

Comparer les droits, résolution

sous la direction de
Pierre Legrand

Publication réalisée avec le soutien
de la Mission de recherche Droit et Justice



Presses Universitaires de France

Au lieu de soi

Pierre LEGRAND

« Il me semble important qu'on se débarrasse du *Tout*, de l'Unité, de je ne sais quelle force, de je ne sais quel absolu [...]. Il faut émietter l'univers, perdre le respect du *Tout* : reprendre comme proche et comme nôtre ce que nous avons donné à l'inconnu et au *Tout*. »

Friedrich Nietzsche¹.

Publié, ce livre a déjà sa présence bien à lui. Il existe « à part » ses auteurs et son directeur. Il fait sa vie. Il voyage. Il se dissémine. Il est cité ou ignoré – deux manières *puissantes* pour lui de compter. Et puis, il aura son âge. Son « identité » se stabilisera. Certaines de ses lacunes seront devenues familières, certaines de ses qualités attestées. « Notre » livre, cela sera aussi – et, à certains égards, *sur-tout* – « ce » livre, le recours au déictique voulant marquer la désappropriation qui intervient nécessairement après le sevrage et qu'amplifiera le passage du temps. À terme, ce livre se situera dans le « là » de ce qu'en disent ou font les autres beaucoup plus qu'il ne se sera jamais trouvé dans l'ici du « nous » qui l'aurons pensé et écrit. Du moins, et puisqu'il sera question de traces, est-il possible de désigner certaines balises, de proposer un état des lieux.

On aura constaté que c'est par une épigraphe accompagnant une préface que *commence* ce livre. Mais ce « commencement », tout conventionnel soit-il, ne se laisse pas replier sur le sens relevant de la stricte linéarité chronologique qu'on

1. Friedrich Nietzsche, *La volonté de puissance*, sous la dir. de Friedrich Würzbach, trad. par Geneviève Bianquis, Paris, Gallimard, 1995, II, § 489, p. 184 [les italiques sont du traducteur] († 1901) [« *Es scheint mir wichtig, daß man das All, die Einheit los wird, irgendeine Kraft, ein Unbedingtes (...). Man muß das All zersplittern : den Respekt vor dem All verlieren : Das, was wir dem Unbekannten und Ganzen gegeben haben, zurücknehmen für das Nächste, Unsere* »] (les italiques sont de l'auteur).

12 *Pierre Legrand*

imagine trop facilement. Il s'agit, en effet, d'autre chose qu'une simple inauguration. C'est que cette intervention se nourrit inévitablement de l'épais terreau des publications, réelles ou imaginaires, venues antérieurement dans le champ des études juridiques comparatives. C'est par rapport à ces antécédents, qui continuent à parler à travers lui sous la forme de souvenirs fragmentaires, de lectures dont il est donc la mémoire, fidèle ou imaginative, que ce « commencement » se manifeste. C'est en réaction à ces souvenirs de textes qu'il s'engage. Que ce soit en raison des thèmes, par l'entremise des idées ou au moyen des mots, épigraphe et préface participent ainsi, quoiqu'en sourdine, de cet ailleurs dont elles procèdent : elles *en* sont, et ce faisant en portent la survie. C'est dire qu'épigraphe et préface, en tant qu'elles prolongent d'autres discours qui les traversent de part en part, se font intrinsèquement métissées, qu'elles recèlent de l'altérité jusque dans leur constitution même, qu'elles sont faites des mots des autres. Sauf à dissimuler son non-dit, ce « commencement » se révèle donc, en tant que tel, *impossible*. Il se fait toutefois *nécessaire*. Car il faut bien expliquer ce que ce livre tente de *pro-signifier*, étant entendu que son insurmontable inachèvement – que veut démontrer, par exemple, la présence en guise de non-conclusion d'une étude historique – n'allait pas épuiser quelque dire que ce soit. En tout cas, il n'était pas question d'étaler une nouvelle classification des droits, selon qu'ils peuvent être dits de type A, B ou « non-A, non-B » et il était au moins aussi inenvisageable de se contenter de juxtaposer des décisions de diverses cours suprêmes en matière de droit de ceci ou de cela.

Pour l'énoncer en souriant et immodestement, voici, selon la perception certes insaturable que j'en ai, la dynamique exigeante, inédite et inouïe, à l'amorce du projet d'ouvrage qui, au terme de quelques années de *travail*², se concrétise sous la forme de ce rassemblement d'essais.

Empêcher le convenu, plus d'une fois.

2. « Travail : ce qui est susceptible d'introduire une différence significative dans le champ du savoir, au prix d'une certaine peine pour l'auteur et le lecteur » : Michel Foucault, « Des travaux », dans *Dits et écrits*, sous la dir. de Daniel Defert et François Ewald, Paris, Gallimard, 1994, IV, p. 367 [1983].

Réunir des universitaires – surtout pas n'importe lesquels – qu'a requis une comparaison revendiquant une certaine attitude.

Suivre deux fils conducteurs subversifs, au moins.

Empêcher le convenu, une première fois, c'est-à-dire, en tout cas, déterritorialiser, désabsolutiser, détotaliser, dépositiviser, dérégler, démonter le droit français tel qu'il continue à se penser le plus souvent. S'émanciper, ainsi, du dressage auquel l'a assujéti l'institution, prévisiblement situable du côté de l'orthodoxie, lorsque l'étudiant qu'a été le professionnel a voulu apprendre le droit afin de se doter d'une identité sociale et qu'on l'a enfermé dans un savoir normé et normalisant – l'interminable devenir généralisateur et apodictique du droit français, de sa nomenclature et de sa métrique – ayant notamment pour objet de tenir lieu de structure anticipatrice panoptique gouvernant sa réflexion et contraignant son comportement. Qu'il suffise de rappeler brièvement les modalités d'un pacte institutionnel visant la colonisation de la psyché à ce point banalisé, et pourtant si violent, qu'on y aura souscrit sans même en avoir eu conscience (ou à peine).

Il était donc question de devenir juriste d'entreprise, avocat, magistrat ou professeur de droit. L'accomplissement de ce désir d'existence sociale ne pouvait toutefois se passer, d'un point de vue pratique, de l'acquisition d'un diplôme valant reconnaissance officielle d'une compétence juridique. Mais en l'absence de don, c'est-à-dire vu l'impossibilité d'un geste qui serait véritablement gratuit, il faut bien chercher la contrepartie à l'octroi de l'incontournable diplôme. Et celle-ci se situe du côté de la soumission de l'étudiant à l'institution (aux contours à la fois déterminés – en son espace restreint et claustrophobe, la faculté de droit existe et on sait où la trouver – et indéfinis – qui au juste fait partie du corps enseignant et à quel titre ?). L'institution réclame en effet cette subordination, s'y attend et appréhende une telle manifestation de docilité comme une valorisation de son capital de crédibilité – son statut social à elle étant précisément tributaire de l'autorité qui en émane, c'est-à-dire, en fin de compte, de l'obéissance qu'elle suscite.

L'étudiant qui « consent » à engranger les définitions, catégorisations, règles et autres épigrammes que lui répètent

14 *Pierre Legrand*

incessamment les redondeurs agrégés inscrits dans la grande rivalité d'un mimétisme post-byzantin apparemment indéfiniment reproductible et qui « accepte » de les leur rendre, immaculés, le jour de l'examen venu, cet étudiant, donc, acquiesce au renoncement à quoi que ce soit qui pourrait ressembler à une pensée personnelle durant son apprentissage du droit. Sacrifiant l'individuation de la pensée à son insertion primordiale dans le champ juridique pré-individuel et méta-stable, admettant la dynamique allagmatique, il se montre disposé à penser comme « on » pense et comme on « doit » penser lorsqu'on est étudiant en droit. Il y va d'une opération d'être inscrite dans un réseau énigmatique formant indissociablement monde, qui fait qu'on ne peut plus se faire entendre que dans l'expérience pré-identitaire et trans-individuelle du droit-au-monde. Réceptif, l'apprenti-juriste admet l'expropriation du soi à laquelle l'institution le contraint et s'incorpore la boîte à outils épistémologique dont on lui inculque le maniement à la cénobie en lui faisant notamment valoir, plus ou moins expressément, l'« argument » temporel. Telle définition ou telle catégorie ou telle règle valent en ce qu'elles sont le fruit d'un processus de transmission plus ou moins sacralisé, qui nous reconduit aux efforts de systématisation des juriconsultes romains. Face à la révérence que paraît devoir commander ce phénomène de sédimentation cognitive, devant la force de répétibilité du droit, la critique d'un étudiant ne saurait faire le poids. Faut-il s'étonner, dès lors, qu'elle ne soit pas même sollicitée ? Selon une logique en vertu de laquelle le maître est une bouche qui lit et les étudiants des mains qui transcrivent, la résistance n'a tout simplement pas sa place. Et dans la mesure où on convie l'étudiant non plus à transcrire, mais à écrire – ce qu'on ne fait d'ailleurs que rarement –, il y aura lieu pour lui d'écrire sur le déjà-écrit, soit de se livrer à un commentaire dont le mérite sera jugé à l'aune de sa capacité à synthétiser le texte faisant l'objet de son propos, c'est-à-dire à le dupliquer en le ré-organisant (et à ce faire, faut-il le préciser, selon des formes elles-mêmes rigoureusement prescrites, qui excluent notamment l'expression à la première personne du singulier : un juriste français n'écrit pas « je », car cela serait *inconvenant*).

Pour l'étudiant, l'obtention de bons résultats, voire d'une mention, passe donc par la neutralisation ou l'effacement du soi, c'est-à-dire, si l'on veut, par la mise en scène d'un soi institutionnalisé à l'encontre du soi pré-institutionnel. Entraîné par le désir d'être-juriste, voué à l'institution qui détient la promesse de son existence sociale dans la durée, l'étudiant intériorise l'injonction institutionnelle et abdique sans état d'âme toute prétention à l'individualité. Il s'engage dans une voie qui est celle de la renonciation à sa voix. Paradoxalement, l'accès à l'identité sociale, soit à la reconnaissance et au pouvoir qui la caractérisent, passe ainsi pour l'étudiant par un processus de profonde *désidentification*, autrement dit, par une spectaculaire *ré-identification*. Non seulement l'étudiant s'assimile l'institution dépersonnalisante, qui le pénètre, qui vient s'incarner en lui, mais à force de continuer dans son impouvoir, il finit par se penser dans l'institution, par se fondre dans l'institution, par *en être*, jusqu'à s'approprier l'usage du nom de l'institution comme marqueur de son appartenance à l'institution, mais aussi comme signe de sa propre identité sociale. Selon une logique intrinsèquement antinomique d'exhibition/dissimulation de son aliénation en vertu de laquelle appartenir, c'est devenir, l'étudiant se transforme ainsi en diplômé *de la Sorbonne*, avocat *au Barreau de Paris* ou quoi encore. Aliéné à l'institution, le juriste s'affirme dans la reconnaissance que lui témoigne l'institution. Il est agi.

Si ce phénomène de construction identitaire conduit le juriste jusqu'à souhaiter adjoindre le nom de l'institution à la dissémination de sa propre signature – à l'instar du « sur-moi », il y aurait quelque chose comme la « sursignature » –, il faut néanmoins se demander comment il doit pouvoir être possible, d'une manière ou d'une autre, de le rétablir dans (une partie de) son individualité³. Il serait question, par exemple, de mettre en jeu une force différentielle fracturant

3. Il s'agit d'une « individualité » qui n'est pas celle qu'on a pensée avant les recherches philosophiques reconceptualisant l'individu en tant qu'être « singulier pluriel » et en configurant donc l'appartenance au moyen de notions comme la « jectité » (« *Geworfenheit* »), le « pré-entendement » (« *Vorverständnis* ») ou la « trace ». Cf. Antonin Artaud, « Textes contemporains de la séance au Vieux-Colombier », dans *Œuvres*, sous la dir. d'Évelyne Grossman, Paris, Gallimard, 2004, p. 1176 : « Vous vous croyez seul / ce n'est pas vrai / vous êtes une multitude » [1946].

16 *Pierre Legrand*

ou dématérialisant les structures rigides de l'identité unitaire au fondement du système institutionnel de construction de l'individu que l'ordre établi s'est appliqué à consolider au moyen de la reproduction du dire et du faire. Il s'agirait, pour aller à l'essentiel, de permettre au juriste d'échapper à l'emprise dévitalisante de ce droit et de l'immense refoulement qu'il commande, dont on lui a appris à être épris – car il fallait aussi l'aimer¹, de se soustraire à la matrice disciplinaire (le mot « discipline », ne l'oublions pas, a déjà voulu dire « châtiment » et « instrument de flagellation »). Il y aurait donc lieu – j'y reviens – de déterritorialiser, désabsolutiser, détotaliser, dépositiviser, dérégler, démonter le droit français comme il s'est installé, en tout cas en ses entours épistémologiques, et ce en vertu d'une liberté de penser qui doit bien, malgré tout (c'est-à-dire malgré le droit envahissant), affirmer sa présence, autoriser une réappropriation de soi du juriste, de son individualité agissante, au nom, du moins, d'une certaine idée de l'*humanisme-en-droit*. Et c'est ainsi que se manifesterait le refus de s'en tenir à une lecture et à une écriture du droit qui reproduisent interminablement, sans les bousculer autrement qu'analytiquement – c'est-à-dire, *au fond*, pas du tout –, les définitions, catégories, règles et autres « *sound bites* » dont elles ont hérité, lesquelles, comme il convient à des schémas à vocation institutionnelle, se sont obstinées, à coups de tabous paralysants et de censures selérosantes, à interdire l'invention d'un nouvel idiome.

Puisqu'un discours juridique intervient à un moment où, hormis l'interprétation qui en reste à faire (ce qui n'est évidemment pas la moindre des choses !), toutes les opérations qui comptent ont déjà été effectuées avant lui – car un discours juridique ne fait que redire ce qui a déjà été dit et ne constitue donc qu'une surface de traduction pour des pensées, des angoisses, des désirs plus ou moins conscients –, une stra-

1. Pour le professeur, il s'agit de faire aimer le droit par l'étudiant comme on lui a déjà appris lui-même à l'aimer. Il est bon pour le professeur que l'étudiant aime le droit, puisqu'en l'aimant il est appelé à en respecter l'agent (qui n'est autre, bien sûr, que le professeur lui-même). Et puis, le professeur en est devenu convaincu : le droit est aimable. Ne s'agit-il pas de l'ordre institué, c'est-à-dire de l'ordre qui se fait garant à la fois du bon fonctionnement de la vie sociale et des libertés individuelles ? Et on ne l'aimerait pas ce droit, alors même qu'en tant que juriste on est notamment appelé à se situer si avantageusement dans ce dispositif social qu'il conforte ?

tégie d'empêchement implique au premier chef qu'on détecte et diagnostique à travers cette formation discursive, le recelé, l'occulte, soit l'envers de la rectitude annoncée (au sens de ce qui est affiché comme étant conforme à la raison, comme exact, comme vrai, comme juste, comme *droit*). Il y a lieu, autrement dit, de procéder à un démantèlement structurel, ce qui signifie quelque chose comme une dénaturalisation de la naturalité supposée. Parce qu'il est question de *connaissance*, et sauf à penser que le droit ne pourrait s'expliquer que par le droit et sauf à ne reproduire dès lors que le discours que le droit tient à propos de lui-même *in secula seculorum*⁵, il faudra bien que cette démarche renversante passe par d'autres formations discursives.

Visant à récuser la présupposition de suffisance, à élucider ce qui a été voilé, à mettre au jour un supplément d'information réprimé, l'interdisciplinarité, tout alterdisciplinarité qu'elle soit, s'affiche d'abord – et certes paradoxalement – comme une pensée du texte plutôt qu'en tant que pensée (de surplomb) sur le texte. Bien sûr, l'interdisciplinarité vient interroger ceux qui, prétendant confiner un texte à sa seule surface graphique, veulent oublier que ce qui est en cause, c'est d'abord une configuration à caractère rhizomatique (à Rome, le « *textor* » était un tisseur). Mais en cherchant à se soustraire à l'exégèse, en affirmant qu'en matière de dicibilité, la présence graphique du texte n'a pas vocation intrinsèque à être privilégiée par rapport au non-dit du texte, dès lors à tout le moins tout aussi présent que son dit, l'interdisciplinarité, d'une certaine manière, ne sort pas du texte, puisqu'elle entend mettre au jour la foulditude de traces discursives – historiques, épistémologiques, économiques, politiques, linguistiques, disons, *culturelles* – qui le hantent et qui, irré-

5. Pour une telle conception, voir par exemple Immanuel Kant, *Critique de la faculté de juger*, trad. par Alexis Philonenko, Paris, Vrin, 1993, § 68, p. 309 : « Toute science est elle-même un système : [...] on doit [...] y travailler [...] comme s'il s'agissait d'un édifice existant pour lui-même, et la traiter [...] comme un tout en soi » [1790] (« *Eine jede Wissenschaft ist für sich ein System : [...] man muß mit ihr, als einem für sich bestehenden Gebäude [...] zu Werke gehen, und sie [...] als ein Ganzes für sich behandeln* »). Mais voir Nietzsche, *op. cit.*, note 1, § 242, p. 111 : « [E]st-il vraisemblable qu'un instrument puisse critiquer sa propre efficacité ? » (« *ist es wahrscheinlich, daß ein Werkzeug seine eigene Tauglichkeit kritisieren kann ?* ») (les italiques sont de l'auteur).

18 *Pierre Legrand*

ductiblement, le constituent comme texte (un texte juridique existe en tant qu'il est hanté par des traces culturelles et, ce qui est une autre manière de dire les choses, l'existence d'un texte juridique qui ne serait pas hanté par des traces culturelles, qui serait, pour ainsi dire, *in der Luft*, relève du non-sens : il s'agirait d'un texte à proprement parler dépourvu de sens). Partant de là, de ce « là » même que la trace nous convie à repenser, et puisqu'il nous faut donc apprendre à vivre avec des fantômes, le projet interdisciplinaire, sans nul doute désarçonnant, s'impose. Il peut toutefois adopter plus d'une forme, comme en témoigne cet ouvrage. Si les juristes-comparatistes y font une place à l'articulation de perspectives venues d'autres disciplines pour jeter un éclairage sur le droit (on traite de linguistique, d'études religieuses, de littérature, de philosophie, d'anthropologie, de traductologie, de sociologie, d'économie et d'histoire)⁶, des contributeurs (dans le silence, que ferait la comparaison ?) issus d'autres horizons disciplinaires proposent des réflexions comparatives inscrites dans la singularité de leurs divers champs – littérature, sociologie, philosophie, études religieuses – qui, *en tant que telles*, se font pertinentes à l'interpellation du droit.

Il est ainsi question d'un *pas*, mot qui évoque à la fois les idées de « négation » et de « démarche ». Il va sans dire que cette négativité ne relève ni de l'obstructionnisme ni du pessimisme qu'on associe aux individus foncièrement revêches ou apathiques. Ce qui est en cause, c'est plutôt le refus d'entrer dans une certaine « réalité »⁷, c'est-à-dire la formulation d'un contre-discours qui vient nier le positivisme juridique, comme le formalisme et le scientisme qui en sont parties prenantes, qui vient dire que le droit est pluriel et façonnable, qui vient affirmer, selon une formule d'Émile Durkheim qu'on peut vouloir citer sans pour autant adhérer à sa cosmologie sociologique, que « [p]our qu'on pût postuler l'existence

6. À cet égard, la question de la compétence me paraît *grosso modo* se résoudre dans le sens de l'heureuse formule de Gayatri Spivak, qui écrit : « Je ne suis pas assez savante pour l'interdisciplinarité, mais je peux briser les règles » : Gayatri C. Spivak, *A Critique of Postcolonial Reason*, Cambridge, Harvard University Press, 1999, p. xiii [« I am not erudite enough to be interdisciplinary, but I can break rules »].

7. Cf. Jacques Ellul, *Histoire des institutions*, 9^e éd., Paris, PUF, 1982, III, p. 27 : « Le droit devient une sorte de réalité imposée au donné social, le mettant en forme, et finissant en somme par devenir plus "vrai" que les faits. »

d'une idée *du droit*, il faudrait que *le droit* existât, or ce qui existe [...], ce sont les droits »⁸. En ce sens-ci, le « pas » qui s'affirme renvoie donc à la pérégrination, mais aussi à une déposition ou à une dis-position ou à une ex-position du positivisme, des positivistes et du *Zeitgeist* positiviste. Il permet d'illustrer l'importance du rôle transgressif et progressiste de l'interdisciplinarité, qui, rejetant la discipline disciplinaire, revendique son indiscipline en matière de production de la connaissance juridique, mot à mot, phrase après phrase, paragraphe par paragraphe, afin d'entraîner un passage vers un « par-delà-ce-qui-a-été-et-ce-qui-a-été-voulu-comme-devant-être-ainsi-et-surtout-rien-d'autre ».

La remise en cause de la positivité ne saurait toutefois s'arrêter à l'*enculturation* du droit local dont se réclame le projet interdisciplinaire, car si l'on s'en tenait à cela on n'aurait dénaturisé que *jusque-là*. En tout cas, on resterait prisonnier de la gouvernementalité du droit posé – de la gouvernance des mentalités qu'impose le droit posé – en ce qu'on continuerait à (vouloir) oublier qu'un droit, n'importe lequel, n'est jamais posé que localement et ne s'impose jamais que localement. C'est que le droit posé constitue, au premier chef, un positionnement, une prise de position⁹. Et ceci signifie notamment qu'une autre stratégie était possible – le dévoilement de la contingence du droit ressortissant cependant à la mise en jeu de l'altérité de ce droit, c'est-à-dire de l'introduction d'autres droits dans la réflexion juridique locale. Il s'agit donc d'effectuer une déclausturation du droit d'ici pour en montrer la relativité par rapport aux droits d'ailleurs : empêcher le convenu une autre fois, donc.

À ce stade, le « pas » compris comme démarche contraire, soit comme signe d'insatisfaction et aussi comme ressource¹⁰, autorise, par-delà les différentes possibilités interdisciplinaires reprenant le droit local selon diverses matrices théoriques

8. Émile Durkheim. *Textes*, sous la dir. de Victor Karady. Paris. Éditions de Minuit. 1975. I, p. 240 [les italiques sont de l'auteur] (1893).

9. Cf. Jean-Paul Sartre. *Critique de la raison dialectique*. Paris. Gallimard. 1960. I, pp. 117-118 : « La mystification suprême du positivisme, c'est qu'il prétend aborder l'expérience sociale sans *a priori*, alors qu'il a décidé au départ de nier une de ses structures fondamentales », c'est-à-dire, selon moi, la culture.

10. Qu'il s'agisse d'un refus ou d'une incapacité de se sentir chez soi chez soi, je ne dis pas que le comparatiste n'existe qu'à travers son mécontentement.

20 Pierre Legrand

– dont, au premier chef, le schéma féministe –, une mise en scène de l'altérité juridique. L'autre droit, c'est encore le seul point où s'ouvre quelque chose qui pourrait participer d'un dehors. Sans minorer la critique féministe, car elle est à tout le moins impérativement requise, je retiens ainsi comme forme de l'engagement en droit, convoqué par l'*irréductibilité* de l'altérité, c'est-à-dire par la *primordialité* de l'autre droit, ce qu'on appelle, selon les étiquettes reconnues, les études juridiques comparatives ou la comparaison des droits¹¹, manières plutôt classiques de désigner l'expérience tantôt jubilatoire, tantôt affolante de l'affranchissement de la limite que représente la pensée hors-de-soi (ou, en tout cas, hors-de-soi-en-droit). Je ne dis pas qu'on puisse se déprendre de soi-même. Ce n'est pas ce genre d'utopie qui mérite l'attention. Mais je tiens qu'on doit pouvoir outrepasser l'état de huis-clos dans lequel on se retrouve.

Primordialité de l'autre droit ? Oui. J'y reviens. Il ne s'agit certes pas de prétendre que le déracinement puisse jamais être total. Le « je » / « nous » juridique ne s'abolit pas au gré d'un simple geste de déliaison visant à l'arracher à ses complaisantes assises assertoriques et à ses paisibles attitudes affirmatives. Plus retors qu'il n'y paraît, il persiste à ne pas me relever du devoir d'être moi. Si la comparaison peut constituer une entame au sens d'« initiation » (soit en tant qu'elle autorise « autre chose »), elle ne peut donc pas être une entame au sens de « coupure » (c'est-à-dire en tant qu'elle nous permettrait de « couper » avec notre pré-entendement). On aborde le nouveau (c'est-à-dire l'autre) sans pouvoir se libérer de l'ancien (soit nous-même). On entame/initie sans pouvoir entamer/couper. Bref, on entame sans pouvoir entamer (ou on compare sans pouvoir comparer, c'est-à-dire qu'on compare *malgré tout*, soit malgré notre pré-entendement totalitaire, qui occupe le terrain, toujours, inévitablement).

Mais, par-delà cette insistance du soi (qui va souvent jusqu'à recourir à l'altérité comme à une consolidation de soi-

11. L'on dit aussi, fort malencontreusement, « droit comparé ». La critique de cette formulation a été faite depuis longtemps par de nombreux comparatistes. À titre exemplaire, voir H. C. Gutteridge. *Le droit comparé*, trad. par l'Institut de droit comparé de Paris. Paris, LGDJ, 1953, pp. 17-21 [1949].

même). L'autre échappe à la maîtrise par le soi. Puisque l'autre ne se donne à voir que depuis sa singularité irréductible, il y a cette dimension de l'autre qui, radicale inscrutabilité, dépasse tout entendement possible par le soi, qui ne se laisse tout simplement pas réduire à la même, c'est-à-dire au déjà-connu ou au déjà-éprouvé ; il y a l'inappropriabilité de l'appropriation. L'autre se dérobe toujours – ce qui fait d'ailleurs que l'autre reste autre, au contraire de ce qu'il adviendrait si le soi pouvait tout déchiffrer de l'autre (il pourrait alors dire : l'autre, c'est moi)¹². Structurellement prise dans un ineffable asymétrique, intransitive, la relation avec l'autre n'en est donc pas une. Puisque le rapport à l'autre ne transite pas par des médiations qui le rendraient intelligible, il n'y a qu'une non-relation. Et c'est ainsi que les études juridiques comparatives nous montrent qu'entre des droits, il n'y a jamais un « être-ensemble » ni même un « être-avec », mais bien quelque chose comme des « être-là » coexistant avec d'autres « êtres-là »¹³.

La primordialité de l'autre se manifeste également en ce que le « soi » – disons, le « soi-en-droit » – est toujours-déjà structuré comme étant mis en question par l'autre, comme étant mis à la question, comme étant traversé par l'autre. Ce

12. Voir par exemple W. V. Quine, *Relativité de l'ontologie et autres essais*, trad. par J. Largeault, Paris, Aubier, 1977, p. 68 : « Nous ne pouvons pas savoir ce qu'est quelque chose sans savoir comment ce quelque chose se distingue d'autre chose » [1969] (« We cannot know what something is without knowing how it is marked off from other things »).

13. Pour une perspective anthropologique sur le différend, voir par exemple Claude Lévi-Strauss, dans *L'identité*, sous la dir. de Claude Lévi-Strauss, Paris, PUF, 1983, pp. 331-332 : « [J]e vois tout l'intérêt qu'il y a à relativiser les notions de continu et de discontinu l'une par rapport à l'autre, mais cette relativisation se heurte au fait que ce n'est jamais que du discontinu que nous appréhendons. Je veux dire qu'entre deux cultures, entre deux espèces vivantes aussi voisines qu'on voudra les imaginer, il y a toujours un écart différentiel, et que cet écart différentiel ne peut pas être comblé. [...] En ce sens, le discontinu n'apparaît comme une donnée irréductible » [1977]. Pour une affirmation analogue du point de vue linguistique, voir Ferdinand de Saussure, *Cours de linguistique générale*, sous la dir. de Tullio de Mauro, Paris, Payot, 2005, p. 166 : « [D]ans la langue il n'y a que des différences » [les italiennes sont de l'auteur] († 1915). Pour des énoncés philosophiques au même effet, voir Jacques Derrida, *Limited Inc.*, Paris, Galilée, 1990, p. 253 : « [L.] altérité (la différence) est irréductible » ; Gilles Deleuze, *Différence et répétition*, Paris, PUF, 1968, p. 286 : « Tout ce qui se passe et qui apparaît est corrélatif d'ordres de différence. » D'autres matériaux philosophiques, dont aucune réflexion en la matière ne saurait faire l'économie, sont fournis dans Jean-François Lyotard, *Le différend*, Paris, Éditions de Minuit, 1984. Voir généralement Jean Milet, *Ontologie de la différence*, Paris, Beauchesne, 2006.

22 *Pierre Legrand*

dérangement, cette déstabilisation, ce bouleversement, cette destitution aussi, existe en amont de n'importe quel droit et signifie qu'un « soi-en-droit » est structuré en tant que « soi-en-droit-bouleversé » ou « soi-en-droit-culbuté ». Mais cette existence de l'autre droit, nécessairement antérieure au droit du soi (car ce droit-ci n'a pu que procéder d'un droit venu avant lui), fait que le « soi-en-droit » est aussi toujours-déjà structuré en tant qu'ayant-à-répondre. Cet « avoir-à-répondre » vient d'un avant-soi et dépasse ce qu'on pourrait appeler l'« individualité ». De par ce qu'il est là, et de par ce qu'il était là avant le « soi-en-droit », du lieu de sa facticité, « l'autre-en-droit » requiert la reconnaissance et le respect. C'est une injonction que le « soi-en-droit » ne peut pas ne pas entendre. Alors que l'autre est là, que ce faisant il diffère en sa différence, il lance un appel face auquel le « soi-en-droit » ne peut pas rester indifférent, sauf à sombrer dans l'anti-humanisme-en-droit. Il faut ainsi que le « soi-en-droit » réponde à la demande et qu'il le fasse en évitant la stratégie du contentement identitaire et le sermon du « soi-comme-référé ». Il y va, à tout le moins, d'une éthique du rapport à l'autre.

On imagine sans peine les discours en provenance du salon des professeurs, derrière les forteresses et les bastions d'un savoir centré sur les textes du droit français en vigueur. C'est là que devisent les ouvriers hautement qualifiés en leur genre, qui ont bâti avec d'excellents matériaux en leur genre une mythidéologie, un artefact dès lors éminemment résistant tant par sa force que par sa prégnance. C'est là aussi que règne la pensée bordée, s'élevant à l'encontre de la relativisation de l'acquis juridique national. C'est là où des voix, parfois énergiques, s'insurgent spécifiquement contre l'idée que le droit d'ici aurait quoi que ce soit à apprendre des droits d'ailleurs, ces derniers étant, de l'avis de ces spécialistes de l'écriture hexagonale, dépourvus de toute vocation normative que ce soit sur le plan local (et donc confinés, à titre décoratif ou déculpabilisant, aux dernières quarante-cinq minutes des colloques sur la réforme du droit de ceci ou de la loi de cela, au moment où la salle s'est déjà beaucoup vidée). Et puis, ce débordement vers d'autres droits n'est pas sans faire courir au droit national un risque de contamination. On n'est

d'ailleurs pas loin de penser qu'à partir du moment où l'on sort de l'axiomatique du soi, il n'y a plus de maison et il n'y a, à demeure, que *das Unheimliche*. Disons-le ainsi : le juriste français, la comparaison des droits ça le met hors de lui. Et c'est, bien sûr, cette réaction qui rend compte de ce qu'au fil des années, malgré leur présence (ils sont *là*), on n'a pas fait de place en faculté de droit, sauf sur le mode strictement marginal, aux autres droits, c'est-à-dire (et la précision a sa place) aux droits des autres. Il n'a pas été question d'une simple inattention, mais bien d'une répression incessante, dans laquelle tout le montage du droit national s'est trouvé engagé afin de foreclorre quelque irruption d'altérité la moins significative¹⁴. Or, peu importe ce que l'autiste autochtone a pu prétendre face à l'épreuve de l'étranger, *il y a d'autres droits*, dont l'étude rend à la fois possible et inévitable la discontinuité d'avec le régime discursif juridique dominant, ne serait-ce qu'en ce qu'elle permet de traquer l'illusion de nécessité du droit posé, une telle remise en cause conférant, fût-ce au seul titre de cette reconduction du droit local à sa contingence, une pertinence normative au droit étranger. Oui. Il faut, sur le plan local même, compter avec le droit étranger. Celui-ci vaut, assurément, comme mérite de valoir *a priori* une création humaine, et il n'y a guère lieu de s'attarder à ce poncif. Mais il vaut, en outre, du point de vue du droit local, à titre *normatif*, soit en tant que discours certes pas obligatoire, mais doté d'une vocation *persuasive*. Voilà peut-être le premier des enjeux de ce livre : prendre le parti des autres droits et exiger du droit national qu'il prenne son parti de ce parti pris.

Puisqu'il s'agissait non pas de réfutation de l'épistémè historique (qui ne relève pourtant pas du « donné », qui s'est engendrée, qui s'est produite et qui, à ce titre, peut être « désactivée »)¹⁵, il fallait s'étendre sur cette opération de si grande envergure, sur ce si grand dérèglement de l'ordre positiviste et de ses déclinaisons formatées. Il fallait marquer le

14. En France, on s'est en principe intéressé aux droits étrangers soit pour les conquérir (le Liban, le Kirghizistan), soit pour les contrecarrer (les États-Unis, l'Angleterre).

15. Mais voir, pour une telle mise en cause, Pierre Legrand, « *Antiqui juris civilis fabulas* », (1995) 45 *University of Toronto Law J.* 311.

24 *Pierre Legrand*

renvoi aux autres droits comme dépense nécessaire et non comme gaspillage. Il fallait inscrire l'altération du droit dans une « quasi-logique » de non-retour aux artifices du recroquevillement. Parmi les nombreuses manières dont je pourrais (de façon ampliative) résumer mon propos, je retiens celle-ci : la force singulière de la comparaison, c'est précisément d'excéder le droit positif national en retournant contre lui le pouvoir du négatif dont elle se sert alors comme d'un levier pour pulvériser toute nécessité affirmée du droit posé au moyen de la puissance d'interpellation qu'elle recèle. Une fois évacuée la problématique du décentrement, de la désacralisation du centre, le reste devrait pouvoir être énoncé assez rapidement.

Outre de continuer l'examen de la première des trois visées que je crois pouvoir apercevoir au principe de cet assemblage de textes (empêcher le convenu, plus d'une fois, ai-je écrit), je veux aborder la deuxième d'entre elles, soit la mobilisation de comparatistes qui ne seraient *surtout pas n'importe lesquels*. Retournons un peu en arrière. Il s'agissait, par l'entremise de la comparaison des droits, de s'extirper du carcan institutionnel, c'est-à-dire d'entrer en démesure (car le pas au-delà de soi-même – l'ex-tase –, libérateur et *empowering*, c'est aussi une folie). Et nous savons que toute création, grammaticalement pour ainsi dire, en tant qu'écriture du non-mot (c'est-à-dire d'autre chose que le mot qui fait la loi), passe par un dédit. Mais c'était sans compter sur la profondeur de l'asservissement des consciences, sur le rechargement à la contravention, bref sur la force d'attraction de la structure positiviste, qui ne se laisse pas dépositiver sans reste. Alors même que les études juridiques comparatives rendaient possible la césure discursive, les positivistes devenus comparatistes se sont faits comparatistes-positivistes, si bien que la substitution de régime discursif n'est intervenue qu'imparfaitement – et en tout cas de manière beaucoup moins probante que ce qui était possible. On a ainsi assisté à une sortie du territoire géographique sans que ne se soit produite le plus souvent la sortie du territoire de la pensée qu'on attendait. Au lieu de textes témoignant d'une rupture épistémologique, des recherches furent publiées qui, plutôt que de s'inscrire dans une démarche de situation du

droit national à l'aune du logocentrisme, du nomocentrisme, du scientisme et de l'objectivisme, impliquaient ni plus ni moins qu'une interaction entre divers logocentrismes, nomocentrismes, scientismes et objectivismes. Les recherches restaient ainsi « sèches » qu'elles avaient pu l'être, sauf que cette « sécheresse » se faisait davantage englobante. Aux renvois aux lois, aux codes et à la jurisprudence nationaux, on ajoutait des références aux lois, aux codes et à la jurisprudence étrangers. À la stratégie locale de conciliation interprétative des textes législatifs, des décisions de jurisprudence et des commentaires afin que *le droit* ne s'exprime que d'une seule voix – les juges se donnent pour mission de faire parler la loi de manière cohérente alors que les commentateurs se donnent pour mission de faire parler la jurisprudence de manière cohérente –, on répondait par une autre obsession de la synthèse ayant pour objet, comme en écho, la réduction des droits étrangers à une seule voix, uniformisante ou unificatrice. On pourrait parler d'un *faux-pas*¹⁶.

Engoncés dans la logique positiviste, les juristes-comparatistes n'ont pas compris que le tropisme unitaire qui anime le droit national est tout simplement dépourvu de pertinence lorsque la dynamique nationale, qui a trait à un droit, fait place à l'interaction des droits sur la scène internationale, celle-ci portant, *ex hypothesi*, sur *plus d'un droit*. Plus d'un droit, c'est n'importe quel droit et c'est n'importe combien de droits, sauf un (la comparaison exclut la présence d'un seul droit). Plus d'un droit – le concert déconcertant de la polyphonie –, c'est l'ouverture de l'horizon et, dès lors, la trouée sur l'infini. La logique du « plus d'un », incommensurable à celle de l'un, requiert de passer d'une prédilection unitaire à une prédisposition différentielle au nom de *ce qu'il y a (il y a plus d'un droit)*. Il

16. Il y a plus. Dans son étude bien connue sur la littérature-monde, Moretti énonce qu'« [il n'y a] pas d'autre justification pour l'étude de la littérature-monde que de mettre à l'épreuve intellectuelle permanente les littératures nationales » : Franco Moretti, « Conjectures on World Literature », *New Left R.*, 2000/1, p. 68 [« no other justification for the study of world literature (...) but (...) to be (...) a permanent intellectual challenge to national literatures »]. En d'autres mots, la raison d'être du comparatisme est de réfuter le nationalisme. Pourtant, en France, des « comparatistes » entreprennent régulièrement de se livrer à une *défense* de leur droit national. Voir par exemple *Les droits de tradition civiliste en question*, sous la dir. de l'Association Henri-Capitant, Paris, Société de législation comparée, 2006, I, pp. 79-111.

26 Pierre Legrand

faut donc affirmer des droits ce que Nietzsche disait déjà des choses, à savoir que la coexistence de deux mêmes est impossible : « [E]lle supposerait *une genèse absolument identique*, de toute éternité. »¹⁷ Aussi le comparatiste, intervenant en tant que témoin de ce qu'il y a et assumant sa responsabilité au titre du témoignage fourni, *doit* dire la différence qui marque des droits non-mêmes. En d'autres mots, et en vertu de la reconnaissance et du respect qui sont dus à l'autre droit en tant qu'*alter jus* et à l'autre-du-droit en tant qu'*alter ego* (mais l'autre est toujours-déjà en soi !), le comparatiste doit rendre compte du différend au risque de devoir rendre des comptes¹⁸. Bref, il ne s'agit pas de dupliquer la logique du droit national à l'étranger en renversant peu ou prou la hiérarchie des positivismes, mais bien de déplacer la problématique du droit même, si bien que celui-ci n'est alors plus ce qu'il était.

Quoiqu'on ne puisse ainsi faire l'économie théorique d'un changement de paradigme (entendu au sens de structure cognitive organisant une pratique de la comparaison), d'aucuns, souhaitant se poser et se reposer à l'ombre de la positivité, ont pourtant jugé, dans un discours aussi indigent qu'indigeste, que c'était « trop exigeant »¹⁹. D'autres ont soutenu, fournissant une illustration quasi caricaturale de *petitio principii*, que lorsque des études viennent malencontreusement porter atteinte à la reproduction de l'idéologie positiviste unitaire du droit national sur le plan international, il faut refaire la recherche en mieux, voire « manipuler » les données des droits (il faut bien noter les guillemets, car ici, je cite !). Après tout, comme on l'a affirmé sans rire (et sans travail non plus), les droits auraient en commun un noyau dur. Souvent céleste, l'idée du méta-droit est donc susceptible de devenir tellurique²⁰. Ce faisant, on choisit de « contourner »

17. Nietzsche, *op. cit.*, note 1, § 126, p. 53 [les italiques sont de l'auteur] (« *es würde die absolut gleiche Existenzgeschichte voraussetzen, in alle Ewigkeit zurück* »).

18. Cette présentation des comptes ne constitue en rien une capitulation (ce qui signifie que la reddition n'est pas une reddition), car le témoin ayant témoigné d'un droit peut, selon son engagement idéologique, militer contre ce droit.

19. Je renvoie ici à la chronique bibliographique que j'ai fait paraître à (2007) 2 *J. of Comparative Law* 253 [« *too demanding* »].

20. Je propose une étude détaillée de ces stratégies, et d'autres encore du même acabit, dans Pierre Legrand, « The Same and the Different », dans *Comparative Legal Studies : Traditions and Transitions*, sous la dir. de Pierre Legrand et Roderick Munday, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, pp. 240-311.

tout ce qui peut, de près ou de loin, relever de la différence entre les droits, celle-ci étant dès lors reléguée au rang d'anomalie, voire confinée à la béance du hors-sens ou au malheur du non-sens²¹.

La notion anglaise de « *consideration* » menace-t-elle de se distinguer de l'idée française de « cause » ? Vite, très vite, on s'emploie à un tour de passe-passe méthodologique pour montrer que, peu importe leurs discontinuités, diffractions et dissonances, il est loisible de se soustraire à l'évidence pour encore apparenter et uniformiser des droits différents, pour encore établir que l'on peut relier des manifestations de droits différents au nom de l'idée intéressée que tout communique avec tout²². En vertu d'une logique partisane masquant fort mal la violence dont la stigmatisation de la singularité du droit est porteuse et n'arrivant guère davantage à dissimuler le mensonge dogmatique face à une facticité qui, malgré tout ce qu'elle a de factice, a l'heur de contredire l'imaginaire homogénéisant, « *consideration* » et « cause » peuvent être « similarisées » autour de l'étiquette, formulée pour l'occasion, d'« indices de sérieux ». Il suffit d'oublier tout ce qui fait la spécificité culturelle de chacune de ces notions – et qui montre que le droit, que tout droit, est bien davantage lui-même qu'on ne l'a pensé chez les juristes au regard « générique » facile – pour les étudier, toute rigueur bue, à l'aune d'un schéma « fonctionnel ». Celui-ci, *mirabile dictu*, procède à reformuler « *consideration* » et « cause » en des termes qui, quoique ni les Anglais ni les Français ne puissent s'y retrouver, font désormais apparaître ces notions comme étant familières l'une de l'autre, comme se rejoignant dans une banale pseudo-équivalence et, pour tout dire, dans une mutuelle insi-

21. Pour paraphraser Deleuze, « [a]rracher la différence à son état de malédiction semble alors le projet de la [comparaison des droits] » : Gilles Deleuze, *Différence et répétition*, Paris, PUF, 1968, p. 44. Sur la dépréciation dont fait l'objet la différence, voir Legrand, *op. cit.*, note 20, pp. 258-265.

22. L'intéressement de la re-présentation a notamment été mis en valeur par Vining, auquel il n'a pas échappé que « le comparatiste considère comme acquises les similarités entre différents droits alors même qu'il se met à leur recherche » : Joseph Vining, *The Authoritative and the Authoritarian*, Chicago, University of Chicago Press, 1986, p. 65 [« the comparatist presumes similarities between different jurisdictions in the very act of searching for them »].

gnifiance²³. Ainsi « seules les différences se ressemblent »²⁴. Or cette assimilation véhicule une violence qu'on s'entête à ne pas vouloir voir, alors même que, déjà, « Peter » n'est pas « Pierre »²⁵, que, déjà, « droit » n'est pas « *law* » (que ce « droit »-ci dans une culture juridique nomothétique comme celle qui prévaut en France n'est pas ce « *law* »-là qu'on trouve dans une culture juridique idiographique, comme celle que connaît l'Angleterre). Toute « anomalie » – tout ce qui échappe au bloc de stériles certitudes positivistes ou le contredit – se trouvant ainsi obstinément résorbée, le modèle positiviste, de même que sa logique unitaire, est sauf. L'on peut, dès lors, continuer à faire « comme si » les droits étaient similaires entre eux, c'est-à-dire que la névrose collective prenant la forme obsessionnelle d'une *comparaison blanche* – une comparaison entendant blanchir quelque variante juridique chromatique que ce soit – peut continuer à s'exprimer, et ce faisant à conditionner la « bonne » comparaison²⁶. Où s'avère le mot de Michel Foucault : « Il n'y a pas de ressemblance sans signature. Le monde du similaire ne peut être qu'un monde marqué. »²⁷

Le renvoi à du droit étranger étant ce dont le comparatiste ne peut pas ne pas vouloir, il ne s'agit donc pas de critiquer

23. Voir Konrad Zweigert et Hein Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3^e éd., Tübingen, J. C. B. Mohr, 1996, pp. 382-395 [« *Seriositätsindizien* »]. Comme si la ficelle n'était pas assez grosse, on n'hésite pas à affirmer, en outre, que toute comparaison des droits, quelle qu'elle soit, doit *obligatoirement* se fonder sur une approche *strictement* fonctionnelle : id., p. 33.

24. Gilles Deleuze, *Logique du sens*, Paris, Éditions de Minuit, 1969, p. 302.

25. Jacques Derrida, « Des tours de Babel », dans *Psyché*, 2^e éd., Paris, Galilée, 1998, I, p. 209 [1985].

26. Mais la « bonne » comparaison n'est pas à l'abri de la contradiction. Alors même que la *doxa* comparatiste affirme que les droits sont similaires « jusque dans le détail » (Zweigert et Kötz, *op. cit.*, note 23, p. 33 [« *oft bis in Einzelheiten* »]) au point d'évoquer une « *praesumptio similitudinis* » à cet effet (id., p. 39), elle se fait fort d'enjoindre au comparatiste d'identifier le meilleur d'entre eux : id., pp. 8, 14 et 46.

27. Michel Foucault, *Les mots et les choses*, Paris, Gallimard, 1966, p. 41. Cf. Nietzsche, *op. cit.*, note 1, § 195, p. 85 : « Tout l'appareil de la connaissance est un appareil d'abstraction et de simplification, organisé non pour la connaissance, mais pour la maîtrise des choses » [les italiques sont de l'auteur] (« *Der ganze Erkenntnis-Apparat ist ein Abstraktions- und Simplifikations-Apparat – nicht auf Erkenntnis gerichtet, sondern auf Bemächtigung* »). Au vu du déni ou du discrédit de la différence qui participe de l'instinct de totalité, je ne vois d'ailleurs pas qu'on puisse faire l'économie d'une réflexion sur la peur de l'autre. Voir par exemple Legrand, *op. cit.*, note 20, pp. 258-260. Cf. Gilles Deleuze et Félix Guattari, *Qu'est-ce que la philosophie ?*, Paris, Éditions de Minuit, 1991, p. 24 : « Autrui fait passer le monde, et le "je" ne désigne plus qu'un monde passé ("j'étais tranquille...") »

cela. Mais il faut bien constater et regretter que ce qui passe aujourd'hui comme participant de la « comparaison » relève du leurre. Oui. Dans le champ des études juridiques comparatives, il y a d'ailleurs longtemps que l'heure est au leurre²⁸. Alors même que les sociologues constatent un passage paradigmatique du social au culturel (comme, avant, le social avait succédé au politique, qui avait lui-même remplacé le religieux)²⁹, la *doxa* comparatiste, s'entêtant ferme, se drape dans le rappel incantatoire du dogme positiviste. C'est donc des soi-disant « comparaisons » qui, pléthoriques, ont envahi le champ des études juridiques comparatives, notamment en Europe. « Soi-disant » ? Oui, car, paradoxalement, jamais les prétendues « comparaisons » n'ont fait moins de place à l'altérité et n'ont été davantage obnubilées par le mirage du droit uniforme. Mais la comparaison est une pratique cognitive, politique et éthique rendue d'une actualité pressante par la globalisation – laquelle se manifeste, *once all is said and done*, sous forme de multiplication et d'intensification des connexions entre des lieux d'expression culturelle locale et différenciée, c'est-à-dire comme glocalisation³⁰. Fort heureusement, la mauvaise monnaie ne chasse pas toujours la bonne, il y a les autres du champ des études juridiques comparatives. Il y a ceux qui, souvent au prix d'une assignation à la marge,

28. Les survols d'échantillons de positivités ont été expressément assimilés à la collection de timbres-poste : William Ewald, « Comparative Jurisprudence (II) : The Logic of Legal Transplants », (1995) 43 *American J. of Comparative Law* 489, p. 492.

29. Voir Alain Touraine, *Un nouveau paradigme*, Paris, Fayard, 2005. Pour des discussions relatives au droit, voir par exemple Austin Sarat et Thomas R. Kearns, « The Cultural Lives of Law », dans *Law in the Domains of Culture*, sous la dir. d'Austin Sarat et Thomas R. Kearns, Ann Arbor, University of Michigan Press, 2000, pp. 1-20 ; Austin Sarat et Jonathan Simon, « Cultural Analysis, Cultural Studies, and the Situation of Legal Scholarship », dans *Cultural Analysis, Cultural Studies, and the Law*, sous la dir. d'Austin Sarat et Jonathan Simon, Durham, Duke University Press, 2003, pp. 1-34 ; Paul W. Kahn, *The Cultural Study of Law*, Chicago, University of Chicago Press, 1999 ; Oscar G. Chase, *Law, Culture, and Ritual*, New York, New York University Press, 2005 ; Lawrence Rosen, *Law As Culture*, Princeton, Princeton University Press, 2006 ; Pierre Legrand, *Fragments on Law-As-Culture*, Deventer, W. E. J. Tjeenk Willink, 1999 ; *Examining Practice. Interrogating Theory : Comparative Legal Studies in Asia*, sous la dir. de Penelope Nicholson et Sarah Biddulph, Leiden, M. Nijhoff, 2008. Voir aussi « Cross-Cultural Jurisprudence » (2005) 20 *Canadian J. of Law and Society* 9. Ce numéro est redevable à David Howes.

30. Voir Pierre Legrand, « On the Singularity of Law », (2006) 47 *Harvard International Law J.* 517.

démentent le leurre. Ils le font dans des registres qui leur sont spécifiques. Ils tentent, chacun à sa manière, de se démarquer de l'insipidité du comparatisme dominant. Plutôt que d'accrocher incessamment des visibles (c'est-à-dire des positivités de surface), ils veulent, au moyen d'un geste spéculatif *insigne*, rendre visibles les rhizomes des soubassements et inscrire dans ces souterrains les gouvernementalités. Ils entendent, audacieusement, se livrer à une élucidation *signifiante*. Ces comparatistes du pourtour font bruire la comparaison. D'une autre scène, ils disent à la *doxa*, comme déjà le poète : « [L]aissons là vos comparaisons fades. »³¹

Parmi ces esprits critiques et séparateurs, les comparatistes réunis ici se situent aux tout premiers rangs de la marge du champ. Il vaut de le dire : ils ont été sollicités avec le plus grand soin. Je n'affirme pas qu'ils occupent à eux seuls l'ensemble des places. J'y aperçois, en effet, James Whitman et Teemu Ruskola. Et je sais que Gunther Teubner et Madhavi Sunder s'y trouvent aussi. Mais il y a cette vingtaine de comparatistes qui sont là et qui sont ici. Au moyen d'une démarche participant de la dynamique antagonique qui anime le champ, ces comparatistes veulent relever l'anti-exigüité dont ils relèvent, d'où leur attachement tout particulier à penser la comparaison des droits et à ce faire en y instillant notamment une féconde inquiétude interdisciplinaire. De la nécessité de se laisser guider par l'indiscipline, j'ai déjà traité. J'ajouterai simplement qu'il ne s'agit pas d'éliminer le droit positif du champ des études juridiques comparatives. Après tout, nous sommes des juristes, et si la comparaison tente de s'arracher au posé, elle n'en tire pas moins sa substance et la raison même de son existence. Mais le droit positif ne peut plus être regardé comme un point d'aboutissement ou comme un *demonstrandum*. Qu'on en parte pour aller comparer, certes. Mais on ne peut pas s'y arrêter, car alors on ne fait que dire le droit et on n'en rend pas compte. Bref, ce que le comparatiste ne doit pas accepter – et ce que les comparatistes réunis ici ont en commun de ne pas accepter –, c'est que le droit positif vienne au terme, qu'il cerne et termine la pensée.

31. Molière. *Le misanthrope*, dans *Œuvres complètes*, sous la dir. de Georges Couton. Paris. Gallimard. 1971. II. act. I. sc. 1. p. 145 [1666].

qu'il l'arrête en en marquant la terminaison. Ainsi la comparaison, alors même qu'elle s'associe au droit positif, s'en dis-joint comme pour s'ériger, par rapport à lui, en excès ambigu ou en dangereux supplément – ce qui fait que si elle n'est évidemment pas compl tement « dedans », elle n'est pas tout à fait « dehors » non plus (au contraire du concours d'agrégation, où se manifeste encore l'extraordinaire tyrannie du national et où l'on continue à croire – car c'est de *croissance* dont il s'agit – que le droit français est incomparable, ce qui entraîne qu'en vertu d'un souci de grandeur toujours vivace, l'on fait farouchement l'impasse sur tout ce qui viendrait jeter une ombre sur le droit incomparable, les droits étrangers étant dès lors envisagés comme impertinents et leur extériorité farouchement attestée)³².

Et c'est ici que j'en viens   la nécessité du recours à des discours théoriques édifiants, c'est-à-dire au premier des deux fils conducteurs subversifs auxquels j'ai fait la plus brève allusion liminaire. Oui. Une réflexion à plusieurs voix sur la théorie animant l'intervention comparative s'imposait – notamment face au désintérêt affiché par la majorité des comparatistes (qui théorisent pourtant, sans apparemment s'en rendre compte). S'agissant de cette collection d'essais, il ne s'est surtout pas agi de refermer la théorisation en système, d'en faire quelque chose d'irréductiblement idéologique, c'est-à-dire de s'orienter au fil des pages vers ce qui aurait pu ressembler à une unité de pensée, irénique et apaisante, contraignante et oppressante. Dans ses entrelacements, ses limites et ses contradictions aussi, dans sa désagrégation, au fil des vingt textes qui suivent, le mouvement de l'imagination et de la création

32. Résumons. En France, les structures universitaires, et aussi les structures mentales, ont été historiquement façonnées par l'autorité de l'état à telle enseigne que la conviction selon laquelle le processus d'habilitation de l'enseignant en droit doit rester sous la tutelle étatique y atteint le rang de véritable croissance collective. On s'explique ainsi que dans un espace social à si forte identité nationale le juriste soit peu disposé à faire leur place aux droits « extra-hexagonaux ». Après tout, le « monde juridique » (ainsi les concours et l'esprit de corps) dépose en chaque juriste des tendances à agir et à réagir d'une certaine manière, des préférences et des d testations, qui vont parfois jusqu'aux automatismes de pensée par s de toute la force de l'évidence. Ainsi non seulement le droit est-il re-formulé en tant que « science », mais il est fait « science d' tat ». Le droit, c'est une *Staatswissenschaft* – une forme prodigieuse de violence symbolique. Il faut échapper aux agrégations qui confinent les études juridiques comparatives à l'illégalité et, par-delà ce scandale épistémologique, revendiquer *le droit à la comparaison*.

est constamment relancé par une vingtaine de « figures cheminatoires » – dont chacune r dime son nationalisme juridique dans l'expérience de la schize entre le soi et l'autre, prenant notamment acte de ce que l'opération au principe de la comparaison n'est pas tant l'observation d'un « objet-droit » que l'analyse de l'interaction entre l'observateur et l'observ ³³. Alors même que « nous ne sommes sûrs que dans notre univers verbal »³⁴, les comparatismes qui s'affichent ici assument le jurisdiff rentialisme, sans pourtant jamais prétendre à la moindre parole en surplomb (c'est que « [l]a comparaison est structurellement, essentiellement, *a priori*  valuatrice »³⁵). Et ils acceptent leur fonction critique d'assignation de l'altérité au nom de l'injonction de l'authenticité, de l'appel de l'autre à l'intégrité narrative de ce qui se dit par rapport à lui (il y a la loi de l'autre), sans toutefois ramener les droits à des monades sémantiques soliloquantes privées de fenêtres (aucune singularité juridique n'est tellement idiomatique, à ce point repliée sur elle-même, qu'elle resterait étrangère à toute expérience de l'altérité).

Affirmer que « [t]oute comparaison des droits est une fiction », écrire que « [r]ien n'est moins neutre que la comparaison », lancer qu'«   l'impossible tous [les comparatistes] sont tenus », soutenir qu'« il est toujours possible de dire son désaccord avec l'autre », insister sur le fait que l'appréhension d'un droit change selon la distance à laquelle on se place vis-à-vis de lui ou montrer comment l'id ologisation de la notion de « *jus commune* » veut empêcher une politique de la reconnaissance qui aurait quelque chose à voir avec la justice culturelle (j'ai bien écrit « justice » et non pas « fondamentalisme »), c'est, à chaque fois, courageusement donner dans le dérangement épistémique – ce qui est quand même autre chose que de se contenter de mettre à jour la jurisprudence de deux cours d'appel en matière d'erreur ou de dol.

33. Michel de Certeau. *L'invention du quotidien*. 2^e éd. sous la dir. de Luce Giard. Paris, Gallimard, 1990. I, p. 153.

34. [Emil] Cioran. *Précis de décomposition*. dans *Œuvres*, Paris, Gallimard, 1995, p. 624 [les italiques sont de l'auteur] (1949).

35. Jacques Derrida. « Le concept de littérature comparée et les problèmes théoriques de la traduction », séminaire au *Department of Comparative Literature, Yale University*, 1979-1980 [University of California at Irvine. *Critical Theory Archive*. Derrida MS-C01 / « Box » 15 / « Folder » 1, 3^e séance (de 6), fol. 8].

Reste un deuxième fil conducteur subversif identifiable (car il y a aussi les autres, les fils invisibles). C'est la langue. Francophones ou francophiles, les comparatistes réunis ici, partisans d'un autre comparatisme, d'une écriture de l'altérité et d'une altérité de l'écriture, ont écrit leurs comparaisons en français – une langue qui, comme n'importe quelle langue, se situe, par rapport au monde dont elle est issue et en tant qu'articulation du monde dont elle participe, comme une contingence, un opérateur différentiel, un pas-tout (et d'abord parce qu'il y a différents « français », comme dans ce livre, parce qu'il n'y a pas « la » langue française et parce qu'il n'y a donc aucun universalisme possible). Toujours est-il que le choix de la francité s'affiche comme affirmation exigeante et insistante d'un désir de dire la comparaison des droits en français – comme expression, donc, de comparatismes désirant s'exprimer ainsi (et aussi, à cette occasion en tout cas, soucieux de ne pas s'exprimer autrement, c'est-à-dire en roumain, en italien, en anglais ou en allemand). Pour témoigner contre la positivité, ces comparatistes se sont positionnés là, car au vu du monde comme il va. « [l]e temps sembl[ait] être venu de dire le *monde français* »³⁶. Allons à la ligne.

~

Alors qu'ailleurs on s'est affranchi de la monomanie du ressassement des lois et des arrêts sur les lois, on continue dans les facultés de droit françaises à limiter l'horizon de la perception à un positivisme crépusculaire sur le mode *magister dixit*. Véhicule antédiluvien, jamais révisé dans son ensemble, rafistolé au fil des ans de bric et de broc, le cours *ex cathedra* à la française est une capitulation quasi inconditionnelle au poids du temps, à l'effet d'accumulation, au tragique saturnien qui se dégage de la vénération séculaire. On peut trouver le jugement pauvre. Mais il est beaucoup plus navrant encore de constater l'étonnement d'étudiants en deuxième année de master que je convie à m'écrire un essai et qui, désorientés, me demandent s'ils ont « le droit » (!) de critiquer la Cour de cassation – en me précisant d'ailleurs qu'en

36. [Antoine de] Rivarol, *L'universalité de la langue française*. Paris, Arléa, 1991, p. 27 [les italiques sont de l'auteur] (1783).

34 Pierre Légrand

quatre ans d'études juridiques, leurs professeurs ne se sont jamais attardés à ce qu'ils pouvaient bien penser et qu'en tout état de cause la déférence et le conformisme qui siéent au juriste ne les auraient pas autorisés à s'élever ouvertement à l'encontre d'une quelconque décision de qui que ce soit. Victimes d'une sublimation intégrale du pittoresque, les étudiants en droit d'ici continuent à se nourrir de ce que leurs camarades des États-Unis ou d'Angleterre regarderaient comme les miettes de leur table.

Toutes les conquêtes, tous les gains de puissance de la pensée relèvent des droits de transgression qu'un individu, ancré dans un temps et dans un espace donnés, soudain s'est accordé à lui-même aux dépens du *non-osé* jusqu'à lui. En tant qu'enseignant, mon rôle n'est ni d'étayer les assises du régime étatique en place ni de conforter les structures corporatistes aussi envoûtantes qu'immobiles. Faire du droit positif, c'est me mettre au service de l'ordre établi, « c'est déjà rédiger un rapport de police »³⁷. C'est notamment en ce sens que, selon la belle formule de Pierre Legendre, « [l]e docteur fait partie de la machination des croyances au Pouvoir »³⁸. Or en tant qu'universitaire, ma tâche n'est pas de conniver avec l'État ou avec les corporations professionnelles. Bien plutôt, je me dois de former des juristes, c'est-à-dire des *pen-seurs* de la chose juridique. Il n'y a qu'eux qui sauront se livrer aux investigations hardies, aux recensements inattendus, aux recoupements fertiles, dont on espère qu'ils favoriseront – et peut-être à l'encontre de l'État ou des corporations – une justice mieux ressentie, laquelle dépend avant tout, rappelons-le, de l'*étos* du savoir dont sont imbus ceux qui prétendent la pratiquer. Il me revient donc de me renier comme adjuvant de l'État ou des corporations et il m'incombe de travailler, déconstructeur rebelle, à l'éclosion chez l'étudiant d'une conscience *critique* au sens *éminent* du terme. Pour susciter un tel désenclavement de la pensée et lui rendre son intégrité, je n'hésite pas à avancer que tous les moyens sont bons. Parce qu'elle permet à l'enseignement du droit de

37. Emmanuel Levinas, *Sur Maurice Blanchot*, Paris, Fata Morgana, 1975, p. 74.

38. Pierre Legendre, « Le docteur », *Ornicar* 2, 1975/2, p. 9.

surmonter la réduction du juridique aux impérialismes du même, de se livrer avec conviction à la tentative d'entendement de l'autre-qui-pense-le-droit-autrement, la recherche comparative – je le redis – me paraît tout particulièrement indiquée. Oui. C'est le renvoi à l'autre droit – le retour de l'expulsé – qui peut le mieux bousculer les certitudes incessamment inculquées et acquises.

Il vaut de préciser que la comparaison des droits, à chaque fois opérant au plus près d'un idiome (chaque droit) et d'une signature (chaque comparatiste), n'est surtout pas une méthode au sens d'un ensemble de règles ou de procédures transposables d'un cas l'autre. La comparaison, ça nous tombe dessus : c'est une expérience³⁹. Et c'est donc autre chose qu'une méthode, au sens de technique plus ou moins automatisée de recherche d'information. La comparaison, ce n'est pas des étapes qu'on franchit systématiquement pour en arriver à la bonne réponse, comme on le ferait pour résoudre une équation mathématique. S'étant soustraite au positivisme, la comparaison se multiplie, se divise, s'ajoute. Ainsi ce livre, qui va d'un comparatiste l'autre, d'une comparaison l'autre, d'un droit l'autre, d'une discipline l'autre. Ainsi ces textes, chacun en sa place spécifique, qui se lisent les uns par rapport aux autres et dont chacun se lit aussi à part les autres, dans tel ordre ou dans tel désordre, sans jamais donner la bonne réponse, sans jamais dire vrai. C'est que chaque comparaison intervient comme un support extrêmement trouble entre la non-représentation – on ne saurait tout dire de l'autre, car il y a son inépuisable force de résistance à ce qu'on dit de lui – et la non-non-représentation, puisqu'on dit toujours quelque chose de l'autre, peu importe si l'on s'exprime dans une langue qui n'est pas la sienne : il y a l'insurmontable dépendance de l'autre envers le dit du comparatiste. Oui. On doute de *tout* avec la comparaison.

39. « Faire l'expérience de quoi que ce soit, qu'il s'agisse d'une chose, d'un être humain ou d'un dieu, signifie qu'on le laisse venir à notre rencontre, nous affecter, nous tomber dessus, nous bousculer et nous changer » : Martin Heidegger, *Acheminement vers la parole*, trad. par Jean Beaufret, Wolfgang Brokmeier et François Fédier, Paris, Gallimard, 1976, p. 143 [1959] (« Mit etwas, sei es ein Ding, ein Mensch, ein Gott, eine Erfahrung machen heißt, daß es uns widerfährt, daß es uns trifft, über uns kommt, uns umwirft und verwandelt »). J'ai modifié la traduction.

Penser la comparaison des droits comme activité plei-
ne, comme activisme aussi, comme plateforme contestataire,
voire comme moyen de sauver la planète : ce pourrait être le
défi de ces textes. Voici l'intuition cruciale du comparatiste :
cette vieille affaire, pieusement circonscrite, des droits étran-
gers, des droits exorbitants, recèle des enjeux capitaux pour
l'existence humaine et la vie collective. Car c'est l'écart à soi,
le geste par lequel le comparatiste refuse, démasque et défait,
c'est cette négociation unique, qui permet de mesurer la plu-
ralit  juridique et axiologique du monde – et, ce faisant,
d'ébranler un droit canonique, mis au service de l'imaginaire
républicain (et de son universalisme abstrait, forme de natio-
nalisme dilaté) par les gardiens du temple juridique, en intro-
duisant « de l'autre » dans la machinerie, en plein cœur de
l'appareil d'ailleurs et pas seulement en ses marges oisives et
négligeables. Et c'est ainsi en tant que désengagement insti-
tutionnel que la comparaison, grâce à la reterritorialisation
qu'elle commande, permet d'aborder la question juridique
dans toute sa radicalité. C'est au moyen de cette disruption,
de cet exercice d'agrammaticalit , qu'on mobilise le droit
pour la meilleure cause possible, celle qui peut (peut-être)
encore s'appeler la *justice*¹⁰, soit la reconnaissance et le res-
pect d'une altérité ayant l'heur d'enrichir notre perception de
ce qu'« il y a » et notre capacité d'action –  tant entendu que
toute interprétation que fera le comparatiste du droit étran-
ger est conditionnée, c'est-à-dire délimitée par les schèmes
d'intelligibilité qui l'animent nécessairement (ce qui entraîne
que chaque interprétation du droit étranger est inévitable-
ment, structurellement, contrainte, la distance d'avec ce
droit étranger en relançant incessamment les possibles effec-
tuations). Pour paraphraser Ludwig Wittgenstein, « [l]a
[comparaison] est un combat contre l'ensorcellement de notre
entendement par les ressources de notre [droit] »¹¹. C'est par
ce *worldmaking*, cette production d'autres mondes juridiques

10. Voir Jacques Derrida, *Force de loi*, Paris, Galilée, 1994, pp. 55 et 61.
Cf. Emmanuel Levinas, *Totalité et infini*, Paris, Le Livre de poche, [s.d.], p. 89, où
l'auteur traite de « la relation avec autrui – c'est-à-dire [...] de] la justice » [1974].

11. Ludwig Wittgenstein, *Recherches philosophiques*, trad. par Françoise Dastur
et al., Paris, Gallimard, 2004, § 109, p. 34 [1953] (« Die [Vergleichung] ist ein Kampf
gegen die Verhexung unsres [sic] Verstandes durch die Mittel unsere[s] [Rechts] »).

(la comparaison n'étant jamais simple vecteur de description du droit, mais acte ou *actio in distans* en droit), qu'on pratique le geste le plus significatif à partir d'une société d'abondance juridique historiquement affairée à s'emprisonner dans l'aliénation de son droit (quand il ne s'agissait pas de l'imposer par-delà l'Hexagone).

Comparer les droits, résolument, c'est-à-dire envers et contre tous les positivistes, envers et contre le tout du positivisme aussi, cultiver, non sans angoisse certes mais en même temps dans « l'affirmation joyeuse du jeu du monde »⁴², un « art de l'éloignement »⁴³, militer contre le « sentiment du sol »⁴⁴, à partir de « son » lieu, du lieu de soi, faire, hospitalièrement, que l'autre occupe le lieu qui était celui du seul soi, qu'il occupe ainsi le lieu de soi et qu'il l'occupe au lieu de soi. S'engager pour l'autre, donc – « jusques au feu exclusivement », selon une formule chère à Rabelais⁴⁵.

Cap à l'autre, cap à l'autre droit, cap à l'autre en-droit, cap à l'autre endroit..., plutôt qu'encore à soi – et pas que pour cette fois...

42. Jacques Derrida, *L'écriture et la différence*, Paris, Le Seuil, 1967, p. 427.

43. Thomas Pavel, *L'art de l'éloignement*, Paris, Gallimard, 1996.

44. Paul Valéry, « La jeune Parque », dans *Œuvres*, sous la dir. de Jean Hytier, Paris, Gallimard, 1957, t. I, p. 105 [1917].

45. [François] Rabelais, *Le tiers livre*, dans *Œuvres complètes*, sous la dir. de Jacques Boulenger et Lucien Scheler, Paris, Gallimard, 1955, p. 339 [1546].