résolution 242 du Conseil de sécurité de l'O.N.U. relatif au retrait par Israël « de/des » territoires palestiniens occupés par elle : « de » territoires selon la version anglaise, « des » territoires selon la version française (à noter cependant que le représentant de la France fit une réserve expresse en faveur de la seule version française).

On observera qu'en droit européen également prévaut le principe d'égalité des différentes langues de la Communauté ; dès l'origine, c'est le choix politique du multilinguisme qui a été fait – à telle enseigne qu'on a pu soutenir que « la langue de l'Europe, c'est la traduction ». Le règlement n° 1 de la C.E.E. du 15 avril 1958 a reconnu en effet le caractère officiel de chacune des langues nationales de la Communauté et la co-rédaction des directives et règlements communautaires dans chacune de celles-ci. De sorte qu'à la suite des derniers élargissements, l'Europe compte non moins de 21 langues officielles (dont la langue irlandaise), suscitant non moins de 420 combinaisons traductrices virtuelles⁴.

Cependant, la situation d'États multilingues démontre qu'on ne peut se contenter d' « externaliser » les questions de traduction. Ici encore, on rencontrera tantôt une règle de préférence, tantôt une solution de conciliation⁵. Préférence :

4. J.C. PARIS, « Union européenne : comment rédiger une législation de qualité dans 20 langues et pour 25 États membres », in *Revue de droit public*, 2005, p. 475.

5. F. OST et M. van de KERCHOVE, *Entre la lettre et l'esprit. Les directives d'interprétation en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1989, p. 72.

ainsi, l'article 40 de la loi d'interprétation du Québec qui prévoit « qu'en cas de divergence entre les textes français et anglais, le texte français prévaut ». Dans un sens comparable, on retiendra encore l'article 8 de la loi sur les langues officielles du Canada, qui donne « la préférence à la version qui, selon l'esprit, l'intention et le sens véritables du texte, assure le mieux la réalisation de ses objets ». Conciliation : l'article 7 de la loi belge du 31 mai 1961 relative à l'emploi des langues en matière législative : « ... divergences résolues d'après la volonté du législateur déterminée suivant les règles ordinaires d'interprétation sans prééminence de l'un des textes sur l'autre ».

Le cas du Canada se révèle un des plus intéressants pour la problématique de la traduction, au bilinguisme terminologique s'ajoutant la dualité des traditions juridiques, *Common Law* et droit civil se fécondant respectivement au cours de plusieurs siècles d'application simultanée, le tout accompagné de divers phénomènes de contamination réciproque, voire de rétro-transfert de vocables juridiques. On a pu noter en effet que, si certains termes de *common law* viennent aujourd'hui « contaminer » le français juridique, l'origine de bon nombre de ses expressions n'en est pas moins... française, dès lors que prévalait jusqu'au XVIII^e siècle en Angleterre un jargon juridique d'origine franco-normande ayant franchi la Manche avec Guillaume le Conquérant en 1066 (le *Law French* que trois dispositions du Parlement, en 1362, 1650 et 1731 s'évertueront à refouler)⁶.

6. A. BULIER, « De la "commune ley" à la Common Law », in *Revue de droit international et de droit comparé*, 2006, p. 44 et s.

L'hybridation est poussée si loin, au Canada, que certains auteurs, observateurs d'une pratique d'enseignement et de recherche réellement « mixte », comme celle qui prévaut à la Faculté de droit de MacGill, ainsi que des pratiques juridiques dont elle rend compte, n'hésitent pas à annoncer l'émergence d'un « bijuridisme » de synthèse sachant dégager les solutions les plus opportunes « au-delà » ou « entre » les deux versions, française et anglaise, des textes. Il ne s'agit pas, dans ce cas, de choix hégémonique d'une langue au détriment de l'autre, ou de juxtaposition égalitaire de celles-ci, ou encore de prudente conciliation entre les textes en présence : il s'agit de dire une chose nouvelle à travers et grâce aux termes offerts par l'une et l'autre langues⁷. Voilà donc déjà, au terme de ce premier parcours, non moins de quatre solutions différentes au dilemme babélien.

2. *Le droit international privé*

Avec la science des conflits de lois, l'extranéité cesse de camper aux frontières : des situations privées sont configurées qui, en raison de certains de leurs éléments, mobilisent simultanément l'application de plus d'une législation nationale. Les tribunaux du for sont sollicités pour effectuer les rattachements souhaitables, de sorte qu'en définitive la « prise en considération » (et donc la qualification-traduction) du droit étranger est inévitable. S'il est impossible dans des cas de ce genre d'appliquer unilatéralement le droit national, encore faut-il savoir de quel système juridique relèvera la règle de

7. D. JUTRAS, « Énoncer l'indicible : le droit entre langues et traditions », in *Revue internationale de droit comparé*, 4-2000, p. 781 et s.

conflit de lois elle-même, à partir de laquelle les rattachements, qualifications et traductions s'opéreront. Rationnellement, il était tentant d'imaginer un système unique, universel et intégré, de droit international privé. Mais cette option universaliste n'a jamais réussi à s'imposer, de sorte que c'est, sauf l'hypothèse des conventions internationales, chaque ordre juridique qui règle, pour son compte et selon sa propre logique, ses rapports avec l'ensemble des autres ordres juridiques⁸. Allait-on pour autant s'enfermer dans un système purement particulariste qui ne serait que le prolongement du droit privé interne aux situations présentant un élément d'extranéité, et ce dans l'ignorance délibérée de la teneur des solutions étrangères ? Non pas : tout l'effort de la discipline des conflits de lois a consisté, en partant des catégories et méthodes du for, à réaliser, notamment sur la base du comparatisme juridique, une articulation fonctionnelle des ordres normatifs en présence⁹ – opération qui s'apparente en tout point à une traduction.

Sans doute ne trouvera-t-on que rarement l'équivalent exact d'un concept juridique national dans un système étranger, tout comme le « mot à mot » n'est guère envisageable, ni souhaitable en matière de traduction. De sorte qu'ici comme là, la solution sera holistique, globale – résultant de la prise en considération de la phrase et du texte d'un côté, de l'institution et de l'économie de la loi de l'autre. F. Rigaux, qui fait cette observation, ajoute que la comparabilité ainsi établie repose sur un postulat de « communicabilité des systèmes juridiques » lié lui-même à

8. F. RIGAUX, *La loi des juges*, Paris, Éd. O. Jacob, 1997, p. 151.

9. H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Paris, Dalloz, 1956, p. 27.

l'intuition de « l'unité de l'humanité », si du moins on accepte de viser le noyau fonctionnel qui fait que les hommes ont, chacun à leur façon, tenté de régler des problèmes foncièrement similaires¹⁰. Reste évidemment à déterminer la syntaxe de cette méta-langue des conflits de lois (cf. infra, section 2), en acceptant d'avance les limites de l'exercice, qui tiennent à la fois à l'origine nationale (et donc multiple) de cette grammaire (tout comme, en matière langagière, la traduction s'opère toujours à partir d'une langue déterminée, et non d'une supposée langue parfaite de surplomb), au caractère souvent approximatif de ses jugements d'équivalence, et parfois même à la reconnaissance de ses limites : les cas d'« intraduisibles » représentés ici par l'exception d'ordre public invoquée pour faire barrage à une solution étrangère pourtant désignée par la règle de conflit national, lorsque le contenu de cette solution s'avère décidément non assimilable par le système juridique d'accueil.

3. *Le droit comparé*

Longtemps on a pratiqué le droit comparé à la manière dont le philatéliste collectionne les timbres ou l'entomologiste les insectes : on alignait les concepts et solutions juridiques en leur assignant une place et un rang, de façon statique et sans se préoccuper des relations vivantes qui pouvaient s'établir entre les entités ainsi juxtaposées. Le droit comparé demeurait une spécialité académique marginale et passablement ésotérique. Ici encore, l'étranger restait refoulé à la frontière, figé dans l'exotisme de son altérité juridique, ou alors hâtivement assimilé dans de

10. F. RIGAUD, *op. cit.*, p. 152 et s.

vastes systèmes universalistes : ces comparaisons hégémonistes et projectives qui débouchaient sur les « grands systèmes » (R. David), à la manière de ces planisphères recomposant la carte du monde à partir du continent de son auteur (ceci sans même parler de la fameuse distinction entre les « nations civilisées » et les autres, renvoyées aux ténèbres du pré-droit).

Sans doute, à l'occasion, arrivait-il au législateur national de « regarder par dessus la haie » lors de débats parlementaires suscités par telle ou telle proposition de réforme législative ; il n'était pas incongru d'invoquer une législation étrangère couronnée de succès pour inspirer ou légitimer une réforme interne. Jean Carbonnier lui-même, grand artisan des réformes du droit de la famille en France dans les années soixante-dix, évoque avec malice cette méthode : « à beau mentir qui vient de loin »¹¹.

Mais le comparatisme juridique n'affectait pas autrement le langage et la substance du droit interne. Du reste, on dissertait avec beaucoup de talent, comme le fait encore P. Legrand aujourd'hui¹², sur la possibilité de comparer réellement, exactement comme d'aucuns proclament l'impossibilité de principe de la traduction. Les convergences qui se dégageraient de l'exercice seraient nécessairement superficielles et trompeuses, soutenait-on, dès lors qu'elles échoueraient à opérer le transfert du sens inhérent aux règles et aux concepts – un sens immergé dans une culture et une tradition par hypothèse non exportables.

11. J. CARBONNIER, *Essais sur les lois*, Evreux, Répertoire du notariat defrénois, 1979, p. 191.

12. P. LEGRAND, « Sur l'analyse différentielle des juriscultures », in *Revue internationale de droit comparé*, 4-1999, p. 1053 et s.

Aussi bien le seul comparatisme légitime devrait-il prendre la forme d'une « analyse différentielle des juriscultures », insistant sur les différences bien plus que sur les pseudo-convergences.

De sorte qu'en définitive le principal bénéfice du comparatisme juridique serait à usage interne, comme si le regard de Janus porté sur les institutions des autres devait induire en retour un regard nouveau porté sur ses propres solutions. H. Muir Watt attend de cette confrontation avec des modèles alternatifs les bénéfices d'une « fonction subversive » comparable à celle qu'exercent, aux États-Unis, les multiples courants des *Critical legal studies*. À défaut de pareille perspective en droit européen, le droit comparé pourrait au moins contribuer à tirer nos ordres juridiques de leur sommeil dogmatique¹³.

On le voit : qu'elle soit hégémoniste-assimilante ou critique-différenciante (une partition qu'on retrouve, trait pour trait, dans le champ de la traduction), la comparaison portait sur un objet qui demeurerait externe, comme si les ordres juridiques restaient étanches les uns à l'égard des autres.

C'est cette situation qui se modifiera radicalement aujourd'hui : les ordres juridiques entrent en mouvement, communiquent entre eux, se copient mutuellement, s'échangent des solutions, s'hybrident de mille et une manières (sans ignorer pour autant les phénomènes de dominance qui ne manquent pas de biaiser pareils échanges). De sorte que le droit comparé a cessé d'être la science des rapports platoniques entre systèmes juridiques

13. H. MUIR WATT, « La fonction subversive du droit comparé », in *Revue internationale de droit comparé*, 3-2000, p. 503 et s. ; dans le même sens, cf. G. MONATERI, « Critique et différence : le droit comparé en Italie », in *Revue internationale de droit comparé*, 4-1999, p. 989 et s.

s'observant de l'extérieur, et qu'il devient, selon l'expression de H.P. Glenn, l'étude d'un « droit intégré »¹⁴. Un droit qui introduit jusqu'au cœur des dispositifs juridiques internes de la matière composite, des concepts hybrides (certains diront « bâtards »), des solutions d'importation plus ou moins contrôlée. À l'initiative le plus souvent de la pratique, véritable « moteur » de cette intégration, non contraignante mais bien réelle, des solutions transfrontières s'élaborent (contrats-types, modèles standards de gouvernance, montages financiers...), qui circulent d'autant plus aisément que la mobilité professionnelle des juristes s'accroît et que l'information se stocke et se communique universellement sur le réseau internet. L'« intégration » affecte bientôt toutes les activités juridiques : la production législative au carrefour d'influences diverses, le dialogue qu'entament les juges par delà les frontières, l'enseignement lui aussi transnational (grâce notamment aux programmes d'échanges Erasmus) qui conduit à intégrer le comparatisme dans chacune des branches juridiques plutôt que de le cantonner dans une option marginale et spécialisée.

À ces manifestations de « droit mondialisé » (cf. infra) s'ajoute, dans l'espace régional européen, l'impact décisif du droit communautaire, dont c'est trop peu dire qu'il est pétri de comparatisme juridique¹⁵. De la Cour de justice de l'Union européenne, dont on sait le rôle qu'elle joue dans la construction du droit européen, le juge Lenaerts a pu écrire qu'elle était un

14. H.P. GLENN, « Vers un droit comparé intégré », in *Revue internationale de droit comparé*, 4-1999, p. 841 et s.

15. *L'utilisation de la méthode comparative en droit européen*, sous la dir. de F. van der MENSBRUGHE, Namur, Presses universitaires de Namur, 2003.

« laboratoire de droit comparé », celle-ci ayant le souci constant d'assurer la meilleure effectivité (acceptabilité, légitimité) des solutions qu'elle adopte, en les forgeant au creuset des principales traditions nationales¹⁶. Quant au processus « législatif » d'élaboration des directives et règlements, on sait combien il est informé de droit comparé (en droit de l'environnement notamment, mais aussi dans le domaine de la protection du consommateur, ou du droit de la concurrence)¹⁷, même si l'exercice reste parfois confiné au stade implicite des travaux préparatoires, ou que, dans certains cas, la comparaison joue plutôt un rôle d'alibi *ex-post* destiné à légitimer une décision communautaire déjà adoptée¹⁸.

On le voit : la comparaison-traduction a définitivement acquis droit de cité, non plus aux marges des systèmes juridiques, dans les limbes de l'entre-droit, mais au cœur même des systèmes nationaux – affectant, du fait même, la distinction canonique entre le même et l'autre. Reste évidemment à penser les méthodes de ce droit comparé qui s'est invité chez nous ; on étudiera, dans la section suivante, la délicate question de la

16. K. LENAERTS, « Le droit comparé dans le travail du juge communautaire », in *L'utilisation de la méthode comparative...*, *ibidem*, p. 118 et p. 123. L'auteur évoque un principe de « coopération loyale » (p. 126) qui conduit les juges à se « ressourcer » de façon permanente « dans les conceptions juridiques communes des États membres » de façon à dégager « the best solution in the middle line » (p. 167).

17. P. LANNOYE, « L'approche comparatiste au Parlement européen », *ibidem*, p. 27 et s.

18. F. van der MENSBRUGGHE, « Comparative Methodology as a Means of Dissipating Tension », *ibidem*, p. 41 et s.

« construction des comparables » – problème central également dans la méthodologie de la traduction.

4. *Le droit mondialisé*

Le droit mondialisé doit être distingué du droit de la mondialisation ; ce dernier relève encore de la perspective classique de l'*inter-national* dès lors qu'il procède à la mise en place de structures de gouvernance mondiale au départ des États (perspective onusienne) ; en revanche, le droit mondialisé résulte d'une perspective beaucoup plus radicale de pénétration *trans-nationale*, résultat d'une convergence plus ou moins spontanée de droits nationaux cherchant à s'aligner sur des standards et des modèles dominants ou séduisants.

On assiste alors à la diffusion étonnante, et parfois très rapide, de concepts (« service universel »), de valeurs (« transparence », « bonne gouvernance »), de modèles et de pratiques, fondés sur l'efficacité et la rationalité 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 par exemple que « 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. »¹⁹. Cette « modélisation » des instruments juridiques qui tend à sélectionner les instruments les plus performants imposés par la pratique, s'apparente à une manière

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

de « sélection naturelle »²⁰ et conduit à une spécialisation de la langue du droit en une série de langages différenciés, conférant à chaque secteur de la vie socio-économique sa régulation transnationale : en marge de la *lex mercatoria* déjà ancienne, on a vu ainsi se développer une *lex petrolae*, une *lex bursarum*, une *lex informatica*, une *lex bioethica*, etc.²¹.

Ce phénomène, qu'on a pu qualifier d'« internormativité de fait »²² (dans la mesure où il procède d'ajustements volontaires et non d'une obligation juridique) présente de multiples facettes : tantôt il procède de la contrainte économique (on songe aux nations de l'ex-bloc soviétique ou aux pays émergents sortis du sous-développement et 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 que Monateri étudie dans le cas de l'Italie)²³ – dans tous les cas, il conduit à des formes d'hybridation, dès lors que ces emprunts sont sélectifs et partiels (on adopte rarement un système juridique entier), ce qui ne manque pas de nourrir le débat sur la légitimité de ces « *legal transplants* »²⁴ : s'agit-

20. A. MARTIN-SERF, « La modélisation des instruments juridiques », in *La mondialisation du droit*, sous la dir. de E. Loquin et C. Kassedjan, Dijon, Litec, 2000, p. 180.

21. E. LOQUIN et L. RAVILLON, « La volonté des opérateurs, vecteurs d'un droit mondialisé », in *La mondialisation du droit*, *ibidem*, p. 123.

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

23. G. MONATERI, *loc. cit.*, p. 97.

24. Sur cette question, cf. A. WATSON, *Legal transplants*, Edimbourg, 1974, et les critiques de R. SACCO, *La comparaison juridique au*

il en définitive de langage unique, de traduction respectueuse des différences ou plutôt d'un *sabir* hétéroclite, du *pidgin* mal maîtrisé d'une mondialisation hâtive ?

Pour tenter d'insuffler un peu d'ordre dans ce foisonnement normatif, Mireille Delmas-Marty a introduit, depuis quelques années déjà, 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 fondamentaux²⁵. On assisterait alors à l'action conjointe, 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 une perspective libérale ; la seconde, qui parle le langage des droits de l'homme et tend à universaliser le principe d'irréductible dignité de l'être humain, au nom de laquelle il est légitime que les collectivités s'organisent pour préserver leurs droits, parfois à l'encontre des exigences de la libre concurrence. Pour opposées qu'elles puissent parfois être dans leurs visées idéologiques, ces deux formes de droit mondialisé n'en présentent pas moins d'étonnantes similitudes formelles quant à l'action « subversive » exercée sur la cohérence des systèmes juridiques nationaux. Dans les deux cas, il y va d'un langage de principes, largement affranchi de sources juridiques étatiques, tel un nouveau droit naturel s'insinuant dans le tissu des ordres internes et en modifiant profondément l'économie.

service de la connaissance du droit, Paris, Economica, 1991, p. 115 et s. et W. EWALD, « Comparative Jurisprudence : the Logic of legal Transplants », in *Am. Journ. Comp. Law*, 1995, p. 489 et s.

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

Que l'on songe, par exemple, à l'irrésistible pénétration du langage des droits de l'homme dans l'ensemble des branches du droit, débordant de leur branche constitutionnelle d'origine, pour prendre aujourd'hui la forme d'un étalon transnational de légitimité de l'ensemble des dispositifs juridiques.

L'enjeu de la partie planétaire qui se joue aujourd'hui consiste dans l'équilibration de ces deux forces de la mondialisation. Sera-t-il possible d'harmoniser leurs puissances respectives et d'assurer quelque chose comme une traduction d'un langage dans l'autre ? C'est l'exercice périlleux, et souvent décevant encore, auquel se livre par exemple l'O.R.D., organe juridictionnel de règlement des différends au sein de l'O.M.C., lorsqu'il est saisi de questions relatives à la protection de l'environnement, par exemple, alors que sa logique dominante est évidemment la promotion de la libre concurrence. Même exercice, avec plus de bonheur cependant, lorsque les droits fondamentaux sont aujourd'hui invoqués devant la Cour de justice de l'Union européenne, cette dernière n'étant pas encore partie à la Convention européenne des droits de l'homme, mais la Cour ayant néanmoins décidé de reconnaître les principaux de ces droits fondamentaux au titre de « principes généraux du droit communautaire ».

Reconnaissons cependant que la méthode universaliste – celle qui vise à universaliser les droits de l'homme par le biais de grands accords planétaires – marque souvent encore le pas, faute d'une juridictionnalisation de ces droits fondamentaux à l'échelle mondiale et en raison aussi de la politique « impériale » menée par les États-Unis, désormais seule super-puissance mondiale.

Avec « l'américanisation du droit »²⁶, on assisterait à une stratégie alternative de type proprement babélien : l'imposition d'une langue et d'un modèle juridique unique à la mesure du pouvoir qui est capable de dicter partout sa loi. Force est de constater qu'à défaut de ratifier les grands accords universels (Protocole de Kyoto, Convention de Rome sur la Cour pénale internationale...), ou en les ratifiant avec retard et moult réserves (ainsi les Pactes O.N.U. sur les droits civils et politiques), les États-Unis s'y entendent à merveille pour universaliser leur propre droit. Dans bien des domaines, en effet (lutte contre la corruption, le blanchiment et le trafic de drogue, lutte contre le terrorisme à partir du *Patriot Act* de 2001, règles comptables des sociétés cotées sur les marchés américains, régulation d'internet...), les États-Unis ont presque réussi à imposer leur modèle au monde entier, tout comme, lorsqu'il s'est agi de juger Sadam Hussein, la voie d'une américanisation du tribunal a-t-elle été préférée à la constitution d'une juridiction supranationale. Conclusion, tirée par M. Delmas-Marty : « cette attitude, accompagnée d'une tendance à favoriser les acteurs privés, favorise la promotion du marché comme seul modèle d'application universelle, alors que la plupart des véritables dispositifs à signification universelle (droits de l'homme, crimes contre l'humanité, bien communs) relèvent encore très largement du bon vouloir des États »²⁷.

Face à cette ambition babélienne, l'universalisme des droits de l'homme saura-t-il faire entendre sa voix : une voix plurielle

26. *L'américanisation du droit*, *Archives de philosophie du droit*, t. 45, 2001.

27. M. DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit. I. Le relatif et l'universel*, Paris, Seuil, 2004, p. 404.

qui, sachant ménager les différences, grâce notamment à la technique de la « marge nationale d'appréciation », s'apparente à la démarche traductrice ? C'est ce que nous examinerons dans la section suivante. Relevons cependant encore ici que le « dialogue des juges » dont il est beaucoup question aujourd'hui – ce forum judiciaire informel par-delà les frontières et les ordres de juridiction – présente lui aussi, aux yeux de J. Allard et A. Garapon, la même tension « marché/droits fondamentaux » que nous venons d'évoquer. Aussi bien ces auteurs usent-ils de façon très opportune du terme « commerce des juges » pour dire l'ambivalence de ce dialogue qu'on peut interpréter tantôt comme une forme de diplomatie plus ou moins conquérante visant à imposer en douceur un modèle juridique donné (*Common law* contre droit romano-germanique, procédure accusatoire contre procédure inquisitoire, etc.), tantôt au contraire comme la construction d'un argumentaire juridique supranational dans le cadre d'un espace public mondialisé qui concrétiserait désormais l'« auditoire universel » dont parlait Ch. Perelman²⁸. Entre collaboration et compétition, « bénévolence des juges »²⁹ ou poursuite de la guerre (économique, politique) par le moyen judiciaire, dialogue coopératif ou langage de la force, les juges aussi sont mobilisés dans le grand jeu babélien du droit mondialisé³⁰.

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

29. G. CANIVET, « Les influences croisées entre juridictions nationales et internationales. Éloge de la bénévolence des juges », in *Revue des sciences criminelles*, 2005-4.

30. B. MARKESINIS & J. FEDTKE, « The judge as comparatist », in *Tulane Law Review*, 2005-01, p. 1-11.

5. *Le droit au quotidien*

Le bref survol des domaines réservés au droit international, public et privé, au droit comparé et au droit « mondialisé » devrait déjà, du moins nous l'espérons, avoir convaincu le lecteur de la pertinence et de l'importance de la problématique de la traduction pour comprendre le droit d'aujourd'hui. Au point même que la notion de « domaine réservé » à ces branches, qui se distingueraient du « droit au quotidien », perd elle-même l'essentiel de sa légitimité. C'est précisément la pénétration de l'externe dans l'interne ou de l'autre dans le même que nous nous sommes efforcés de suggérer. Il n'en reste pas moins – et ceci justifie le présent développement – que s'il était encore possible d'isoler radicalement un ordre juridique du commerce mondial, de l'étudier donc dans la « pureté » de sa tradition, la cohérence de son ordonnancement interne et l'unicité de sa langue, il n'en serait pas moins encore question, et de façon décisive, de logique traductrice.

De traduction, il est déjà question chaque fois que le juriste met une norme, une institution, une procédure en perspective historique, rapprochant ainsi, parfois au-delà de l'obstacle linguistique inhérent à la distance temporelle, deux périodes historiques – cette profondeur diachronique (qu'un civiliste comme De Page pratiquait systématiquement) étant souvent de nature à éclairer la nature et la fonction de l'institution en question.

Traduction aussi lorsqu'une même situation (le concubinage, par exemple) est successivement envisagée sous l'angle des différentes branches dont elle relève : droit civil,

droit social, droit fiscal... Ce qui a pu conduire X. Thunis à écrire que « au sens large, tout juriste est comparatiste sans le savoir »³¹ : qu'il s'agisse des besoins de l'enseignement (quoi de plus pédagogique qu'une comparaison ?), de la pratique (les obligations du mandataire ne sont pas celles du gérant d'affaires, celles du locataire diffèrent de celles de l'usufruitier...), ou du commentaire de jurisprudence (on sait les délices de la mise en lumière des divergences de jurisprudence entre telle ou telle chambre d'une haute juridiction), la comparaison est inhérente au métier de juriste, et donc la traduction entre des sphères de sens à la fois proches et lointaines.

Traduction encore lorsqu'il s'agit de « traduire » le langage technique de l'expert mandaté par le tribunal, ou lorsque le conseiller juridique transpose en convention juridique les arrangements souhaités par ses clients, ou que le rédacteur d'une loi traduit dans une forme juridique acceptable la volonté politique de tel parti ou de tel gouvernement.

Traduction surtout lorsque le fait et le droit sont rapprochés – nous sommes ici au cœur même de la démarche juridique – au terme de la double opération de qualification du fait et d'application-interprétation de la loi. Loin d'être réservée aux seuls spécialistes du droit international privé, la qualification ou orientation de la situation litigieuse en direction de telle ou telle institution juridique (et, de façon plus précise, le choix du « concept qualificateur » inscrit dans l'« hypothèse » de telle ou telle norme) est l'opération la plus quotidienne des juristes – il n'est que de se référer au « contrôle de la qualification » exercé

31. X. THUNIS, « L'empire de la comparaison », in *L'utilisation de la méthode comparatiste en droit européen*, op. cit., p. 11.

par la Cour de cassation pour s'en convaincre. Mais si le complexe des faits demande à être aménagé en vue de la règle, la règle à son tour doit être remodelée en vue de son application satisfaisante aux particularités du dossier. Qui soutiendrait encore que cette démarche s'apparente à un simple syllogisme, comme s'il suffisait de déduire la solution de la catégorie légale posée a priori et *ne varietur* ? Ici encore, il sera question de pesée, de négociation, d'ajustement par essais et erreurs, exactement comme dans le travail du traducteur : ce sont deux mondes, à la fois proches et distants, étrangers et pourtant familiers, qu'il s'agit de rapprocher et de faire dialoguer. Dans cette opération, le juge « traduit » le discours de l'auteur (parfois distant de plusieurs siècles, comme pour le Code Napoléon) en celui du lecteur contemporain ; il traduit la lettre du texte dans le langage de l'esprit qu'il convient de lui prêter au regard de la légitimité et de l'efficacité qu'on est en droit d'attendre d'un texte juridique, il rapproche la partie (telle clause contractuelle, tel article de loi) de l'ensemble (le système juridique envisagé comme un tout).

Le juge constitutionnel italien, G. Zagrebelsky, a raison de le souligner : le juge doit servir deux maîtres (exactement comme le traducteur) : il recherche la norme qui soit adaptée aussi bien au cas d'espèce qu'à l'ordre juridique. Ce faisant, il « n'est au service ni de l'un ni de l'autre, mais bien de l'un *et* de l'autre »³².

On soutiendra peut-être qu'aujourd'hui la méthode classique d'interprétation des textes est un recul, le juge étant souvent conduit, en raison de la complexité et de la nouveauté des questions, à travailler sans filet ou presque, à l'aide d'une simple

32. G. ZAGREBELSKY, *Le droit en douceur*, trad. par M. Leroy, Paris, Economica, 2000, p. 131.

batterie de principes très généraux, ce qui l'oblige à se livrer à une « balance des intérêts » qui le confronte plus directement au poids des forces et intérêts en conflit – songeons par exemple à la délicate question de l'acceptabilité du bruit des avions aux environs des aéroports. Mais ces forces, ces intérêts, ces valeurs en conflit, il s'agira précisément de les peser, c'est-à-dire de les ramener à une « commune mesure » en dépit souvent de leur hétérogénéité. Malgré leur incommensurabilité apparente (on songe au juge américain à la Cour suprême, Scalia, qui brocardait cette méthode en disant qu'elle consistait à se demander si « telle pierre est plus lourde que telle ligne est longue »³³), le juge va devoir s'atteler à la « construction de comparables » : traduire un préjudice moral en compensation financière, traduire le langage de la santé, ou de la sécurité, ou de la qualité de vie dans celui de l'emploi, de la prospérité économique, des impératifs nationaux – et réciproquement, avec le même sentiment d'approximation et parfois d'échec que ressent tout traducteur une fois sa tâche accomplie.

6. Une question d'éthique également

Th. Kuhn, l'auteur de la théorie des paradigmes, a eu le mérite de souligner qu'un paradigme n'était pas seulement porteur d'une hypothèse et d'une méthode (reposant sur une vision du monde et traduites dans des « exemples bien choisis »), mais qu'il s'accompagnait également d'un ensemble de valeurs³⁴.

33. Opinion discordante du juge Scalia, in *Bendix Autolite v. Miswesco Enters*, 486U.S.888,897 (1988).

34. Th. KUHN, *La structure des révolutions scientifiques*, Paris,

Cela s'applique particulièrement bien à la question du paradigme traductif qui nous occupe, et qui, sans doute plus explicitement que ce n'est le cas pour d'autres opérations intellectuelles, se révèle porteur d'une exigence éthique. C'est que la traduction s'accompagne d'emblée de la reconnaissance de la différence de l'autre et du souhait d'entamer avec lui une interaction sur la base de l'aveu réciproque des limites de son propre langage : en elle s'expérimente ce que A. Berman appelait joliment « l'épreuve de l'étranger »³⁵.

Envisagé sous cet angle, le rapprochement du fait et du droit s'analyse aussi et surtout comme l'entrée en contact (souvent traumatisante, au moins dans ses prémisses) du discours du justiciable avec celui de l'homme de lois. On ne se limite pas ici, bien entendu, à envisager le traducteur auquel tout prévenu qui ne partage pas la langue du tribunal a droit ; de façon générale, c'est tout justiciable qui requiert le truchement d'un avocat, conseil juridique, ou toute autre personne initiée au langage du droit, aux fins de réaliser la mise en rapport de deux univers langagiers (qui sont aussi des « formes de vie », comme le rappelle Wittgenstein) a priori fort éloignés l'un de l'autre.

L'exigence d' « accessibilité » au tribunal (art. 6 de la Convention européenne des droits de l'homme) prend ici une profondeur éthique qui passe par le médium langagier : il s'agit, pour rendre la justice, d'entendre préalablement les parties sans réduire le contenu de leur discours à ce qui est a priori « encodable », assimilable par l'hypothèse légale. Au-

Flammarion, 1972, p. 216 et s.

35. A. BERMAN, *L'épreuve de l'étranger*, Paris, Gallimard (Tel), 1984.

delà de la traditionnelle mise en cause du « jargon » juridique, c'est une exigence éthique d'humanité qui se fait entendre ici : faire droit à la parole du justiciable, dans sa spécificité et parfois son étrangeté, avant de faire justice. L'enjeu est une question de reconnaissance, d'écoute, d'égalité de principe entre les parties et, de façon générale, tous les sujets de droit, ou encore de dialogue coopératif.

Comme le souligne James Boyd White, du juge il est demandé cette qualité rare de savoir successivement se mettre à la place de chacune des parties, ce qui implique à la fois la reconnaissance de la pertinence et de la légitimité des discours confrontés, en même temps que la perception de leurs limites respectives – en ce compris la pertinence et les limites du langage juridique³⁶. À cette condition seulement, le jugement sera audible par les parties ; dans les meilleurs des cas, il ne se sera pas contenté de « départager » les plaignants en attribuant à chacun sa part (pour cela, il suffit du glaive), mais il aura amené les protagonistes à une amorce de reconnaissance réciproque, préalable indispensable à ce que chacun d'entre eux « reprenne part » au lien social compromis³⁷.

Sur le terrain éthique également, le droit se révèle un laboratoire privilégié du paradigme traductif.

36. J.B. WHITE, *Justice as translation*, Chicago and London, The University of Chicago Press, 1990, p. 262.

37. Sur cette double finalité du jugement, cf. P. RICOEUR, « L'acte de juger », in *Le Juste* 1, Paris, Éd. Esprit, p. 185 s.

Section 2. Où l'on revisite quelques problèmes méthodologiques essentiels à la lumière du paradigme de la traduction

Les développements précédents ont permis, au terme d'un rapide balisage du champ juridique, de prendre la mesure de nombreuses et importantes applications du paradigme de la traduction dans le champ du droit. Mais alors, demandera-t-on, de quelle utilité peut être cette approche en termes de traduction ? C'est ce qu'on se propose d'étudier dans cette seconde section, sans jamais perdre de vue cependant qu'il ne s'agira que de simples coups de sonde.

Au-delà de la métaphore commode (mais dont la fréquence devrait déjà retenir l'attention), quel bénéfice peut-on tirer, et pour la théorie du droit et pour la théorie de la traduction, de pareil rapprochement ? Avant de passer en revue les divers domaines évoqués dans la première section et d'approfondir quelques-uns des problèmes méthodologiques qui s'y manifestent, on se propose de récapituler brièvement quelques acquis essentiels de la problématique de la traduction en général.

1. *Quelques acquis de la théorie de la traduction*

Le premier point consistera à rappeler que la traduction ne se limite pas au transfert d'un message verbal d'une langue dans une autre (traduction au sens strict) ; elle s'entend aussi, dans un sens élargi, de l'interprétation de tout ensemble signifiant à l'intérieur d'une même communauté linguistique. C'est que la différence passe au sein de chacune des langues naturelles

et pas seulement à leurs frontières : la différence, et donc aussi l'étrangeté, l'opacité, la non-coïncidence avec soi-même – l'effet post-babélien de dispersion et de confusion. Comment pourrait-il en être autrement, dès lors que n'existe nulle part un lexique qui coïnciderait, terme à terme, sans perte ni excès et dans une parfaite transparence, avec les choses que viserait cette nomenclature de mots ? Plutôt que de dictionnaires univoques, nous disposons d'encyclopédies qui sont la somme des usages, des conventions, des traditions relatifs à ces mots et qui disent nos tentatives plus ou moins réussies de viser ces choses. Mais cette faiblesse des langues naturelles est aussi leur force : leur plasticité sémantique et leurs usages flottants révèlent d'étonnantes possibilités de signifiante qui permettent précisément les ajustements traductifs et la créativité langagière. Parce qu'elles sont à la fois moins et plus qu'un lexique, ces langues sont condamnées à une (re)traduction permanente et susceptibles de virtualités signifiantes infinies.

Le second acquis central de la théorie de la traduction consiste dans l'identification de ses deux points limites qui sont comme ses Charybde et Scylla. D'un côté, l'affirmation hâtive et souvent arrogante de l'omni-traduisibilité : la traduction se ramènerait au simple décodage mécanique d'un message plus ou moins crypté dont il suffirait de maîtriser le code pour arriver à bout de ses difficultés. De l'autre côté, le déni de traduction, ancré dans la conviction que les structures profondes des langues et des cultures étant incommensurables entre elles, aucune transposition n'est en réalité possible. Dans le premier cas, on croit pouvoir atteindre un fond commun à toutes les langues, qui rendrait leur inter-traduction possible, et l'on s'efforce de dégager, sous le foisonnement apparent des langues, ces

structures cachées qui renverraient soit à une langue matricielle originaire dont la trace s'est perdue dans la nuit des temps, soit à une langue absolument rationnelle qui resterait à construire, mais dont nous sommes déjà en mesure de pressentir les lignes de force. Mis au service d'ambitions politico-culturelles, ces postulats nourrissent, comme on s'en doute, le danger d'une politique, hégémonique et asservissante, de la traduction du genre de celle que la Rome impériale pratiqua à l'égard de l'héritage grec qu'elle s'appropriait. Dans l'autre cas, le postulat d'intraduisibilité – en dépit de l'existence massive et ancienne de traductions qui ne sont pas toutes de « belles infidèles » – s'il peut s'autoriser d'un certain degré d'« incommensurabilité » des langues naturelles, pourrait également nourrir des attitudes politico-culturelles regrettables inspirées par la peur ou le rejet de l'autre, le refus de toute espèce de métissage, et le repli frileux sur son propre idiolecte. Entre ces deux extrêmes, l'histoire et la théorie de la traduction n'ont cessé d'osciller depuis l'origine, tantôt succombant à ses pièges, tantôt réussissant à dégager la troisième voie qui fait de la traduction un exercice aussi nécessaire qu'approximatif, et donc toujours recommencé.

La version spéculative de ce dilemme – c'est un troisième point – consiste dans le débat philosophique qui oppose les penseurs qui, à l'instar de W. Benjamin (dans la lignée du romantisme allemand du XIX^e siècle), laissent entrevoir la possibilité d'un « langage pur » qui s'articulerait dans les creux dessinés par les limites de chacune des langues prises isolément, et les autres auteurs qui engageraient le traducteur à faire son deuil de cette perspective messianique, non sans reconnaître pour autant qu'elle est susceptible d'animer, au titre d'idée

régulative, toutes les entreprises traductrices et leurs innombrables embûches.

La version méthodologique du dilemme, qui nous intéresse plus directement ici et constitue le quatrième acquis de la théorie de la traduction, consiste à souligner l'éternelle tension entre le vœu de fidélité et le soupçon de trahison qui parcourt toute cette problématique. Le traducteur, a-t-on écrit, est ce serviteur contraint de servir deux maîtres à la fois et qui ne peut manquer finalement de les trahir l'un et l'autre. Mais cet excès d'indignité (*traduttore, traditore*), tout comme cette exigence trop rigoriste (fidélité à quoi : au mot, à la lettre, à l'esprit, à la langue de départ, à la langue d'arrivée ?) procèdent d'une commune méprise : la croyance, encore toujours, de la possibilité de dire la « même chose » en d'autres mots, comme s'il existait un superlexique universel – langue supranaturelle et inaltérable – qui assurerait le change sans perte ni distorsion d'une langue dans une autre, parce qu'elle dirait la vérité des choses telles qu'en elles-mêmes. De cette croyance illusoire (qui reproduit au niveau inter-linguistique, on l'aura noté, le fantasme du pur lexique déjà dénoncé au plan intra-linguistique), il faut cependant faire son deuil de la langue parfaite et convenir qu'il n'existe pas de critère de la bonne traduction. On s'accommodera donc d'une « équivalence sans identité » (P. Ricoeur) et on se contentera, par la traduction, de dire « quasiment la même chose » (U. Eco). Une méthodologie très riche s'est développée dans cette voie, cherchant à rapprocher le lecteur (national) de l'auteur (étranger). L'étude de celle-ci révèle d'étonnantes convergences avec les analyses du travail du juge : V. Larbaud évoque la « pesée

de mots » auquel se livre le traducteur³⁸ ; U. Eco parle quant à lui de la « négociation » à laquelle s'emploie le traducteur, toujours à la recherche du compromis le plus avantageux, mais conscient néanmoins des sacrifices qu'il faut savoir concéder³⁹ ; quant à P. Ricoeur, il évoque la « construction des comparables » en vue d'établir cette « équivalence sans identité » qui est, en matière de traduction, la forme de justesse (justice ?) supérieure à laquelle on peut seule prétendre⁴⁰. Dans les meilleurs des cas, l'équilibre ainsi négocié entre l'autre et le même, l'ancien et le contemporain, la lettre et l'esprit, pourra prendre la forme – au-delà de la problématique de la plus ou moins grande « fidélité » – de ce que J. Derrida appelle une « traduction relevante »⁴¹. Une traduction non pas seulement « pertinente » ou adaptée, mais qui « relève » l'œuvre traduite, et cela au triple sens de ce qui « relève » une préparation culinaire et lui donne du goût, de ce qui élève l'œuvre traduite, la tire vers le haut et l'égale à ses virtualités les plus fortes, et enfin au sens hégélien de ce qui dépasse et conserve à la fois. Une traduction opère en effet la mise à mort du texte traduit et lui assure tout à la fois une forme de survie. Ainsi aura-t-on accompli l'essentiel de ce que W. Benjamin appelait « la tâche du traducteur » : prendre en charge, pour le faire fructifier dans sa propre langue, le germe

38. V. LARBAUD, *Sous l'invocation de Saint Jérôme*, Paris, Gallimard, 1997, p. 76.

39. U. ECO, *Dire quasi la stessa cosa*, Milan, Ed. Bompiani, 2004, p. 172.

40. P. RICOEUR, « Un "passage" : traduire l'intraduisible », in ID., *Sur la traduction*, Paris, Bayard, 2004, p. 62 et s.

41. J. DERRIDA, *Qu'est-ce qu'une traduction relevante ?*, Paris, L'Herne (carnets), 2005.

de signification qui insistait dans la langue d'origine sans être vraiment parvenu à s'y faire entendre⁴².

Que gagne-t-on à « traduire » les questions méthodologiques soulevées dans la première section (interprétation des normes multilingues, qualification, comparaison, marge d'appréciation, dialogue des juges...) dans le langage de cette théorie de la traduction, c'est ce qu'il nous faut maintenant examiner.

2. *Droit international public et droits nationaux multilingues*

On se souvient du système mis en place par l'article 33 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, dans l'hypothèse de l'interprétation des conventions multilingues : un postulat d'unicité du traité (il fait foi dans chacune des langues d'authentification), accompagné de la présomption selon laquelle ses termes sont présumés avoir le même sens dans les divers textes authentiques ; une règle formelle de préférence (le traité ou les parties conviennent que tel texte l'emportera) et, enfin, une règle matérielle de conciliation (à défaut de la règle de préférence et en cas d'échec des méthodes classiques d'interprétation). Ce dispositif, passablement complexe, est très révélateur, dans son postulat, des dogmes généralement véhiculés, dans la pensée commune, à propos du langage et de la traduction ; mais dans ces deux règles de solution des ambiguïtés persistantes, il s'avère

42. W. BENJAMIN, *La tâche du traducteur* (1923), in *Œuvres*, t. I., trad. par M. de Gandillac, R. Rochlitz et P. Rusch, Paris, Galimard (Folio), 2000, p. 244 et s.

au contraire remarquablement plus réaliste quant à la nature même du langage et des difficultés qu'il suscite.

Tout commence donc par l'affirmation, apparemment non problématique, de l'unicité de la convention dans ses différentes versions authentiques : comme un tout homogène et purement idéal, elle surplomberait la diversité de ses formulations linguistiques. Quelles que soient ses apparences textuelles, son essence demeurerait identique ; l'intention des parties ne souffrirait d'aucune modulation, quel que soit son registre d'expression. On retrouve ici la traditionnelle représentation du langage qui ne serait que le simple « vêtement » de la pensée, un outil provisoire qui s'efface devant la plénitude et l'incontestabilité du sens qu'il permet de mettre au jour. D'où aussi l'idée que la traduction consiste à dire « rigoureusement » (et pas « quasi », comme le soutient U. Eco) la même chose en d'autres mots. Ces différentes idéalizations, dont on va à l'instant montrer les limites, dans le texte même de l'article 33, s'expliquent cependant par des raisons politiques évidentes : on concevrait mal, en effet, une hiérarchie de principe entre des versions linguistiques produites par des Hautes Parties contractantes, des États, censés égaux et souverains. La fiction de l'unicité, intenable sur le plan linguistique, apparaît comme une exigence de la nature politique du texte.

Mais la technique juridique, qui produit cette fiction, doit également savoir composer avec la réalité linguistique. Déjà se marque un infléchissement, au paragraphe 3, qui se contente d'une « présomption » (« présumés avoir le même sens dans les divers textes ») : le « postulat » du paragraphe 1 s'assouplit ici en simple « présomption ». Ensuite vient l'aveu, somme toute lucide, des inévitables disparités de sens (et pas seulement de

texte, dès lors qu'il est impossible de les dissocier) suscitées par les différentes versions, dès lors que deux règles de collision sont également proposées.

La règle formelle (« en cas de divergence, un texte déterminé l'emportera ») s'avère sans doute la plus commode à mettre en œuvre, dès lors que, mécaniquement, préférence est donnée à une version, mais il faut bien reconnaître que, dans son principe, elle continue à véhiculer l'idée d'un « sens unique » censé refléter la « vraie » volonté des auteurs du texte. Référence était ainsi souvent faite, selon de vénérables traditions diplomatiques, à la langue française, censée jouer le rôle de langue tierce, « *tertium comparationis* », étalon de toutes les traductions et garante de la plénitude du sens.

La règle substantielle de conciliation apparaît quant à elle la plus respectueuse des spécificités du langage (des langages) dès lors qu'elle n'accorde de priorité de principe à aucune version, les rend toutes justiciables du travail classique d'interprétation, et finalement les soumet à un exercice ultime de conciliation. Une conciliation au regard de « l'objet et du but » du traité, sans pour autant se référer ici à quelque essence téléologique incontestable, dès lors que le texte se contente, très lucidement, du sens qui concilie « le mieux » les textes divergents. Il n'est donc plus question ici de sens clair, ou de sens unique, mais plutôt du « clair-obscur » du sens tel qu'il se fraye un chemin (parfois tortueux) à travers le langage – à moins que ce ne soit le langage qui n'offre jamais que des chemins de traverse à un sens qui n'existe pas ailleurs que dans ce cheminement même. On rappellera, du reste, que certaines des ambiguïtés rencontrées étaient délibérées – ce qui atteste du fait, souligné

par G. Steiner⁴³, que le langage n'a certainement pas pour unique fonction de communiquer des informations (vraies) ; le secret, le mensonge, la duplicité (mais aussi l'humour, la fiction, la poésie) relèvent également de ses performances et complexifient d'autant ses tours et détours. Une convention internationale peut s'analyser sous cet angle comme une trêve, un accord provisoire, un sens suspendu, le véritable règlement (ou le complément de règlement) étant différé jusqu'au moment où, dans tel ou tel contexte concret, se reposera inévitablement la question de son sens précis et que les négociateurs seront contraints de reprendre leur conversation⁴⁴...

On rappellera aussi, en se souvenant que notre condition babélienne est bien plutôt une bénédiction qu'une fatalité, que la multiplicité des versions d'un même traité peut dans certains cas faciliter son interprétation : soit qu'une véritable erreur se soit glissée dans l'une de ses traductions, soit que la confrontation des textes enrichisse l'intelligence qu'on peut en prendre⁴⁵.

De l'expérience des États multilingues déjà évoquée, nous ne reprendrons ici que la situation canadienne analysée par D. Jutras dans les termes du « bijuridisme dialogique », sur le modèle de la pédagogie prévalente à la faculté de droit de MacGill⁴⁶. Si cette situation devait se généraliser, nous serions en présence d'un scénario vraiment original qui ne se ramène ni à la domination-absorption d'une langue par une autre, ni à

43. G. STEINER, *Après Babel. Une poétique du dire et de la traduction*, trad. par L. Lotringer, Paris, Albin Michel, 1978, p. 210.

44. En ce sens, J.B. WHITE, *Justice as translation*, *op. cit.*, p. 245.

45. A. PAPAUX, *L'article 33...*, *op. cit.*, p.

46. D. JUTRAS, « Énoncer l'indicible... », *op. cit.*

la simple juxtaposition de deux langues reproduites en miroir par le truchement d'une traduction en quelque sorte statique ou passive (laissant les deux corpus en l'état), ni à l'émergence d'un *pidgin* juridique à partir d'emprunts non contrôlés. Il y va plutôt d'une situation de réelle mixité, ou de double appartenance, où chacun se révèle double, à la fois l'un et l'autre – soi-même comme un autre... Ainsi en va-t-il, par exemple, de ces personnes réellement bilingues, menant un dialogue indifféremment dans l'une ou l'autre langue, changeant d'idiome au gré de la conversation, conscientes que certaines choses se disent mieux dans l'autre langue (ou ne se disent que dans cette autre), et cherchant toujours à exprimer, grâce et au-delà même de ces deux langues, ce qui résiste au dire en toutes les langues mais insiste pourtant à leurs frontières.

Même chose avec le bijuridisme (les traditions de *Common law* et du droit civil) : il ne s'agit point tant, dans cette mixité dialogique, de dire la même chose en deux langues (juxtaposées et statiques) que de dire une chose nouvelle à travers les ressources offertes par l'une et l'autre traditions. Comme si chaque norme, redevable de son ordre d'origine, ne rendait qu'imparfaitement le « droit implicite » qu'elle visait, et comme s'il fallait combiner les traditions, greffer l'une sur l'autre, pour s'approcher de celui-ci. Des propriétés émergentes naissent de ce greffon, des néologismes (néonormismes ?) résultent de cette traduction dialectique (traduction en acte, traduction interpellante), de sorte que Jutras peut conclure sur cette pensée inspirée de M. Polanyi : « le bijuridisme, comme le bilinguisme, souligne

que le savoir du juriste dépasse ce qu'il est capable de dire ou d'exprimer »⁴⁷.

3. *Droit international privé*

Nous en étions restés, sur ce chapitre, à la question de savoir quelle grammaire établir pour rendre compte de la pratique du conflit des lois. On se souvient du paradoxe, générateur de perplexités et de tensions, qui caractérise cette science du conflit des lois et la qualification (préalable indispensable au rattachement de la situation litigieuse à telle ou telle législation nationale) qui est en son centre. D'un côté, en dépit du caractère multilatéral, par hypothèse, de la situation litigieuse, on ne peut faire autrement que de partir de la *lex fori* et de ses propres catégorisations. Exactement comme un traducteur n'aborde pas le texte à traduire à partir de la langue de Sirius, mais depuis tel ou tel idiome national qui lui sert de point d'appui et de référence. On aurait pu songer, explique H. Batiffol, à un système international de qualifications – à la manière d'une sorte d'espéranto – mais il s'agirait là « d'un exemple de règles abstraites [et selon lui, non viables] qui ne s'inspireraient d'aucune conception humaine déterminée »⁴⁸. Néanmoins, et voici la seconde branche du paradoxe – l'exercice de qualification, même

47. *Ibidem*, p. 795 (M. POLANYI, *The tacit dimension*, New York, Doubleday, 1966).

48. H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, *op. cit.*, p. 40 ; dans le même sens, F. RIGAUX, *La loi des juges*, *op. cit.*, p. 176 : « Il n'existe pas de modèle universel de cohérence. Force est de choisir un point d'ancrage, un lieu privilégié à partir duquel se déroulera, avec plus ou moins de bonheur, une ligne de cohérence ».

mené à partir d'une multitude d'ancrages différents, reflète la commune acceptation de ce que F. Rigaux appelait un « postulat de communicabilité des systèmes juridiques » (supra).

Cette tension entre l'universel et le particulier « évoque le processus d'une véritable traduction », explique encore H. Batiffol : « de même que le traducteur doit souvent peiner pour trouver les termes de sa propre langue qui rendent des objets de pensée formés dans une langue étrangère selon d'autres lignes, de même le juge ne trouvera pas toujours facilement le concept juridique de son système national qui lui représentera la structure de la loi étrangère ; il ne peut cependant s'en passer »⁴⁹. Sans doute, le risque de trahison-déformation est-il ici redoublé dès lors qu'à la difficulté classique du passage entre le type légal (le concept abstrait contenu dans l'hypothèse de la loi) et l'occurrence (la situation de fait en conflit) s'ajoute la circonstance que le type appartient à un système juridique, tandis que l'occurrence relève souvent d'un autre. Mais la difficulté peut être largement atténuée dès lors qu'on quitte le domaine des abstractions conceptuelles pour celui des réalités fonctionnelles. Le postulat de « communicabilité » repose en effet sur l'intuition que, à des problèmes très voisins, les langues et les systèmes juridiques ont donné des réponses différentes, de sorte que des « équivalents fonctionnels » devraient permettre, dans la plupart des cas, de se sortir de l'embarras. Bien entendu, une telle approche fonctionnelle et téléologique entraîne un certain aménagement des catégories nationales en vue de l'ajustement

49. *Ibidem*, p. 33.

mutuel des systèmes⁵⁰ – de sorte que la « traduction » opérée n'aura finalement laissé aucun des deux systèmes en l'état.

Imaginons qu'un juge français ou belge ait à connaître des effets d'un mariage polygamique régulièrement constitué à l'étranger. Jusqu'à un certain point, il s'accommodera de l'analogie fonctionnelle entre mariage polygamique et mariage monogame « classique » (donner un statut durable à l'union sexuelle des êtres humains). Ainsi, il accédera à la demande de la seconde épouse d'un marocain décédé de disposer de sa part sur l'immeuble qu'il a laissé en France. Sans doute ce mariage marocain ne répond-il pas à la définition lexicale du dictionnaire (union d'un homme et d'une femme) mais, d'un point de vue pratique, il présente suffisamment de ressemblances avec ce cas-type pour que l'analogie puisse fonctionner. En revanche, certaines autres prétentions éventuelles de la même personne, en matière fiscale, de regroupement familial, ou d'obligation de cohabitation risquent fort de se heurter à des difficultés, voire à un rejet. Ici atteint-on les limites de la zone de souplesse fonctionnelle inhérente à la notion de mariage. Imaginerait-on maintenant le cas d'un « mariage » célébré entre personnes du même sexe, on devine que, dans la majorité des pays du monde, la reconnaissance de ses effets se heurterait encore à une dénégation pure et simple ; ici on cesse tout simplement de reconnaître l'identité de figure sous une appellation pourtant identique.

Se dégage ainsi la gradualité des catégories juridiques, si du moins on accepte de les envisager sous un angle fonctionnel plutôt qu'au regard de leur définition lexicale (dans le même sens,

50. *Ibidem*, p. 43.

on se souvient de l'injonction d'avoir à « concilier » les différentes versions du traité « selon son objet et son but »). Nous apprenons qu'une situation peut relever de l'institution « mariage » selon une mesure variable. Comment construire cette mesure ? Comment apprécier la pertinence d'une comparaison, la justesse d'une qualification, l'acceptabilité d'une traduction ? Quelle est la mesure des sacrifices acceptables par la construction des comparables, et à partir de quel moment se heurte-t-on à la barrière de l'intraduisible ou de l'incommensurable (si on peut, en première approximation, assimiler, par exemple, la répudiation à un divorce, le fait que, dans la tradition musulmane, la répudiation est réservée au seul mari rend soudain l'analogie totalement caduque) ?

Pour répondre à ces questions, susceptibles d'éclairer à la fois la théorie de la qualification et celle de la traduction, nous nous proposons de faire écho à l'importante étude que le philosophe du droit suisse, Alain Papaux, consacre à la méthode de l'abduction⁵¹. L'abduction est cette forme de raisonnement analogique qui s'impose lorsqu'il s'agit de passer du connu à l'inconnu. Ce *trust* anglo-américain qui, en premier examen, ne « ressemble à rien de connu », à quoi le rattacher néanmoins ? U. Eco livre une définition éclairante de l'abduction, comme étant le fait d' « emprunter une loi ailleurs » lorsque nous sommes confrontés au non-familier. Exactement ce dont il

51. A. PAPAUX, *Essai philosophique sur la qualification juridique : de la subsumption à l'abduction. L'exemple du droit international privé*, Bruxelles, Bruylant, 2003 ; ID., « La catégorisation dynamique en droit : prélude à un ius commune européen ? », in *Revue de droit suisse*, 4-2003, p. 505 et s.

s'agit en matière de qualification d'une institution étrangère, de traduction d'un idiome différent ou de comparaison avec tel objet non identifié – chaque fois qu'il nous faut lâcher le bord de la piscine et affronter « l'épreuve de l'étranger » : « Si j'ai un résultat curieux dans un champ de phénomènes non encore étudié, je ne peux chercher une loi de ce champ (si elle existait et si je la connaissais, le phénomène ne serait pas curieux). Je dois aller "enlever" ou "emprunter" (*abduct*, en anglais) une loi *ailleurs*. Si vous voulez, je dois raisonner par analogie »⁵².

On peut, pour faire saisir toutes les virtualités de cette pensée analogique, dresser un tableau comparatif des propriétés qui opposent la déduction, d'un côté, l'abduction, de l'autre. Soit la déduction ou subsomption : elle consiste à rapprocher, par dérivation linéaire, emboîtement mécanique, deux entités homogènes : le genre et l'espèce. Ici les « communes mesures » sont hors de discussion ; résultant d'habitudes cognitives bien établies, leur aspect conjectural et construit a cessé d'être perçu depuis bien longtemps. À l'opposé, l'abduction s'attache à construire la commune mesure ; il s'agit en effet de rapprocher deux entités a priori étrangères l'une à l'autre : une catégorie abstraite et un cas vécu, un type légal et une occurrence concrète, une notion de droit français et une procédure anglaise... Ici point d'habitus cognitif établi, mais au contraire la perplexité suscitée par l'étrangeté de l'objet non identifié.

Dans le cas de la subsomption-déduction, on s'attache à repérer des identités de structure permettant d'établir un constat de conformité : le cas n'est que la reproduction du modèle, l'application de la catégorie. Fondamentalement, le processus

52. U. Eco, *De Superman au Surhomme*, Paris, Grasset, 1993, p. 182.

reste tautologique : il va du même au même ; il vise et suppose l'uniformité. L'abduction, en revanche, s'attache aux équivalences de fonctions ; s'accommodant de différences évidentes, mais pointant aussi les ressemblances (de fonction), elle « juge » de l'équivalence acceptable, elle « construit » la mesure commune. S'interrogeant, par exemple, sur cette « chose » qui s'agite sur le dos du poisson, elle conjecture qu'elle relève d'une fonction motrice, et partant du connu (l'aile de l'oiseau), elle se risque dans l'inconnu, en établissant le rapport d'analogie : « ce que l'aile est à l'oiseau, X (la nageoire) l'est au poisson ».

La subsomption suit une démarche linéaire verticale, selon le modèle de l'arborescence, toute branche se rattachant au tronc central, tout rejeton dérivant du père fondateur. À l'opposé, la logique de l'abduction suit un parcours horizontal, du type rhizomique, avec des ramifications souterraines et d'imprévisibles surjets. Plutôt que de raisonner de l'espèce au genre, elle glisse du cas au type exemplaire (le proto-type ou l'arché-type). Soit l'exemple bien connu de la pancarte interdisant l'entrée des chiens sur le perron de la gare⁵³. Comment doit réagir le chef de gare en cas d'intrusion d'un ours (dressé, on l'espère) et accompagné de son dompteur ? Et que fera-t-il s'il s'agit d'un chien d'aveugle, accompagnant fidèlement son maître ? Ou bien d'un chien policier en service commandé ? Où l'on voit que la catégorie « chien » (dans le contexte de la réglementation de l'accès aux perrons des gares) est nécessairement graduelle : elle s'étend aisément aux ours, mais ne comprend pas les chiens d'aveugles et les chiens policiers ; surtout, la catégorie s'avère plutôt fonctionnelle que conceptuelle : ce qui « compte » (toujours au regard du contexte

53. A. PAPAUX, *op. cit.*, p. 10 s.

de la police ferroviaire) est moins l'intégrité de la catégorie des canidés (que viendraient y faire l'ours ou le tigre, par exemple ?) que l'exemplarité du prototype (le chien comme exemple le plus habituel d'animal pouvant causer des désagréments, voire des dangers, dans les lieux publics). Ici la catégorie « chien » résume un certain scénario de vie, fruit de l'expérience commune ; le prototype condense de façon exemplaire un savoir établi (chien = désagrément potentiel) ; de même, la directive rappelée par la pancarte doit-elle être comprise comme le raccourci d'une « politique législative » valant « dans la plupart des cas » ; un cas marginal se présenterait-il, il faudrait alors s'employer à remodeler la règle pour l'adapter à ce contexte inattendu.

La déduction s'inscrit dans le cadre de la logique du dictionnaire, qui classe le réel par genres et espèces et implique, en matière de traduction, un scrupuleux « mot à mot » (un chien ≠ un ours ; un chien = un chien d'aveugle et un chien policier). En revanche, comme y insiste encore U. Eco, l'abduction relève de la catégorie de l'« encyclopédie », qui s'attache aux usages contextuels des mots, à une histoire sédimentée dans la culture de la communauté linguistique. Un parallèle doit être dressé ici avec la notion de « précompréhension » (*Vorverständnis*) dans l'herméneutique de Gadamer : loin d'être un obstacle à la compréhension, la connaissance encyclopédique (la précompréhension partagée par telle ou telle communauté) est au contraire le terrain qui facilitera la connexion analogique et le « saut dans l'inconnu ». Tout comme, dans l'opération de qualification ou de comparaison, les catégories du for, familières au juriste national, sont le point de départ obligé de l'appréhension de la notion étrangère. Il faudra néanmoins leur conférer une portée fonctionnelle

plus que strictement conceptuelle pour éviter qu'elle ne s'interpose comme « obstacle épistémologique » sur la voie de la connaissance de l'étranger.

De là découle que la déduction se produit selon une logique binaire et absolue (oui/non) ; le contexte du jugement est sans incidence sur l'inférence opérée, dès lors que la catégorie (la prémisse majeure du raisonnement) ne contient que des traits primitifs, « simples », dégagés de tout usage particulier ou contexte spécifique : on dira, en termes kantien, que la signification produite est « analytique ». De sorte que l'espèce subsumée sous le genre ne modifie en rien ce dernier ; l'occurrence se contente d'ajouter un cas d'application à un type inaltérable et donné a priori. La logique de l'abduction, en revanche, est gradualiste et relative (non pas oui/non, mais +/- : ainsi la 2^e épouse sera +/- épouse, selon les situations et effets juridiques postulés). Si l'occurrence relève du centre de la catégorie (de sa fonction clairement établie), la construction de l'appartenance à la commune mesure ne posera pas de problème ; relèverait-elle de la périphérie ou des cas exceptionnels, le travail analogique en sera d'autant plus ardu. Ici le contexte d'application s'avère déterminant : c'est que la signification produite n'est pas simplement analytique, mais « synthétique ». C'est dire que chaque occurrence est susceptible de modifier le type auquel elle se rattache présomptivement : elle l'enrichit, l'étire, le densifie, le problématise. Des élargissements de catégories seront pratiqués⁵⁴, mais des sacrifices seront également concédés (le mariage polygame tel que reconnu en France implique que certains traits

54. B. AUDIT, *Droit international privé*, 3^e éd., Paris, Economica, 2000, p. 175.

du « mariage » français comme du « mariage » musulman soient amputés) – exactement comme une traduction entraîne des compromis marqués d’extensions et de concessions.

Ces différences entre les deux formes de jugement se traduisent également au plan de leurs temporalités respectives. La subsomption suppose un processus temporel linéaire et séquentiel : d’abord la catégorie (a priori primitive et intangible), ensuite le cas d’application. Le processus est itératif et sans changement : il peut se répéter un nombre indéfini de fois sans jamais modifier la catégorie de départ ni la marche du raisonnement. En revanche, l’abduction suppose la simultanéité des deux opérations : l’identification du prototype et la position de l’occurrence. Tout se passe comme s’ils se co-déterminaient : le type s’avère perméable aux cas qu’il contribue pourtant à qualifier ; leur définition respective s’avère poreuse et on peut identifier des formes de rétroaction du second sur le premier, tout comme il y a rétroaction de l’application sur l’interprétation dans le cercle herméneutique (Gadamer)⁵⁵ et aussi rétroaction de la traduction sur le texte original (là précisément gît le risque de « trahison », mais aussi d’« enrichissement » inhérent à la traduction). De là vient encore que la déduction-subsomption se donne comme le résultat (statique) d’une inférence, là où l’abduction envisage le jugement sous son aspect dynamique d’une opération en cours, un jugement en acte à la recherche

55. Cf. aussi P. RICOEUR : « L’application d’une règle juridique est une opération très complexe où l’interprétation des faits et celle de la norme se conditionnent mutuellement » (« Le problème de la liberté de l’interprète en herméneutique générale et en herméneutique juridique », in *Interprétation et droit*, sous la dir. de P. Amselk, Bruylant, Bruxelles, 1985, p. 178).

de ses balises (balancement que traduit le « comme » de la comparaison, qui trahit la conscience de l'écart et donne, du même mouvement, l'impulsion nécessaire pour le franchir). De là encore que la déduction ne produira jamais que du même alors que l'abduction s'avère porteuse de propriétés émergentes – au risque, bien entendu, du sujet du jugement.

On l'aura compris : l'univers de référence de la subsomption est un monde stabilisé, compliqué sans doute (au sens de la complication mécanique d'un rouage horloger, par exemple), mais univoque et linéaire. Tout l'opposé du monde de l'abduction analogique, qui est marqué par l'équivocité (le même est toujours un peu autre, l'autre n'est jamais totalement étranger) et la rétroaction (l'effet rejaillit sur la cause, le qualifié contamine le qualifiant, le texte traduit irradie à rebours sur le texte à traduire...) : son univers s'avère résolument complexe (incertain et en mouvement). Le premier monde est celui de Descartes et de la métaphysique de l'univocité : on part d'un point-origine absolu d'où l'on croit pouvoir inférer par déduction une connaissance ferme et a priori. Le monde de la complexité, en revanche, est celui d'Aristote : un monde de réalités relatives et mouvantes qu'on n'appréhende que par un jeu d'analogies, aptes à saisir à la fois les ressemblances et les dissemblances. L'aristotélisme dynamique se présente comme la recherche en acte, le passage du connu à l'inconnu par l'établissement de proportions dont il faut juger de la pertinence. Si je connais le rôle de A par rapport à B (l'aile et l'oiseau), et que j'ai une certaine idée du monde C, je pourrais tenter de qualifier D (la nageoire par rapport au monde des poissons). Si je sais définir le cheval par rapport à la langue française, et que j'ai une certaine idée de l'anglais, je pourrais tenter de proposer « *horse* » comme son équivalent fonctionnel

(même si je suis conscient de la violence faite à l'un et l'autre lexique par cette traduction qui n'est jamais de l'ordre de la pure synonymie).

L'abduction s'apparente à un pari – qu'il restera aux lecteurs à valider : un saut dans l'(à peu près) inconnu, qui jette des ponts au-dessus des différences et établit des équivalences sans jamais prétendre à l'identité. Mais les ponts, même branlants, rapprochent les tribus occupant les deux rives opposées, et ces échanges ont bientôt pour effet de modifier leurs univers respectifs de référence. L'analogie et ses fragiles proportions ne détruisent pas les différences réelles entre les entités (qualifiées, comparées, traduites), mais elles les mettent en mouvement. Et nul ne peut dire où le mouvement s'arrêtera⁵⁶.

Une meilleure appréhension du raisonnement juridique effectivement pratiqué pourrait aussi conduire à rapprocher deux tribus habituellement séparées : celle des juristes de droit civil, d'une part, celle des *common lawyers*, de l'autre. Déduction légaliste d'un côté, enseigne-t-on, *judge made law* et casuistique précédentielle de l'autre, enseignait la Vulgate. À la vérité, les deux affirmations doivent être sérieusement nuancées : la « déduction légaliste » ne produirait, on l'a vu, qu'un savoir strictement analytique et tautologique ; ses capacités heuristiques seraient faibles et son utilité pratique très relative. De même, la casuistique référée au précédent ne serait guère d'utilité si chaque cas relevait de la pure et simple singularité. Au contraire, le juge qui se réfère à un cas précédent comme faisant autorité dégage précisément

56. Sur tout ceci, on se référera avec fruit à l'ouvrage précité de A. PAPAUX (note 51). Un ouvrage aussi volumineux (532 p.) qu'inspiré, dont nous n'avons retenu ici que les principales lignes de force.

de celui-ci une « raison » de décider, un *logos* dont il construit la parenté (l'ana-logie) avec le cas en discussion. Parmi le *thesaurus* de la jurisprudence antérieure, le juge anglais sélectionne tel ou tel arrêt dont le scénario exemplaire lui paraît pouvoir éclairer la narration du dossier dont il est saisi – exactement comme son collègue continental placera le cas qui l'occupe sous la lumière de telle norme (raccourci discursif d'une politique législative, condensé d'une expérience exemplaire) dûment recalibrée pour autoriser le transfert de sens (tra-duction, méta-phore, ana-logie) de l'une à l'autre. Autour de cas d'école exemplaires (*Schulbeispiele*, *leading cases*) – comme ceux dont connaissent souvent les cours de Luxembourg et de Strasbourg – quelque chose comme un *ius commune* européen, souple et analogique, peut se construire⁵⁷. Mais ceci nous conduit au droit comparé.

4. Droit comparé

Nous concluons cette section sur un appel à une méthode de « construction des comparables ». Est-ce à dire pour autant qu'il faille emboîter le pas à l'adage populaire selon lequel « on ne compare que ce qui est comparable » ? Fausse sagesse, sans doute, qui pourrait bien relayer la pensée analytique qui ne prétend connaître que le Même : assuré de « son » objet, donné a priori comme intangible, elle ne survole le monde qu'en quête de

57. Comme l'écrit encore A. PAPAUX : « la conception fonctionnelle et analogique du droit favorise l'assomption des hétérogénéités juridiques et l'élaboration des commensurabilités, notamment en "désontologisant" les catégories » (« La catégorisation dynamique en droit, prélude à un *ius commune* européen ? », *op. cit.*, p. 527).

« doubles » (alter ego), censés par hypothèse « comparables » – et bientôt assimilés et indifférenciés, fondus et annihilés sous prétexte de comparaison⁵⁸.

Faut-il donc renoncer à comparer au motif qu'en définitive rien n'est comparable ? La question est complexe. Il faut en effet toujours s'attacher à souligner, en priorité, et à l'encontre de la pulsion comparatiste (ou plus exactement, de la pulsion assimilatrice qui la sous-tend le plus souvent – sorte de libido uniformisatrice) qu'il y a de l'intraduisible et de l'incommensurable. A. Viala a dès lors raison d'insister sur la « force » (le déterminisme même) de certains mots, lestés de toute une tradition historique, qui ont pour effet d'orienter la structuration des systèmes juridiques dans des voies différenciées et au moins partiellement incompatibles. Même correctement traduits, de tels termes abuseraient le lecteur étranger tant leurs racines et leurs réseaux de connotation pointeraient dans des directions différentes de leur homologue étranger. Et l'auteur de citer la notion d' « enquête préliminaire » qui n'a manifestement pas le même sens dans les procédures pénales anglaise et française, ou encore la fameuse constellation « *Rechtsstaat* », « *Rule of Law* » et « état de droit »⁵⁹ – cette dernière notion figurant du reste en bonne place dans le *Dictionnaire des*

58. En ce sens, M. DETIENNE, *Comparer l'incomparable*, Paris, Seuil, 2000, p. 54.

59. A. VIALA, « Désordre normatif et pluralité linguistique européenne », in *Revue du droit public*, n° 1, 2006, p. 139 s. Sur cette constellation, cf. aussi C. GREWE, « Entre la tour de Babel et l'esperanto : les problèmes des langues du droit comparé », in *Liber amicorum Jean-Claude Escarras. La communicabilité entre les systèmes juridiques*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 120 s.

*intraduisibles*⁶⁰. Il n'est pas impossible à cet égard, souligne encore A. Viala, que certaines contraintes linguistiques, une certaine pauvreté du lexique par exemple, conduisent à des rigidités notionnelles qui se répercuteront jusqu'au plan des conceptions constitutionnelles les plus fondamentales : si le vocabulaire français disposait de deux termes (« *can* » et « *may* ») en lieu et place du seul terme « pouvoir », peut-être les constitutionnalistes seraient-ils mieux disposés à moduler leur représentation du pouvoir constituant, en distinguant la « puissance » à la base du pouvoir constituant originaire (« *can* ») et l'« investiture », source du pouvoir constituant dérivé (« *may* »). À son tour, cette distinction permettrait d'envisager plus aisément l'articulation entre un pouvoir constituant national souverain (mais en un sens cette fois modulable) et un pouvoir supranational européen, en quête, lui aussi, d'une forme de souveraineté⁶¹.

On accordera donc la plus grande attention aux avertissements lancés par un P. Legrand à la communauté des comparatistes. Un Pierre Legrand qui multiplie les mises en garde empruntées aux esprits les plus pénétrants. Pirandello : « On croit se comprendre ; on ne se comprend jamais »⁶² ; Lévi-Strauss : « Le discontinu m'apparaît comme une donnée irréductible »⁶³ ; Foucault : « On éprouve une répugnance

60. *Vocabulaire européen des philosophies. Dictionnaire des intraduisibles*, sous la dir. de B. Cassin, Le Robert-Seuil, 2004 ; l'entrée « État de droit » est rédigée par Ph. RAYNAUD.

61. A. VIALA, *op. cit.*, p. 149 s.

62. L. PIRANDELLO, *Six personnages en quête d'auteur*, in *Théâtre complet*, sous la dir. de P. Renucci et trad. par M. Arnaud, t. I, Paris, Gallimard, 1977, p. 1030.

63. C. LÉVI-STRAUSS, *L'identité*, sous la dir. de ID., Paris, PUF, 1983,

singulière à penser la différence, à décrire les écarts et les dispersions, à dissocier la forme rassurante de l'identique »⁶⁴ ; M. Weber : « Une étude comparative ne devrait pas avoir pour but de trouver des analogies et des parallèles comme le font ceux qui sont absorbés par l'entreprise aujourd'hui à la mode de construction de schèmes généraux de développement. L'objectif devrait être précisément l'opposé : identifier et définir l'individualité de chaque développement »⁶⁵.

Il conviendra donc de se départir du comparatisme « touristique » ou « journalistique » qui se contente d'assimilations superficielles ; comparatisme utilitariste à la recherche « du plus petit commun dénominateur entre les droits » – un « digest » épuré de toute référence culturelle, conforme en cela aux exigences de la communication médiatique⁶⁶. Le transfert de droit ne se justifierait que s'il y avait transfert de sens, explique P. Legrand ; or celui-ci est impossible dès lors qu'il supposerait l'importation de la culture de référence tout entière⁶⁷. Et l'auteur d'évoquer cette pensée de Saint-John Perse : « Nous connaissons l'histoire de ce Conquérant Mongol ravisseur d'un oiseau sur son nid, et du nid sur son arbre, qui ramenait avec l'oiseau, et son nid et son chant, tout l'arbre natal lui-même, pris à son lieu, avec son peuple de racines, sa motte de terre et sa marge de terroir,

p. 332.

64. M. FOUCAULT, *L'archéologie du savoir*, Paris, Gallimard, 1969, p. 21.

65. M. WEBER, *The agrarian sociology of ancient civilisations*, trad. par R.I. Frank, Londres, New Left Books, 1976, p. 385.

66. P. LEGRAND, « Sur l'analyse différentielle des juriscultures », *op. cit.*, p. 1053 et p. 1063.

67. *Ibidem*, p. 1063.

tout son lambeau de 'territoire' foncier évocateur de friche, de province, de contrée et d'empire... »⁶⁸.

D'où cette conclusion forte : les traditions juridiques, qui sont les grammaires profondes du droit, sont tout simplement incommensurables entre elles. Sans doute pas incomparables, mais incommensurables : comparer reviendra alors à prendre acte de leur irrémédiable différence⁶⁹. Déjà, en 1900, à l'occasion du Congrès international de droit comparé, A. Esmein posait ce diagnostic : « On a pris l'habitude, chez nous, de traduire dans le langage du droit français et de revêtir des formes françaises les données fournies par le droit anglais. On ne saurait trop s'interdire ces *traductions* toujours infidèles. »⁷⁰

Sans doute ces avertissements sont-ils salutaires, et ils ne devraient cesser d'accompagner le comparatiste comme le traducteur, conscients, même au faite de leurs éventuelles réussites, que la traduction (comparaison) parfaite n'existe pas. Il y a cependant, chez des auteurs comme Legrand, un côté excessif qui pourrait bien les faire succomber précisément au travers qu'ils dénoncent chez leurs adversaires. Car enfin, s'il est vrai que les ressemblances et convergences sont toujours construites (et en ce sens, conventionnelles, subjectives, fragiles, voire suspectes), il en est alors exactement de même des différences qui se creusent entre les traditions comparées ou traduites. On

68. SAINT-JOHN PERSE, *Oiseaux*, in *Œuvres complètes*, Paris, Gallimard, 1989, p. 412.

69. P. LEGRAND, *op. cit.*, p. 1056.

70. A. ESMEIN, « Le droit comparé et l'enseignement du droit », in *Procès-verbaux des séances et documents* (Congrès international de droit comparé), t. I, Paris, LGDJ, 1905, p. 452.

ne peut s'empêcher de penser à cet égard que ces différences sont à ce point radicalisées chez Legrand qu'elles apparaissent réifiées, naturalisées, ontologisées – à l'opposé des convergences qui, sous sa plume, ne sauraient être que superficielles, journalistiques ou touristiques. Ainsi, lorsqu'il écrit : « Les traditions juridiques sont incommensurables : les droits romanistes, nomothétiques, et les droits de *common law*, idiographiques, enthymémiques, transductifs et antirrhétiques »⁷¹, tout se passe comme si, derrière le rideau de fumée d'une terminologie ésotérique (aveu pourtant de la construction intervenue), deux planètes absolument étrangères se croisaient dans le ciel vide du commerce juridique.

Répetons-le donc : les différences aussi sont un construit théorique. Ainsi, pour Legrand, les systèmes sont incommensurables du fait même de leur structure profonde, de la tradition dans laquelle ils s'enracinent ; seules des comparaisons superficielles peuvent donner le change. En revanche, pour Mark Van Hoecke, les choses sont exactement inverses : étudiant dans le détail l'interprétation des contrats en droit anglais, allemand et français, il aboutit à la conclusion que, si la comparaison paraît impossible au niveau superficiel des règles et des controverses doctrinales, elle s'avère possible et féconde au niveau profond (*deep level*) des problèmes qui se posent, et des cultures juridiques qui tentent d'y répondre⁷².

La position radicalement différentialiste pourrait bien alors prêter le flanc à la verve pamphlétaire d'un Marcel Detienne,

71. P. LEGRAND, *op. cit.*, p. 1056.

72. M. VAN HOECKE, « Deep level comparative law », in *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, éd. par M. Van Hoecke, Oxford, Hart Publishing, 2004, p. 181.

qui revendique, quant à lui, de « comparer l'incomparable » et n'a pas de mots assez durs pour fustiger les gardiens du temple, tels les historiens de la Grèce antique, opposés à toute forme de comparatisme avec d'autres cultures anciennes, et frappant leur objet de prédilection du sceau de l'Incommensurable : « Bientôt la Grèce sera interdite de comparatisme : sens unique. La Grèce, décrétée éternelle, est mise sous cloche, placée sous vide, déclarée Patrimoine de l'Humanité et confiée à des gardiens sûrs. Momification garantie. Halte, on ne passe pas ! »⁷³.

Du reste, il faudrait revenir sur la prétendue incommensurabilité des théories. On sait que cette thèse peut s'autoriser de la paternité de Th. Kuhn. Mais ce qu'on devrait souligner c'est que Kuhn lui-même est revenu, vingt ans plus tard, sur ses premières formulations, les relativisant singulièrement. Cette fois, l'incommensurabilité est devenue simplement « locale » et se concentre sur un sous-ensemble, important mais restreint, de termes de la théorie : « C'est seulement pour un sous-ensemble restreint de termes (en général mutuellement définis) et pour les phrases qui les contiennent que se posent les problèmes de traduction. L'affirmation que deux théories sont incommensurables est beaucoup plus modeste que de nombreux critiques l'ont supposé. »⁷⁴ En définitive, la thèse de l'intraduisibilité-incommensurabilité de deux théories se

73 M. DETIENNE, *op. cit.*, p. 24. Cf. aussi p. 10 : « Les historiens en uniforme édifient la citadelle de *l'Incomparable* », et p. 30 : « Le National ne se compare pas ; et ce ne sont pas les inventeurs du 'génie national' qui diront le contraire ».

74. Th. KUHN, « Commensurabilité, comparabilité, communicabilité », in *Philosophie des sciences. Naturalisme et réalisme*, textes réunis par S. Laugier et P. Wagner, Paris, Vrin, 2004, p. 289.

ramène à cette idée incontestable « qu'il n'y a pas de langage, neutre ou autre, dans lequel les deux théories conçues comme des ensembles de phrases, peuvent être traduites sans résidu ou sans perte »⁷⁵. Quant aux noyaux d'intraduisibilité, ils exigeront de l'observateur extérieur l'apprentissage de la langue de l'étranger : une capacité de « rentrer », par essais et erreurs, ajustements contextuels et apprentissage pragmatique, dans l'idiome inconnu, d'en adopter en quelque sorte le « point de vue interne », de voir le monde à travers ses représentations spécifiques – il y a là comme un changement nécessaire de « *Gestalt* »⁷⁶. Ce que les uns voient comme « lapin », les autres se le figurent comme « canard ». Il reste, mais c'est nous qui l'ajoutons, qu'on n'aperçoit pas l'argument de principe ou de fait qui pourrait empêcher les hommes d'échanger des canards contre des lapins, voire même de monnayer les licornes et les sirènes qui peuplent le langage de leur imaginaire.

Nous voilà donc reconduits à la case de départ : on compare, on traduit, dans la parfaite conscience (on l'espère) des risques et des limites de l'exercice. Mais alors, comment font-ils, puisqu'il y a des traductions et des comparaisons – et parfois (souvent ?) de bonnes ?

Se posent d'abord des questions terminologiques préalables à la comparaison : traduction des termes appartenant aux systèmes juridiques confrontés et, au second degré, élaboration d'une métalangue propre à la comparaison elle-même. C. Grewe évoque à cet égard la tension (prévisible) entre Babel

75. *Ibidem*.

76. *Ibidem*, p. 291 s.

et *espéranto*⁷⁷. Soit le refus de traduire et l'élaboration d'un comparatisme à usage interne, soit l'emprunt pur et simple de la terminologie étrangère de peur de la dénaturer en la transposant, soit, sur la base de la conscience d'une identité de fonction (à défaut d'équivalent terminologique), l'adoption d'une paraphrase explicative formulée dans la langue d'accueil, soit encore l'adoption d'un néologisme pour signer la nouveauté de l'emprunt⁷⁸. Dans la ligne de cette dernière option, il pourrait alors apparaître souhaitable de forger progressivement une (méta)langue commune à la communauté des comparatistes, en vue de produire cette fois un droit comparé trans-national, non plus seulement à usage interne, mais adapté à la diffusion de ce droit dans les différents espaces normatifs, sans égard pour les frontières nationales. Sans doute dira-t-on que ce langage *sui generis* (nouvel *espéranto*) déforme partiellement les réalités dont il entend rendre compte ; mais, retournant l'argument, C. Grewe n'hésite pas à soutenir qu'il pourrait s'agir là d'un antidote nécessaire « pour corriger les illusions d'optique et l'effet d'emprisonnement de l'appartenance à une culture juridique nationale »⁷⁹. On reconnaît ici les suggestions de D. Jutras inspirés par l'expérience de MacGill (*supra*) : viser, au travers d'une réelle mixité d'appartenance (bi- ou multijuridisme), une réalité juridique plus authentique (légitime, efficace) que chaque tradition vise à sa manière, et qui se dit encore mieux dans l'entrecroisement de leurs diverses formulations. La jurisprudence strasbourgeoise des droits de l'homme pourrait

77. C. GREWE, « Entre la tour de Babel et l'esperanto : les problèmes des langues du droit comparé », *op. cit.*

78. *Ibidem*, p. 121-122.

79. *Ibidem*, p. 127.

constituer à cet égard une anticipation convaincante de cette langue nouvelle propre au droit commun pluraliste en voie d'élaboration⁸⁰ – ainsi en va-t-il par exemple des « interprétations autonomes » dont il sera question plus loin.

Revenons-en maintenant à la question centrale : comment comparer ? En construisant des comparables, disions-nous. M.-L. Izorche précise cette méthode : supposons, explique-elle, qu'on présente à l'observateur deux cartes à jouer : une dame de pique et un sept de carreau. Le sujet de l'expérience ne comparera utilement que si certaines conditions sont remplies. Tout d'abord, il doit disposer au moins d'une certaine connaissance de ce dont il retourne : ici, un jeu de société composé de 52 cartes. Sans cette précompréhension « holiste » de l'objet, il ne pourrait relever les propriétés pertinentes des cartes en question ; peut-être conclurait-il simplement à l'existence de deux cartons colorés de même taille et de forme rectangulaire. Cette préconnaissance devrait même s'avérer plus précise pour être utile (d'où l'idée qu'on ne compare que deux entités dont on a connaissance, tout en notant le paradoxe que c'est précisément la comparaison qui permet d'affiner la connaissance – paradoxe déjà rencontré à propos de la connaissance analogique, où le type et l'occurrence se co-déterminent) : l'expérimentateur devrait, idéalement, disposer d'un savoir « plus vaste » que celui des deux cartes, et anticiper par exemple un « monde des dames » dont la dame de pique ne serait pas la seule représentante, ou un « monde de piques » où le 7 prendrait sa place parmi d'autres figures.

80. *Ibidem*, p. 128. L'auteur emprunte à Mirelle Delmas-Marty le concept de « droit commun pluralite ».

De la sorte, l'expérimentation pourra proposer – c'est une condition de réussite de la comparaison – un objet tiers, une figure de médiation susceptible de faciliter l'opération en réduisant le nombre de différences qui séparent la dame de pique et le sept de carreau. Par exemple une dame de carreau (rouge comme le sept) ou un sept de pique (noir comme la dame). Dans le premier cas, le facteur « valeur » est neutralisé, pour mieux faire ressortir la différence de couleur entre les deux dames ; dans le second cas, c'est la couleur qui est neutralisée afin de valoriser, dans l'univers des piques, la différence de valeur entre la dame et le sept. Au terme de ces deux médiations, le sujet prendra conscience de la double différence qui sépare les deux cartes initiales, à la fois dans l'ordre des couleurs et dans le rang des valeurs⁸¹.

Cet exemple nous rapproche de l'analyse proposée plus haut concernant la construction des rapports proportionnels propres à la pensée analogique (« la nageoire est au poisson ce que l'aile est à l'oiseau »). Mais l'expérience des cartes s'avère à la fois plus simple et plus complexe que celui des animaux. C'est que l'univers des cartes représente un monde clos et conventionnel infiniment mieux maîtrisable que le vaste domaine du monde animal : les comparaisons y sont comme stéréotypées et préétablies en fonction de codes assez simples : quatre jeux de couleurs de treize cartes chacun. (Des comparaisons plus subtiles pourraient cependant y être tentées : par exemple, la valeur comparative de l'as, tantôt tenu pour la plus basse carte, tantôt pour la plus haute selon les règles conventionnelles propres aux différents types

81. M.-L. IZORCHE, « Propositions méthodologiques pour la comparaison », in *Revue internationale de droit comparé*, 2-2001, p. 295 s.

de jeu.) En revanche, l'exemple est plus complexe que celui de l'analogie établie entre l'aile et la nageoire, dès lors qu'il porte sur deux systèmes de différences simultanément : les couleurs et les valeurs, alors que le poisson et l'oiseau étaient comparés sous le seul angle de leur motricité (et non, par exemple, sous l'angle de la motricité pour le poisson et de la respiration pour l'oiseau).

Ainsi va la démarche comparatiste : par « sauts » proportionnels, elle tente de construire des propriétés comparables. Non sans s'exposer au risque inhérent au paradoxe de départ : comme il faut déjà « savoir quelque chose » du second monde abordé (à la manière des explorateurs qui dressent des cartes présomptives des territoires où ils prennent pied), le danger est réel de forcer le trait et de déformer l'objet comparé à partir des projections de départ, fruits des automatismes cognitifs et autres habitus culturels (ainsi Kuhn relate que, mis en présence d'une carte truquée, un sept de pique rouge, par exemple, les observateurs ont souvent les plus grandes peines, et une réelle réticence, à « redresser » l'erreur tant nous sommes accoutumés à « voir » des piques noires). On pourrait, dans cet ordre d'idées, se livrer à la comparaison des valeurs propres au jeu de carte et au jeu d'échecs, et conclure à un parallélisme entre les rois, les dames et même à la rigueur entre les valets et les chevaux. Mais la comparaison serait dangereusement trompeuse car elle négligerait complètement le rôle des fous et des tours aux échecs – de même que, sur un plan plus sérieux, il serait trompeur de tirer des conclusions sur le genre des mots entre le français et l'allemand à partir de l'opposition « française » du masculin et du féminin, dès lors que l'allemand connaît également un troisième genre, le neutre.

D'où la nécessité – une nouvelle directive de la méthode comparative – de prendre de la hauteur et de s'avérer capable de multiplier les points de vue en permutant successivement les positions à partir desquelles la comparaison est opérée : tantôt du point de vue de l'allemand (ou des échecs, ou des poissons, ou des carreaux), tantôt du point de vue du français (ou des cartes, ou des oiseaux, ou des dames). Seule cette oscillation de « *Gestalt* », ce balancement d'une langue ou d'un système à l'autre, garantiront à la comparaison-traduction l'inquiétude et, pour tout dire, la mauvaise conscience qui devraient la préserver des erreurs les plus grossières.

5. *Le droit mondialisé*

On ne reviendra pas ici sur les multiples avancées du « droit mondialisé » : ses emprunts sélectifs de modèles performants, tantôt sous la pression économique, tantôt par un effet de fascination intellectuelle, la tension qu'il reflète entre une globalisation orientée par la marché et l'universalisation inspirée par les droits fondamentaux, ou encore l'interférence massive, dans l'ordre des rapports de force, du système juridique américain. On s'attardera en revanche, toujours sous l'angle de la réflexion méthodologique, sur deux exemples illustratifs d'une raison juridique qui se cherche : l'exemple européen des droits de l'homme, qui tente d'équilibrer « interprétation (européenne) autonome » et « marge nationale d'appréciation » concédée aux États et, d'autre part, le phénomène, devenu cosmopolitique, d'un « dialogue des juges » par delà les frontières nationales.

Les droits de l'homme représentent assurément une des formes les plus avancées du droit en voie de mondialisation. C'est cependant dans l'espace régional européen qu'il connaît son institutionnalisation la plus aboutie grâce surtout au contrôle exercé par la Cour de Strasbourg. Aussi est-ce sur sa pratique qu'il faut se pencher pour réfléchir ce que pourrait être ici la figure d'un « universalisme pluriel » (dans notre langage : un dialogue traductif), même si, on en convient, l'exemple se situe ici à mi-chemin entre doit plutôt cosmopolitique d'origine « spontanée » et un ordre juridique supranational organisé et contraignant.

Une des directives d'interprétation les plus connues que s'assigne la Cour consiste dans la nécessité d'une lecture « autonome » des dispositions de la Convention. Traité normatif visant à imposer un embryon d'ordre public européen en matière de libertés publiques, la Convention de sauvegarde ne saurait tolérer autant d'interprétations différentes de ses termes qu'il y a de Hautes Parties Contractantes. L'intégrité de ses objectifs en serait menacée, de même que serait compromise la nécessaire identité des charges supportées par les États signataires⁸² – la situation est d'ailleurs comparable dans le cas du traité constitutif de l'Union européenne et de la jurisprudence de la Cour de Luxembourg⁸³.

82. F. SUDRE, « Le recours aux "notions autonomes" », in *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, sous la dir. de F. Sudre, Bruxelles, Bruylant, 1988, p. 93 s. ; F. OST, « Originalité des méthodes d'interprétation de la CEDH », in *Raisonner la raison d'État*, Paris, PUF, 1989, p. 440 s.

83. Cf. K. LENAERTS, citant J. Mertens de Wilmars : « La jurisprudence communautaire foisonne de décisions affirmant inlassablement, au

À la réflexion cependant, cette directive qui passe pour évidente s'avère extrêmement problématique, et son application pratique ne manque pas de soulever des problèmes fort complexes. C'est que, outre le fait que de nombreuses clauses renvoient expressément au droit national, les concepts mêmes dont est tissée la trame du Traité sont généralement empruntés aux systèmes juridiques internes, de sorte que la Commission et la Cour ne peuvent pas manquer de prendre en compte la signification qui leur est conférée dans ces divers contextes nationaux. La tension qui ainsi inévitablement s'instaure entre qualifications « autonomes » et « nationales » pourrait aisément se résorber s'il s'avérait que les concepts et institutions visés par la Convention recevaient un sens largement uniforme, ou à tout le moins convergent, dans l'ensemble des États membres du Conseil de l'Europe ; dans cette hypothèse, au demeurant, l'interprétation ne devrait point tant être qualifiée d'« autonome » que de « commune » : renvoi serait fait, tout simplement, à un fonds commun de principes, théories et qualifications juridiques. Mais on se doute bien que, si les organes d'application de la Convention se réclament d'une interprétation autonome, c'est précisément pour déjouer une interprétation

nom du principe d'autonomie du droit communautaire, qu'il y a lieu, dans toute la mesure du possible, d'interpréter les notions de droit communautaire à la seule lumière du droit communautaire ». S'il arrive parfois que le juge puisse s'appuyer sur une forte convergence des jurisprudences nationales, à l'inverse : « le juge communautaire pourra tirer parti de la profonde divergence parmi les interprétations nationales pour consacrer une interprétation propre au droit communautaire » (« Le droit comparé dans le travail du juge communautaire », *op. cit.*, p. 151).

nationale restrictive qui aboutirait à éluder l'application de telle ou telle clause. Ainsi donc, par hypothèse même, les contextes dans lesquels s'affirme la directive qui nous intéresse supposent précisément l'absence de consensus européen.

En revanche, on comprend aisément qu'une interprétation totalement autonome ne serait en aucune façon légitime ; la Convention ne se développe-t-elle pas, selon son Préambule, à partir d'un « patrimoine commun de traditions et d'idéaux » ? Ainsi donc, au moment même où elle revendique une lecture autonome du Traité, la Cour est-elle renvoyée sinon au consensus européen – inexistant par hypothèse dans les cas qui nous intéressent – du moins à une interprétation « majoritaire ». Ce qui ne manque pas de soulever les problèmes classiques de détermination et d'appréciation de la volonté majoritaire ; se posera notamment la question de savoir s'il faut préférer une majorité quantitative (laquelle ?) à une majorité qualitative (celle des États « progressistes » ?). À vrai dire, aucune réponse absolument rigoureuse ne peut être donnée à ces questions : les exercices de droit comparé auxquels se livre fréquemment la Cour ne présentent pas un caractère suffisamment systématique pour permettre de dégager en toute rigueur un « commun dénominateur » européen. De sorte que, quand la Cour invoque, à l'appui de ses thèses, la situation qui prévaut dans la « majorité » des États membres, il est difficile de déceler si référence est ainsi faite à une majorité statistique ou à une majorité idéale d'États éclairés présentant le standard le plus élevé de protection des droits de l'homme.

Le problème se complique encore dans la mesure où la question d'herméneutique juridique que nous venons d'évoquer (interprétation autonome, nationale ou comparative ?) est

fortement surdéterminée par une question différente, mais voisine, qui relève plus directement de la politique juridique. Il s'agit cette fois de déterminer la nature du contrôle qu'exercent les instances européennes à l'égard des agissements des autorités nationales en matière de droits de l'homme. S'agit-il d'un contrôle subsidiaire ou marginal, la Cour ne censurant que les excès manifestes, ou bien faut-il conclure que les organes de Strasbourg sont amenés à jouer un rôle plus direct dans la consécration des droits fondamentaux ? Sans doute la Cour ne se substitue-t-elle pas aux autorités nationales ; elle n'est ni une Cour suprême, ni une Cour de cassation, ni un Conseil d'État. Dans certains arrêts, elle qualifie explicitement son contrôle de « subsidiaire » dans la mesure où il appartient en premier chef aux États de prendre les mesures nécessaires, selon leur propre appréciation, en vue de donner effet aux clauses du Traité qui, dira-t-elle, « n'imposent pas une uniformité totale ». Une « marge d'appréciation » est ainsi concédée aux États dans l'application de la Convention. Il apparaît cependant que la Cour n'entend pas se cantonner dans un rôle purement subsidiaire qui ne l'amènerait qu'à condamner les comportements manifestement déraisonnables ou révélateurs de mauvaise foi. Il ne s'agira donc jamais d'une appréciation illimitée, de sorte qu'un contrôle européen s'impose en tous les cas. Ici encore, la Cour est contrainte de gérer un équilibre délicat entre une logique centrifuge (celle de la « marge nationale d'appréciation ») et une logique centripète (celle du contrôle européen). Si le dispositif d'ensemble qui en résulte tolère assurément un certain « jeu » (au sens où l'on parle du « jeu » d'une pièce mécanique), dans la mesure où la Cour « donne du mou » aux États, on ne peut en conclure pour autant que le cadre global tracé par la Convention en soit désarticulé. Il

est significatif pour notre propos – remarquons-le au passage – que la Cour ait pour la première fois élaboré sa doctrine de la « marge nationale d'appréciation » dans une affaire qui portait précisément sur un problème de réglementation d'emploi des langues, dont on sait combien il représente un enjeu politique délicat pour le pays concerné, en l'occurrence la Belgique⁸⁴.

Le concept de « marge » – dont l'application ne se limite pas, bien entendu, à la Convention de sauvegarde – représente un outil fort pertinent dans le cadre de la problématique de la traduction (raison analogique) qui nous occupe. La marge, c'est à la fois l'écart et sa limite : une latitude concédée et une mesure précisée⁸⁵. La marge s'applique à la fois à la juridiction elle-même (en raison de ce que P. Amselek appelle la « teneur indécise du droit ») et aux autorités qu'elle contrôle (en raison de l'inévitable pouvoir discrétionnaire dont elles disposent). Elle peut être explicite, comme dans la doctrine de la Cour européenne des droits de l'homme, ou implicite (on songe notamment aux « réserves » et autres « déclarations interprétatives » en droit international public). Elle peut accompagner les mouvements de création du droit *top down* de l'international au national, lorsqu'un espace de jeu est concédé aux États, comme à propos des mesures restrictives prévues aux articles 8 à 11 de la Convention de sauvegarde, mais aussi des mouvements inverses *bottom up* (comme dans le cas des « principes directeurs » du droit européen

84. Arrêt relatif à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique, 23 juillet 1968, n° 6, p. 34-35.

85. M. DELMAS-MARTY et M.-L. IZORCHE, « Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit », in *Revue internationale de droit comparé*, 4-2000, p. 753 s.

élaborés sur la base des acquis nationaux et tolérant une manière de « droit à la différence »).

Dans ces diverses occurrences, la marge s'inscrit dans la logique graduelle propre au raisonnement analogique : plutôt que d'exiger la stricte con-formité, génératrice d'identité, elle s'accommode d'une simple compatibilité révélatrice d'une proximité variable. Dans le langage accrédité par M. Delmas-Marty, on parlera ici d'une logique « floue », plutôt que binaire – une logique qui s'attache à rendre compte de la plus ou moins intense appartenance de l'entité discutée à l'ensemble de référence (à quel degré telle amende pénale, par exemple, est-elle « mesure pénale » au sens de l'article 6 de la Convention de sauvegarde ?). La vérité, comme la validité, juridiques s'avèrent ici graduées, susceptibles de plus ou de moins, et l'instrument conceptuel pour en rendre compte relève plus du rhéostat, qui fait varier l'intensité du courant électrique dans le circuit, que de l'interrupteur qui ne peut que l'enclencher ou l'interrompre⁸⁶.

Même si la mise en œuvre de cette méthode gradualiste vaut à la Cour toutes sortes de critiques (non de principe, mais dues au défaut d'application cohérente des directives affichées), il est permis d'y voir un outil d'une grande fécondité qui, sachant faire justice tant au local qu'au global, opère au cœur même de la méthode traductrice. Entre le « tout est traduisible » (le concept européen ou mondialisé doit s'imposer, tel quel, dans son interprétation « autonome », en tous lieux et toutes circonstances) et le « rien n'est traduisible » (repli frileux dans l'espace clos des frontières et l'incommensurabilité des traditions nationales), la marge trace le chemin de crête du dialogue

86. *Ibidem*, p. 772.

coopératif – ni dialogue de sourds ni « novlangue » uniforme, mais approximations semées de bien – et de malentendus.

L'« universalisme pluriel » des droits de l'homme a fait définitivement son deuil de la traduction parfaite, et il admet que la fidélité à l'égard de ses exigences est, dans des limites à fixer cependant, à géométrie variable : impossible en effet de dire exactement la « même » chose dans les quelques dizaines de langues que compte le Conseil de l'Europe.

Le « dialogue des juges » qu'on aborde maintenant, relève quant à lui d'une perspective franchement cosmopolitique⁸⁷. 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 bien qu'on se tromperait en y voyant l'anticipation d'un « ordre juridique mondial » en formation ; pas plus n'y trouverait-on les bases de l'espéranto juridique qu'exigerait la gouvernance mondiale⁸⁸. Du reste, ce « commerce des juges » relève autant de la collaboration que de la compétition. Dans le cadre d'un marché mondial des services juridiques, où se pratique autant le *forum shopping* que le *law shopping* et où s'observent des pratiques de « surarmement juridique », les juges représentent des acteurs importants

87. 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.

88. J. ALLARD et A. GARAPON, *Les juges dans la mondialisation*, op. cit., p. 35.

de cette nouvelle « lutte pour le droit ». Dans ce vaste forum informel, chacun essaie de parler plus fort que les autres, voire de monopoliser la parole : imposer la compétence exclusive des tribunaux de New York dans les contrats internationaux, faire prévaloir la procédure accusatoire sur la procédure inquisitoire dans les procédures pénales internationales, prétendre à une compétence universelle sont, parmi d'autres, quelques exemples de ces pratiques. Et, dans cette compétition, il faut reconnaître que la *common law* bénéficie de plusieurs longueurs d'avance sur les autres traditions juridiques : basée sur une langue unique, l'anglais, cette tradition a nourri longtemps une culture commune (celle des juristes du *Commonwealth*) et repose de surcroît sur un *judge made law* plus affranchi des codes nationaux et politiques publiques que ne l'est la culture juridique romano-germanique⁸⁹. Néanmoins, la traduction ne perd jamais ses droits : ainsi, quelle que soit la puissance des grands cabinets internationaux d'avocats à Paris (les *law firms*), leur succès sera notamment fonction de leur aptitude à s'adapter à la culture juridique des tribunaux locaux : « parce qu'ils travaillent ici, il faut que les cabinets anglo-saxons se *francisent* »⁹⁰.

Au-delà de ces aspects compétitifs, le dialogue des juges s'analyse aussi comme une forme très originale de collaboration à la motivation des décisions, l'élaboration d'une argumentation juridique résolument transnationale. Sans être, bien entendu, le moins du monde tenues d'exécuter une décision étrangère

89. *Ibidem*, p. 44 s. : « chaque *common lawyer* se considère comme un ambassadeur de la *common law* et en est fier ».

90. J. DARNOIS, *Avocats d'affaires en France...*, cité par J. ALLARD et A. GARAPON, *op. cit.*, p. 44.

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 ». « Emprunter une norme venue d'ailleurs » était, on s'en souvient, précisément la définition que U. Eco donnait du raisonnement par abduction. L'abduction, cette inférence nomade qui glisse de cas en cas, pour y dégager, par approximations successives, « même raison » de décider : un *ana-logon*. Des cas particuliers sont ainsi érigés en jugements exemplaires par leur capacité à suggérer le général sous les traits du singulier. Dans cette jurisprudence mondialisée, la solution ne découle pas de la règle, mais plutôt celle-ci de celle-là. Comme on l'avait souligné à propos du raisonnement analogique, un type est érigé, en vertu de ses qualités exemplaires, en proto-type ou arché-type, et chaque occurrence qui s'y réfère contribue à le co-déterminer au moment même où il en reçoit son éclairage.

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 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 juges⁹¹, « *judicial comity* », « courtoisie judiciaire ». Ces enjeux éthiques sont évidents dans le cas du juge pénal international, par exemple : « il doit être capable de traduire et d'interpréter un drame individuel dans les termes d'une expérience universalisable »⁹² : il lui faudra notamment assurer la continuité du local au global et retisser du lien social en dehors des frontières de l'État-nation. 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 que 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 invité au tribunal) et s'efforce de l'évaluer du point de vue de l'autre⁹³. H. Arendt parlait à ce propos de cette « mentalité élargie » qui, par le fait

91. 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.

92. J. ALLARD et A. GARAPON, *op. cit.*, p. 75.

93. *Ibidem*, p. 60 s.

de considérer une chose à différents points de vue, « rend les hommes capables de juger »⁹⁴.

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.

Bien entendu, ce dialogue des juges ne doit pas être idéalisé ; les auteurs ne manquent pas qui dénoncent ses dérives réelles ou potentielles. On pourra soutenir, par exemple, que la méthode manque singulièrement de rigueur et de cohérence ; que les emprunts se font au coup par coup, au hasard des lectures et au gré des affinités : c'est l'argument du *cherry picking* (littéralement « choisir les cerises »)⁹⁵. Au mieux, ces échanges croisés (« compénétration par capillarité ») ne représenteront qu'une « étape transitoire dans la construction d'un véritable ordre juridique mondial » ; au pire, ils n'auront fait qu'ajouter du désordre au désordre⁹⁶. Si ce diagnostic sévère se confirmait, l'exercice de traduction ne déboucherait que sur un *pidgin* juridique complaisant, improbable sabir fait d'emprunts désordonnés. On songerait alors aux singes malfaisants de la jungle, dont parlait R. Kipling – les pénibles *bandar-logs* – qui, incapables de se forger un langage propre, se contentaient de

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

95. J. ALLARD et A. GARAPON, *op. cit.*, p. 77.

96. M. DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit. II. Le pluralisme ordonné*, *op. cit.*, p. 53.

voler aux autres espèces les mots dont ils éprouvaient le besoin.

On pourrait également objecter à l'encontre de ces motivations cosmopolites qu'elles font bon marché de l'histoire de chaque système juridique, de ses luttes politiques et idéologiques, de son soubassement culturel, bref du terreau qui permet d'en saisir à la fois la nature et les virtualités d'évolution. Dans ces conditions, une argumentation d'emprunt ne risque-t-elle pas de sonner faux, comme une mauvaise traduction plaquée sur le système autochtone⁹⁷ ? L'argument n'est pas négligeable, mais demande à être relativisé à l'aide des considérations déjà mobilisées à l'encontre de la thèse de l'incommensurable ou de l'intraduisible. Il se peut, par exemple, que la motivation « étrangère » contribue à révéler une virtualité du « terroir » plutôt que de le dénaturer ; on ne peut sous-estimer par ailleurs la portée simplement rhétorique de l'argumentation nationaliste lorsqu'elle est mise au service d'une stratégie conservatrice, voire réactionnaire. Ainsi en est-il des propos du juge Scalia qui s'opposait à la Cour suprême américaine, dans une virulente opinion dissidente à propos de la tolérance manifestée par elle à l'égard des relations homosexuelles : la discussion par la Cour de décisions étrangères doit être considérée comme inutile et même dangereuse, écrivait-il, car « de nature à imposer aux Américains des modes, des habitudes ou des lubies étrangères ».

Quant au reproche de comparatisme sélectif (*cherry picking*), il présente un risque inhérent à toute opération de traduction.

97. Pour une discussion de cet argument, cf. B. MARKESINIS, « National self-sufficiency or intellectual arrogance ? The current attitude of American courts towards foreign law », in *Cambridge Law Journal*, juillet 2006, p. 301 s.

La seule manière d'y répondre consiste à professionnaliser le dialogue des juges qui s'amorce. Assurer la meilleure diffusion possible de l'information, en livrer des traductions correctes et rapides, adapter le style des motivations pour faciliter la discussion transfrontière, voilà sans doute quelques conditions indispensables à la réussite de la nouvelle partie juridique qui s'annonce. Il est remarquable à cet égard qu'une juridiction aussi spécifique et nationale que la Cour de cassation française ait aujourd'hui le souci de traduire en anglais ses principales décisions et d'en assurer l'accessibilité sur le réseau internet. Elle veille aussi à les accompagner des conclusions de l'avocat général et des rapports des conseillers rapporteurs, afin d'en faciliter l'intelligence par un lecteur étranger. Les nécessités de la discussion transfrontière ont aussi pour effet de modifier l'économie des arrêts, leur style narratif et argumentatif : « traditionnellement elliptique, voir cryptique, l'arrêt de cassation ressemble de plus en plus, en termes de longueur et de qualité argumentative, aux arrêts de *common law* ou à ceux de la Cour européenne des droits de l'homme »⁹⁸.

6. Le droit au quotidien

Fût-elle monolingue et basée sur une seule tradition, la norme juridique demanderait encore à être traduite. On en veut pour preuve ce fait, qui n'apparaîtra singulier qu'à ceux qui ignorent tout des pouvoirs du langage, qu'une règle formulée dans des termes rigoureusement identiques (ainsi l'article 1384 des Codes civils français et belge) est susceptible de deux

98. J. ALLARD et A. GARAPON, *op. cit.*, p. 87-88.

traductions différentes, voire divergentes⁹⁹. On ne reviendra plus ici sur les multiples manifestations de cette traduction intralinguistique évoquée plus haut : le comparatisme interne, la balance des intérêts, le transcodage juridique du discours des experts et des parties, la transposition du fait et du droit, l'ajustement mutuel de la règle et du dossier. On se contentera d'évoquer une jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme particulièrement illustrative des différents niveaux de traduction qui se font écho et s'entremêlent – même si, on en convient, l'exemple pris de la Cour de Strasbourg se situe à la marge (mais pas en dehors cependant) de notre hypothèse d'un droit envisagé dans les limites de sa propre validité.

Voici les faits de la première espèce¹⁰⁰ : un certain Müslün Gündüz, dirigeant d'une communauté qui se présentait comme une secte islamique, avait été invité à une émission de débat sur les antennes d'une chaîne privée turque. Au cours de celle-ci, il déclara que l'enfant né d'une union célébrée devant l'officier de l'état civil, en l'absence de cérémonie religieuse, devait être considéré comme un *piç* (bâtard). Poursuivi devant les juridictions pénales turques pour avoir tenu des propos « incitant le peuple à la haine et à l'hostilité sur la base d'une distinction fondée sur l'appartenance à une religion », Gündüz fut condamné à une peine d'emprisonnement de deux ans (arrêt confirmé par la Cour de cassation turque). L'intéressé introduisit une requête à Strasbourg, visant à dénoncer un manquement de l'État turc aux exigences de l'article 10 de la Convention (liberté d'expression).

99. R. SACCO, « Lingua e diritto », in *Traduzione e diritto, Ars interpretandi*, N° 5, 2000, Milan, Cedam, p. 125.

100. C.E.D.H., *affaire Gündüz c. Turquie*, arrêt du 4 décembre 2003.

Aux yeux du requérant, la condamnation dont il faisait l'objet n'était pas « nécessaire dans une société démocratique » : les propos qu'il avait tenus relevaient de la liberté d'expression et avaient précisément pour cadre une émission contradictoire de débat. À l'opposé, le gouvernement turc soutenait que son intervention répondait aux exigences du paragraphe 2 de l'article 10, dès lors que les allégations de Gündüz étaient de nature à susciter de graves traumatismes moraux et d'importantes atteintes à l'ordre public. Le terme *piç* avait touché « un sujet très sensible pour l'opinion publique turque : la remise en question de la légitimité de la famille, accusée d'être immorale »¹⁰¹. Quant à la Cour, après avoir calibré les poids de la balance destinés à charger, d'un côté, le plateau de la liberté d'expression (considérée comme « fondement essentiel de la démocratie », valant même pour « les idées qui heurtent, choquent ou inquiètent ») et, de l'autre, la protection des droits d'autrui et la nécessité, consacrée par plusieurs instruments internationaux, de sanctionner les discours de haine et d'intolérance, notamment religieuse, et après avoir concédé aux États contractants la traditionnelle marge d'appréciation relative aux « questions susceptibles d'offenser les convictions intimes dans le domaine de la morale et de la religion », elle en vint à une analyse lexicographique. « En turc, le terme *piç* désigne péjorativement les enfants nés hors mariage et/ou nés d'un adultère », déclare-t-elle, « et son usage dans la langue courante constitue une insulte visant à outrager la personne concernée. »¹⁰²

101. *Ibidem*, n° 31.

102. *Ibidem*, n° 49.

De tout cela, et au terme de la classique « balance des intérêts », la Cour conclura finalement à la violation par l'État turc de son engagement à protéger la liberté d'expression. Au regard du « contexte » de l'affaire (une émission de débat), la nécessité de la restriction du libre échange des idées ne lui paraît pas établie de manière convaincante. Point de vue que contestera le juge Türmen dans son opinion dissidente ; le terme *piç* représentant à ses yeux « une injure très grave » et une véritable incitation à la haine, le juge turc ne put admettre en effet que la liberté d'expression cautionne des propos inutilement blessants et condamnés par plusieurs textes internationaux que la Turquie avait le devoir de mettre en œuvre.

Quoi qu'il en soit du mérite intrinsèque de cette décision, on n'évoquera ici que le réseau très dense de « traductions » qui se font écho et s'enchevêtrent dans la lecture de cette affaire.

Traduction du terme turc tout d'abord : *piç* – bâtard. Mais aussi traduction intra-turque, si on peut dire : injure grave ? très grave ? provoquant quel outrage ? Est-on certain que le terme « bâtard » présente le même poids émotionnel pour un public francophone et une oreille turque ? S'il peut faire sourire ou paraître incongru dans la France d'aujourd'hui, on sait bien que, prononcé au XVII^e siècle dans certains milieux, il aurait conduit à un différend qui se serait réglé au pistolet ou à l'épée...

Traduction, ensuite, des faits de la cause au regard du droit turc (lui-même informé par divers instruments internationaux) qui prohibe les propos d'incitation à la haine – et déni prévisible de l'intéressé contestant la légitimité de ce droit ; son propos ne faisait qu'énoncer, selon lui, un « fait », une « vérité » énoncé par la loi islamique (*sharia*).

Traduction du droit et des décisions turcs au regard du droit de la Convention européenne des droits de l'homme ensuite (« La question prépondérante est dès lors de savoir si les autorités nationales ont correctement fait usage de leur pouvoir d'appréciation en condamnant... » [...] « La Cour doit se situer essentiellement par rapport à la motivation retenue par les juges nationaux »)¹⁰³. On a vu que le juge turc contestait la lecture que faisait la Cour de ces décisions internes : il la considéra « tout simplement inexacte »¹⁰⁴.

Finalement, il faut encore mentionner la traduction interne à la jurisprudence de la Cour elle-même, par la référence faite à de très nombreux arrêts antérieurs. Tous : parties, Cour, juge dissident, invoquent leurs précédents de prédilection et reconstruisent, en fonction des besoins de l'argumentation, des « chaînes narratives » spécifiques. Ainsi, le juge dissident a beau jeu d'exhumer des décisions telle *Otto-Preminger-Institut* et d'autres pour noter que, si la Cour prend bien soin de protéger les convictions des croyants, elle semble manifester moins de souci à l'égard de la sensibilité des laïcs¹⁰⁵.

Enfin, il est bien évident que tous ces niveaux de traduction rejaillissent les uns sur les autres, formant ainsi un réseau très dense de connotations susceptibles de conduire la solution dans des directions variées. La charge plus ou moins offensante attribuée au terme « bâtard » déterminera l'orientation du jugement tantôt en direction de l'injure haineuse prohibée, tantôt en direction du libre propos couvert par la règle du débat

103. *Ibidem*, n^{os} 45 et 46.

104. *Ibidem*, p. 22.

105. *Ibidem*, p. 21.

public. Le précédent retenu dans le vaste arsenal de la Cour (*Handyside* ou *Otto-Preminger-Institut*, par exemple) aura, à l'inverse, pour effet de colorer la lecture qu'on fera des décisions internes et des obligations internationales pesant sur l'État turc¹⁰⁶. On le voit : autour du *piç*, la bataille fait rage pour établir ou contester des comparables (évoquant son arrêt *Refah Partisi* qui l'avait conduit à tolérer la dissolution d'un parti islamique, la Cour notera : « une telle situation est difficilement comparable à celle de l'espèce »)¹⁰⁷, négociier des équivalents, peser des mots (injure grave, très grave ?).

Délicate alchimie, jamais assurée d'être « relevante », ni même simplement « fidèle ». Seule certitude : cent fois sur le métier elle sera remise, à défaut d'aboutir à l'impossible traduction parfaite. Ainsi, dans une espèce antérieure aux circonstances assez comparables, la Cour avait-elle estimé que l'Estonie ne violait pas l'article 10 en condamnant pour injures un journaliste qui avait qualifié la maîtresse d'un ancien premier ministre de « briseuse de ménage » (*abielulõhkuja*)¹⁰⁸.

Devra-t-on en conclure qu'il est plus outrageant d'être une « briseuse de ménage » en Estonie qu'un « bâtard » en Turquie,

106. F. RIGAUX, (*La loi des juges, op. cit.*, p. 240) se livre à une analyse comparable à propos de la poursuite d'un militant pacifiste ayant posé sur son véhicule un autocollant proclamant « *Soldaten sind Mörder* » (les soldats sont des meurtriers).

107. Arrêt cité, n° 51.

108. CEDH, affaire *Tammer c. Estonie*, arrêt du 6 février 2001. Dans cette affaire, appel a été fait à l'Institut de la langue estonienne qui établira « un jugement de valeur extrêmement négatif ». Le gouvernement plaidait quant à lui que le terme présente « un sens très particulier en estonien, sans équivalent en français ».

ou que, dans la langue commune du Conseil de l'Europe, la paix du ménage d'un premier ministre a plus de prix que la légitimité d'une famille ordinaire – l'ironie est facile, alors que la tâche est complexe¹⁰⁹ ? Une tâche qui renvoie, en certaines circonstances, sinon au désespoir du traducteur, du moins au rouet d'un exercice aussi nécessaire qu'impossible.

7. Enjeux éthiques

À de multiples reprises, nous avons déjà souligné le fait que les opérations pratiquées sur le langage juridique (interprétation, comparaison, qualification, traduction...) présentaient des enjeux éthiques importants dès lors que, ce qui s'y risquait, ce ne sont pas seulement des contenus propositionnels ou des définitions conceptuelles, mais des discours avancés par les uns et les autres, engageant dans chaque cas des « formes de vie » déterminées.

Pour le comprendre, il faut se départir de notre conception habituelle du langage pensé comme simple outil d'expression de concepts ou de choses matérielles existant indépendamment de

109. Ainsi, il n'est pas interdit de penser qu'une autre considération courait en sous-main dans le raisonnement de la Cour : la gravité des sanctions respectivement comminées par les juridictions turques (2 ans d'emprisonnement !) et estoniennes (une simple amende de 220 couronnes). Comme si la traduction de *piç* et de *abielulõhkuja* était implicitement surdéterminée par les conséquences très pratiques que leur prononcé avait entraînées. Une logique pragmatique – à laquelle l'institution judiciaire se doit évidemment d'être plus attentive qu'une académie de langue – vient ici biaiser une interprétation purement sémantique.

lui, dans un ciel des idées ou un monde purement empirique, et dont l'objectif consiste à communiquer à d'autres locuteurs ces contenus propositionnels en vue de leur information. J.B. White, qui consacre un livre entier à ces questions¹¹⁰, insiste au contraire sur le caractère expérimental et performatif de la parole : parler c'est adopter une certaine posture, produire une certaine performance qui ne se contente pas d'exprimer une forme de vie (comme si celle-ci existait ailleurs et indépendamment de cette prise de parole) mais la réalise concrètement. Parler c'est agir sur le réel (y a-t-il en effet pour nous d'autre réel que langagier ?) et, au moins potentiellement, le transformer. Ce sont bien des *actes* de langage que nous posons, et nous en attendons dans chaque cas un certain effet. Un effet qui est comme une invite adressée aux interlocuteurs auxquels cette parole est destinée (directement ou non, peu importe). À ceux-ci de répondre à cette adresse par une parole ajustée, accordée aux circonstances de cet échange ; White risque même la métaphore audacieuse du langage comme « danse », ensemble de postures, de gestes et de performances qui s'évaluent moins au regard de leur valeur de vérité que de leur accord et appropriation au contexte¹¹¹. On comprend, dans ces conditions, que l'échange langagier engage une responsabilité éthique, dès lors qu'il se produit au moins autant dans l'ordre de l'action que dans celui du savoir : il attend de l'interlocuteur qu'il investisse précisément l'entre-deux de l'*inter*-locution par une prise de parole « *responsive* »¹¹², responsable, répondante, ajustée à l'adresse de l'autre.

110. J.B. WHITE, *Justice as translation*, *op.cit.*

111. *Ibidem*, p. XII et p. 236.

112. *Ibidem*, p. 100.

Sans doute le langage juridique est-il nettement plus institué ; il est clair qu'il se situe à un niveau « méta » par rapport à ces échanges quotidiens. Il ne cesse pas pour autant, au contraire, d'être investi de cette « responsabilité » – ce devoir de répondre de façon attentive à la demande sociale qui lui est adressée (*prêter l'oreille avant de rendre justice*). Ce qui fait du juriste, et notamment du juge, un « acteur moral » de la société. La « justesse » (*justice*) de son intervention se mesurera à sa capacité d'« entrer » dans la langue de l'autre (parfois de l'apprendre), d'assumer les limites de son propre langage (dans la conscience claire qu'aucun langage n'est absolument « méta ») et d'entamer un dialogue en acceptant d'avance les transformations réciproques qu'il impliquera. Sans doute le langage du droit est-il *in fine* un langage d'autorité, mais celle-ci gagne tout à se faire dialogique et *responsive*.

Tout ceci conduit White à faire de la traduction le paradigme de la justice. C'est que, on l'aura compris, la traduction ne se laisse pas réduire au « transport » physique de sens (*trans-latus, carrying*) comme on transporte une marchandise, depuis le texte d'origine jusqu'à la langue d'expédition¹¹³. Comment pourrait-il en être ainsi, dès lors que le sens tient tout entier dans la voix, le geste, la posture, la performance d'un auteur-locuteur singulier s'adressant à une communauté de locuteurs (réelle ou imaginaire, peu importe) dans tel contexte déterminé ? En reviendrait-on alors, une fois encore, au constat de l'intraduisible ? Non pas, si du moins on acte ce changement de sens de la traduction : elle cesse d'être la reproduction à l'identique (dire la « même chose » en d'autres mots) et devient écriture d'un texte second, en

113. *Ibidem*, p. 234.

réponse à l'invite du texte premier. Elle est donc à la fois un texte écrit en première personne, sous la responsabilité exclusive du traducteur et une interprétation du texte original¹¹⁴. Et il s'agira moins d'apprécier son exactitude que sa justesse, l'accord entre deux voix, l'harmonie d'un pas de danse¹¹⁵.

Une pratique traductive généralisée peut aussi s'analyser comme un art de la composition (White parle parfois aussi d'intégration mais, en français du moins, le terme paraît moins heureux) : l'art de rapprocher (sans identifier pour autant) deux ou plusieurs discours, deux voix, deux pratiques, et de susciter des propriétés émergentes à partir de leur interaction¹¹⁶ (en application, ajouterons-nous, de ce principe analogique, anti-analytique, que le tout est évidemment plus que la somme des parties). Par la composition, deux font trois au lieu de se neutraliser ; toute une phénoménologie de la justice est engagée dans cette arithmétique symbolique : le discours du juge n'est-il pas précisément celui du tiers qui triangule le différend opposant les parties et, parce qu'il a réussi à « relever » leur discours, en le traduisant dans le langage de la loi commune, qui parvient à restaurer l'entente compromise ?

114. *Ibidem*, p. 252. « Cette dualité », explique encore White, « est typique de toute traduction. »

115 La méthode de la traduction comme danse implique, si on la creuse encore, la référence à la musique qui l'entraîne : quelque chose comme l'au-delà du langage (qui n'existe cependant jamais ailleurs que dans le langage) que chaque auteur-locuteur vise, qu'aucun n'atteint et qui ne se laisse deviner que dans la fugace harmonie de deux mouvements accordés.

116. J.B. WHITE, *Justice as translation*, *op.cit.*, p. 4 s.

Encore faut-il, pour le comprendre, saisir en quoi, et à quelles conditions, le langage du droit peut jouer ce rôle de tiers qui, tout en occupant cette position de surplomb, ne fonctionne cependant pas comme méta-langage autoritaire, discours social à prétention hégémonique. Un champ immense d'analyse s'ouvre ici, qui demanderait d'identifier les caractères qui sont susceptibles de préserver le discours juridique de cette dérive dogmatico-normative. L'exercice, reconnaissons-le, est complexe et même paradoxal ; à première vue, le langage du droit réunit précisément tous les traits du discours hégémonique : langage du pouvoir, assorti de la capacité de mobiliser la contrainte publique, il présente à un degré élevé la faculté de s'autoréguler et, tel le roi Midas, il est en mesure de transformer en droit toutes les réalités qu'il évoque.

C'est pourtant le propre du discours juridique de l'État de droit démocratique, informé par les droits fondamentaux, de multiplier les dispositifs susceptibles d'entretenir une forme de « distance à soi », d'autolimitation et d'ouverture à l'altérité qui sont les conditions de possibilité de sa fonction tierce.

La recherche à laquelle nous invitons concerne au premier chef la capacité de certains discours sociaux à fonctionner comme « équivalents universels » : dans le grand jeu sociétaire de la gouvernance, quels sont les outils (et donc les langages) susceptibles de tout traduire, afin de tout comparer, de tout négocier et de tout ajuster ? On peut comparer le langage de l'économie à celui du droit de ce point de vue. On sait, depuis Marx, que la monnaie (et donc le discours économique) joue ce rôle avec une efficacité qui ne se dément point : tout semble pouvoir se traduire en évaluation monétaire, et ce discours social dominant aujourd'hui – pour le coup franchement hégémonique – impose

ce type de raison calculatrice, avec ses corollaires de performance et de compétitivité, en norme universelle de comportement et critère unique de rationalité. À première vue, le critère monétaire est neutre et sa logique strictement égalitaire (d'où le lien consubstantiel entre l'économie politique classique et l'idéologie libérale) : pour lui, un dollar vaut un dollar, et un euro, un euro. Mais, comme il est permis d'accumuler les dollars ou les euros en quantité virtuellement infinie, d'importantes inégalités se constituent entre les hommes, qui finissent par se répercuter sur les marchés autres que monétaires¹¹⁷.

En revanche, l'égalité – l'équivalence universelle – que véhicule le langage des droits s'avère beaucoup plus radicale : pour le droit, un homme = un homme ; toute la philosophie des droits humains est basée sur cette égalité contrefactuelle, cette fiction instituante d'une société qui se veut respectueuse des droits de chacun. Chacun sait, bien entendu, que les différences sont considérables entre les hommes, mais, dans sa macro-traduction sociale, le droit fait « comme si » les hommes étaient égaux, et de cette fiction dérivent quantité de conséquences normatives-performatives positives. Ce « verbe » du droit (cet acte de langage volontariste) a potentiellement pour effet d'égaliser les locuteurs auxquels il s'adresse. De même, en droit international public, on partira de la fiction selon laquelle un État = un État, dans le but d'instaurer une communauté de nations juste et égalitaire.

Bien d'autres traits du discours juridique accréditent sa volonté de faire droit à la parole de chacun et d'ainsi garantir à son arbitrage les conditions d'une traduction relevante (le contraire d'une réduction hégémonique à un langage unique). On citera,

117. *Ibidem*, p. 66.

dans le désordre : le principe général du contradictoire (*audi et altera pars*), des procédures judiciaires toujours susceptibles de révision et de recours (comme si, par principe, le dire judiciaire restait toujours controversable ; et s'il faut bien trancher définitivement à un certain moment, on reconnaîtra avec modestie que la « chose jugée est [seulement] tenue pour vraie » : il n'est de vérité juridique que dans l'ordre de la présomption, comme si elle demeurait, par essence, inatteignable), la place ménagée au doute (qui, notamment, profite à l'accusé)¹¹⁸ et à la controverse (sous forme, par exemple, de publication des opinions dissidentes), la construction dialogique de la vérité judiciaire (on songe particulièrement à la technique des « questions préjudicielles »), le jeu ouvert par la différence ménagée entre loi générale et solution particulière, la diversité des logiques mises en œuvre (parfois le syllogisme, mais le plus souvent la reconstruction analogique qui s'accommode de vérités « approchées », comme cette interprétation qui concilie « au mieux » les différentes versions du traité multilingue)... Ce sont bien d'autres institutions, principes et procédures qu'il faudrait encore évoquer ici pour rendre compte de la nature dialogique et « *responsive* » du discours juridique – autant de traits qui le prédisposent à exercer le rôle de traducteur généralisé.

D'aucuns penseront sans doute qu'il s'agit là d'une fonction bien modeste, très en deçà du rôle que tient ou devrait tenir un ordre juridique digne de ce nom, c'est-à-dire susceptible de régler les conduites de chacun et de conduire le mouvement social. Nous tenons quant à nous qu'il n'en est pas de plus complexe

118. Pour les multiples occurrences du doute en droit, cf. *Le doute et le droit*, Paris, Dalloz, 1994.

et de plus nécessaire : préserver de la cacophonie le concert des voix innombrables qui s'élèvent d'un monde pluriel et, par la traduction généralisée, leur imprimer un rythme annonciateur d'harmonie.

CONCLUSION

Nous nous proposons de montrer combien le droit représente un champ d'application privilégié du paradigme traductif et ainsi de suggérer le bénéfice qu'il pourrait tirer de ce dernier en vue d'éclairer sa méthode et son éthique. À l'inverse, il n'est pas inutile de souligner l'intérêt que cet exercice d'application juridique peut représenter pour l'enrichissement de la théorie de la traduction elle-même.

Un premier bénéfice de cette transposition consiste à préserver la théorie générale de la traduction des idéalizations auxquelles elle pourrait assez facilement prêter le flanc. Par rapport à d'autres discours ou pratiques, le juridique n'est, en effet, jamais très éloigné des rapports de force politiques et des intérêts économiques, de sorte que tout y apparaît surdéterminé par des rapports de pouvoir et que donc les « luttes de classement », comme dirait P. Bourdieu, y prennent une acuité particulière. On a évoqué à cet égard le surarmement juridique dont le dialogue des juges pouvait, à l'occasion, être une manifestation, on a rappelé les comparaisons hiérarchisées (hier, par exemple, les « nations civilisées » et... les autres), on a rencontré des traductions hégémoniques et partisans, on a parfois dû conclure à l'interprétation unilatérale de traités, au forçage de textes, à la manipulation des catégories de référence.

Ainsi apprenons-nous que, quelles que soient les vertus qui s'attachent à la pratique traductrice, celle-ci n'est jamais à l'abri de dérives et même de détournements lorsqu'elle est mise au service d'un projet hégémonique ou dogmatique.

Un autre avantage de la pratique juridique de la traduction, c'est que, pour des raisons évidentes, les procédures y sont très intensément institutionnalisées, de sorte que chaque étape du raisonnement est à la fois réglementée et amplement explicitée dans des motivations qui, elles aussi, font l'objet d'un contrôle serré et, souvent, de discussions approfondies. Comme si, plus qu'ailleurs, la démarche se déroulait ici au grand jour et que chacune des étapes de la pensée bénéficiait d'une motivation explicite (ceci sans nier pour autant les artifices rhétoriques susceptibles de refouler ou travestir les véritables motivations). L'exemple de l'article 33 de la Convention internationale sur les traités qui parvenait à dire en même temps une chose et son inévitable contraire (le postulat d'unicité de sens du traité au travers de ses différentes versions et... les principes à mettre en œuvre chaque fois qu'on aboutirait au constat opposé) était très révélateur de cette manière de lucidité juridique, instruite, de façon très pragmatique, des leçons de l'expérience et de la nécessité d'aboutir à des solutions pratiques.

Par ailleurs, la discussion des techniques d'interprétation de textes multilingues, de qualifications d'institutions étrangères, de comparatisme juridique, de mise en œuvre du droit mondialisé nous aura souvent conduits au plus près, au plus intime même, de la démarche traductrice : les opérations de pesée des mots, de négociation des significations, de construction des comparables, empruntées à la théorie générale de la traduction, auront trouvé ici des illustrations explicites. Elles se seront par ailleurs enrichies

de quelques autres : approche graduelle de la signification par le biais des proportions analogiques (abduction), importance de la référence au proto-type et construction simultanée du proto-type et de l'occurrence, approche plus fonctionnelle que conceptuelle et plus contextuelle qu'abstraite, jeu de la marge d'appréciation et de l'interprétation autonome, exercices de décentrement par application de la « mentalité élargie » (Arendt).

Enfin, et c'est un quatrième bénéfice, le trilemme babélien classique (langue hégémonique unique, idiomes multiples juxtaposés, dialogue traductif) s'est vu complété par deux variétés supplémentaires : le réel bilinguisme (bijuridisme) ou utilisation simultanée par le même locuteur de deux langages à la fois, et le *pidgin* ou langage désarticulé fait d'emprunts disparates et non contrôlés.

Nous espérons donc avoir convaincu de la pertinence et de la fécondité d'une présentation du « droit comme traduction ». Sans doute, concédera-t-on peut-être, mais quel bénéfice, et quel rapport à l'égard de tentatives antérieures analogues qui ont successivement présenté le droit comme « argumentation », comme « interprétation » ou comme « communication » ?

Disons-le d'emblée : notre propos ne vise nullement à disqualifier ces autres lectures dont la complémentarité nous apparaît, à tout prendre, beaucoup plus significative que les divergences. Ainsi, on aura relevé que toutes développent une conception langagière de la pratique juridique, ce qui est sans doute l'essentiel. Il reste que chacune de ces approches éclaire le droit sous un jour différent et que l'on peut avoir des raisons légitimes de préférer tel langage à tel autre.

Soit le droit comme « argumentation ». Ch. Perelman a eu le mérite de réhabiliter la grande tradition rhétorique aux yeux des juristes, et sa voie a été suivie par S. Toulmin, R. Alexy et, plus récemment, M. Atienza, auteur d'un ouvrage intitulé *El derecho como argumentación*¹¹⁹. Nul doute que cette perspective rende justice à de nombreuses et importantes dimensions du raisonnement juridique, qu'on l'envisage sous l'angle de l'argumentation logique et formelle ou plutôt pragmatique et fonctionnelle. Il reste que la finalité poursuivie par l'argumentation consiste dans la volonté de convaincre, et que celle-ci, comme le note P. Ricoeur, peut être une « manière rusée de poursuivre le combat »¹²⁰. La perspective argumentative est donc toujours menacée d'une surdétermination utilitariste finalisée par l'anticipation du résultat escompté : convaincre (le juge) et ainsi remporter la partie. Même élargie aux dimensions de l'argumentation la plus rationnelle développée devant un auditoire universel, cette prétention, faute de faire suffisamment droit aux conditions d'application toujours spécifiques de l'argument (on renvoie ici aux conditions historico-culturelles des communautés ou personnes concernées), pourrait bien véhiculer alors une dose de violence d'autant plus contraignante que largement inconsciente d'elle-même.

L'analyse du droit comme « interprétation » est si répandue qu'on n'en citera ici qu'un seul exemple : R. Dworkin, qui intitule le deuxième chapitre de *A Matter of Principle* : « Law

119. M. ATIENZA, *El derecho como argumentación*, Barcelone, Ariel Derecho, 2006.

120. P. RICOEUR, « L'universel et l'historique », in *Le juste 2*, op. cit., p. 282.

as Interpretation »¹²¹. Du reste, la proximité est très grande entre traduction et interprétation, si du moins on adopte le sens large de traduction comme (aussi) communication de sens intra-linguistique (et pas seulement inter-linguistique). Nous avons nous-même consacré de nombreuses pages à l'analyse de l'herméneutique juridique. Deux points de différenciation méritent cependant d'être soulignés. D'une part, l'interprétation est une opération plus directement liée à l'existence de textes, là où la traduction a, comme on l'a vu, un champ d'application plus large, qui s'étend même au « droit muet » dont parle R. Sacco¹²², un droit sans écrit et sans texte. D'autre part, l'idée de traduction fait immédiatement droit à une part (parfois irréductible) d'altérité : c'est l'autre qui s'annonce et, a priori, rien n'assure que la communication s'établira, tandis que l'interprétation partirait presque du postulat opposé : un présupposé de connivence ou de collaboration entre l'auteur et le lecteur (même si, on y insiste, tout l'effort de la théorie moderne de l'interprétation a consisté à mettre en garde contre les complaisances et les fausses facilités de cette prétendue entente). Dans la dialectique langagière de l'autre et du même, la traduction partirait donc du premier pôle et l'interprétation du second, même si, bien entendu, les deux mouvements sont appelés à s'entrelacer à un certain moment. Dans un monde pluriel où les revendications de singularité et d'autonomie sont au moins aussi fortes que les prétentions à l'universalité, on mesure bien l'intérêt de la position traductrice qui ne tient pas pour immédiatement acquises les significations, les valeurs, les représentations prétendument universelles

121. Oxford, O.U.P., 1985.

122. R. SACCO, « Le droit muet », in *Revue trimestrielle du droit civil*, 1995, n° 4, p. 783 s.

avancées par les individus ou les puissances qui ont un accès privilégié à la parole publique.

Dans la ligne de l' « éthique communicationnelle » de J. Habermas, on a pu également analyser le droit comme communication : ainsi, le récent *Law as Communication* de M. Van Hoecke¹²³. On comprend bien l'intérêt de cette perspective dans le cadre de ce que nous appelons le « droit en réseau », un droit moins étatique et moins légaliste qu'auparavant, issu de sources multiples qui sont comme autant de relais d'une information juridique multidirectionnelle : des « communications » pas nécessairement convergentes et hiérarchisées. On évalue aussi à son juste prix la contribution habermasienne à la rationalisation, au plan politique et éthique, de la communication menée comme une discussion loyale en vue de l'établissement de normes universalisables. Il reste que, ici encore, le modèle pourrait bien payer un prix excessif à l'idéalisation (pourtant nécessaire) dont il procède : si la *prétention* à l'universel est bien l'idée régulatrice de toute conviction éthique affichée, cet universel lui-même ne peut s'exempter de la difficile « épreuve de l'étranger », et donc de la pratique, toujours incertaine, de la traduction. Il n'est pas jusqu'à la discussion rationnelle elle-même, ou encore les droits de l'homme eux-mêmes, qui ne doivent accepter ce soupçon de particularité et passer l'épreuve de la traduction¹²⁴.

Par la traduction, l'universel se révèle immédiatement fractionné et pluriel – « réitératif », comme l'écrit M. Walzer¹²⁵.

123. Oxford, Hart Publishing, 2002.

124. Pour ce qui concerne les droits de l'homme, cf. A. SUPLOT, *Homo juridicus*, Paris, Seuil, 2005, p. 301 s.

125. M. WALZER, « Les deux universalismes », in *Esprit*, décembre

Chacun prend conscience du fait que le sens ou la valeur qu'il égalait à l'universel n'est pas nécessairement celui de l'autre ; l'exercice patient de la traduction le conduit alors à se transférer dans l'univers de l'interlocuteur : il accueille ses raisons et défend les siennes propres. Dans un espace « dépourvu de tiers de survol »¹²⁶, chacun se risque à la reconnaissance de l'autre ; un travail de compréhension mutuelle s'engage, à la fois enraciné dans les cultures et les traditions diverses dont est faite l'humanité et finalisé par l'idée régulatrice de l'universel. Un universel qui tient moins dans une loi de surplomb, ou même dans le « consensus par recoupement » dont parle J. Rawls¹²⁷, que dans la règle de reconnaissance mutuelle et la conscience incertaine du fait que l'autre tente de dire, de son côté et à sa façon, quelque chose que moi-même j'essaie d'articuler.



1992, p. 114 s.

126. P. RICOEUR, « L'universel et l'historique », *op. cit.*, p. 282.

127. J. RAWLS, « L'idée d'un consensus par recoupement », in *Justice et démocratie*, trad. par C. Audard et al., Paris, Seuil, p. 245 s. (et aussi p. 323 s.). L'idée est intéressante, mais se heurte à un certain nombre d'objections : le consensus obtenu ne concerne que le domaine politique, il ne procède pas d'un débat mais du recoupement « statique » de différents systèmes de conviction ; enfin, il n'est obtenu qu'au prix de l'exclusion de certains partenaires jugés déraisonnables. Sur ces critiques, cf. notamment J. HABERMAS, « La morale des visions du monde. Raison et vérité dans le libéralisme politique de Rawls », in J. HABERMAS et J. RAWLS, *Débat sur la justice politique*, trad. par R. Roschitz, Paris, Cerf, 1997.

Page laissée blanche intentionnellement

Table des Matières

Sommaire	8
Le droit comme traduction	9

Section 1

Le droit, champ privilégié du paradigme traductif	13
1. <i>Le droit international public et les droits nationaux multilingues</i>	13
2. <i>Le droit international privé</i>	17
3. <i>Le droit comparé</i>	19
4. <i>Le droit mondialisé</i>	24
5. <i>Le droit au quotidien</i>	30
6. <i>Une question d'éthique également</i>	33

Section 2

Où l'on revisite quelques problèmes méthodologiques essentiels à la lumière du paradigme de la traduction	36
1. <i>Quelques acquis de la théorie de la traduction</i>	36
2. <i>Droit international public et droits nationaux multilingues</i>	41
3. <i>Droit international privé</i>	46
4. <i>Droit comparé</i>	57
5. <i>Le droit mondialisé</i>	69

6. <i>Le droit au quotidien</i>	82
7. <i>Enjeux éthiques</i>	88
Conclusion	95