

La comparaison des droits expliquée à mes étudiants

Pierre LEGRAND

S'intéresser à un droit étranger, donc à un autre droit que le « sien » (comme si le droit nous appartenait...), c'est, pour l'étudiant français, sortir du territoire français. C'est aussi sortir du territoire de la pensée juridique française, tel qu'on l'a organisé pour lui dans « sa » faculté de droit française. Par exemple, l'étude du droit de l'Angleterre lui donne à constater qu'il est possible de construire un droit sans code civil. Est-ce à dire que les Anglais sont incapables de codifier leur droit ? Cette absence de code civil signifie-t-elle que le droit anglais est primitif ? Non et non. Les Anglais connaissent bien les droits où prévalent des codes civils. Ils savent que dans ces pays, comme en France, d'éminents juristes se déclarent satisfaits de leur code et qu'il ne serait pas question pour eux de s'en départir. Et les Anglais ont, il va sans dire, les capacités intellectuelles nécessaires pour systématiser leur droit sous forme de code. La justification du modèle anglais est donc à chercher ailleurs.

Pour des raisons qui relèvent de ce qu'on pourrait appeler la « mentalité », il se trouve que les Anglais estiment qu'un code civil n'est pas compatible avec la justice. Voici une idée étrange pour un juriste français, qui pense, pour sa part, qu'un code civil contribue précisément à favoriser la justice. C'est le cas de le dire : l'étranger et l'étrange vont ici (et souvent...) de pair ! Selon le juriste français, en posant des règles claires et facilement identifiables, un code civil rend le droit davantage compréhensible et plus accessible – ce qui va dans

le sens d'une amélioration de la justice. De plus, un code contribue à la cohérence du droit, notamment entre des domaines considérés comme étant relativement indépendants les uns des autres, tels que le droit des contrats et le droit des successions, ou encore à l'intérieur d'un même domaine – ce qui va aussi dans le sens d'une amélioration de la justice. En quoi un code peut-il donc être perçu négativement, comme c'est le cas en Angleterre ? Du point de vue des Anglais, le problème tient principalement au fait qu'un code met l'accent sur des valeurs comme la logique et la symétrie, qu'il se présente (et qu'il présente le droit) comme un système objectivement rationnel. On craint, en Angleterre, que ces idées de cohérence, de logique, de systémique, empêchent le juge d'exercer sa discrétion là où les faits appellent des solutions pragmatiques, même si celles-ci ne sont pas cohérentes avec d'autres solutions déjà existantes. Les Anglais sont très attachés à l'idée selon laquelle la justice ne relève pas tant de l'application d'une logique « objective » à tous les litiges que de l'adaptation de la décision du juge aux faits de chaque espèce. Et il en va également ainsi en présence de textes législatifs, qu'on retrouve bien sûr en Angleterre comme dans d'autres droits.

Lorsque le juriste se situe face à un droit comme le droit français qui dit oui au code civil et à un droit comme le droit anglais qui dit non au code civil, il doit constater que ces deux droits sont « incommensurables » l'un par rapport à l'autre. Qu'est-ce que l'« incommensurabilité » ? Il s'agit de l'absence de « commune mesure » à ces deux droits, laquelle, seule, permettrait de les hiérarchiser, de les « classer » (de dire lequel des deux, par exemple, est le meilleur droit). Si deux entités sont incommensurables l'une par rapport à l'autre, c'est précisément qu'elles sont « sans commune mesure » (voici, au sens littéral, ce que signifie le mot « incommensurable »). Imaginons que j'aie devant moi une table basse faisant 50 cm de longueur et un bureau faisant 90 cm de longueur. Il m'est possible de dire qu'en vertu d'une commune mesure (en l'espèce, le centimètre), le bureau est plus long que la table. Je ne peux pas faire de même lorsqu'il s'agit du droit français avec code et du droit anglais sans code, c'est-à-dire du droit anglais casuiste (ce mot connote

La comparaison des droits expliquée à mes étudiants 211

l'idée de « cas » : un droit casuiste, c'est un droit des cas, un droit du cas par cas – on dit aussi un droit « idiographique », par opposition à un droit de la règle, comme le droit français, qui est, pour sa part, « nomoth tique »). Il n'y a pas de commune mesure entre la codification et la casuistique. Ainsi un droit codifié ne peut pas être dit, à cause de sa forme codifiée, plus équitable qu'un droit casuiste et un droit casuiste ne peut pas être dit, à cause de sa forme casuiste, plus certain qu'un droit codifié. Chaque droit répond à des attentes locales, qu'on peut expliquer historiquement en ayant recours à des notions comme la « culture » et la « tradition ». On pourrait avancer que chacun des deux droits fait état d'une «  pist m  » spécifique – le philosophe Michel Foucault (1926-1984) ayant beaucoup défendu l'utilité de cette notion. L' pist m , du mot grec pour « connaissance », c'est un peu le cadre sociohistorique du savoir, c'est-à-dire l'ensemble des critères qui, en un lieu donné et à une époque donnée, permettent de distinguer entre les différents types de connaissance, d'en retenir certains comme étant légitimes et d'en écarter d'autres comme étant illégitimes. Par exemple, alors qu'en France, l' pist m  juridique met l'accent sur la règle comme socle du savoir, en Angleterre l' pist m  juridique repose avant tout sur la connaissance des cas. C'est d'ailleurs en raison de cette différence tellement significative que le philosophe Jacques Derrida (1930-2004) refuse l'idée de « dialogue » dans ce genre de situation. Pour qu'il y ait « dialogue », explique-t-il, il faut que les deux interlocuteurs parlent la même langue. Or le droit français et le droit anglais ne parlent justement pas la même langue. Je ne fais pas ici allusion à la langue entendue au sens habituel, mais bien à la langue abordée d'un point de vue plus général, peut-être plus métaphorique aussi. Le droit anglais parle la langue de la justice selon les cas (ou selon les faits), alors que le droit français parle la langue de la justice selon les règles. Dans ce type de situation, encore une fois, Derrida estime qu'il faut remplacer la notion de « dialogue » par celle de « négociation ». Retenons qu'il y a incommensurabilité entre deux droits quand ceux-ci ne parlent pas la même langue, lorsqu'un dialogue entre eux est impossible, lorsque seule une « négociation » est envisageable.

Ailleurs, donc, on pense autrement. Et en étudiant ce qui se pense ailleurs, on est soi-même appelé à penser autrement. L'intérêt pour un autre droit se traduit par une déterritorialisation, qui est ainsi intellectuelle (ou cognitive) en plus d'être géographique. Il se traduit aussi par une détotalisation. « Notre » droit n'est plus « tout » le droit qui compte pour nous, c'est-à-dire que nous acceptons qu'il y a, en matière de connaissance juridique utile, autre chose que « notre » droit, qu'il y a d'autres droits qui peuvent, eux aussi, avoir valeur normative dans « notre » droit, non pas, certes, à titre obligatoire, mais bien d'un point de vue persuasif. Mais une question se soulève immédiatement. Dans quelle mesure l'étudiant français qui souhaite étudier un droit étranger peut-il éviter d'apercevoir ce droit à travers le prisme de son propre droit ? Est-il possible, par exemple, à l'étudiant français d'étudier le droit anglais sans en arriver à la conclusion qu'il y « manque » un code civil ? Mais les Anglais, eux, n'ont pas l'impression qu'il leur manque quoi que ce soit. Ainsi l'étudiant français qui aborderait l'absence de code civil en Angleterre comme un « manque », c'est-à-dire comme un « défaut », comme quelque chose de « négatif », trahirait en quelque sorte l'expérience juridique anglaise telle qu'elle est vécue par les Anglais eux-mêmes. L'étudiant français ferait ce qu'on appelle de la « projection ». Il projetterait sur le droit anglais sa propre conception de la codification et, ce faisant, obscurcirait la conception anglaise des choses. Une telle projection, c'est ce que les anthropologues qualifient d'« ethnocentrisme ». Il faut que le juriste français évite de tomber dans ce piège. Sinon, ses conclusions, « colorées » par sa propre formation juridique, ne seront pas crédibles. S'il devait procéder de manière ethnocentrique, le juriste français aurait effectué ce que Derrida qualifie de « fausse sortie ». Il n'aurait pas, au fond, vraiment quitté « son » droit.

Ceci dit, un ethnocentrisme *a minima* reste inévitable, car le juriste français ne peut tout simplement pas se réinventer de part en part. La conception du droit dont il a été imprégné durant ses années d'études à la faculté de droit constitue maintenant une partie de son identité. Imogene est une juriste française. Casimir est un juriste français. Elle est cela. Il est cela. (Certes, ils sont bien d'autres choses encore :

La comparaison des droits expliquée à mes étudiants 213

femme/homme, Parisienne/Toulousain, catholique/protestant et ainsi de suite. Mais ils sont notamment des juristes ayant étudié le droit en France.) Dès lors, que ce soit pour Imogene ou pour Casimir, le droit étranger sera nécessairement abordé à travers le prisme du droit français. Disons les choses autrement : le droit étranger vient inévitablement après le droit français, ce qui signifie qu'il s'agit d'un droit pour ainsi dire « dérivé », qui sera compris à partir du droit français. C'est un peu comme en matière de langues, où l'on s'appuie sur les notions de la première (qu'est-ce qu'un verbe, qu'est-ce qu'un adjectif...) pour apprendre la deuxième. Bref, comme le veut l'expression populaire, « on ne se refait pas » (ou alors si peu...). Je suis incapable, pour ainsi dire, de me déprendre de moi-même. C'est « moi » qui aborde l'étude du droit étranger. Et ce « moi » renvoie notamment à ma qualité de juriste français, à tout ce savoir juridique conditionné par une  pist m  donnée qui m'a été incorporé (et que je me suis laissé incorporer...). On peut certes regretter cette situation et estimer qu'il serait franchement magnifique de pouvoir étudier un autre droit sans aucun *a priori* que ce soit, sans aucun préjugé. Or ceci est impossible – et il faut le savoir. En ce sens, le juriste français étudiant le droit étranger est nécessairement prisonnier d'une enceinte mentale, qui, bien sûr, peut se révéler plus ou moins fortifiée (il y a des juristes à l'esprit plus ouvert que d'autres, des juristes davantage réceptifs que d'autres à différentes manières de penser le droit...).

L'étudiant français qui s'intéresse au droit anglais proc dera donc inévitablement à son étude à la lumière de ses préjugés. Je précise que j'emploie le mot « préjugé » dans son sens historique. Un préjugé, ce n'est pas obligatoirement négatif, car je peux faire état, par exemple, d'un préjugé favorable envers quelqu'un ou quelque chose. Pour rendre cette idée, le philosophe Rudolf Bultmann (1884-1976) parle de « pré-entendement » (en allemand, « *Vorverst ndnis* »). Chaque juriste français qui se consacre à l'étude du droit étranger doit admettre qu'il aborde son travail animé par un pré-entendement et que l'existence de ce pré-entendement est très largement incontournable. Ceci signifie, par exemple, qu'aucune étude portant sur un droit étranger ne peut être

objective. En cette matière, l'objectivité relève de l'illusion. Pour prétendre à quelque chose qui pourrait ressembler à de l'« objectivité », il faudrait que le juriste français puisse – comment dire ? – « surplomber » les questions étudiées. Mais une telle vue en surplomb n'est pas possible, car le juriste français est « situé », comme on dit en anthropologie ou en philosophie, c'est-à-dire qu'il habite un espace et un temps. Par exemple, il est juriste en France en 2009. Non seulement habite-t-il un espace et un temps, mais il est habité par cet espace et par ce temps (ainsi il est habité par ce qu'il a appris dans une faculté de droit française entre 1994 et 1999). C'est la problématique de l'identité, à laquelle j'ai déjà fait allusion. Oublions donc l'objectivité. Je dirais même plus : oublions avec sérénité l'objectivité. En effet, la situation que je décris signifie, à la réflexion, que la recherche qui porte sur le droit n'est pas désincarnée, qu'elle est le fait de femmes et d'hommes qui ont un vécu – qui sont situés – et que ces femmes et ces hommes puisent à ce vécu dans leur travail de chercheur. Qu'y a-t-il à regretter ? Comment peut-on regretter que la recherche sur le droit ait quelque chose à voir avec la vie, avec la vie des juristes qui la pratiquent ?

Imaginons ainsi deux juristes français qui se consacrent à l'étude d'une question impliquant le droit anglais. L'un aura eu la chance de séjourner à Oxford pendant six semaines et aura pu compter sur les riches ressources documentaires mises à sa disposition là-bas ; l'autre aura dû se contenter de quelques ouvrages de droit anglais, certains étant d'ailleurs périmés, disponibles dans les bibliothèques parisiennes. L'un aura eu la chance de profiter d'une formation juridique binationale l'ayant conduit à étudier en Angleterre pendant deux ans ; l'autre aura dû se satisfaire des deux ou trois cours de droit anglais qui lui auront été enseignés dans sa faculté française, parfois par un enseignant français n'ayant lui-même jamais étudié le droit anglais en Angleterre. Je pourrais continuer longtemps à souligner ainsi les différences entre nos deux juristes. L'un aura décidé d'insister sur telle décision de jurisprudence anglaise dans sa recherche et de lui consacrer plusieurs paragraphes ; l'autre, estimant cette même décision de peu d'intérêt, l'aura reléguée à une note en bas de page. L'un aura choisi de n'accorder presque aucune

La comparaison des droits expliquée à mes étudiants 215

importance à un certain article de revue paru en 1997 ; l'autre aura jugé que ce texte méritait, au contraire, d'être valorisé, puisqu'il offrait une explication particulièrement utile des décisions jurisprudentielles rendues au cours des dix années antérieures. Ce que je veux montrer, c'est qu'au fil d'arrivée, chaque juriste nous livrera une lecture du droit anglais qui sera nettement influencée par sa situation à lui, qui sera donc « située » (c'est-à-dire qui sera orientée par tout un ensemble de circonstances et de choix, dont certains ne seront pas même véritablement conscients)¹. Le caractère objectif de telles études est évidemment exclus. Et puisque toutes les recherches se déroulent de cette manière (il y a toujours des chercheurs en cause, chacun avec son vécu, chacun effectuant ses choix), l'objectivité n'a rien à voir avec quelque recherche juridique que ce soit.

Comment savoir, dès lors, lequel des deux chercheurs nous fournit la bonne réponse quant à l'état du droit anglais relativement à une problématique donnée ? À mon sens, il ne faut pas aborder la question en ces termes. Nous ne sommes pas dans le domaine de la mathématique et il ne saurait y avoir de « bonne » réponse au sens où la « bonne » réponse à l'équation « $2 + 2$ » serait « 4 ». Certes, il y a sans doute des « mauvaises » réponses possibles. Il en irait ainsi du chercheur qui nous dirait du droit anglais du divorce qu'il n'a pas changé depuis cinquante ans alors que des réformes législatives importantes ont été adoptées. Mais, encore une fois, il n'y a pas de « bonnes » réponses envisageables, en tout cas dès qu'il ne s'agit plus d'interrogations strictement techniques du type « Quand la loi du 11 novembre 1999 est-elle entrée en vigueur ? ». Ce que chaque juriste français s'intéressant au droit anglais met en avant, c'est une interprétation du droit anglais, son interprétation à lui, qu'il a construite à partir des matériaux qu'il a choisi d'utiliser (décisions de jurisprudence ; lois ; manuels, traités, articles et textes en tout genre). Nous voici donc en présence de deux interprétations, aucune ne pouvant prétendre à l'objectivité. Ces deux inter-

1. C'est pour cette raison que la notion de « mentalité » ne suffit pas à rendre compte de l'ensemble des décisions qui auront été prises. Il y a aussi des gestes posés ou des décisions prises qui relèvent non pas de l'esprit, mais de l'inconscient.

prétations se font, pour ainsi dire, concurrence puisqu'elles proposent, chacune, un certain entendement du droit anglais. Il y aura donc lieu pour ceux qui seront appelés à juger de ces interprétations de trancher (peut-être s'agira-t-il d'un directeur de mémoire, d'un jury de thèse ou de magistrats). En fin de compte, il faudra que chaque lecteur décide laquelle de ces deux interprétations du droit anglais en témoigne le plus fidèlement, laquelle a fourni l'entendement le plus sophistiqué du droit anglais relativement à la question en jeu. Bien sûr, chaque lecteur est, lui aussi, « situé », et chaque lecteur jugera donc nécessairement à la lumière de sa propre situation – puisque chaque lecteur habite, lui aussi, un espace et un temps du droit (et que chaque lecteur est habité par cet espace-droit et par ce temps-droit). Il peut très bien se faire, par exemple, qu'un lecteur français préfère l'interprétation A et qu'un lecteur suédois soit plutôt séduit par l'interprétation B. En tout état de cause, une interprétation sera considérée par son lectorat comme offrant une explication plus riche que l'autre, comme offrant davantage de « rendement ».

Pour parler de façon plus précise, il faudrait renvoyer à l'idée de « rendement interprétatif » ou, mieux encore, de « rendement herméneutique ». Par « rendement interprétatif », j'entends tout simplement la capacité explicative d'une interprétation. Si une interprétation A permet, mieux qu'une interprétation B, de rendre compte du droit anglais, de l'expliquer plus en profondeur, de manière plus persuasive, cette interprétation témoigne d'un meilleur rendement interprétatif que l'autre. Comme je viens de le souligner, il est toutefois préférable de parler de « rendement herméneutique ». L'herméneutique, c'est un type particulier d'interprétation qui était déjà connu dans l'Antiquité et auquel on avait recours, par exemple, lorsqu'il s'agissait d'interpréter les textes bibliques. Traiter d'herméneutique plutôt que d'interprétation signifie qu'on intègre au processus d'interprétation des questions qui n'ont souvent pas suffisamment retenu l'attention en matière d'interprétation des textes. Ainsi l'herméneutique met l'accent sur le caractère situé de l'interprète, d'une part, et sur le caractère situé du texte qui est interprété, d'autre part (pour parler des deux entraves empêtrant l'interprète,

La comparaison des droits expliquée à mes étudiants 217

Derrida a recours à la célèbre expression anglaise « *double bind* », qui signifie « double contrainte ». Traiter d'herméneutique plutôt que d'interprétation, c'est donc prendre position sur l'impossibilité d'une interprétation « objective ». C'est donc admettre que toute interprétation est située, que toute interprétation passe par un pré-entendement. L'herméneutique propose de nombreux enseignements encore. Dans sa version la plus connue, défendue par le philosophe allemand Hans-Georg Gadamer (1900-2002), l'herméneutique insiste en particulier sur la manière dont le pré-entendement est façonné par l'histoire. Gadamer parle ainsi du « travail de l'histoire » (en allemand, « *Wirkungsgechichte* »).

Il faut maintenant compliquer les choses et montrer pourquoi l'étude d'un droit étranger ne peut pas non plus être subjective. Lorsque j'ai écrit que l'interprétation était située, que l'objectivité était donc impossible à envisager, que le travail du juriste était d'ordre herméneutique, on aurait pu en conclure que l'étude d'un droit étranger ne pouvait relever que de la subjectivité. Mais reprenons l'exemple de l'étudiant français s'intéressant au droit anglais. Certes, cet étudiant est situé dans un espace-droit comme dans un temps-droit et sa familiarité avec le droit anglais se ressentira de cette situation. Mais l'interprétation qu'il fera du droit anglais ne peut pas pour autant être qualifiée de « subjective ». Affirmer le caractère « subjectif » de sa lecture risquerait, en effet, de laisser penser que le juriste est autonome, libre, omnipotent, que l'interprétation qu'il propose est le fruit de ses seuls choix. Mais tel n'est pas le cas, car le juriste français n'est pas libre de penser ce qu'il veut. Voici une affirmation qui peut paraître choquante (on aime bien se croire libre de penser ce qu'on veut !). Elle est pourtant pertinente.

Commençons par la langue. L'étudiant français parle français. Mais ce français qu'il parle, cette langue, il lui appartient beaucoup plus qu'elle ne lui appartient. Réfléchissons à cette formule. C'est dire qu'on ne peut pas faire de la langue ce qu'on veut. En fin de compte, c'est la langue qui mène le jeu. S'il veut se faire entendre, il lui faudra bien, cet étudiant français, parler la langue comme « on » la parle. Il n'a pas le choix. Retenons une illustration toute simple. La langue française organise le monde selon qu'il est féminin (la

chaise) ou masculin (le fauteuil). Par rapport à cette organisation de la pensée, l'étudiant français n'a rien à dire. La langue a tranché : il y a le féminin et le masculin. L'étudiant français doit bien composer avec cette distinction. En outre, il doit la maîtriser, sinon « on » estimera qu'il ne parle pas bien le français et peut-être aura-t-il du mal à se faire entendre. Ainsi le juriste français est prisonnier de cette distinction, car il ne peut pas s'en dépendre (comment l'étudiant français cesserait-il de porter en lui la distinction « féminin » / « masculin », même après avoir appris trois autres langues ?). Il y a donc un phénomène de conditionnement linguistique qui intervient, et à cet égard le francophone n'a pas le choix : il voit le monde d'une manière binaire, car pour lui, tout est féminin ou masculin. C'est la langue française qui en a décidé ainsi. (La langue anglaise, pour sa part, organise le monde autrement et il n'y a en anglais ni féminin ni masculin. Et la langue allemande, quant à elle, conçoit le monde encore différemment, selon un modèle ternaire cette fois : féminin, masculin, neutre.) Mais il n'y a pas que la langue qui contrôle l'étudiant français. Songeons, par exemple, à la religion ou à la moralité, aux formules de politesse ou aux bonnes manières de table. À la réflexion, la liste de ces structures est longue, même très longue...

À cet égard, les travaux du philosophe Martin Heidegger (1889-1976) se révèlent être de toute première importance. Heidegger a voulu démontrer que l'intuition cartésienne était erronée. Il n'y a pas, comme le croyait Descartes, d'un côté l'individu, libre et autonome, et de l'autre le monde, un peu comme un objet. Bien plutôt, écrit Heidegger, l'individu est toujours-déjà « jeté » dans le monde. Cette phrase demande d'ailleurs à être affinée, puisque l'emploi du mot « dans » suggère l'existence de deux entités distinctes (songeons au liquide dans la bouteille). C'est pour cette raison qu'il est préférable de recourir à la préposition « au » et de parler de l'individu-au-monde. Dans son vocabulaire philosophique, Heidegger traite ainsi de l'« être-au-monde ». Peut-être cette formule est-elle davantage compréhensible au moyen d'un exemple. Disons que Casimir est en amour. Casimir n'est évidemment pas dans l'amour. Mais, étant en amour, il est pris dans une relation avec l'amour, selon laquelle les notions de

La comparaison des droits expliquée à mes étudiants 219

« dedans » et de « dehors » n'ont plus vraiment de sens. Il en va ainsi de la langue. L'individu a-t-il déjà été hors de la langue ? Encore une fois, ce n'est pas qu'il est « dans » la langue, car on ne peut pas être « dans » une langue. C'est plutôt qu'il est « à » la langue ou, plus exactement dans ce contexte précis, qu'il est « en » la langue. Et cette langue, elle est « toujours-déjà » là par rapport à l'individu. Il n'y a donc pas de moment où il est envisageable que l'individu ait existé en dehors de la langue. Exister, c'est être « jeté » dans la langue – mieux, « en » la langue – sans qu'on ait quoi que ce soit à voir avec cette situation. Ainsi l'identité de l'individu est façonnée en partie par une appartenance linguistique (je suis francophone, tu es anglophone) qui témoigne d'une soumission de l'individu à la langue. Je reviens à l'idée selon laquelle la marge de manœuvre de l'individu est donc singulièrement réduite. Elle n'est pas nulle, car l'individu parle la langue avec un accent particulier, en ayant recours à un vocabulaire qui a sa spécificité (par exemple, il a des expressions « bien à lui »). Mais, encore une fois, la capacité de l'individu à se singulariser est limitée, car il est « pris » par la langue. On pourrait refaire le raisonnement relativement à d'autres héritages, et notamment par rapport au droit.

Notre étudiant français s'intéressant au droit anglais doit donc composer non seulement avec une langue (le français) qui ne lui appartient pas, mais aussi accepter d'être pris en un droit qui ne lui appartient pas davantage. Le juriste français, c'est le juriste-au-droit-français ou le juriste-en-droit-français. Par exemple, la distinction « droit privé » / « droit public », ce n'est pas l'étudiant français qui en fixe les modalités. Il y est « jeté ». À cet égard, sa marge de manœuvre se fait des plus limitées. Elle se trouve, à la réflexion, quasi inexistante. Mais si la dynamique entre le juriste français et son « objet » d'étude qu'est le droit anglais ne relève ni de l'objectivité ni de la subjectivité, comment la désigner ? De quoi dépend-elle donc ? Heidegger répondrait qu'elle participe de la « jectité » (en allemand, « *Geworfenheit* »). Il est certes délicat de promouvoir ainsi l'usage d'un néologisme. Mais il semble bien que ni le mot « objectivité » ni le mot « subjectivité » ne conviennent. Faute de mieux, accordons-nous pour dire que l'étude du droit étranger par un étudiant

français relève de la jectit . En d'autres mots, cette étude est influencée par le fait que l'étudiant a été jeté « au » droit français ou « en » droit français, un droit « toujours-déjà » existant par rapport à lui, un droit qui le précède donc, un droit qui, en raison du processus de conditionnement qui se manifeste inévitablement, aura façonné son pré-entendement, lequel, inéluctablement, influencera la représentation qu'il proposera du droit étranger. C'est d'ailleurs pour cette raison qu'on pourrait utilement parler de « re-présentation » (plutôt que de « représentation », comme on le fait habituellement) : la présentation qui est faite du droit étranger est nécessairement différente de ce qu'est ce droit étranger tel qu'il existe « en situation », car elle est filtrée par le prisme du pré-entendement du juriste. Il s'agit donc d'une représentation nécessairement nouvelle, soit, à proprement parler, d'une re-présentation.

  ce stade, quelques réflexions un peu plus philosophiques, soit un peu plus abstraites, semblent de mise.   partir du moment où le juriste admet l'existence d'un autre droit que le « sien », il inscrit nécessairement l'étude du droit étranger dans une perspective différentielle, c'est-à-dire que sa recherche se fait nécessairement à l'enseigne de la différence entre les droits. S'il existe une telle entité qu'un droit qui n'est pas « mon » droit, qui est autre que « mon » droit, c'est qu'il y a une différence entre cet « autre » droit et « mon » droit (j'écris « mon » droit même si ce droit que j'appelle « mien » ne m'appartient pas : c'est comme la langue !). Disons les choses autrement. Dès qu'il y a plus d'un droit, il y a la différence, il y a inévitablement la différence.   partir du moment où il y a plus d'un droit, il ne peut plus être question d'identité ou de m met . S'il y a plus d'un droit, ces droits ne peuvent pas être identiques, ils ne peuvent pas être le même droit (car alors, il n'y en aurait qu'un !). C'est une idée qu'on trouve exprimée notamment chez le philosophe allemand Gottfried Wilhelm Leibniz (1646-1716). La pensée du « plus d'un » constitue par ailleurs le socle de la philosophie de Derrida, connue sous le nom de « déconstruction » (une réflexion vaste, profonde et complexe, d'une immense richesse pour la comparaison des droits). Reformulée en termes « populaires », ceci signifie, par exemple, qu'il n'y a pas deux flocons de neige ou

La comparaison des droits expliquée à mes étudiants 221

deux feuilles d'érable qui soient identiques ou qui soient les mêmes. S'il y a plus d'un flocon de neige, il y a donc la différence entre ces flocons de neige. S'il y a plus d'une feuille d'érable, il y a donc la différence entre ces feuilles d'érable. S'il y a plus d'un droit, il y a donc la différence entre ces droits. La question devient alors de savoir ce qu'il convient de faire de cette différence. Elle est là, certes. Mais faut-il chercher à la camoufler autant que possible au nom, par exemple, d'un projet d'harmonisation ou d'uniformisation des droits ? Ou faut-il la reconnaître, quitte à ce qu'on doive en arriver à conclure à la singularité de chaque droit et, peut-être, à l'impossibilité d'une harmonisation ou d'une uniformisation ? Parmi les juristes qui se sont intéressés au droit étranger – appelons-les dorénavant « comparatistes », car s'intéresser au droit étranger, c'est nécessairement effectuer une comparaison avec « son » droit (même si on ne s'en rend pas toujours compte, on ne connaît quelque chose d'autre, notamment un autre droit, qu'à partir de ce qu'on connaît déjà, par exemple « son » propre droit, ce qui veut dire qu'une comparaison se manifeste à chaque fois qu'on « fait » du droit étranger, quoiqu'elle passe souvent inaperçue) – la très grande majorité a retenu qu'il convenait de mettre en avant les similarités entre les droits, d'insister précisément là-dessus. Même s'il y a plus d'un droit, ces droits seraient similaires et la tâche du comparatiste reviendrait à constater cette similarité, à la mettre au jour et à la revendiquer (« vive la similarité ! »). Deux comparatistes particulièrement influents – peut-être les plus prépondérants dans le champ des études juridiques comparatives (comme on désignera les recherches se donnant pour « objet » l'étude du droit étranger) en raison d'un traité paru en allemand au milieu des années 1960 puis traduit en anglais dès 1977 et faisant autorité depuis –, soit les juristes Konrad Zweigert et Hein Kötz, postulent d'ailleurs l'existence de ce qu'ils appellent une « *praesumptio similitudinis* » (en latin dans le texte !). Selon Zweigert et Kötz, les droits sont similaires, y compris dans le détail, à telle enseigne que le comparatiste qui conclurait à des différences importantes entre les droits devrait se tenir sur ses gardes : ou bien il aurait mal formulé la question marquant le point de départ de sa recherche ou bien il n'aurait pas suffisamment approfondi sa réflexion.

Pour ces auteurs, l'identification de différences entre les droits revêt donc un aspect négatif. Selon ces comparatistes, une telle conclusion révèle, au fond, une comparaison qui n'est pas à la hauteur des attentes qu'elle a suscitées. Dans le même ordre d'idées, un autre comparatiste, Basil Markesinis, écrit que le juriste ne devrait pas hésiter à « manipuler » les droits afin de les faire apparaître comme étant similaires, même s'ils ne le sont pas vraiment. Outre le fait que cette opinion soit indéfendable du point de vue de l'intégrité de la recherche comparative, elle fait office, ainsi que celle de Zweigert et Kötz, de réfutation des thèses de Leibniz et de Derrida (sans qu'on prenne toutefois la peine d'expliquer pourquoi Leibniz et Derrida auraient tort).

Essayons d'y voir plus clair. Pourquoi donc cette prédilection pour l'identification ou pour la construction de similarités entre les droits ? À mon avis, il faut ici faire intervenir des motivations idéologiques. Tant Zweigert et Kötz que Markesinis sont des partisans affichés de l'uniformisation des droits. Or il est évident que si l'on cherche à uniformiser des droits, pour quelque raison que ce soit, il est plus facile d'arriver à ses fins avec des similarités qu'avec des différences. Je ne veux certes pas affirmer que la motivation idéologique de ces comparatistes est condamnable en soi. Au contraire, je crois qu'il est inévitable qu'un interprète soit animé par des idées, par des convictions, et je ne trouve là rien de choquant. La dimension idéologique des études juridiques comparatives ne me trouble donc pas. Ce qui me gêne très sérieusement, en revanche, c'est que l'idéologie animant le projet « similarité » ne peut se concrétiser qu'au prix de sérieuses distorsions de ce qu'« il y a » (je préfère parler de ce qu'« il y a » plutôt que de la « réalité » : en effet, le mot « réalité » vient du latin « *res* », qui signifie « chose » et qui suggère, me semble-t-il, que la « réalité », c'est du « solide », comme une table ou une chaise ; or la « réalité », c'est beaucoup plus que cela et c'est aussi des phénomènes nettement moins « solides » qu'une table ou une chaise). Sur le plan empirique, il y a plus d'un droit – que cela plaise ou non. Et, quoiqu'en pensent Zweigert, Kötz et les autres qui auront beau phosphorer à l'envi, plus d'un droit, cela signifie la différence entre les droits – que cela plaise ou non. Pour en arriver à affirmer leur point de vue, les nom-

La comparaison des droits expliquée à mes étudiants 223

breux comparatistes qui appuient le projet « similarité » sont donc tenus de se voiler la face, de prétendre ne pas voir des différences qui sont pourtant là ou de soutenir que ces différences sont négligeables. Mais les différences, même si on ne veut pas les voir ou même si on veut les juger banales, sont nécessairement là et elles sont d'ailleurs à ce point significatives qu'il y a plus d'un droit. Comment la dissimulation de ce qu'« il y a » se produit-elle ? Eh bien, elle se manifeste, par exemple, par la formulation péremptoire d'un postulat (on affirme ainsi que les droits sont similaires, y compris dans leur détail) sans aucune justification que ce soit pour étayer l'affirmation ainsi faite. L'énoncé prétend s'imposer sans être soutenu par un quelconque argumentaire, au nom de la seule autorité des auteurs qui l'expriment. Disons de ce modèle qu'il est « autoritaire ». Parlons donc d'un modèle relevant du paradigme de l'autorité. (L'idée de « paradigme » renvoie à une vision du monde, à une manière définie de voir les choses : ici, c'est une vision du monde fondée sur l'autorité qui prétend gouverner la comparaison des droits.)

Ce qui me paraît inacceptable à ce propos, c'est le caractère délibéré du décalage entre l'étude (la recherche comparative) et l'« objet » d'étude (les droits). D'une part, on a affaire à une recherche qui prétend s'articuler autour de l'idée de « similarité » des droits en procédant, pour ainsi dire, par « décret », et d'autre part, on a des droits (lesquels, puisqu'on s'inscrit dans la logique du « plus d'un », sont inévitablement différents). Des comparatistes comme Zweigert et K tz font donc violence d'une manière qui me semble inadmissible à ce qu'« il y a ». Certes, toute étude comparative implique une certaine dose de « constructivisme ». Ainsi chaque comparatiste « construit » son argument en choisissant les textes, les décisions de jurisprudence, les ouvrages et les articles dont il s'inspire pour supporter son raisonnement. Comme j'y ai déjà fait allusion, cette démarche paraît, en tout état de cause, inévitable (car en cours de recherche, il intervient toujours de la part du juriste une gamme presque infinie de micro-décisions révélatrices de choix : insister sur telle décision de jurisprudence plutôt que sur telle autre, reléguer tel ouvrage aux notes en bas de page plutôt que lui faire une place dans le corps du texte, consacrer de longs développements à tel

article de revue plutôt que l'ignorer et ainsi de suite). Même si la présence du « soi » est donc incontournable dans la construction de l'étude comparative, et même si l'acceptation de ce phénomène confère une dimension salutairement « humaine » à la recherche, le juriste a néanmoins l'obligation de tenter de minimiser le caractère idiosyncratique de la lecture qu'il fait de l'autre droit. Oui, le « soi » occupe inévitablement une certaine place dans la formulation de la comparaison des droits ; oui, le pré-entendement joue inévitablement un rôle dans l'entendement que le juriste se fera de l'autre droit ; oui, la comparaison constitue toujours une effraction dans l'autre droit ; oui, l'autre droit se trouve inévitablement « à la merci » de son traitement par le comparatiste. Mais précisément parce qu'il en va ainsi – précisément, et tout particulièrement, parce que l'autre droit se trouve à la merci du comparatiste et que celui-ci doit donc exercer une responsabilité envers l'autre droit – j'estime qu'il incombe au juriste de faire tout ce qu'il peut pour contenir le phénomène d'« appropriation » ou d'« assimilation » de l'altérité (ce mot renvoie commodément à ce qui relève de l'autre). Or la stratégie qui vise à construire des similarités entre les droits dans un contexte où il y a des droits, et où il y a donc la différence entre les droits, cette stratégie-là me semble indéfendable, car elle fait par trop violence à ce qu'« il y a ». Autrement dit, la déformation, la distorsion qui se produit est trop importante pour qu'on puisse valider cette démarche comparative.

Comme l'écrit justement Derrida, dès qu'on ouvre la bouche, on fait violence à ce qu'« il y a ». Quoiqu'on dise, en effet, toute parole exprime un choix, une préférence, une prédilection – ce qui signifie qu'on ne peut jamais prétendre représenter fidèlement, impartialement, « objectivement » une situation (et celui qui soutiendrait le contraire serait un juriste qui, consciemment ou non, mettrait en avant ses propres idées sous couvert d'« objectivité »). On fait toujours un peu violence à une situation : on en parle en nos mots, selon nos conceptions, d'après nos pré-entendements (songeons à la manière dont nous racontons une soirée : nous lui faisons violence à cette soirée en la racontant, car nous la transformons, pour ainsi dire, « malgré elle », en insistant sur tel aspect et

La comparaison des droits expliquée à mes étudiants 225

en omettant tel autre). C'est pourquoi je trouve utile de qualifier les études juridiques comparatives d'« interventions ». Ainsi le comparatiste français « intervient » dans le droit anglais. L'idée d'« intervention » rejoint celle de « violence ». Car une intervention, c'est une irruption. Intervenir dans une situation, c'est imposer sa présence. Et c'est cette imposition qui implique une manifestation de violence. Mais du moins doit-on, autant qu'il est possible, faire valoir la « moindre violence ». C'est toute la différence du monde ! En d'autres termes, il incombe au juriste de minimiser la violence qui intervient au moment de la re-présentation. Certes, cette violence ne sera jamais éliminée, mais elle doit pouvoir être contenue. Comment faire les choses, comment dire ce qu'« il y a » de manière à éviter l'assimilation indue à « notre » langue, à « notre » droit, à « nos » schèmes de pensée ? Pour en arriver à diminuer la portée de la violence autant que possible, je soutiens que le comparatiste doit se livrer à des études comparatives à l'enseigne de l'« analyse différentielle des juriscultures ». Voici une formule qui n'est pas simple et qui demande à être amplifiée (je peux immédiatement confirmer que je parle d'analyse en songeant au divan : il s'agit, en effet, de mettre le droit étranger sur le divan...).

Précisons d'abord que ce n'est pas une propriété intrinsèque d'un droit que d'être différent d'un autre. La différence, c'est le comparatiste qui la construit. Mais ce bricolage répond à ce qu'« il y a » – et c'est en ce sens que l'édification de différences se distingue de l'affirmation de similarités plus ou moins artificielles. Je ne veux pas dire ici que la différence est intrinsèquement positive, qu'elle est « en soi » positive. On sait trop bien comment la notion de « différence » a été souvent utilisée pour stigmatiser des peuples et exclure des minorités raciales, religieuses, linguistiques ou autres. Mon argument, c'est que la différence ne doit pas être considérée comme étant systématiquement négative non plus (ainsi que le proposent Zweigert, Kötz et les autres). Je vais d'ailleurs plus loin et je retiens l'idée d'un préjugé qui doit s'installer dans le champ des études juridiques comparatives en faveur de la différence et ce, au nom de l'éthique du témoignage qui doit gouverner l'étude du droit étranger. Peut-être tout parti-

culièrement à cause des phénomènes d'eupéanisation et de globalisation des droits, le temps me semble venu pour le comparatiste d'orienter résolument ses travaux vers la mise au jour de la singularité du droit, ce qui veut dire rendre explicite ce qui distingue un droit d'autres droits et ce qui implique de se mettre à l'écoute du droit étranger qui constitue l'« objet » d'étude. En ce sens, il ne doit même pas s'agir de comprendre l'autre droit, car « comprendre », c'est encore « prendre », c'est-à-dire « se saisir de », « s'emparer de ». Or pour emprunter sa formule à Roland Barthes, de l'autre je ne dois « plus rien vouloir saisir ». Ne pas étudier un autre droit pour le comprendre, donc, mais pour l'entendre, pour s'y entendre mieux. C'est ainsi une recherche comparative reposant sur la notion d'« entendement », d'« écoute », que je veux promouvoir. Il y a une belle phrase du philosophe Søren Kierkegaard (1813-1855) dans laquelle je retrouve ma pensée : « Hâte-toi, oh ! hâte-toi d'écouter. » Comme Kierkegaard l'a écrit encore, « tout aboutit à l'oreille ». Au fond, c'est une question de justice, car l'autre a droit à la parole, d'une part, et il a droit à la reconnaissance et au respect, d'autre part. Je veux ici citer Derrida : « Rien d'essentiel ne sera fait si l'on ne se laisse pas convoquer par l'autre. » L'analyse différentielle intervient donc au nom de l'autre. Elle est pour l'autre. Elle prend le parti de l'autre. Le philosophe Emmanuel Levinas (1906-1995) propose une réflexion de très grande valeur pour le comparatiste sur la priorité de l'autre (même par rapport au « soi » – ce qui n'est pas du tout évident). Voici, certes, l'affirmation d'une idéologie, et je n'en disconviens pas. Mais j'ai dit que l'idéologie n'est pas condamnable en soi. Encore faut-il savoir de quelle idéologie l'on se recommande : effacer l'autre, le dissoudre dans l'un, cet « un », bien sûr, étant toujours le « soi » – pensons à l'idée d'un code civil européen que défendent de nombreux juristes issus de la tradition romaniste et qui aurait précisément pour effet de dissoudre le *common law* d'Angleterre dans la tradition romaniste ? Ou permettre à l'autre, autant que faire se peut, d'être tel qu'il est situé, soumis à une distorsion minimale, à un degré aussi bas que possible de la re-présentation ? Pour moi, la réponse s'impose. Au nom de la reconnaissance et du respect qui sont dus à l'autre (notamment en raison du

La comparaison des droits expliquée à mes étudiants 227

fait qu'on attend de l'autre qu'il nous témoigne, lui, sa reconnaissance et son respect), il faut lui laisser la parole, le laisser dire sa propre expérience. Il faut, par exemple, que le juriste français, au lieu de décider lui-même que le *common law* anglais devrait disparaître au profit d'un code civil européen, laisse l'Anglais dire sa propre expérience de la codification, c'est-à-dire, en l'espèce, son refus de la codification (la présence de quelques individus favorables au droit codifié ne remettant pas en cause la nette prépondérance d'opinion). Et il faut que le juriste français reconnaisse et respecte cette expérience, qu'il la valide.

J'ai mentionné que les différences sur lesquelles voudra insister le comparatiste sont construites par lui. C'est dire qu'ici aussi, en matière d'analyse différentielle, le comparatiste construit son « objet » d'étude. Mon argument veut toutefois insister sur le fait que s'il y a donc, en ce cas également, manifestation de violence par le juriste, il s'agit, à n'en pas douter, de ce qu'on peut légitimement qualifier de « moindre violence ». Car ces différences qui sont construites, elle le sont à partir de ce qu'« il y a ». Et nous avons vu qu'à compter du moment où il y a plus d'un droit, il y a la différence. La construction de la différence s'accorde ainsi avec ce qu'« il y a », alors qu'il n'en va pas du tout de même du projet « similarité » – lequel, je l'ai mentionné, contrefait violemment ce qu'« il y a » et, pour ainsi dire, s'en saisit, afin de nourrir son idéologie de « semblance », si illusoire soit-elle. Dans ces conditions, il n'est guère étonnant que le discours dominant le champ des études juridiques comparatives ait voulu occulter les rares travaux d'analyse différentielle, qui sont donc restés marginaux. Dans ce domaine – comme c'est le cas ailleurs, dans d'autres champs – s'est forgée une conception de ce qui constitue une « bonne » recherche. Une telle recherche, celle qui répond aux critères élaborés par les tenants du projet « similarité », se voit ainsi valorisée. C'est, par exemple, ce type de recherche qui trouve facilement à se publier dans les revues et à se déclamer dans les colloques. L'autre recherche, celle qui ne se conforme pas aux attentes de l'orthodoxie, fait fréquemment l'objet de sanctions qu'on pourrait qualifier de « disciplinaires » (car la comparaison des droits, c'est aussi une discipline avec tout ce que ce mot véhi-

culé d'exigence d'obéissance et de punition en cas de désobéissance). Comme l'écrit le philologue Jean Bollack, « c'est la censure la plus forte que cette recherche de la non-différence ».

Parce qu'elle vise à approfondir la spécificité du droit étudié, l'analyse différentielle doit se faire une conception particulièrement étendue des éléments d'information qui sont pertinents dans son processus d'imputation de sens à l'altérité. À mon avis, la démarche la plus importante que doit effectuer le comparatiste à cet égard, c'est de refuser le point de vue selon lequel l'idée de « droit » se limiterait aux textes qui sont normativement obligatoires. De manière classique – et, selon moi, critiquable –, les comparatistes ont mis en relief dans leurs recherches les seules lois et décisions de jurisprudence qu'ils jugeaient pertinentes. Après avoir procédé à cette démarche identificatoire, ils ont estimé que l'essentiel était fait. Ils « tenaient » leurs droits. Il s'agissait ensuite de les expliquer selon une logique dite « positiviste » (c'est-à-dire en vertu d'une démarche qui, en mettant l'accent sur des définitions, des concepts et des règles, insiste, de manière délibérément très limitée, sur le droit tel qu'il est « posé » par les lois et décisions de jurisprudence). Ici encore, le paradigme de l'autorité gouverne la comparaison. Ce qui compte, ce qui vaut, c'est ce qui fait autorité au sens étroit du mot, c'est-à-dire ce qui a valeur normative obligatoire.

Or la différence, le comparatiste la constatera et l'appréciera d'autant plus qu'il acceptera d'aborder le droit en tant que celui-ci participe d'une culture, c'est-à-dire à partir du moment où il se montrera disposé à remplacer l'idée (limitée, étriquée) de « droit (positif) » par celle (ouverte, ample) de « jurisculture ». Il s'agit d'aborder une loi ou une décision de jurisprudence en se rappelant à tout instant que cette loi ou cette décision n'est pas tombée du ciel, pour dire les choses de façon « populaire ». Bien au contraire, elle est enchâssée dans une culture. Elle s'explique ainsi à la lumière d'une culture et ne peut d'ailleurs s'expliquer qu'à la lumière d'une culture. Je ne dis pas qu'elle est « causée » par une culture. Ce n'est pas une manière très heureuse de concevoir la culture que de la décrire comme étant la « cause » de telle loi ou de telle décision de jurisprudence. Ce qui paraît plus juste, c'est de

La comparaison des droits expliquée à mes étudiants 229

constater que les textes de loi et les décisions de jurisprudence, les traités et les articles de revue aussi, ont été « fabriqués » (le mot n'est pas excessif) par des femmes et des hommes ayant été institutionnalisés « en » droit. En ce sens, il est légitime de penser que le discours juridique s'accorde avec le discours culturel ambiant. Le contraire semble d'ailleurs peu probable. Réfléchissons-y. Comment imaginer une société dans laquelle le discours juridique ferait cavalier seul, pour ainsi dire, dans laquelle le discours juridique défendrait des valeurs et des idées qui n'ont que peu à voir avec les valeurs et les idées prévalant par ailleurs dans cette société même, par exemple, dans le domaine littéraire ou philosophique ? Robert Gordon, un historien enseignant à la faculté de droit de l'université Yale, fait ainsi observer que de tels dysfonctionnements ne sont guère envisageables, puisqu'une société n'accepterait tout simplement pas de confier la résolution de ses litiges à une communauté juridique qui se situerait en porte-à-faux par rapport à elle. Ce que je dis, c'est qu'il existe donc quelque chose qu'on peut qualifier de méta-discours – la « culture » – dont le droit représente une application. Attention ! Ceci ne signifie pas que le droit « reflète » la culture, qu'il y aurait le « tout » (la culture) dans la « partie » (le droit), notamment parce que la notion de « culture » est complexe et pas aussi homogène qu'on ne le croit (après tout, « ma » culture n'est pas tout à fait celle de mon voisin).

Ma thèse, c'est que si le comparatiste français veut s'y entendre relativement à une question de droit anglais, il ne peut pas se contenter d'analyser celle-ci d'un point de vue positiviste. Il doit en prendre la mesure sur le plan culturel.   la réflexion, une description positive (telle loi, telles décisions de jurisprudence) n'explique rien. Le comparatiste nous décrit le droit, nous (re-)dit ce que dit le droit. Mais il n'explique rien. Il n'élucide ni le « comment » ni le « pourquoi » du droit. Il ne répond pas à la question « Mais, qu'est-ce que cela signifie ? ». Seule une approche culturaliste permet de fournir des éléments d'explication, d'offrir une interprétation élucidant le droit afin d'en arriver à mieux s'y entendre. Partons donc du postulat qui suit : *a priori*, aucun texte ou aucun discours ne peut être exclu de la zone d'analyse comparative. Parce que le

discours juridique constitue une manifestation du discours culturel (encore une fois, il n'en est pas le reflet), les autres expressions du discours culturel – songeons, par exemple, au discours philosophique, littéraire ou architectural – sont susceptibles de nous aider à élucider le droit. C'est ce qu'on pourrait appeler le phénomène d'« inter-textualité », l'idée étant – j'y reviens – qu'il y a des liens, qu'il doit bien y avoir des liens, entre les différents discours (ou les différents textes) dans la mesure où chacun d'entre eux constitue une manifestation du méta-discours culturel. Ceci n'est pas dire que la culture doit être envisagée comme un principe unificateur : il serait excessif de voir les choses comme ceci, car il y a, dans chaque culture, des « intermittences », des discontinuités et même des ruptures. Mais il existe des liens, des connexions, des réseaux, qui permettent, par exemple, d'identifier des « résonances » parlantes ou révélatrices entre les jardins de Vaux-le-Vicomte et le Code civil français. Tous deux s'offrent, en effet, comme des espaces de logique, de symétrie – et il n'est pas accidentel qu'il en soit ainsi.

Il n'est évidemment pas simple de travailler avec une notion aussi floue que la culture. Mais – les anthropologues l'ont montré – c'est cette idée qui réussit le moins mal à rendre compte de ce qu'« il y a ». Je ne vais pas me hasarder à proposer une définition de la culture, ne serait-ce que parce que celles-ci sont déjà très nombreuses. Mais les éléments qui suivent permettent de circonscrire l'idée directrice. Il s'agit de repères signifiants – relevant souvent de l'implicite – ayant une valeur pour une communauté donnée et permettant à cette communauté de marquer la limite entre l'acceptable et l'inacceptable. (Attention ! Le recours à l'idée de « culture » n'implique en rien qu'on « désactive » l'individu au profit de l'activité mystérieuse d'une entité omniprésente et omnisciente, qu'on fasse de l'individu un simple appendice d'un « système » qui coifferait sa vie.) J'y ai fait allusion : une culture n'est jamais homogène, et le fait même de parler d'« une » culture est, au fond, simpliste. Mais il faut bien travailler avec les mots que la langue met à notre disposition. On dira donc, pour rendre compte d'un point de vue largement majoritaire, c'est-à-dire d'une préférence, d'une tendance, d'une prédilection partagée par une partie importante

La comparaison des droits expliquée à mes étudiants 231

de la communauté au point de constituer une caractéristique distinguant cette communauté d'une autre communauté, que ce point de vue largement majoritaire relève de la culture (par exemple, on retiendra que le point de vue, largement majoritaire en France, selon lequel l'avènement d'un code civil signifie une indéniable avancée de la pensée juridique constitue une « composante » de la culture française). La culture connote l'idée d'une « cohésion » ou d'un « ciment » communautaire. Il faut ajouter qu'aucune culture n'est statique. Notamment sous l'influence d'idées venues d'ailleurs, une culture est en constante mutation (je n'écris pas « progrès » ou « évolution », car tous les analystes ne s'accorderaient pas pour dire qu'un changement donné constitue nécessairement un progrès ou une évolution). Certes, la culture a une propension à l'« acculturation ». En d'autres termes, une culture, quoique ne se montrant pas hermétique aux idées venues d'ailleurs, a tendance à les transformer, à les adapter, pour qu'elles s'accordent avec les pratiques locales.

Notion protéiforme, la culture intervient sur tous les plans et à tous les niveaux. C'est ce qui la rend difficile à manier. Mais cette polyvalence ne disqualifie pas l'idée (comment expliquer autrement la « cohésion » dans une société donnée ?). Même si l'idée de « culture », et plus spécifiquement de « culture juridique », ne plaît pas à de nombreux juristes qui n'en ont pas l'habitude, il n'en reste donc pas moins qu'elle nous est nécessaire pour rendre compte de ce droit posé qu'il y a. Certes, d'aucuns ont recours à la notion de « tradition ». Mais celle-ci est plus étroite et il paraît préférable de l'envisager comme un élément de la culture, comme quelque chose qui pourrait en être le noyau, dont la transmission relèverait de ce que les historiens appellent la longue, voire la très longue durée (ici, on parle le langage des siècles)². Imaginons des cercles concentriques : il y aurait la tradition « en » la culture.

2. C'est notamment sur ce plan que les notions de « tradition romaniste » et de « tradition de *common law* » se révèlent utiles. Si les droits français et allemand participent tous deux de la tradition romaniste – c'est-à-dire s'ils ont en partage l'héritage du droit romain –, on peut s'attendre à ce que les éléments traditionnels de la culture juridique dans ces deux droits se recoupent. Ainsi on trouve, en Allemagne comme en France, une distinction primordiale entre droit privé et droit public. Ce n'est pas le cas en Angleterre, où prévaut un droit issu de la tradition de *common law*.

Pour le positiviste, le droit « posé », c'est à la fois le point de départ et le point d'arrivée de la recherche comparative, alors que pour le culturaliste, le droit « posé » ne peut jamais signifier qu'un point de départ et certainement pas un point d'arrivée. Il s'agit donc d'un lieu à partir duquel on entreprend un travail archéologique, à partir duquel on se livre à une démarche d'excavation, à des fouilles, pour montrer ce que recèle ce droit « posé », pour mettre au jour ce qu'il cache (compliquons un peu les choses : pour le culturaliste, le « droit posé » n'est autre qu'une position, c'est-à-dire un point de vue – et ce sont les tenants et aboutissants de ce point de vue qu'il lui faut éclairer). Ce texte de loi, cette décision de jurisprudence, que révèlent-ils ? De quelles caractéristiques culturelles sont-ils l'expression ou le relais ? D'après le culturaliste, chaque texte recèle ainsi des traces culturelles qu'il lui faut dévoiler, mettre au jour, élucider, un peu comme on ouvrirait une archive, afin de rendre compte de ce texte, afin de le situer dans son authenticité (d'ailleurs, l'« archive », étymologiquement parlant, c'est la maison ou, par extension, le lieu, par exemple, le lieu qu'habite le texte juridique). Ainsi tel texte législatif recèle des traces politiques, sociales, économiques, historiques et autres. La politique constitue dès lors une dimension de la loi. Il en va de même pour le discours social ou économique qui constituent, eux aussi, une dimension de la loi. Ce n'est donc pas que ces discours ne participent pas du droit, qu'ils sont des discours d'ailleurs, des discours qui relèveraient (pour dire les choses ainsi) du non-droit. M'inspirant d'une célèbre formule de Derrida, qui écrivait qu'il n'y a pas de hors texte, je dirai qu'il n'y a pas de hors droit. Il faut le répéter : ce qu'on appelle la loi ou la jurisprudence est *constitué*, de part en part, de traces politiques, économiques ou autres.   travers leurs traces qui se sont dissoutes dans les mots du droit et qui y ont ainsi survécu, des discours restent présents dans le droit, quoique de manière souterraine et donc invisible (il y a une irréductible *restance* de la trace ou un tracé de la trace, il y a du disparu dans le droit). La loi, la jurisprudence, c'est ainsi cela : une accumulation persistante de traces hétérogènes qui hantent les mots, un peu comme des revenants. Ces traces ne sont pas à conceptualiser en tant que couches qui se superposeraient soigneusement l'une à l'autre,

La comparaison des droits expliquée à mes étudiants 233

tels des sédiments (une couche de politique par-dessus le social et ainsi de suite), mais bien sous forme d'enchevêtrement. Et c'est, pour ainsi dire, cet entrelacement même ou cet assemblage qui se fait, en fin de compte, constitutif de droit et porteur de sens. La trace, c'est la présence d'autre chose, d'une autre énergie signifiante, dans le droit – lequel n'est donc pas « pur ». Ainsi la trace montre comment le droit se constitue d'un amalgame de différences. D'ailleurs, plus le comparatiste approfondit son travail sur la trace, plus il fait ressortir la différence d'un droit par rapport à d'autres. On peut dire de cette démarche qu'elle véhicule à la fois des inflexions « anamnésique » (contre la perte de mémoire) et « hypermnésique » (pour une intensification de la mémoire).

D'après le culturaliste, les études juridiques comparatives ont mieux à offrir que la simplicité et ne sont pas là pour soulager les juristes de ce qu'ils ne maîtrisent pas. Ainsi le culturaliste prend le parti de l'identification des traces et du dévoilement du sens. Pour arriver à ses fins, il opte pour une perspective interdisciplinaire. Il sait bien qu'il n'est pas historien et qu'il n'est pas non plus économiste ou sociologue. Mais il constate aussi, et surtout, qu'il n'a pas le choix. Malgré les cloisonnements entre disciplines dans l'université française, malgré les barrières que le droit s'évertue à ériger autour de lui, le culturaliste réalise bien que l'étude du droit sous le seul angle positiviste n'explique rien. Certes, on aura décrit la loi française et la jurisprudence anglaise. Mais on n'aura pas répondu – du moins pas en profondeur – à la question de savoir « Mais, qu'est-ce que cela signifie ? ». Comme l'écrit Derrida, « il y a » la source pré-juridique du juridique. « Il y a » cela aussi ! Pour le culturaliste, il importe donc de procéder à un travail d'excavation, de fouille archéologique, dans le but d'imputer du sens, de manière crédible, au droit anglais. Il est important de préciser qu'il ne s'agit pas pour le culturaliste de procéder à contextualiser le droit anglais. À proprement parler, il ne saurait être question de contextualisation, puisque ceci signifierait que la politique, l'histoire, l'économie et le reste existent à part le droit. Or il n'en va pas ainsi. Ces traces dont il est question *constituent* le texte juridique ; elles ne font pas que l'accompagner.

L'idée-maîtresse, c'est qu'un texte ne se réduit pas à ce qui est visible, c'est-à-dire aux mots sur la page. Le texte, écrit par exemple Derrida, c'est aussi ce qui n'est pas visible (ainsi les traces historiques, économiques et autres). Et ce qui n'est pas visible, Derrida en parle comme d'une absence. Il y a donc ce qui est présent (les mots sur la page) et, comme en supplément, ce qui est absent (les traces). Mais il faut admettre que ce qui est absent est aussi présent. Cette absence-là est une présence. Pour expliquer ceci, Derrida retient l'image du fantôme et prône une logique du fantôme qui ferait la place qui lui revient à ce qui est invisible et qui est pourtant là. D'ailleurs, dit encore Derrida, la présence absente (les traces) est peut-être une forme de présence plus importante encore que ce qui est tout simplement présent (les mots sur la page) : l'histoire, la politique, tout cela, c'est en effet loin d'être banal ! Ce que fait le culturaliste, c'est donc de déplacer le regard. Au lieu de s'en tenir seulement aux mots qu'on trouve sur la page, comme le ferait le positiviste (pour lequel ce qui compte, c'est justement ce que dit un texte de loi ou une décision de jurisprudence en toutes lettres), le culturaliste insiste sur ce que ces mots dissimulent, sur ce qu'ils recèlent, sur ce qu'ils ne disent apparemment pas, mais qu'ils affirment au fond très bien. Pour le culturaliste, les enjeux majeurs se situent là. Bien sûr, le comparatiste va continuer à prendre la mesure des textes législatifs et des décisions de jurisprudence. Il va encore chercher à les identifier et à les décrire. Après tout, c'est au droit que nous nous intéressons, nous, les juristes ! Mais le comparatiste ne va plus considérer que le droit posé représente la dimension la plus importante du texte. Au contraire, il va mettre l'accent sur l'absence, qui est aussi une présence, c'est-à-dire sur la trace. Selon le culturaliste, il y a l'incessant travail de la trace et c'est l'imbrication empirique et cohésive des traces, chacune singulière, qui débouche sur la formulation d'un droit porteur de sens.

Ajoutons qu'aucune trace n'est originaire. Chaque trace appelle son antécédent. À chaque fois, « il y a » ce qui précède la trace. Derrida rappelle qu'en cette matière, il n'y a pas de commencement. Il faut pourtant que l'étude comparative s'arrête. Et elle s'arrêtera. Mais elle ne s'arrêtera pas

La comparaison des droits expliquée à mes étudiants 235

parce qu'il était devenu possible, à un moment donné, de dire : « Voilà, à partir d'ici, ce n'est plus du droit. » Non. Car nous sommes toujours plus ou moins « en » droit ou « au » droit. Nous ne quittons jamais tout à fait le lieu du droit. À aucun moment, alors qu'il met en lumière les traces, peut-on dire que le comparatiste se trouve hors du droit (à méditer, cette phrase de l'écrivain autrichien Thomas Bernhard (1931-1989) : « Le monde est absolument, complètement juridique »). Quand le comparatiste s'arrêtera toutefois, parce qu'il le faudra bien (comme j'arrêterai ce texte à un certain moment, parce qu'il le faudra bien), il n'aura pas pour autant quitté le droit et il saura que s'il l'avait souhaité il aurait pu creuser encore, révéler encore des traces de traces, tout en restant encore « en » droit). Puisqu'il y a tant à dévoiler, puisque chaque trace conduit à une autre trace qui, à son tour, mène à une autre trace et ainsi de suite, on peut s'attendre à ce qu'un comparatiste tende à mettre l'accent sur l'un ou l'autre des discours recelés par le droit. Certains comparatistes insistent, par exemple, sur l'histoire en tant que discours constitutif du droit. Pour d'autres, c'est l'économie qui retient l'attention en tant qu'elle est constitutive du droit. Cette division du travail, pour l'appeler ainsi, intervient parce qu'un comparatiste ne peut pas tout faire et tout dire – tout excaver – à lui seul. Apprendre l'histoire ou la politique ou l'économie anglaise, par exemple, pour en déceler les traces constitutives du droit anglais, c'est déjà un énorme défi pour le comparatiste français. Puisque celui-ci « choisit » telle perspective ou tel angle d'analyse, il faut bien voir que l'explication qu'il proposera pour rendre compte du droit anglais – ce réseau de traces auquel il aura voulu s'attarder, cette mise en sens qu'il suggérera, cette mise en scène – ne relève pas de l'idée de « vérité ». Ce qu'il dit du droit anglais, la lecture qu'il en revendique, ne peut pas s'offrir comme étant « vraie ». Pour reprendre cette affirmation de manière un peu plus exaspérante encore, mais non moins pertinente, je veux énoncer ce qui suit : ce que je dis du droit anglais en tant que comparatiste, *ce n'est pas vrai, ce n'est nécessairement pas vrai* – et cela, car c'est moi qui parle et que je ne peux pas tout dire. Nous l'avons vu : ce que je propose relève d'une interprétation dont le lecteur

est appelé à juger au vu d'autres interprétations également disponibles.

Je veux reprendre ici une idée que j'ai formulée précédemment. Dès lors qu'il intervient dans le droit de l'autre, le comparatiste doit donner effet à deux valeurs primordiales, soit la reconnaissance et le respect. Il y va d'une éthique de la comparaison. Certes, les conceptions du droit venues d'ailleurs peuvent nous choquer et peuvent même heurter nos convictions les plus profondes. Mais, en tant que créations de la pensée humaine, elles sont néanmoins dignes de notre reconnaissance et de notre respect (une reconnaissance et un respect qui ne sont pas sans rappeler ce que nous demandons de l'autre à l'endroit de nos propres idées). Ceci ne signifie évidemment pas que nous devons être d'accord avec le droit qui se vit ailleurs. Ainsi le choix de tel droit de retenir la peine capitale au titre des sanctions pénales possibles n'a pas à commander notre accord. Mais ce choix mérite d'être reconnu et respecté. Autant cette pratique peut heurter notre sensibilité, autant elle peut susciter la réprobation de notre part, autant elle mérite notre reconnaissance et notre respect. À cet égard, les philosophes américains Donald Davidson (1917-2003) et Willard Quine (1908-2000) ont élaboré un principe d'interprétation charitable, dont je reprends ici certains aspects en l'adaptant à mon propos.

Il s'agit d'affirmer que, dans le cadre d'une relation entre le soi-intervenant-dans-le-droit-de-l'autre et l'autre droit, le comparatiste doit faire valoir l'idée selon laquelle l'autre droit est l'expression d'une rationalité. Certes, celle-ci diffère de la sienne. Mais il n'en demeure pas moins qu'il s'agit d'une rationalité à l'œuvre. Au nom de la charité, le comparatiste ne peut s'autoriser à penser que les partisans de la peine capitale sont fous. Si étrange que nous paraisse tel ou tel autre droit étranger quant à telle ou telle autre question, chaque droit est l'expression de choix qui ont été faits par des êtres humains au nom de certaines idées, pour certaines raisons, des êtres humains qui, en tant que tels, se sont livrés à une élaboration de l'esprit ou à une création psychique. Des comparatistes s'élèveront à l'encontre de cet argument, car, diront-ils, il participe du relativisme. Je réponds à cette objection que tout dépend de ce que l'on veut signifier par

La comparaison des droits expliquée à mes étudiants 237

« relativisme ». S'il s'agit d'affirmer qu'aucun droit ne peut faire l'objet d'un jugement de valeur, que chaque droit est à l'abri de la critique, alors je suis contre le relativisme. Mais si l'on veut dire qu'aucun droit n'est intrinsèquement meilleur qu'un autre, qu'aucun droit ne peut servir de critère pour juger tous les autres, eh bien, oui, en ce sens-ci, je suis farouchement relativiste – ou, en tout cas, selon la formule de l'anthropologue Clifford Geertz (1926-2006), « anti-anti-relativiste ». Comme l'a écrit à juste titre le philosophe Richard Rorty (1931-2007), « ce qui vaut en tant qu'argument rationnel est tout aussi historiquement déterminé et tout aussi tributaire de son contexte, que ce qui vaut comme du bon français ».

Nous apercevons ainsi ce qui doit constituer, à mon avis, l'une des tâches cardinales du comparatiste. Celui-ci doit, en effet, se mettre à l'écoute de l'autre droit de façon à lui imputer un sens. Pour le comparatiste, la question primordiale, c'est toujours celle-ci : « Mais, qu'est-ce que cela signifie ? » Le rôle du comparatiste, c'est d'imputer du sens à cet autre droit (qui parle une autre langue, avec lequel il n'est pas possible de dialoguer), car il y a là un droit qui est différent du « sien » et qui a pourtant un sens (j'en reviens au principe d'interprétation charitable). Cette imputation de sens, c'est précisément la responsabilité du comparatiste. Le comparatiste, c'est celui qui, par exemple, modestement (la modestie doit d'ailleurs tenir une grande place dans la recherche comparative), dit à ses collègues français : « Vous vous scandalisez du droit californien relatif à la peine capitale. Mais vous ne vous y entendez pas. Vous le jugez à l'aune de votre propre droit. Vous vous faites une opinion à la lumière du seul droit que vous connaissez, soit le droit français. Je suis comparatiste. J'ai fait du droit californien mon "objet" d'étude. Laissez-moi vous expliquer. Laissez-moi vous dire comment on pense le droit là-bas et pourquoi. Laissez-moi vous re-présenter (c'est-à-dire vous présenter selon ma perspective comparatiste) le droit californien. » Le comparatiste, c'est encore celui qui dit à ses collègues californiens : « Vous vous scandalisez de la loi française relative à la laïcité à l'école. Vous considérez que cette loi contrevient au droit à la dignité humaine, qu'elle porte atteinte à la liberté d'expression, à la

liberté de religion. Mais vous ne vous y entendez pas. Vous jugez la loi française à l'aune de votre propre droit. Vous vous faites une opinion à la lumière du seul droit que vous connaissez, soit le droit californien. Je suis comparatiste. J'ai fait du droit français mon "objet" d'étude. Laissez-moi vous expliquer. Laissez-moi vous dire comment on pense le droit là-bas et pourquoi. Laissez-moi vous re-présenter (c'est-à-dire, vous présenter selon ma perspective comparatiste) le droit français. » Le comparatiste qui explique le droit californien aux Français ou le droit français aux Californiens, c'est un passeur, c'est celui qui connaît le mot de passe aussi – celui qui détient les clés de la lecture. (Selon une autre image, on pourrait assimiler le comparatiste à un « traversier », ce bateau qui, au Québec, passe d'une rive à l'autre en transportant des voyageurs et leurs voitures.) Au lieu de rester à « sa » place dans « son » droit – une stratégie qui connote la catégorie, le classement, le rangement, qui, pour tout dire, sent le renfermé – le comparatiste, ne se tenant pas en surplomb dans quelque extériorité, se fait un virtuose de l'entre-deux. Au sens étymologique du terme, il se fait « *inter essant* » (au sens d' « être entre »). Il va et il vient, d'une rive l'autre (parfois aussi, il mouille).

Il est acquis que le comparatiste français rendant compte du droit de Californie ne dira pas les choses comme on les aurait dites en Californie. Et le comparatiste californien rendant compte du droit français ne dira pas les choses comme un Français. Le comparatiste ne pourra jamais se substituer au juriste local et penser comme lui. Formulons les choses un peu plus philosophiquement : le soi n'est pas l'autre, ne peut pas l'être et, en raison des avantages de la distance, ne doit pas chercher à l'être. (Quand, dans une missive de 1871 dite « *Lettre du voyant* », Rimbaud écrivait « Je est un autre », il ne souhaitait pas parler de l'interchangeabilité du soi et de l'autre. Il voulait plutôt dire que le « je », c'est beaucoup de monde, que c'est une langue, une famille, des instituteurs et ainsi de suite – ce qui évoque un peu les idées de Heidegger avant la lettre.) Faut-il pour autant penser que cette distance disqualifie l'opinion du comparatiste, qu'elle en diminue l'intérêt ? Je veux soutenir le contraire. Je veux dire que le mérite du point de vue du comparatiste tient précisément au

La comparaison des droits expliquée à mes étudiants 239

fait qu'il vient d'ailleurs. Bien sûr, il est évident que le comparatiste, en tant qu'étranger au droit local, ne s'y entendra jamais comme le juriste local, qu'il s'y entendra toujours autrement (c'est ce qu'écrit Gadamer : dans la mesure où l'on s'y entend, l'on s'y entend toujours différemment). Dans la relation avec l'autre, le comparatiste n'est pas l'autre, n'est jamais l'autre. Le comparatiste et l'autre n'occupent pas des positions interchangeables et alternativement exp rien ables. On pourrait d'ailleurs dire, en raison de cette asymétrie, que le rapport à l'autre comporte ainsi, en soi, un différentialisme. L'entendement du comparatiste n'en est pas moins utile, voire indispensable, car seul l'observateur situé ailleurs qu'« en » le droit étudié peut faire valoir la perspective critique qu'autorise la distance (et qui variera, du reste, selon la distance). Mon postulat – et j'emprunte ici son argument à Pierre Legendre, éminent théoricien du droit –, c'est qu'un juriste installé dans un discours ne l'entend plus tellement celui-ci lui est devenu familier. Reprenons l'illustration du code civil. Pour un juriste français, l'idée de codification du droit civil va de soi. Elle lui est tellement familière qu'il ne réalise plus qu'il s'agit d'une manière de faire les choses parmi d'autres, qu'on aurait pu organiser le droit différemment. Il en va de même de la distinction entre « droit privé » et « droit public ». Il en va également ainsi de la notion de « cassation », de celle de « constitution » ou je ne sais quoi encore. C'est que le processus d'institutionnalisation a très bien joué son rôle ! Or l'avantage du comparatiste, c'est justement que sa pensée à lui n'a pas été institutionnalisée. Certes, le comparatiste a connu un processus d'institutionnalisation alors qu'il était lui-même étudiant en droit, alors qu'il grandissait dans « son » droit. Mais c'était ailleurs, c'était selon un autre droit obéissant à une autre rationalité. Revenons-en au droit faisant l'« objet » d'étude du comparatiste. Par rapport à ce droit-ci, le comparatiste est capable, si l'on peut dire, de garder l'esprit ouvert – ce qui, dans une certaine mesure également, n'est plus possible pour le juriste local. (J'ai écrit précédemment que le juriste ne peut pas penser ce qu'il veut. Je m'y tiens. Mais je ne veux surtout pas faire croire que je souscris à un déterminisme absolu, selon lequel le juriste local serait privé de toute liberté de pensée que ce

soit. Il n'est évidemment pas question de verser dans de tels excès. Ce que je dis, c'est qu'il y a des solutions – et elles sont nombreuses – que le juriste local ne songera pas à remettre en question, qu'il ne lui viendra pas à l'idée d'interroger, qui font partie, si l'on veut, de son « acquis juridique ».   cet égard, le comparatiste vient interpeller le juriste local, ce qui est une démarche utile et nécessaire pour éviter toute forme de complaisance.) Le juriste français peut donc critiquer le droit anglais. Et il doit le faire. Mais, en comparatiste, il proc dera à sa critique selon une logique de la reconnaissance et du respect. Il n'affirmera pas que le droit français est le meilleur et que le droit anglais doit donc s'y ranger. Il tentera peut-être, au moyen de divers arguments, de convaincre l'Anglais d'adopter la conception française. Son succès dépendra alors, en fin de compte, de la qualité de son discours – ce qui nous ramène non pas à l'idée de « vérité », mais bien à la dimension rhétorique des choses.

Je veux encore apporter une précision. Il y a, donc, le différend entre les droits, ce qui est une autre façon de redire que les droits sont incommensurables l'un par rapport à l'autre. Quelle serait, en effet, la commune mesure qui nous permettrait d'organiser entre eux un droit avec code civil et un droit sans code civil ? La table est plus longue que le crayon, car elle compte plus de centimètres. Mais un droit avec code civil est plus « quoi » qu'un droit sans code civil ? Plus clair ? Mais selon qui, selon quelle notion de « clarté », sinon d'après celle des juristes qui sont familiers du code civil ? Plus certain ? Mais selon quelle notion de « certitude » ? On tourne en rond. Affirmer que des droits sont incommensurables ne signifie toutefois pas qu'ils sont incomparables. Ainsi il est parfaitement possible de comparer les droits français et anglais. Mais cette comparaison, c'est la comparaison de deux singularités. Il y a bien un élément commun entre les deux droits qui permet, au point de départ, d'« entrer » dans la comparaison, un pont théorique pour ainsi dire. Je peux comparer une rose et une librairie au motif qu'il s'agit dans chaque cas d'un bien appartenant à Imogene. La qualité de « bien appartenant à Imogene » sera donc mon point d'entrée dans la comparaison. Ce que je dis, c'est que dès que je serai entré dans la comparaison, il me faudra m'en tenir par la

La comparaison des droits expliquée à mes étudiants 241

suite à une analyse strictement différentielle au nom de l'éthique de la comparaison, qui m'appelle à mon devoir de reconnaissance et de respect, qui me tient à ma qualité de témoin. Or cette éthique passe par la (tentative de) mise au jour de l'authenticité du droit étudié. J'y insiste : cette logique des singularités n'empêche pas la comparaison. Par exemple, je me livrerai à l'examen de la rose en mettant au jour son accessibilité, son prix, sa durabilité et ainsi de suite. Je ferai de même pour la librairie. Je construirai, chemin faisant, deux singularités que je comparerai donc, mais que je ne tenterai pas d'uniformiser en les synth sant. Puisque j'approfondirai mon travail archéologique, j'en arriverai d'ailleurs à un moment où la synthèse ne sera plus envisageable, car j'aurai à ce point singularisé chaque « objet » que j'en aurai mis au jour une dimension qui ne se laissera pas harnacher (ce qu'on pourrait appeler le « non-synth sable » du droit). Mais si singulier que soit l'« objet », sa comparaison avec un autre « objet » singulier reste possible. C'est la synthèse qui ne l'est plus. Or l'idée qu'il faut que la comparaison des droits débouche sur une synthèse – comme le pensent Zweigert, K tz et leurs nombreux disciples – doit précisément être évacuée du champ des études juridiques comparatives. Ce que fait le comparatiste, c'est d'élucider deux singularités enchâssées localement, c'est-à-dire inscrites dans une histoire, une économie, une société locales. Certes, ce faisant, le comparatiste procède à ce qu'on pourrait appeler une « r -inscription narrative ». Il r -inscrit ces singularités dans sa propre narration, dans sa propre comparaison. Mais du moins doit-il, tout au long de cette intervention, reconnaître et respecter la singularité de chaque manifestation du droit, ménager les traces culturelles qu'« il y a », là.

Je milite donc en faveur d'une autre approche de la comparaison – de ce que j'appelle la comparaison « autrement » –, et ce toujours au nom d'une éthique de la comparaison articulée autour des notions de « reconnaissance » et de « respect » à titre d'idées régulatrices. Ainsi je veux que les études juridiques comparatives passent du paradigme de l'autorité au paradigme de l'altérité. Pour rendre compte de manière fidèle d'un droit situé, il faut le situer. Si on ne le situe pas, alors qu'« il y a » sa situation, la re-présentation

qu'on en fait est nécessairement lacunaire. Puisque le droit de l'autre est situé, le comparatiste n'a pas le choix. Il doit tenter de restituer cette situation. Mais, je l'ai déjà dit, le comparatiste échouera. Il ratera son coup, car, en dernière analyse, il n'est pas possible de restituer l'autre droit. Comme je ne peux pas me mettre à votre place, le comparatiste ne peut pas se mettre à la place de l'autre droit ! Il aura beau faire tout ce qu'il peut pour arriver à une re-présentation en tous points fidèle à l'autre droit, il n'arrivera pas à redire l'autre droit. La répétition est empêchée (ce qu'on répète, ce n'est jamais la même chose). Autre façon d'énoncer cette idée : seule peut se produire une re-présentation, la représentation n'étant pas possible. Certes, le comparatiste fera tout en son pouvoir pour restituer l'autre droit. Mais au lieu d'une restitution, il se produira une re-situation, car, toujours, l'autre droit est perçu à travers le prisme du droit dans lequel le comparatiste lui-même a été institutionnalisé. Comment pourrait-il en aller autrement ? Le comparatiste n'a que sa vision du monde à offrir et celle-ci a été façonnée par l'institution où il a appris le droit. Ainsi le comparatiste français ne pourra jamais en arriver à penser que l'absence de code civil en Angleterre ne constitue pas, d'une manière ou d'une autre, même de la façon la plus limitée qui soit, un problème.

Puisque les études juridiques comparatives entraînent une re-situation plutôt qu'une restitution du droit, on peut donc parler d'échec. Mais, pour reprendre le mot de Samuel Beckett (1906-1989) dans *Cap au pire*, on doit échouer mieux qu'on ne l'a fait jusqu'à présent ! Autrement dit, on échouera inévitablement dans la tâche de « rendre » l'autre droit, mais il faut davantage se rapprocher de l'idéal (la restitution parfaite) qu'on n'a réussi à le faire jusqu'à présent. C'est en ce sens qu'il faut échouer mieux, mieux qu'on n'a pu le faire en se limitant à des recherches positivistes. Or le type d'étude juridique comparative qui permet d'échouer mieux, c'est-à-dire qui permet de se rapprocher davantage de l'idéal, c'est la comparaison culturaliste. Ce qu'il s'agit donc de faire pour le comparatiste, c'est de « creuser » le plus possible afin de représenter un droit anglais au lectorat français tel que celui-ci pourra s'y entendre au mieux. Il s'agit de re-présenter le droit anglais au lectorat français sous un jour qui fait du sens.

La comparaison des droits expliquée à mes étudiants 243

Plus le comparatiste se dotera d'outils puissants (l'histoire, la politique, l'économie), mieux il mettra au jour la spécificité, la singularité de ce qu'il étudie.

Dans ce contexte, il faut bien voir que la rédaction d'une synthèse entre deux droits – par exemple, au terme de la comparaison – devient tout ce qu'il y a de factice, d'artificiel. Je ne dis pas qu'il ne faut jamais adopter de droit uniforme, que je suis opposé aux conventions internationales. Mais je soutiens que la recherche allant dans ce sens-là, allant du côté de l'uniformisation des droits, ne relève pas des études juridiques comparatives (sauf dans la mesure, bien sûr, où ces conventions sont appliquées localement, donc dans « plus d'un droit », ce qui, d'ailleurs, interroge leur prétention à l'unité et nous ramène vite à l'idée du droit « fragmentaire », du droit en morceaux qui résiste à l'unification : songeons, par exemple, à la *Convention sur la vente internationale de marchandises* et disons-nous que malgré ce que ce texte semble suggérer, il n'a pas accompli l'unification des droits, loin de là, et constatons qu'il n'a pu faire autre chose que de passer du « local » au « glocal »³. À partir du moment où on souhaite passer de « plus d'un droit » à « un » droit, on quitte le terrain du comparatisme. Encore une fois, je ne stigmatise pas systématiquement les projets d'uniformisation des droits et je vois bien que le respect de la singularité n'est pas la seule valeur qui compte. Mais si je choisis, pour une quelconque raison, de rejeter l'idée de « singularité », je me trouve alors à faire autre chose que de la recherche comparative. J'obéis à une autre logique, à la logique identitaire. Le comparatiste, pour sa part, constate, inévitablement, le différend entre les droits.

Je défends donc la comparaison qui fait sa place à l'autre droit, qui lui donne la parole. C'est la comparaison du différend, laquelle, si elle s'articule autour des idées de « reconnaissance » et de « respect », ne peut être que la comparaison de l'écoute. S'il n'y a pas l'écoute, il y a la tendance à l'appropriation, à l'assimilation, tout ce qui se camoufle sous les idées d'« unité », d'« uniformisation » ou d'« harmonisa-

3. Autre manière de rendre cette idée : il y a la langue, certes, mais il y a aussi la parole (elle, elle est locale, car on parle toujours la langue localement).

tion ». S'il n'y a plus l'écoute de l'autre droit, il n'y a plus la comparaison des droits. Ce que je mets en avant, c'est donc l'idée de « comparaison malgré tout » – c'est-à-dire la comparaison en dépit de « notre » droit qui s'affiche comme totalité, d'une part, et la comparaison en dépit du fait qu'en dernière analyse, on ne peut jamais dire l'autre droit au complet, qu'on ne peut jamais dire tout l'autre droit, d'autre part.

Oui. Il faut la comparaison des droits, car il y a l'autre droit, là. Et comment pourrait-on, *éthiquement*, ne pas faire une place à l'autre droit à partir du moment où « il y a » l'autre droit ? Sa seule présence nous interpelle, nous interroge. Mais il faut, précisément, *lui* faire une place, lui faire sa place, car cet autre droit, justement parce qu'il est « autre », est différent du « nôtre » – et cette différence, ce différend, relève de l'évidence définitive. Je laisse encore parler Derrida (en hommage, aussi) : « L'oreille fine est une oreille qui entend finement, qui perçoit les différences. Percevoir les différences, c'est faire passer, justement, la distinction entre des choses apparemment semblables. »