

TCRS



Teoria e Critica della Regolazione Sociale

Quaderno 2/2007

Philippe Coppens

QUELQUES OBSERVATIONS A PARTIR DU TEXTE DE
H. LINDAHL: IMMIGRATION, POLITICAL
INDEXICALITY AND A POLITICS OF INDEXICALITY

Centro Studi TCRS

Via Crociferi, 81 - 95024 Catania - Tel. +39 095 230478 - tcrs@lex.unict.it

Philippe Coppens
Université Catholique de Louvain
philippe.coppens@uclouvain.be

In:
Immigrazione e giustizia distributiva
Quaderno 2/2007

ISSN: 1970-5476
Centro Studi
"Teoria e Critica della Regolazione sociale"
Via Crociferi, 81 - 95024 Catania
Tel. +39 095 230478 – Fax +39 095 230462
tcrs@lex.unict.it
www.lex.unict.it/tcrs

Philippe Coppens

QUELQUES OBSERVATIONS A PARTIR DU TEXTE DE H. LINDBAHL:
IMMIGRATION, POLITICAL INDEXICALITY AND A POLITICS OF INDEXICALITY

1. Une des tâches principales de la philosophie du droit consiste à donner une certaine cohérence et donc, sans doute, une certaine continuité à la ligne sinueuse qui part de l'action individuelle rationnelle, qui passe par les interactions entre groupes sociaux, pour gagner progressivement l'action collective.

Dans la perspective d'un ancrage initial du droit dans l'action pratique et, en conséquence, de l'analyse du droit dans une théorie de l'action, les questions épistémologiques relatives à la spécificité de l'agir humain se trouvent sans cesse liées à des questions politiques relatives qui traitent de la justesse des rapports qui se créent dans l'exercice de l'action. Et c'est bien ce que Hans Lindhal propose, me semble-t-il, lorsqu'il défend l'idée selon laquelle les problèmes de justice distributive doivent être posés à partir d'un cadre indexical qui doit permettre de différencier le « Je » individuel du « Tu » intersubjectif et du « Nous » collectif d'une part ; et le « Nous » collectif d'un « Autre » collectif d'autre part.

Ces diverses asymétries ont leur origine linguistique dans la capacité de celui qui parle à autrui de se présenter comme un sujet, un ego sans égal sensu stricto. Or il se trouve que c'est aussi seulement dans le dialogue avec autrui que le sujet s'élève au statut de personne. Car la pratique du dialogue « implique en réciprocité que je deviens *tu* dans l'allocution de celui qui à son tour se désigne comme *je*¹ ». Le fondement linguistique de la subjectivité, comme celui de la norme pratique d'ailleurs, réside dans la relation dialogique entre le « Je » et le « Tu ». La position asymétrique de transcendance du « Je » n'existe pour ce « Je » que s'il y a un « Tu » qui le reçoit à son tour comme sujet parlant.

Emile Benveniste définit bien ceci en utilisant les termes intérieur/extérieur (inside/outside) sur lesquels repose aussi l'argument principal de l'indexicalité politique de H. Lindhal : «(...) ego a toujours une position de transcendance à

¹ E. Benveniste, *Problèmes de linguistique générale*, I, Paris, Gallimard, 1966, p. 260

l'égard de *tu* ; néanmoins, aucun des deux termes ne se conçoit sans l'autre ; ils sont complémentaires, mais selon une opposition « intérieur/extérieur », et en même temps ils sont réversibles. Qu'on cherche à cela un parallèle ; on en trouvera pas. Unique est la condition de l'homme dans le langage ²».

Ces oppositions sont évidemment centrales dans la construction de la langue. Nous sommes en effet habités par nos émotions et nos perceptions sont incarnées dans un corps propre qui est celui qui s'exprime, notamment par l'usage du langage. C'est la raison pour laquelle le problème général de la philosophie a toujours été de traduire, d'une manière ou d'une autre, la compréhension intuitive ou particulière que le « Je » singulier a du monde et d'autrui - en une connaissance potentiellement partagée avec tous. Et la manière kantienne est fort emblématique puisque le partage de la connaissance dans l'espace public non seulement assure sa vérité mais est aussi une exigence morale. (La *Critique de la raison pure* ouvre par là, je le dis en passant, des horizons stimulants pour penser la nature et les limites du droit des brevets).

2. Mais l'existence de la différence indexicale est également importante d'un point de vue politique puisqu'elle permet de délimiter la sphère du Nous collectif et celle de l'Autre. Cela ne signifie certes pas encore que la délimitation représente une totale exclusion qui libérerait, dans le même temps, le Nous de notre responsabilité individuelle ou collective vis-à-vis de cet Autre. Mais elle suggère au moins que notre responsabilité à l'égard d'autrui pourrait varier selon que cette personne appartient ou n'appartient pas à l'ensemble du « Nous collectif », au fameux « We the People... » par lequel commence le Préambule de la Constitution américaine. Cette référence, par laquelle des membres d'une communauté disent leur appartenance au Nous, manifeste à la fois ce qui unit une communauté donnée dans un territoire déterminé et ce qui la distingue à son tour de toute autre communauté. Tel est l'enjeu principal. Comme le « Je » se différencie du « Tu » tout en se reposant sur lui pour se dire, c'est ce qu'on pourrait appeler une exigence de réciprocité asymétrique. Le « Nous » collectif ne peut aussi s'affirmer qu'en présence d'un « Autre ». Et c'est là quelque chose d'essentiel : notre humanité dépend de la reconnaissance de la commune humanité que nous partageons avec autrui. De même, notre souveraineté dépend de notre

² E. Benveniste, *ibid.*

reconnaissance d'autres souverainetés. La commune référence d'un Nous collectif, qui se concrétise, par exemple, par une histoire, un destin, un drapeau, un hymne et, souvent, par une langue, est la marque de la différence. Et à nouveau la différence n'existe que par qu'il y a quelqu'un ou quelque chose – une autre identité - qui ne lui appartient pas.

3. Du point de vue du droit international public, les notions juridiques de citoyen, de frontière et de souveraineté définissent traditionnellement la sphère politique du « Nous » collectif qui assigne, en même temps à chaque ordre juridique une place *relative* dans la communauté internationale : « Entre Etats indépendants, le respect de la souveraineté territoriale est une des bases essentielles des rapports internationaux³ ». Or, la relativité dans l'espace de chaque Etat souverain définit positivement l'exclusivité de juridiction sensu lato sur son territoire - la souveraineté territoriale - mais aussi sans doute une responsabilité - une obligation de protection - vis-à-vis des sujets de droit qui en sont membres et qui sont sous sa juridiction⁴. C'est en ce sens qu'il faut par exemple comprendre l'exigence du respect des minorités par l'Etat dans lequel elles se trouvent. Mais, à nouveau, elle détermine également l'espace à l'égard duquel un ordre juridique peut légalement soutenir qu'il ne peut accepter l'exercice d'une autre puissance étatique sur son propre territoire ; et, corollairement, qu'il ne peut avoir ou qu'il n'a pas nécessairement à assumer de responsabilité particulière à l'égard des membres d'un autre Etat qui ne sont pas sous sa juridiction. On trouve une alternative de ce genre dans un texte très édifiant du XIIème siècle - *La vie de recluse* – écrit par un moine cistercien anglais, Aelred de Rievaulx, à propos de la charité : « Mais la charité se divise en amour de Dieu et en amour du prochain. Et l'amour du prochain se subdivise en innocence (innocentia) : ne faire de tort à personne et en bienfaisance (beneficentia) ; faire du bien à tous ceux que l'on peut⁵ ».

Rappelons ici que l'infraction de non assistance à personne en danger signifie que l'on ne peut pas toujours se contenter de l'innocence. Il est des cas où l'on ne peut se satisfaire de ne pas nuire. Il faut positivement agir pour le bien d'autrui :

³ C.I.J., Aff. du Déroit de Corfou, *Rec.* 1949, p. 35.

⁴ Sur la question de déterminer si la souveraineté implique nécessairement une obligation de protéger les sujets de droit qui sont sous sa juridiction, voy. p.ex. J.M. Thouvenin, Genèse de l'idée de responsabilité de protéger, in *La responsabilité de protéger*, SFDI, Paris, éd. Pedone, 2008, pp. 28 et ss.

⁵ Aelred de Rievaulx, *La Vie de Recluse*, trad. Ch. Dumont, Paris, Cerf, 1961, §. 27, p. 107

car ne rien faire serait mal faire. Il est donc des cas où la charité exige de faire le bien pour éviter de laisser faire le mal. Mais quels sont ces cas ? Voilà la question difficile posée par cette idée d'une responsabilité de la communauté internationale pour créer et maintenir une justice globale⁶.

4. Dans l'affaire du Nicaragua, la C.I.J. a décidé que « L'adhésion d'un Etat à une doctrine particulière ne constitue pas une violation du droit international coutumier ; conclure autrement reviendrait à priver de son sens le principe fondamental de la souveraineté des Etats sur lequel repose tout le droit international et la liberté qu'un Etat a de choisir son système politique, social, économique et culturel⁷ ». Dans l'interprétation très westphalienne de la souveraineté que cette décision exprime, la relativité des ordres juridiques dans l'espace se manifeste par l'indépendance avec laquelle chaque Etat peut promouvoir ses conceptions propres du bien et de la justice. La seule limite est l'égal respect de l'indépendance des conceptions des autres Etats.

Cette relativité liée à la souveraineté est en quelque sorte la seule théorie normative à prétention universelle - disons la théorie « standard » - des relations internationales entre les collectivités étatiques du point de vue du droit international public. Or les problèmes qu'elle pose aujourd'hui sont en définitive très proches de ceux que l'on rencontre lorsqu'il s'agit d'évaluer les raisons et les préférences d'un acteur, par exemple d'un agent économique, ou s'il s'agit d'évaluer ses jugements⁸. Si les raisons invoquées par l'agent sont uniquement relatives à lui, comment asseoir la neutralité d'un jugement par rapport à

⁶ Sur ceci, voy. notamment, Th. Nagel, *The Problem of Global Justice*, *Philosophy & Public Affairs*, 2005, pp. 113 et ss ; J. Cohen and Ch. Sabel, *Extra Republicam Nulla Justitia ?*, *Philosophy & Public Affairs*, 2006, pp. 147 et ss ; A. Sangiovanni, *Global Justice, Reciprocity, and the State*, *Philosophy & Public Affairs*, 2007, pp. 3 et ss.

⁷ C.I.J., *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*, 27 juin 1986, *Rec. 1986*, §.263. Pour une expression systématique de la souveraineté comme ressort essentiel du droit international, voy. p.ex. J. Combacau, *Le droit international, bric-à-brac ou système ?*, *Archives de philosophie du droit*, T.31, 1986, pp. 85 et ss. Un de ses corollaires importants est que toute obligation internationale d'un Etat naît nécessairement du consentement direct ou indirect – mais certain – de celui-ci. Pour une analyse critique de ceci, H. Hart, *The Concept of Law*, Oxford University Press, 1961, chap. X, §.3.

⁸ Il serait également intéressant de mettre en relation cette théorie « standard » du droit international public et la théorie standard de l'économie néo-libérale. Il existe un modèle de souveraineté parfaite - disons un modèle « westphalien » pur - comme il existe un modèle de marché en concurrence parfaite. Mais un marché en concurrence parfaite est aussi idéalisé qu'une société internationale en souverainetés parfaites. Le lien entre les deux modèles et leurs profondes évolutions se manifestent particulièrement bien dans le droit de l'OMC. Les asymétries d'information qui sont une des causes principales des imperfections du marché sont aussi à l'œuvre dans le processus de mondialisation qui se construit par des asymétries de souveraineté créées par les inégalités économiques.

lui lorsque l'évaluateur n'est pas lui ? C'est typiquement les cas de responsabilité en droit. On ne peut évaluer une situation que par des comparaisons successives. Mais pour les comparer utilement, il faut au minimum décrire adéquatement (sélectionner et qualifier juridiquement les faits pertinents) et rendre compatible deux paramètres essentiels du jugement : le « biotope » de l'évaluation, c'est-à-dire le contexte de la situation à évaluer et la position de l'évaluateur d'une part ; et la visée de l'objectivité qui doit nécessairement comprendre une certaine invariance, non seulement pour concilier des points de vue éthiques et politiques opposés mais aussi pour construire une jurisprudence. La jurisprudence n'est autre que de la prudence institutionnalisée par la lente construction d'une grande masse de sujets de droit dont les actions ont un jour été jugées raisonnables ou non raisonnables et pour lesquelles ils ont été tenus responsables parce qu'ils ne pouvaient ignorer les conséquences de leur actions ou de leurs inactions. L'idée de responsabilité est toujours en effet liée à celle d'une norme ancrée dans un savoir contextualisé. D'une certaine manière, la responsabilité répond à la question : que m'est-il permis d'ignorer ? Et la responsabilité en droit répond à la question : que devais-je savoir pour anticiper les conséquences de mes propres (in) actions, quelles étaient les attentes légitimes des victimes ?

Nul doute ici que la globalisation des informations et la rapidité des voies de communication doivent contribuer, normativement, à augmenter le champ des hypothèses d'inerties coupables de la communauté internationale. On ne pouvait pas ne pas savoir les massacres au Rwanda aussi aisément que certains ont pu (ou ont cru pouvoir) ignorer l'organisation industrielle du génocide juif. On ne peut aujourd'hui ignorer les famines en Afrique, qui s'aggravent dans le même temps pourtant où les pays riches y contribuent largement en résistant à toute baisse des subventions pour leurs propres agriculteurs. Ils sont responsables au sens où ils ne peuvent pas ne pas savoir que la distorsion des prix, que les subventions engendrent, annihile toute possibilité de concurrence loyale sur les marchés, du coton par exemple. Mais de quel type de responsabilité *juridique* peut-il s'agir-il s'agir? Le savoir est une condition de la responsabilité dans la mesure où ne pas savoir n'est pas légitime. Mais le droit exige plus. Le dommage doit nous être imputable. Et il nous est imputable parce que nous avons commis un fait fautif qui a engendré le dommage et qu'un lien de causalité entre la faute et le dommage est

réalisé : « Tout fait quelconque qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il a été commis à le réparer » dit l'article 1382.

L'idée même d'une comparaison des utilités entre les choix des acteurs a souvent semblé si imperméable aux réquisits d'un jugement objectif que certains économistes ou philosophes positivistes se sont proposés de l'abandonner. C'est une proposition fort étrange pour un juriste puisque les comparaisons interpersonnelles sont nécessaires à son existence autant qu'à son fonctionnement. Les droits ne reçoivent en effet un sens *réel* que dans une dimension intersubjective. En d'autres termes, la nature et l'étendue des droits subjectifs ne peuvent se comprendre que par des comparaisons interpersonnelles. Toute l'habileté du juriste (comme du philosophe) est de faire des comparaisons utiles entre des situations juridiquement pertinentes pour comprendre les comportements des sujets de droit. Et comprendre signifie ici : saisir les raisons contextualisées du comportement d'un acteur pour pouvoir l'apprivoiser, puis l'intégrer dans son ordre juridique⁹.

Le point essentiel de cette discussion sur le relativisme est que les évaluations des actions individuelles sont fonction de comparaisons intersubjectives et que ce qui vaut pour l'action individuelle n'est en définitive pas très étranger à l'action collective et aux comportements des Etats. La relativité des raisons par rapport à l'agent - qui pose la question de l'impartialité ou de l'objectivité des jugements pratiques est en conséquence assez proche de la relativité des ordres juridiques exprimée par le concept de souveraineté.

5. Or ce sont justement quelques conséquences de cette solution traditionnelle qui posent question. Pensons ces derniers mois aux répressions du gouvernement chinois au Tibet, au désastre humanitaire et à la réponse cynique de la junte militaire au Myanmar ou encore à la farce dramatique du processus électoral au Zimbabwe. Dans toutes ces situations, comme dans beaucoup d'autres guère plus anciennes, la consternation est le levier d'une interrogation renouvelée sur la

⁹ Sur ce point, il semble assez clair que les travaux de M. Nussbaum et A. Sen et leur notion de « capabilities » permettent de rapprocher l'épistémologie du droit et l'épistémologie de l'économie. Par ailleurs, l'idée d'obligations positives, développée par la Cour européenne des droits de l'homme pour réaliser concrètement, hic et nunc, les droits fondamentaux formellement reconnus dans la sphère juridique peut également se lire comme une conversion des biens premiers rawlsiens en capabilities. Ces dernières doivent en effet permettre de jouir réellement de ceux-ci. Sur ceci, voy. notamment, A. Sen, *Ethique et Economie*, Paris, PUF, 2002.

nature du droit et la flexibilité sémantique des règles. Ce n'est pourtant pas, loin s'en faut, un monopole des situations internationales.

L'un des exemples favoris de R. Dworkin, qu'il développe longuement dans *Law'Empire*, est en effet du même type et vise le droit privé. Un héritier qui a tué son grand père peut-il bénéficier de la succession lorsque l'ordre juridique - en l'occurrence le droit de l'Etat de New York en 1882 - ne comprend aucune règle du type : « Sont indignes de succéder, et, comme tels, exclus des successions, 1°/ Celui qui serait condamné pour avoir donné ou tenté de donner la mort au défunt » (art. 927, al. 1 Code civil). Pourquoi les juges ont-ils décidé qu'il y avait dans ce cas une lacune dans l'ordre juridique de l'Etat de New York, si ce n'est par une espèce d'intuition morale que quelque chose d'injuste se préparait si l'assassin du testateur pouvait rester son héritier légitime?

Autre exemple, tiré du droit pénal cette fois, et autre solution, fort critiquée en doctrine française. Un véhicule conduit par une personne sous l'empire d'un état alcoolique heurte Mme Y, enceinte de 6 mois. Suite au choc, elle perd l'enfant qu'elle portait. La Cour de cassation française confirme l'arrêt de la cour d'appel de Metz qui avait relaxé le prévenu du chef d'homicide involontaire. Dans son arrêt, rendu en assemblée plénière le 29 juin 2001, elle a en effet jugé que « le principe de la légalité des délits et des peines, qui impose une interprétation stricte de la loi pénale, s'oppose à ce que l'incrimination prévue par l'article 221-6 du Code pénal, réprimant l'homicide involontaire d'autrui, soit étendue au cas de l'enfant à naître dont le régime juridique relève de textes particuliers sur l'embryon ou le fœtus¹⁰ ».

Le point commun entre tous ces cas vient de ce que la légalité de la règle et la signification un temps bien assise d'un concept sont fragilisées par des situations qui paraissent éthiquement pertinentes pour renouveler la manière dont on pose des questions classiques. En droit international, cette inquiétude éthique s'exprime, notamment, par des débats assez vifs sur la légitimité d'un droit d'ingérence, d'un principe de précaution, d'un droit à l'immigration, d'un droit à la nourriture ou à l'eau potable...

Or, la question posée, du point de vue du droit, est la suivante : dans quelle mesure les concepts juridiques de souveraineté, de citoyenneté ou de frontière déterminent-ils aussi le rayon d'action ou le champ d'application des droits que tous

¹⁰ Cass.fr (ass.pl.), 29 juin 2001, *Dalloz*, 2001, p. 2917, note Y. Mayaud. Sur cet arrêt, voy. notamment, J. Pradel, La seconde mort de l'enfant conçu (à propos de l'arrêt d'Assemblée plénière du 29 juin 2001, *Dalloz*, 2001, p. 2907.

les Autres peuvent attendre du Nous collectif constitutif d'un Etat donné ? Ou encore : de quel type d'universalité peuvent se revendiquer certains droits fondamentaux pour prétendre limiter substantiellement l'autonomie des souverainetés en vue de construire une sorte de société ou de famille des nations ? Ou encore : existent-ils des cercles concentriques de responsabilité ? C'est-à-dire des cas dans lesquels les exigences de solidarité et d'altruisme entre les membres d'une même famille sont plus fortes que celles à l'égard de ses propres concitoyens, exigences qui doivent elles-mêmes prévaloir, le cas échéant, sur celles que nous pouvons avoir à l'égard de tous les autres membres d'une société globale ? Intuitivement et le droit suit largement cette intuition, il est plus condamnable de laisser mourir sa mère de faim que d'éluder un impôt levé par l'Etat pour financer une meilleure politique de la santé et éluder l'impôt est juridiquement condamnable alors que ne pas soutenir financièrement les activités des ONG ne l'est pas. Cela ne signifie pas que nous n'avons aucune obligation morale à l'égard des personnes qui se situent loin de l'épicentre des cercles concentriques ni que cet épicentre est définitivement stabilisé dans le temps et l'espace. Les impératifs de justice ne reposent pas dans l'existence ou non des Etats. Par contre, il semble difficile de nier que la validité des *normes juridiques* qui peuvent contraindre les particuliers à exécuter des obligations de justice distributive requiert au moins l'existence d'un ordre juridique étatique.

Le type d'universalité minimalement requis semble être que nous pouvons tous considérer que nous partageons, fût-ce minimalement, un même monde, la même humanité. Et cette commune humanité ou cette communauté de destins se révèle à nous plus violemment qu'auparavant par le fait de la mondialisation des problèmes environnementaux ou de l'économie de marchés. La mondialisation relativise cette fois non pas sans doute les termes mais bien la portée de l'arrêt Nicaragua. Quel choix un Etat a-t-il réellement de ne pas adhérer aux règles juridiques de l'OMC ? La violence de l'économie de marchés reflète pour les uns ou impose pour les autres des batailles plus feutrées, mais pas moins violentes, pour faire prévaloir les règles de son propre ordre juridique. On aperçoit alors combien les ordres juridiques internes - les droits nationaux - sont des biens que les Etats puissants tentent âprement d'imposer aux autres. Imposer son droit, c'est bénéficier d'un avantage comparatif considérable par rapport aux ordres juridiques concurrentiels et à leur économie.

6. Il n'est pas nécessaire d'être altruiste pour s'inquiéter des autres. Parfois, nous ne pouvons pas même choisir d'être altruiste. Nous le sommes naturellement, « animalement », comme lorsque nous relevons spontanément un enfant qui souffre¹¹. Mais parfois nous pouvons le décider, lorsque nous délibérons sur nos raisons d'agir dans un sens altruiste plutôt que dans un sens égoïste. Mais les motifs de nos actions altruistes, comme le notait Kant, peuvent être aussi égoïstes. L'évolution de l'économie internationale semble même l'attester: il vaut mieux tenter de trouver des arguments égoïstes pour nous convaincre qu'on ne peut rester indifférent au sort d'autrui. Ainsi, un Etat peut privilégier une politique d'immigration « choisie » pour des raisons économiques telle qu'une pénurie de main d'œuvre dans un secteur particulier ; ou on peut aider des Etats en voie de développement dans l'espoir que certaines de leurs populations renoncent à s'installer ou à se regrouper dans les pays développés ; on peut encore aider des pays touchés par des catastrophes naturelles pour favoriser la conclusion de contrats ou la reconnaissance politique etc. Toutes ces raisons plus ou moins cyniques sont connues. Ce n'est pas cependant une forme de l'argument de la main invisible que je vise ici. Cet argument soutient en effet que si chaque acteur économique pense à maximiser sa propre utilité, en restant indifférent à tous les autres, la somme des effets de tous les comportements économiques des acteurs augmentera de manière telle qu'elle sera nécessairement optimale pour le plus grand bien être de tous.

L'idée que je voudrais défendre ici est plutôt que la transgression de certaines normes ou de certains droits par certains régimes politiques heurte *aussi* des victimes indirectes, celles de tous les hommes qui connaissent l'existence de l'oppression d'autres hommes et qui la subissent indirectement *parce qu'ils ont besoin d'eux pour construire leur propre humanité*. L'idée fondamentale est ici celle de réciprocité. Tout altruisme peut se lire comme de l'égoïsme déguisé dès lors qu'il repose en général sur des attentes de réciprocité. En ce sens, nous avons tous un

¹¹ Sur ceci, voy. par exemple les travaux de Fr. de Waal sur les systèmes sociaux des grands singes que nous sommes aussi dans une large mesure : *Le singe en nous*, Paris, Fayard, 2006 ; Fr. de Waal et P. Tyack (ed.), *Animal Social Complexity*, Harvard University Press, 2003.

intérêt commun à lutter contre certaines injustices car elles blessent non seulement leurs victimes directes mais aussi notre commune humanité avec eux¹².

Or, ce qui s'est manifesté par la mondialisation est un retour très englobant à une division du travail politique, économique et social international, nourrie par les échanges entre les nations et altérant toute identité possible entre les idées de souveraineté, d'autarcie et d'indifférence entre les peuples. La rapidité et le réalisme des moyens de communication moderne renforcent considérablement un sentiment d'appartenance à un monde commun que les échanges commerciaux entre les peuples développaient depuis des millénaires. Mais à son tour, cette division du travail engendre aussi un certain désinvestissement de l'Etat ou, à tout le moins, une perte de son monopole d'aider et de protéger. Les sujets de droit de l'Organisation mondiale du commerce sont certes, formellement, les Etats qui la composent. Mais les acteurs des échanges commerciaux internationaux sont des sujets de droit privé - les sociétés commerciales - dont les chiffres d'affaire sont parfois supérieurs au budget des Etats les moins développés. Les négociations commerciales au sein de l'Organisation dissimulent mal les inégalités économiques et les rapports de force déséquilibrés entre des Etats réputés « également souverains » tandis que les procédures engagées devant l'Organe de Règlement des Conflits (ORD) de l'OMC montrent souvent à quel point les Etats sont instrumentalisés par des sociétés commerciales qui protègent essentiellement leurs intérêts privés.

A nouveau, si la souveraineté est considérée comme un concept statique on se plaindra des nouvelles significations qu'on lui attribue. Mais si la souveraineté est analysée du point de vue de la dynamique des relations (commerciales) internationales, on ne sera heureusement pas obligé de se réjouir du tournant sémantique qu'elle prend. Mais on se méprendra en y voyant une nouveauté radicale.

7. On pourrait soutenir que chaque fois que la légalité d'une norme est soumise à une critique de sa légitimité, c'est en définitive que son « indexicalité politique » est mal ajustée ou n'est pas appropriée. On entend par là que la norme adoptée ne rencontre pas tous les intérêts légitimes de l'ensemble de ses destinataires

¹² Sur ceci, voy. p. ex., Ph. Coppens, Du droit de punir : par humanité ?, *Revue générale de droit*, Faculté d'Ottawa, 2005, pp. 403-439.

potentiels. C'est par ce biais que je voudrais appréhender les liens entre l'indexicalité politique et les politiques d'indexicalité dont parle H. Lindhal.

L'adoption d'une règle juridique par un pouvoir habilité constitue un choix collectif et institutionnalisé d'action. Mais l'auteur d'une norme l'adopte toujours en interprétant d'autres normes, d'autres règles, d'autres principes. Le droit objectif définit les conditions qui permettent aux sujets de droit de créer des droits subjectifs ; les lois et décrets ne sont valides, minimalement, que si elles respectent des normes de compétence institutionnelle ; des décisions juridictionnelles doivent se fonder sur des moyens de droit, sans préjuger ici de ce qu'on entend par « droit ». Pour faire bref, une règle d'action ne peut être créée par un acte de volonté qui se proposerait d'agir *tabula rasa*.

Tabula rasa ne signifie pas seulement : « en dehors de toutes les règles formelles d'un ordre juridique ». Car c'est un des acquis des travaux de Wittgenstein et de Hayek que des raisons participent à la formation et à l'interprétation des règles d'action qui ne peuvent cependant être pleinement rationalisées car elles nourrissent l'émergence lente à construire, difficile même à discerner, d'un ordre spontané. L'ordre juridique participe donc à une histoire et ne la maîtrise que très superficiellement. Le droit appartient à une culture tout en contribuant à sa constitution.

Mais, précisément, un des enjeux fondamentaux auquel le droit interne doit faire face et que le texte de H. Lindhal tente d'analyser vient de la transformation d'une société relativement uniforme en une société multiculturelle. Plus généralement, l'ordre international public doit affronter le problème de savoir si les nouvelles relations que les communautés politiques ont développées les obligent, d'une manière ou d'une autre, à être solidaires d'autrui. Les questions de justice distributive se limitent-elles à la sphère étatique traditionnelle du « We The People... » ou s'étendent-elles dorénavant à l'ensemble de la communauté internationale ? Les politiques d'indexicalité se modifient-elles par les effets de la mondialisation socio-économique ? Les Etats souverains ont-ils créé, qu'ils le veuillent ou non, de nouvelles obligations qu'ils doivent à présent assumer à l'égard d'autres peuples ? D'un point de vue économique, la mondialisation signifie que la multiplication des échanges de biens, de services et de capitaux, engendrée par le raccourcissement du temps et de l'espace dû aux nouveaux moyens de communications et le développement des nouvelles technologies a une vocation à

l'universalité¹³. Mais la mondialisation des marchés économiques et la connaissance qu'on a de certaines situations catastrophiques dans le monde transforment-elles le droit et les obligations des Etats ? Quel statut réserver à l'autonomie de chacun et de chaque Etat lorsque nous partageons tous – fût-ce sans avoir voulu savoir – la connaissance des souffrances subies par d'autres communautés humaines? Peut-on par exemple traduire, dans l'ordre juridique international, une forme de non-assistance à personne en danger qui oblige précisément d'agir lorsqu'on ne peut pas ne pas savoir qu'un dommage, une souffrance est à portée de mon action ? Que signifie *juridiquement* - c'est-à-dire autrement que sous une forme purement incantatoire - que la passivité des Etats riches devant les famines dans le monde est une violation massive des droits de l'homme ?

A nouveau, la notion de frontière apparaît comme un vecteur essentiel. L'idée moderne de frontière est née au XVIème siècle, en même temps que la notion d'Etat. Elle a délimité, pendant très longtemps, l'idée d'un Etat-Nation, c'est-à-dire d'un peuple partageant une culture dans un espace géographique donné. Le droit international public se donnait alors pour tâche de garantir ou, dirais-je, d'imperméabiliser les différents Etats contre les atteintes éventuelles à leur souveraineté. Or, si cette notion de souveraineté constitue encore aujourd'hui le noyau du droit international public, une coopération accrue entre les Etats et des délégations de souveraineté au travers d'accords régionaux comme l'Union européenne ne sont plus ressenties comme des atteintes perfides portées à sa virginité. Le grand mouvement du droit international contemporain part d'une perspective isolationniste et se dirige vers une plus grande coopération entre les Etats. En cela, il est remarquable qu'il épouse les mêmes formes que la théorie économique contemporaine, même si ce n'est pas vraiment un hasard. Depuis ses origines, le droit international a d'abord suivi les comptoirs économiques sur les rivages de la Méditerranée, de l'Asie, et des Amériques. Les processus sociaux de l'économie internationale, comme ceux de la microéconomie d'ailleurs, reposent sur les frontières ou les limites de la connaissance (the boundaries of knowledge) de chaque acteur économique, qu'il soit juridiquement un Etat ou un sujet de droit privé. Or, s'il ne peut exister de droit international sans quelques divisions de l'espace, on ne peut pas penser une société économique sans division du travail. La

¹³ Ce qui la distingue de la Révolution industrielle qui est apparue comme une forme de globalisation essentiellement européenne, engendrée par le perfectionnement des transformations de la chaleur en travail (machines à vapeur).

division du travail naît non seulement des limitations cognitives universelles de la raison formelle mais aussi de la position matérielle relative, dans le temps et l'espace, des acteurs économiques particuliers. En ce sens, la division du travail social est indépassable. Elle est simplement l'expression d'un corps situé dans un espace et un temps institutionnalisés au sein duquel et par lequel j'agis dans le monde. En conséquence, la division du travail requiert un partage des connaissances par la coopération entre les sujets de droit, c'est-à-dire une redistribution continue des informations.

8. Les règles juridiques constituent avant tout des informations par lesquelles on peut utilement comprendre les mots et les choses pour se diriger dans le monde. Leurs fonctions sont multiples : elles sont en effet à la fois des déterminants de l'action rationnelle, des critères de compréhension des interactions entre les personnes et des normes de coordination des actions individuelles. On pourrait résumer le point de convergence de toutes ces fonctions en disant que l'action rationnelle est celle qui anticipe, autant que faire se peut, l'incertitude. « Autant que faire se peut », c'est-à-dire eu égard à l'ancrage anthropologique de l'action caractérisée par les limitations cognitives qui conduisent nos délibérations sur nos meilleurs choix d'action. Mais, du point de vue intersubjectif des interactions entre individus, le point essentiel est que la détermination d'une action comme rationnelle ou irrationnelle repose nécessairement sur une interprétation normative. Les normes constituent donc à la fois des informations grâce auxquelles nous agissons et, du point de vue économique, des ressources rares ; et des outils indispensables pour la qualification de la rationalité des actions.