

Opinio Juris in Comparatione

Op. J. Vol. 1/2009, Paper n. 1

Studies in Comparative and National Law
Études de droit comparé et national
Estudios de derecho comparado y nacional



COMPARER LES COMPARAISONS LE PROBLEME DE LA LEGITIMITE CULTURELLE ET LE *NOMOS* DU DROIT

COMPARING COMPARATIVISMS
NOMOS AND NARRATIVE AS CULTURAL LEGITIMATION

par

Pier Giuseppe Monateri

Suggested citation: P. G. Monateri, *Comparer les comparaisons, Le problème de la légitimité culturelle et le nomos du droit*, *Op. J.*, Vol. 1/2009, Paper n. 1, pp. 1-26, <http://lider-lab.sssup.it/opinio>, online publication 05.03.2009.

**COMPARER LES COMPARAISONS,
LE PROBLEME DE LA LEGITIMITE CULTURELLE ET
LE *NOMOS* DU DROIT**

par

Pier Giuseppe Monateri♦

Abstract

This paper is an inquiry into the scientific roots and the ‘normative’ justification of comparative law, moving from the historical consciousness of the inextricable bond that grasps human behaviours and human sciences. The research path – chosen at this aim – leads through the complex and not univocal paradigms of philology, emphasizing their proper structure open to multiple uses and different declensions. The Author studies the inherent essence of philology, that reflects the range of meanings and interpretative activities included under the notion of *λόγος*, so to offer a more deep explanation both of its various branches and of its structural relation to theology. A parallel analysis discovers the reasons behind the success of comparative literature as a critical scholarship and as an intellectual tool fitted to the persuasive construction of cultural icons and identity narratives. As a consequence - and in conclusion of the investigation carried out - the innermost coherence of humanities testifies what is at the stake: the cultural legitimation of the ‘normative’ function of comparative law, insofar as it turns into a geopolitical project mapping the historical sense of ‘belonging’ and ‘otherness’.

♦ Professor at the University of Torino, Italy; Presidente Italian Association of Comparative Law; Member International Academy of Comparative Law; Member Accademia delle Scienze di Bologna

Si le champ des études comparatives échappe aujourd'hui à la maîtrise, il doit pourtant être possible d'en reconstruire certains fondements. A partir de ce postulat, nous analyserons ici comment la philologie, considérée comme science humaine par excellence, est devenue philologie comparée donnant ainsi naissance à la linguistique indo-européenne. Nous étudierons en outre comment celle-ci a exercé une forte influence sur la conception du «folklore», donc sur l'étude des religions comparées, tant du point de vue de la théologie chrétienne qu'autrement. En parallèle, en nous appuyant sur le positivisme historique, nous verrons comment s'est façonnée en France une école de littérature comparée qui, grâce à la notion de «circulation des modèles littéraires», est parvenue à formuler une théorie de la nature narrative de l'identité. L'intérêt de ces réflexions pour les études juridiques comparatives ne fait pas de doute. Au fur et à mesure de leur développement, les sciences humaines comparées telles que la linguistique, la religion et la littérature ont permis la création d'instruments et l'analyse de problèmes que nous retrouvons dans l'étude comparative du droit compris comme science humaine, qu'il s'agisse de la classification, de la circulation des modèles, de l'analyse critique de l'interprétation ou de la construction de l'identité et de l'altérité.

Et vint le classicisme...

La philologie marque le point de départ de notre analyse, car elle se trouve à la source de développements qui, par l'entremise de la langue et de la religion, ont abouti au XIXe siècle à l'adoption d'un paradigme relatif aux études comparatives destiné à impliquer le droit et la politique.

On sait qu'en 1614 l'helléniste et protestant Isaac Casaubon (1559-1614) situe le *Corpus Hermeticum* à la fin de l'Antiquité et le démasque comme un texte faussement chrétien¹. Mais la naissance de la philologie moderne coïncide sans doute davantage avec l'inscription de Friedrich August Wolf (1759-1824) comme étudiant à Göttingen, le 8 avril 1777, en qualité de «*philologiae studiosus*». Cette appellation supprimait le mot «*theologia*» qui avait accompagné la mention traditionnelle. Ce faisant, la philologie n'était plus considérée comme la servante des Ecritures et la référence à l'étude de l'hébreu, jusque-là nécessaire à la compréhension des

textes saints, se trouvait abandonnée au profit des langues « classiques », soit le grec et le latin. Dans cet esprit, Wolf, devenu titulaire de chaire à Berlin en 1807, fonda le Musée des Sciences de l'Antiquité (*Museum der Alterthumswissenschaften*)². Cette démarche révélait une volonté d'étudier les origines de la civilisation européenne à l'aune d'un classicisme « occidental » et non chrétien. L'émergence du « classicisme » comme objet de recherche scientifique allait engendrer progressivement tant une départementalisation qu'une hiérarchisation de la connaissance³.

Si la philologie constitue une histoire et une science « esthétiques », elle demeure en premier lieu une grille de lecture à caractère largement interprétatif. Il en fut ainsi tout particulièrement dans l'Allemagne de Wolf où, en l'absence d'unité politique, seule une forte identité culturelle pouvait être mise au jour. Le processus de séparation entre « philologie » et « théologie », auquel s'ajoutait alors la découverte de l'indo-européen, renforcera ultérieurement le lien entre l'allemand et le grec en excluant définitivement l'Ancien Testament des études classiques. Face à l'indo-européen, le sémitique apparaissait dorénavant comme une réalité complètement étrangère. Puisque la culture grecque — et par conséquent les cultures allemande et européenne — était envisagée comme antithétique à la culture orientale (ou non européenne), une spatialité systématique du monde pouvait être construite⁴. C'est ainsi que le chemin qui conduit du métaphysique et du moral à l'économique et au politique passe par l'esthétique. Mais le cadre philologique faisait en outre sa place à une vision comparative permettant d'aller au-delà de l'idée de « culture » comprise comme délimitation et mettant l'accent sur l'interaction culturelle. L'un des résultats les plus spectaculaires de cette approche fut l'affirmation de la catégorie de l'« hellénisme » afin de démontrer l'imbrication d'éléments grecs et égyptiens, en particulier par référence à la lecture hermétique du christianisme⁵, d'une part, et contre la prétention à l'exclusivité du fondement hébraïque de celui-ci, d'autre part.

¹ Voir Frances Yates, *Giordano Bruno and the Hermetic Tradition*, Londres, Routledge, 2002, p. 170.

² Voir Walter Burkert, *Klassisches Altertum und antikes Christentum*, Berlin, W. de Gruyter, 1996, pp. 12-13.

³ Voir Martin Bernal, *Black Athena*, New Brunswick, Rutgers University Press, 1987, I, p. 142.

⁴ C'est ainsi que la philologie classique n'a pas pris acte de l'une des plus grandes conquêtes des sciences humaines du XIXe siècle, à savoir la redécouverte de l'ancien Orient et le déchiffrement des hiéroglyphes et caractères cunéiformes alors même que ces développements remettaient en cause l'attribution aux Grecs de l'origine de la culture humaine. Voir Burkert, *op. cit.*, note 2, pp. 15-17.

⁵ Voir généralement Wilhelm Bousset, *Hauptprobleme der Gnosis*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1907.

L'avènement du sanscrit

Retraçons d'abord brièvement l'émergence de la linguistique comparée et portons-nous pour ce faire vers le regroupement de quelques langues en une plus vaste souche indo-européenne, laquelle, étudiée en tant que produit culturel, n'a pas manqué de faire l'objet d'analogies romantiques avec arbres et familles⁶. Avant toute chose, et dans l'optique d'une telle étude, notons qu'au XIXe siècle les langues sont, notamment sous l'influence de Johann Gottfried Herder (1744-1803), étroitement liées à un lieu, voire à un paysage ou encore à un climat spécifiques. Conçues comme l'expression individuelle d'un peuple particulier, les langues participent alors des idées de « transmission par le sang » et de « race ». Elles sont, somme toute, dotées d'une valeur « en soi ». Selon ce schéma de pensée et comme faisant suite à l'individualisation de la famille linguistique sémitique par August Ludwig von Schlözer (1735-1809) — dont les travaux, notamment à travers la création du néologisme « sémitique » en 1781, avaient permis de donner une expression formelle à la relation, depuis longtemps reconnue, entre les langues parlées notamment par les Hébreux, les Araméens et les Arabes —, Rasmus Christian Rask (1787-1832) et Franz Bopp (1791-1867) s'attardèrent à définir les rapports entre phonétique et morphologie dans la grande majorité des langues européennes⁷. Leur entreprise participait de la nouvelle taxinomie raciale systématique⁸. A l'instar des peuples caucasiens venus des montagnes de l'Asie, les langues européennes devaient avoir la même origine et être ainsi reliées au sanscrit.

La communication faite par Sir William Jones à la *Royal Asiatic Society* du Bengale en 1786 marque les débuts de la linguistique comparée en tant que telle⁹. Dans ce discours, dont il faut bien noter qu'il est postérieur à l'individualisation du sémitique, Jones fit état, avec précision, de nombreuses affinités entre le sanscrit, le latin et le grec. De telles correspondances étant difficilement fortuites, il devint inévitable de considérer ces langues

⁶ Pour une analyse critique de telles analogies, voir Colin P. Masica, *Defining a Linguistic Area*, Chicago, University of Chicago Press, 1976, pp. 1-11.

⁷ Voir Holger Pedersen, *The Discovery of Language*, trad. par John W. Spargo, Bloomington, Indiana University Press, 1965, pp. 241-58.

⁸ Voir Sebastiano Timpanaro, « Friedrich Schlegel and the Development of Comparative Linguistics in the 19th Century », dans Friedrich Schlegel, *Über die Sprache und Weisheit der Indier*, Amsterdam, John Benjamins, 1977, pp. xi – xxxix, at pp. xx-xxi [1808].

⁹ Voir William Jones, *Third Anniversary Discourse before the Asiatic Society (of Bengal) (1786)*, dans *The Works of Sir William Jones*, Londres, John Stockdale, 1807, pp. 25-39.

comme dérivées d'une source commune. La formulation de l'idée de parenté linguistique et de protolangue commune permit de poser les fondements d'une étude scientifique des langues, le caractère «scientifique» de l'entreprise ne faisant désormais qu'un avec la comparaison. Quelques années plus tard, soit en 1795, l'École nationale des langues orientales vivantes était fondée à Paris. Dédiée tout particulièrement à l'étude des littératures de l'Inde et de l'Iran, elle signifiait l'union de la philologie et de la comparaison linguistique. Ce n'est donc pas un hasard si Friedrich Schlegel, l'un des fondateurs du Romantisme allemand¹⁰, mit en valeur la découverte du sanscrit.

L'étude du sanscrit révéla que la structure grammaticale, le lexique et la syntaxe de cette langue ressemblaient remarquablement au grec et au latin. En développant la comparaison entre sanscrit, grec, latin, persan et germanique, Schlegel affirma l'hypothèse selon laquelle le sanscrit était la mère de toutes ces langues, lesquelles furent bientôt appelées «indo-germaniques» puis «indo-européennes». L'idée selon laquelle il était possible, au-delà des langues classiques, d'atteindre une autre langue, le sanscrit, qui aurait conservé intactes les traces d'une forme mentale originaire, apparaissait comme typiquement «romantique». En plus de sa réflexion sur la parenté généalogique, Schlegel forgea le concept de «grammaire comparée» («*vergleichende Gramatik*»). Le problème généalogique se révéla ainsi être de nature historique. Or il n'était possible de le résoudre que grâce à la comparaison. C'est ainsi qu'«histoire» et «comparaison» s'allièrent aux fins de reconstruction d'une origine perdue. Il se manifesta bientôt un véritable engouement pour le sanscrit¹¹, notamment dans la foulée de l'affirmation de Schlegel relativement à l'existence d'une distinction fondamentale entre la famille indo-européenne et toutes les autres familles linguistiques¹². Schlegel alla d'ailleurs jusqu'à critiquer des auteurs contemporains, dont Jones, pour avoir entrevu un rapport entre les langues indiennes et sémitiques, un lien qui, depuis lors, a toujours été nié¹³.

Sur ces bases furent jetés les fondements de la comparaison scientifique des langues. Bopp, Rask, mais aussi Jakob Grimm (1785-1863), démontrèrent au moyen d'«équations

¹⁰ Pour un lien entre romantisme et naissance de la pensée comparative en Allemagne, voir David S. Clark, «Tracing the Roots of American Legal Education: A Nineteenth-Century German Connection», *RabelsZ*, 1987, p. 322.

¹¹ Voir Bernal, *op. cit.*, note 3, pp. 227 - 230.

¹² Voir Timpanaro, *op. cit.*, note 8, pp. xii-xiii.

¹³ Voir par exemple Bernal, *op. cit.*, pp. 230 - 233.

linguistiques», c'est-à-dire par la comparaison méthodique du lexique comme des systèmes morphologiques et phonétiques, le concept de «arenté» entre les langues indo-européennes ainsi que celui de «source originaire commune». En outre, dans un essai de 1816 ayant pour objet le système verbal comparé du sanscrit, du grec, du latin, du persan et du germanique¹⁴, plus encore dans sa grammaire comparée parue en six parties entre 1833 et 1852¹⁵, Bopp posa l'unité fondamentale de la grammaire des langues en cause. A partir de ce processus des correspondances, l'hypothèse d'une langue originaire commune se profilait implicitement : l'énoncer devint alors une nécessité scientifique. A la même époque, Rask fit observer que le germanique était lié à ces langues par des rapports constants de correspondances phonétiques. Grimm systématisa ceux-ci dans sa théorie du «déplacement de son du germanique» («*Germanische Lautverschiebung*»), encore appelée théorie de «rotation des consonnes»¹⁶. Cette synthèse offre le premier exemple de ces «lois phonétiques» qui firent la fierté et le mérite scientifique de la comparaison linguistique. Une recherche de la langue qui soit complètement autonome, c'est-à-dire fondée sur des arguments exclusivement linguistiques où le langage devient un organisme doté d'une vie propre dont on peut retrouver les origines, devenait ainsi possible.

Il s'agit ici ni plus ni moins de la reprise d'un concept d'«évolution spontanée» — donc de l'idée du caractère historico-génétique des institutions sociales — soutenu tant par l'évolutionnisme d'un Adam Ferguson que par la politique d'un Edmund Burke. A compter de 1883, ce concept allait influencer fortement le développement de la méthode des sciences sociales par l'école autrichienne d'économie de Carl Menger (1840-1921)¹⁷. Mais cette thèse emporta également l'adhésion de la linguistique d'August Schleicher (1821-1868)¹⁸. Pour ce

¹⁴ Voir Franz Bopp et Karl Joseph Windischmann, *Über das Conjugationssystem der Sanskritsprache in Vergleichung mit jenem der griechischen, lateinischen, persischen und germanischen Sprachen*, Hildesheim, G. Olms, 1975 [1816].

¹⁵ Pour l'édition de référence, voir Franz Bopp, *Vergleichende Grammatik des Sanskrit, Send, Armenischen, Griechischen, Lateinischen, Litauischen, Altslavischen, Gotischen und Deutschen*, 3e éd., Berlin, F. Dümmler, I-VI, 1868.

¹⁶ Pour l'édition de référence, voir Jakob Grimm, *Deutsche Grammatik*, 2e éd., Göttingen, Dieterich, I-III, 1822-1831.

¹⁷ Pour l'influence indirecte de Burke sur l'école historique allemande et sur la dérivation du concept d'«ordre spontané» de Ferguson à Menger, voir Friedrich A. Hayek, *Law, Legislation and Liberty*, Chicago, University of Chicago Press, 1973, I, p. 22, not. 29.

¹⁸ Pour l'édition de référence, voir August Schleicher, *Compendium des vergleichenden Grammatik der indogermanischen Sprachen*, 4e éd., Weimar, Böhlau, 1866.

botaniste de formation¹⁹, le langage était une entité supra-individuelle, indépendante des parlants, avec ses propres lois réglées de façon mathématique. Les néo-grammairiens (« *Junggrammatiker* »), bien que critiques envers Schleicher, poursuivirent la formulation de ses réflexions dans les années 1960 et 1970, considérant le langage comme un « produit collectif ». Ils renoncèrent à plusieurs reprises à une recherche historique précise des hypothèses génétiques et, allant au-delà de l'histoire comme alliée de la comparaison, appréhendèrent les lois phonétiques comme des lois de correspondance ou de transformation des sons ouvrant ainsi la voie à la linguistique structurelle²⁰.

Etudiant à Berlin, Ferdinand de Saussure y rédige en 1878 son fameux *Mémoire sur le système primitif des voyelles dans les langues indo-européennes*²¹. Avec ce texte, l'on passe de l'observation empirique à l'étude des rapports en abandonnant ainsi l'identification du sanscrit à l'indo-européen originaire. Le concept de « reconstruction » est écarté au profit de la cohérence fonctionnelle sous-jacente aux réalisations historiques. Il s'agit donc de reconstruire non pas une langue, mais une fonctionnalité abstraite à l'intérieur d'un système. Dès lors, les relations entre phonèmes acquièrent nettement plus d'importance que les sons. Ce faisant, on essaie de dépasser les limites imposées par les données historiques pour parvenir à une recherche synchronique. C'est ainsi que l'indo-européen devient un système tiré de l'induction, en mesure d'expliquer les constatations de parallélisme entre les différentes langues connexes sur le plan « structurel » davantage que génétique. Cet ouvrage marque un tournant décisif.

Il nous apparaît donc que le premier résultat concret de la comparaison fut d'isoler la famille indo-européenne des autres langues du genre humain. Cette différenciation annonçait une idéologie de la magnificence et de l'unicité de la souche indo-européenne, en particulier des langues grecque et allemande, celle-ci étant considérée comme seule véritable héritière de celle-là. Encore aujourd'hui, cette idéologie reste l'un des principaux obstacles à la reconnaissance de l'existence d'« affinités globales » entre langues diverses et à un démantèlement de la vieille taxinomie linguistique qui annoncerait une nouvelle systématique

¹⁹ Il vaut de mentionner que selon Hayek, *op. cit.*, note 18, pp. 22-23, le concept d'« évolution » passe des sciences sociales à la biologie et non l'inverse.

²⁰ Voir Maria L. Porzio Gernia, *Introduzione alla teoria dell'indeoeuropeo*, Turin, Giappichelli, 1978, p. 32.

²¹ Ferdinand de Saussure, *Mémoire sur le système primitif des voyelles dans les langues indo-européennes*, Leipzig, B.G. Teubner, 1879.

des langues²². Le principal intérêt de cette constatation pour notre propos a trait à la dimension idéologique des études culturelles dans le champ de la linguistique comparée. C'est cet aspect qu'on a fait valoir afin de construire une conscience indo-européenne isolée, répondant aux stratégies internes de la culture allemande. Cette conscience devait constituer un produit culturel présenté comme scientifiquement neutre sur le plan taxinomique. Dans ce contexte, les instruments de la comparaison furent donc utilisés pour dépasser une perspective nationale, mais aussi afin de créer une conscience nationale donnée.

Des parentés globales ?

Une bonne illustration du mode de recherche dépassant les méthodes et les résultats de la comparaison ayant prévalu au siècle dernier est fournie par l'oeuvre de Joseph Greenberg (1915-2001) sur les familles autochtones américaines²³, laquelle s'inscrit dans le nouveau scénario qu'appellent les découvertes de Luigi Luca Cavalli-Sforza (1922-) dans le champ dit de la « géographie génétique »²⁴. L'apport de Greenberg dans son ouvrage *Language in the Americas* a d'ailleurs fait office de critique décisive du système comparatiste élaboré au XIXe siècle. L'auteur y formule ainsi une classification complètement nouvelle des langues autochtones américaines sur la base d'une méthode originale connue sous le nom de « comparaison multilatérale » («*multilateral comparisom*»)²⁵. Depuis lors, de nombreuses études ont mis l'accent sur les « cognats globaux » («*global cognates*»), à savoir les parentés globales entre familles linguistiques, et ceci selon une logique critique à l'égard des regroupements classiques comme l'indo-européen et soutenue par les recherches sur la génétique de Cavalli-Sforza. Il faut ajouter que dès 1867, les chercheurs américains, en particulier William Whitney (1827-1894)²⁶, avaient exprimé un point de vue très différent d'avec les Allemands sur la comparaison linguistique. Ils critiquaient le fait que la théorie des familles linguistiques (indo-européenne, sémitique, finno-ougrienne, bantou) reléguait ces milieux humains à des contextes

²² Voir par exemple Merritt Ruhlen, *The Origin of Language*, New York, Wiley, 1994, pp. 62-76.

²³ Voir par exemple Joseph H. Greenberg, *Language in the Americas*, Stanford, Stanford University Press, 1987 ; *Id.*, *Indo-European and Its Closest Relatives*, Stanford, Stanford University Press, I-II, 2000-2002. Sur la pertinence des études de Greenberg pour la linguistique moderne, voir Ruhlen, *op. cit.*, note 23, pp. 149-157.

²⁴ Voir par exemple L. Luca Cavalli-Sforza, Paolo Menozzi et Alberto Piazza, *The History and Geography of Human Genes*, Princeton, Princeton University Press, 1996. Sur la pertinence des études de Cavalli-Sforza pour la linguistique moderne, voir Ruhlen, *op. cit.*, note 23, pp. 161-170.

²⁵ Ruhlen, *op. cit.*, note 23, p. 129.

²⁶ Voir par exemple William D. Whitney, *Language and the Study of Language*, Londres, Trübner, 1867, p. 383.

rigoureusement séparés les uns des autres sans qu'il n'existât aucune unité originaire commune, chaque langue exprimant un contexte spirituel spécifique. Ils n'admettaient pas que l'indo-européen, notamment, se présentât comme isolé et rejetaient l'idée selon laquelle il n'aurait jamais été lié à aucune autre langue et ne pourrait probablement jamais l'être²⁷. Pour sa part, l'Italien Alfredo Trombetti en arriva dès 1905 à une conclusion révolutionnaire lorsqu'il soutint que toutes les langues devaient en fin de compte être apparentées²⁸. Quoique la classification de Greenberg allât dans le même sens, le schéma de Trombetti n'en était pas moins inédit puisqu'il explorait des liens linguistiques beaucoup plus anciens et nettement moins évidents que ceux sur lesquels se fondaient les regroupements américains de l'indo-européen et du bantou, par exemple, pour affirmer l'existence d'une famille euro-asiatique. Mais l'hypothèse de Trombetti n'en détruisait pas moins l'isolement et la «perfection» de l'édifice indo-européen.

Il n'est pas improbable que le succès du structuralisme dans le champ de la linguistique — ce qui ne sera pas l'objet de notre réflexion — s'explique par la nécessité de soustraire la «construction» de l'indo-européen à cette critique acérée. La démarche structuraliste permettait en effet d'ériger l'indo-européen non plus comme hypothèse historique, mais bien en tant que système de pures équations linguistiques²⁹.

Du point de vue de l'usage de la comparaison, il est très intéressant d'étudier comment la méthode en tant qu'instrument technique fut utilisée pour atteindre à deux finalités fort différentes l'une de l'autre. « Comparaison » et « recherche de l'originaire » furent certes réunies, mais il s'est agi, d'une part, de construire et d'idéologiser la famille indo-européenne et, d'autre part, de la déplacer et de construire une parenté linguistique globale. Du *Kulturkreis* au multiculturalisme, du localisme romantique à la globalisation totalisante, il n'y a ainsi qu'un pas. Participant à la construction de valeurs nationales selon certains canons et contribuant à leurs nécessaires narration et représentation d'après des parcours généalogiques, toutes les «philologies» européennes du XIXe siècle s'appliquèrent à la mise en valeur des biens culturels nationaux. Ainsi la philologie allemande considérait la culture grecque comme une norme dont il fallait absolument tenir compte, alors même que les «*cultural studies*» américaines souhaitaient la

²⁷ Voir également en ce sens Antoine Meillet, *Introduction à l'étude comparative des langues indo-européennes*, 6e éd., Paris, Hachette, 1924, p. 65.

²⁸ Voir Alfredo Trombetti, *L'unità d'origine del linguaggio*, Bologne, Beltrami, 1905.

²⁹ Voir Ruhlen, *op. cit.*, note 23, p. 80.

destruction du canon grec³⁰. Si la construction de l'identité nationale passe donc par les études comparatives, son déplacement vers la « *global history* » s'opère par le truchement des mêmes études³¹. En somme, il nous est donné de voir comment la comparaison, en particulier la pensée théorique, est utilisée pour réaliser des projections bien définies. C'est ainsi par la comparaison servant de cadre absolu à toutes les références, même contradictoires l'une par rapport à l'autre, que se construit l'espace du monde comme espace de sens.

Avant Jésus-Christ, avant Paul

Ce que nous venons de souligner se fait plus pertinent encore concernant les domaines des études religieuses comparatives et de l'anthropologie comparée.

Comme en linguistique, une science des religions comparées se développa tout au long du XIXe siècle. Et, à l'instar de la linguistique, une impulsion romantique poussa les chercheurs ès science des religions à effectuer des travaux tendant à circonscrire la réalité constitutive primordiale au fondement des différents phénomènes religieux³². Les religions antiques, c'est-à-dire pré-chrétiennes, suscitaient ainsi un vif intérêt.

L'histoire des phallus de cire déposés au *British Museum* en 1766 — c'est-à-dire tout juste treize ans après son ouverture — est à cet égard emblématique. L'anecdote implique Sir William Hamilton, envoyé extraordinaire de Sa Majesté britannique au Royaume de Naples. Homme à l'esprit ouvert, curieux de tout ce qui touchait la sexualité, le diplomate fit une grande découverte ethnologique lors d'un voyage dans la bourgade reculée d'Isernia alors qu'il constata que le culte ancien du dieu Priape y existait toujours. Dans le cadre d'une cérémonie publique en l'honneur de Saint-Côme, patron du lieu, les femmes stériles ou craignant de l'être présentaient au saint des ex-votos phalliques fait de cire en l'exhortant à haute voix de rendre plus gros et plus puissant l'organe reproducteur de leurs maris. Ce sont ces simulacres

³⁰ Voir Richard T. Gray, « Filologia critica : la via di Nietzsche alla critica della cultura », dans *Nietzsche, Illuminismo, modernità*, sous la dir. de Carlo Gentili, Volker Gerhardt et Aldo Venturelli, Florence, Leo S. Olschki, 2003, p. 177.

³¹ Voir généralement Pietro Rossi, *La storia comparata*, Milan, Il Saggiatore, 1990.

³² Voir Burkert, *op. cit.*, note 2, pp. 20-22.

phalliques que céda Sir William au musée londonien³³. Etranges, de nature à mettre en cause l'image de l'homme sur lui-même, ces faits pouvaient toutefois être isolés du monde de la civilisation par une formule rassurante : tout cela était « primitif ». C'est ainsi que se développa non seulement l'ethnologie britannique, mais également la science allemande du « folklore ». Parmi les principaux chercheurs dans ces deux disciplines, l'on peut citer, en Allemagne, Wilhelm Mannhardt (1831-1880), Hermann Usener (1834-1905) et Albrecht Dieterich (1866-1908) puis, en Angleterre, E.B. Tylor (1832-1917), J.G. Frazer (1854-1941) et Jane E. Harrison (1850-1928)³⁴. Il faut ajouter à cette liste les noms de Max Müller (1823-1900) et de Robertson Smith (1846-1894), titulaire de chaire à Cambridge et rédacteur en chef de l'*Encyclopaedia Britannica*.

S'appuyant sur ses recherches consacrées à la langue et en particulier au sanscrit, Müller, philologue et orientaliste allemand, l'un des fondateurs des études indiennes et de la mythologie comparée, reconstruisit une mythologie dite « solaire » reposant sur l'étude des étymologies dont le christianisme était redevable. Selon Müller, le dieu-père des Indo-européens apparaît sous divers noms, que ce soit « Zeus », « Jupiter » ou « Dyaus Pita ». Or tous ces noms viennent du mot « Dyaus », qu'il analyse comme signifiant « brillance », et qui génère notamment les mots « deva », « deus » et « theos » comme noms communs pour désigner un dieu³⁵. Quant à Smith, en conflit avec l'église anglicane, il jeta les bases d'une recherche sur les rites sacrificatoires et sur le rapport entre mythe et rituel témoignant d'une critique évidente des reconstructions « historiques » de l'institution de l'Eucharistie³⁶. Parce qu'ils interrogeaient l'unicité de la révélation judéo-chrétienne, de tels travaux ne furent pas sans provoquer d'importants conflits avec la théologie. D'autres auteurs emboîtèrent d'ailleurs le pas. On songe ainsi à Ernest Renan (1823-1892) qui considérait tout simplement les mystères de Mitra comme un autre parti que le christianisme³⁷. Mannhardt, quant à lui, individualisa les

³³ Voir Giancarlo Carabelli, *In the Image of Priapus*, Londres, Duckworth, 1996.

³⁴ Voir généralement Renate Schlesier, *Kulte, Mythen und Gelehrte : Anthropologie der Antike seit 1800*, Francfort, Fischer, 1994, pp. 193-224.

³⁵ Voir par exemple Friedrich Max Müller, *Einleitung in die vergleichende Religionwissenschaft*, Strasbourg, Trübner, 1874. Pour une édition française reprenant de nombreux travaux de Müller, voir *Mythologie comparée*, sous la dir. de Pierre Brunel, Paris, Robert Laffont, 2002.

³⁶ Voir par exemple William Robertson Smith, *Lectures on the Religion of the Semites*, Londres, A. & C. Black, 1889.

³⁷ Voir Ernest Renan, *Marc-Aurèle et la fin du monde antique*, Paris, Calmann-Lévy, 1882, p. 579.

rites en l'honneur du «dieu de la végétation»³⁸. Et Frazer alla plus loin, formulant le mythologème général du «dieu qui meurt et qui renaît»³⁹. Ainsi le christianisme finissait par apparaître comme un exemple de modèle religieux parmi d'autres. Sa spécificité historique centrale et unique se voyait dès lors irrémédiablement compromise.

La théologie allemande fut la première à accepter l'histoire comparée des religions, comme en témoigne la monumentale encyclopédie publiée sous la direction de Hermann Gunkel à compter de 1909⁴⁰. Par la suite, le théologien suisse Karl Barth (1886-1968) prendra ses distances relativement à ce champ d'études. Il proposera une théologie dogmatique dans toute sa splendeur technique arguant que les thèmes évoqués par les études religieuses comparées concernent la recherche de Dieu par les hommes et qu'ils sont donc sans valeur pour la théologie qui, au contraire, doit construire la révélation faite par Dieu aux hommes⁴¹. Nous retrouvons ici l'exacte opposition caractérisant de nombreuses polémiques autour de la comparaison des droits entre le déplacement de la dogmatique opéré par la comparaison juridique, d'une part, et la défense de la dogmatique mise en oeuvre par la condamnation de l'insignifiance de cette comparaison, d'autre part. Pour les tenants de cette marginalisation du comparatisme, le passé lointain et l'ailleurs ne font plus qu'un. En «exotisant» le primitif, on «exotisait» l'autre.

L'intérêt pour le primitif dont faisait état l'ensemble des recherches mentionnées conduisit dans une autre direction encore, à savoir le «christianisme primitif», ce qui souleva une question centrale pour la religion et la théologie. Dans les années 1880, un groupe de chercheurs ayant les mêmes sensibilités et s'étant lié à Göttingen entreprit de considérer la Bible comme n'importe quelle autre source historique en refusant de lui conférer un quelconque statut privilégié. Ce nouveau regard sur la Bible ouvrit la voie à ce qui allait être connu en Allemagne sous le nom de «*religionsgeschichtliche Schule*»⁴². Mais en Angleterre comme

³⁸ Voir par exemple Wilhelm Mannhardt, *Wald- und Feldkulte*, 2e éd., Berlin, Gebrüder Borntraeger, 1904, I-II,

³⁹ Voir J.G. Frazer, *Adonis, Attis, Osiris : Studies in the History of Oriental Religion*, 2e éd., New York, Macmillan, 1907.

⁴⁰ Voir *Die Religion in Geschichte und Gegenwart*, sous la dir. de Hermann Gunkel, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1909-1913, I-V.

⁴¹ Voir John Ashton, *The Religion of Paul the Apostle*, New Haven, Yale University Press, 2000, pp. 22 - 25.

⁴² Voir par exemple John Ashton, *The Religion of Paul the Apostle*, New Haven, Yale University Press, 2000, pp. 6-28.

aux Etats-Unis, l'expression préférée pour ce type d'études devient, à la même époque, « *Comparative Religion* »⁴³. Ainsi se façonne le mélange, voire l'interconnexion, entre « histoire » et « comparaison », lequel ne manquera pas de se révéler influent par la suite, notamment en matière d'études juridiques comparatives au XIXe siècle. Plus tard, l'école de Göttingen se penchera sur l'analyse des rites chrétiens n'ayant pas d'origine judaïque apparente, en particulier le baptême et l'eucharistie, afin de démontrer leur affinité avec les cultes hellénistiques mystérieux⁴⁴. Appliquer les méthodes des études religieuses comparées signifie ici, selon Albert Schweitzer, « étudier les religions individuelles non isolément mais dans le but de rechercher les influences réciproques qu'elles ont exercé, ouvertement ou de manière dissimulée, les unes sur les autres »⁴⁵. L'expression « influences réciproques » (« *gegenseitige Beeinflussungen* ») utilisée par Schweitzer résume bien le point crucial: tout comme les ressemblances entre cette méthode et celle animant les études juridiques comparatives en matière de transferts de droit (« *legal transplants* »), la référence aux influences « dissimulées » permet de tracer un parallèle avec l'intérêt dont témoignent les juristes pour les « cryptotypes » du droit⁴⁶.

Mais ces érudits cherchaient en réalité à établir la dette directe du christianisme paulien envers le paganisme grec ou perse et en particulier, selon l'exégète et théologien Rudolf Bultmann (1884-1976), envers le gnosticisme mandéen⁴⁷. Cette méthode, parfois dite « généalogique », fut utilisée dans la recherche d'« emprunts démontrables » sur le fondement d'une communication possible entre divers milieux culturels⁴⁸. Or un tel procédé ne pouvait que susciter des réactions fortement hostiles à l'idée d'un parallèle entre l'événement « historique » qu'a constitué la venue du Christ, d'une part, et les religions mystérieuses, d'autre

⁴³ Voir par exemple Eric J. Sharpe, *Comparative Religion: A History*, 2e éd., Londres, Duckworth, 1998.

⁴⁴ Voir Bruce M. Metzger, « Considerations of Methodology in the Study of the Mystery Religions and Early Christianity », (1955) 48 *Harvard Theological R.* 1, p. 9.

⁴⁵ Albert Schweitzer, *Geschichte der paulinische Forschung*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1911, pp. 137-38 [« *Religionsgeschichtlich forschen will besagen, daß man die einzelnen Religionen nicht isoliert, sondern den gegenseitigen Beeinflussungen, die offen oder insgeheim spielen, nachzugehen entschlossen ist* »]. Alors que le texte allemand fait référence à l'« histoire » des religions (« *Religionsgeschicht[e]* »), la traduction anglaise retient « *Comparative Religion* » : *Paul and His Interpreters*, trad. par W. Montgomery, Londres, A. & C. Black, 1912, p. 175. Voir Ashton, *op. cit.*, note 43, p. 12.

⁴⁶ Pour la notion de « cryptotypes », voir Rodolfo Sacco, *La comparaison au service de la connaissance du droit*, Paris, Economica, 1991, pp. 105-08.

⁴⁷ Voir Edward C. Hobbs, *Bultmann, Retrospect and Prospect*, Harvard, Harvard University Press, 1985.

⁴⁸ Bruce M. Metzger, « Considerations of Methodology in the Study of the Mystery Religions and Early Christianity », (1955) 48 *Harvard Theological R.* 1, p. 9 [« *demonstrable borrowing* »]. Comme nous le verrons, cette étude devenue classique dans le champ des études religieuses comparatives reprend les termes mêmes d'un important débat parmi les tenants de la comparaison des droits.

part. C'est ainsi qu'on cherchera à détacher toujours davantage la figure du Christ du contexte grec, et ce afin d'en récupérer l'historicité hébraïque⁴⁹. La recherche historique veut ainsi se soustraire au virus des études comparatives⁵⁰. Parce que la légitimation du christianisme repose sur une démarche historique, le passage de la prédication orale des années 30 du Ier siècle aux écrits pauliens des années 50, puis à la rédaction des Evangiles entre les années 70 et les premières décennies du IIe siècle, devient le point d'appui fondamental de tout argumentaire. Jésus et les Evangiles nous parleraient ainsi d'un hébraïsme avant l'hébraïsme⁵¹, c'est-à-dire d'un hébraïsme tel qu'il s'est construit dans le rabbinisme de l'académie de Yavne après la destruction du Temple en 70, lequel était différent et, à certains égards, opposé à celui que nous connaissons⁵². Il s'agirait d'un hébraïsme perdu que l'Eglise représenterait dans sa prétention d'être le *Verus Israël*. On s'explique dès lors le développement considérable de la littérature actuelle sur le Jésus historique⁵³.

Si, comme nous l'avons vu, « histoire » et « comparaison » peuvent s'allier, on constate ici qu'elles sont également susceptibles de se faire antithétiques l'une par rapport à l'autre lorsqu'on souhaite éviter que l'individualité d'un fait historique ne se dissolve dans des considérations comparatives. Nous sommes au coeur de toutes les légitimations. Rien n'est moins neutre que la comparaison.

Le récit de l'identité

A la fin du XIXe siècle, la littérature comparée jouissait d'un grand prestige qui se manifesta notamment par la création d'une chaire de littérature comparée à l'Université de Lyon en 1896. Peu après, sous l'influence d'Hyppolite Taine, qui voyait dans le comparatisme une manière de fonder une étude de l'évolution des formes littéraires en s'appuyant sur la

⁴⁹ Voir Bruce J. Malina, « Social-Scientific Methods in Historical Jesus research », dans *The Social Setting of Jesus and the Gospels*, sous la dir. de Wolfgang Stegemann, Bruce J. Malina et Gerd Theißen, Minneapolis, Fortress, 2002, pp. 3-26.

⁵⁰ Voir Ashton, *op. cit.*, note 43, p. 81.

⁵¹ Voir généralement David Flusser, *Jewish Sources in Early Christianity*, New York, Adama, 1987.

⁵² Voir Paolo Sacchi, « Les origines chrétiennes et le judaïsme du second Temple », dans *Le origini del cristianesimo*, sous la dir. de Romano Penna, Rome, Carocci, 2004, pp. 17-49.

⁵³ Voir généralement Gerd Theißen et Annette Merz, *Der historische Jesus*, 3e éd., Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 2001.

méthode des généalogies et des modèles⁵⁴, Ferdinand Brunetière (1849-1906) débuta ses cours en littérature comparée à l'École Normale de Paris. Or la question des «modèles» présente un intérêt évident pour les juristes dès lors que la théorie des «modèles» et de leur circulation constitue l'un des volets principaux des études juridiques comparatives modernes.

Brunetière développa sa théorie de l'évolution des genres en s'appuyant sur l'exemple de Madame Bovary⁵⁵. Il y inclut les modèles parmi les causes de l'oeuvre en ce sens que les oeuvres faites déterminent les oeuvres à faire et celles-ci sont, à leur tour, nécessairement conçues comme des modèles à suivre ou à ne pas suivre⁵⁶. Une telle conception sera reprise — on le sait — par le structuralisme des années 1960 dans sa tentative de parvenir aux structures fondamentales du discours littéraire. En attendant, la thèse de Brunetière fit florès en France. Ainsi Paul Hazard (1878-1944) élabora sa critique de la conscience européenne autour de l'analyse des intersections entre différentes cultures et des concepts mêmes de « relativisme » et de « différence »⁵⁷. Il collabora pour cela avec le germaniste Fernand Baldensperger (1871-1958) qui, dès 1921, avait fondé la *Revue de littérature comparée*, et avec Paul Van Tieghem (1871-1948), lequel faisait paraître dix ans plus tard un premier manuel de littérature comparée⁵⁸. Si ces comparatistes français eurent le mérite de s'intéresser aux phénomènes d'influence entre les oeuvres ayant appartenu à différentes traditions littéraires, leur méthode n'en fut pas moins critiquée après la seconde guerre mondiale tant en raison de son obsession génétique (ou son idolâtrie des origines) que de sa conception positiviste des influences⁵⁹.

Une autre histoire, indépendante des développements français, se déroula aux États-Unis. Dès 1930, les universités Harvard et Columbia avaient lancé des recherches comparatives qui allaient être bientôt appuyées par des intellectuels immigrés tels René Wellek (1903-1995), Erich Auerbach (1892-1957) et Roman Jakobson (1896-1982). C'est toutefois le deuxième congrès de l'Association internationale de littérature comparée tenu en 1958 à Chapel Hill, en Caroline du Nord, qui inaugura les études supranationales où, par-delà l'étude des phénomènes

⁵⁴ Voir H[ippolyte] Taine, *Histoire de la littérature anglaise*, 9e éd., Paris, Hachette, 1891, I, pp. v-xliv [1864].

⁵⁵ Voir par exemple Ferdinand Brunetière, *Le roman naturaliste*, Paris, Lévy, 1883 ; *Id.*, *Études critiques sur l'histoire de la littérature française*, 2e éd., Paris, Hachette, 1888-1910, I-VIII.

⁵⁶ Voir en ce sens Gustave Lanson, *Hommes et livres*, Paris, Lecène, Oudin, 1895, pp. xii-xiii.

⁵⁷ Voir Paul Hazard, *La crise de la conscience européenne*, Paris, Boivin, 1935.

⁵⁸ Voir Paul Van Tieghem, *La littérature comparée*, Paris, Armand Colin, 1931.

de contact génétique vérifiables sur le plan historique, s'entrecroisaient la réflexion littéraire, d'une part, et les recherches sociale, économique et politique, d'autre part⁶⁰. Les retombées qu'entraînèrent ces études interculturelles sur le plan de la narrativisation de l'identité nationale suscitent un intérêt particulier. On songe notamment à l'«imagologie», redevable à Hugo Dyserinck, soit à l'étude des ensembles de signes mêlant, autour de l'idée de « stéréotypes nationaux », nature et culture, codes descriptif et normatif⁶¹. Pour Dyserinck, le concept de «caractère national» est irrationnel et ne représente rien d'autre qu'un investissement symbolique⁶². Selon Daniel-Henri Pageaux, celui-ci peut d'ailleurs prendre la forme de la manie, de la phobie ou de la «philie»⁶³. L'oeuvre de Martin Bernal se situe également dans ce courant de pensée⁶⁴, ainsi que la recherche d'Arnaldo Momigliano relative au multiculturalisme hellénique⁶⁵, ces travaux fournissant les présupposés permettant de façonner l'image postmoderne de Rome comme patrie des ré-écritures⁶⁶.

Vu cette orientation, on comprend facilement que la littérature comparée et l'imagologie retiennent l'attention d'un Edward Said tentant de démasquer, dans une perspective postcoloniale, la vision du Moyen-Orient créée par l'Occident à partir d'une situation occidentale et impérialiste⁶⁷. C'est d'ailleurs précisément dans le cadre analytique postcolonial que Homi Bhabha a pu faire une place à la notion de «mimétisme» (« *mimicry* »)⁶⁸, très proche de l'idée d'imitation des modèles et de celle, plus récemment formulée, de « *soft power* ». Pour Bhabha, le mimétisme renvoie au désir ambigu du dominé de ressembler au dominant, même de façon jugée parodique par ce dernier. En d'autres termes, il se produit un

⁵⁹ Voir par exemple René Wellek et Austin Warren, *Theory of Literature*, 1st ed. New York, Harcourt, Brace & Co., 1948; 3^d ed. 1956, pp. 20 – 28.

⁶⁰ Voir généralement *Comparative Literature : Proceedings of the Second Congress of the International Comparative Literature Association*, sous la dir. de Werner P. Friederich, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1959, I-II.

⁶¹ Voir par exemple Hugo Dyserinck, *Imagologie*, Bonn, Bouvier, 1993. Voir aussi Daniel-Henri Pageaux, « Une perspective d'études en littérature comparée : l'imagerie culturelle », *Synthesis*, 1981, p. 169.

⁶² Voir Hugo Dyserinck, *Komparatistik*, 3^e éd., Bonn, Bouvier, 1991, *passim*.

⁶³ Voir Daniel-Henri Pageaux, *La littérature générale et comparée*, Paris, Armand Colin, 1994, pp. 71 - 73.

⁶⁴ Voir par exemple Bernal, *op. cit.*, note 3.

⁶⁵ Voir par exemple Arnaldo Momigliano, *Alien Wisdom*, Cambridge, Cambridge University Press, 1978.

⁶⁶ Voir en ce sens P.G. Monateri, « Black Gaius : A Quest for the Multicultural Origins of the "Western Legal Tradition" », (2000) 51 *Hastings Law J.* 479.

⁶⁷ Voir Edward W. Said, *Orientalism*, New York, Pantheon, 1978.

⁶⁸ Voir Homi K. Bhabha, *The Location of Culture*, Londres, Routledge, 2004, pp. 85-92.

phénomène d'hybridation volontaire de la part du dominé⁶⁹, c'est-à-dire une créolisation globale. De telles études ont conduit aux soi-disant « *East-West Studies* », qui se rattachent aux analyses proposées par Yuri Lotman sur l'interaction entre les cultures⁷⁰. A cet égard, le comparatiste slovaque Dionýz Ďurišin, soucieux de mettre l'accent sur les relations hiérarchiques entre métatextes translinguistiques, a formulé l'idée de « communauté interlittéraire »⁷¹. Il s'agit d'une notion à caractère géographique, c'est-à-dire non ethnique et non linguistique, l'exemple-type en étant la zone transcontinentale de la Méditerranée⁷². Ces divers travaux, par-delà leur spécificité, se rejoignent en ce qu'ils dénoncent, chacun à sa manière, les méprises qui hantent les représentations nationales.

Le domaine de la littérature comparée illustre ainsi clairement ce que nous avons voulu expliquer à propos de la linguistique et de la religion. La définition même de « littérature » et de « littérature nationale », tout comme la construction d'un « canon » et plus précisément d'un « canon esthétique », sont impliquées dans des projets de *gouvernance* visant à régir non seulement des comportements, mais aussi des sentiments de même que l'expression de ces sentiments. Il est donc question d'une construction de la sensibilité même au prisme de laquelle le monde est perçu, que la comparaison est là pour légitimer ou délégitimer.

Les périodes de la comparaison des droits

Passons à l'étude du « droit » proprement dit.

Il s'agit pour nous de nous attacher ici à analyser comment des développements tels que ceux que nous avons pu observer à propos de la linguistique, des religions et de la littérature ont pareillement marqué le champ du droit. Sans vouloir offenser les juristes, il

⁶⁹ Pour une application de cette idée au droit, voir P.G. Monateri, « The Weak Law : Contaminations and Legal Cultures », (2003) 13 *Transnational Law & Contemporary Problems* 575.

⁷⁰ Voir généralement Yuri M. Lotman, *Universe of the Mind*, trad. par Ann Shukman, Londres, I.B. Tauris, 1990.

⁷¹ Voir par exemple Dionýz Ďurišin, *Sources and Systematics of Comparative Literature*, trad. par Peter Tkáč, Bratislava, Univerzita Komenského, 1974 ; *Les communautés interlittéraires spécifiques*, sous la dir. de Dionýz Ďurišin *et al.*, Bratislava, Veda, 1987-1993, I-VI. Pour une évaluation de l'importance de la contribution de Ďurišin, voir Pierre Swiggers, « A New Paradigm for Comparative Literature », (1982) 3/1 *Poetics Today* 181.

⁷² Voir *Il Mediterraneo : una rete interletteraria*, sous la dir. de Dionýz Ďurišin et Armando Gnisci, Rome, Bulzoni, 2000.

faut bien admettre, en effet, que le droit, situé au coeur de la régulation sociale, n'est pas isolé des autres sciences de l'esprit. Comme l'écrit justement Robert Cover, « nous habitons un *nomos* — un univers normatif [...], un monde de bien et de mal, de légal et d'illégal, de valide et d'invalid. [...] Le droit constitue non seulement un système de règles à observer, mais un monde dans lequel nous vivons »⁷³.

Comme on le sait, Friedrich Carl von Savigny, le plus grand juriste allemand du XIXe siècle, place les débuts du comparatisme juridique moderne sous les auspices de l'historicisme⁷⁴. D'après Savigny, le droit, étant profondément ancré dans les traditions locales, apparaît comme l'expression des croyances les plus profondes d'un peuple et se fait donc inséparable des comportements et de la morale, des coutumes et de l'histoire. En d'autres termes, il existe un lien organique entre le droit et l'essence d'une nation⁷⁵. Pour un juriste allemand tel Savigny, le droit romain, enraciné dans l'histoire juridique allemande, devait donc se substituer, en tant qu'objet d'étude, à l'idée d'un droit universel fondé sur la Raison. Cette approche tendait notamment à nier une quelconque influence non romaniste sur le développement du droit national allemand⁷⁶. En filigrane, la thèse de Savigny révélait une étroite analogie entre « droit » et « langue », laquelle se faisait, elle aussi, tributaire de la conscience populaire. Ainsi, de même que l'existence de la langue ne dépendait évidemment pas de l'activité du grammairien, il n'était pas question d'assujettir le droit à l'action du codificateur. Selon Savigny, toute tentative de codification se donnant pour mission de faire table rase de la conscience populaire ne pouvait que constituer une erreur fondamentale⁷⁷. Comme ce fut le cas pour la linguistique, la comparaison est utilisée ici non pas pour aller au-delà d'une vision nationale du droit, mais bien pour susciter et soutenir celle-ci.

⁷³ Robert M. Cover, « *Nomos and Narrative* », (1983) 97 Harvard Law R. 4, pp. 5-6 [« *We inhabit a nomos — a normative universe (...) (,) a world of right and wrong, of lawful and unlawful, of valid and void. (...) (L)aw becomes not merely a system of rules to be observed, but a world in which we live* »].

⁷⁴ Pour une réflexion consacrée à Savigny et à son rôle à l'égard du développement des études juridiques comparatives, voir William Ewald, « *Comparative Jurisprudence (I) : What Was it Like to Try a Rat ?* », (1995) 143 University of Pennsylvania Law R. 1889, pp. 2012-43.

⁷⁵ Voir *Id.*, p. 2016.

⁷⁶ A titre d'illustration d'une telle exclusion, il convient de rappeler la négation du droit hébraïque alors même qu'une partie importante de la population allemande était d'origine juive.

⁷⁷ Pour le célèbre manifeste témoignant de l'opposition de son auteur à la codification du droit allemand, voir Friedrich Carl von Savigny, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg, Mohr & Zimmer, 1814. Pour une version française, voir *De la vocation de notre temps pour la législation et la science du droit*, trad. par Alfred Dufour, Paris, PUF, 2006.

Un examen des travaux d'Eduard Gans, reconnu avec Savigny comme l'un des fondateurs du comparatisme juridique allemand, doit nous permettre de préciser ce propos. Gans conçut son volumineux travail sur le droit des successions dans l'esprit de l'histoire juridique universelle (« *Universalrechtsgeschichte* »)⁷⁸. A ce titre, il examina notamment les droits indien, chinois, hébraïque, islamique, scandinave, islandais, écossais, portugais, attique et romain. Mais le maître-ouvrage de Gans est hanté par une profonde contradiction. Affirmant dans un premier temps qu'aucun droit ne devrait jouir d'une importance exclusive par rapport aux autres⁷⁹, l'auteur n'en déclare pas moins l'importance particulière du droit romain en raison du rôle extraordinaire joué par Rome dans l'histoire universelle⁸⁰. D'ailleurs, l'intitulé même de l'introduction — « L'histoire romaine et le droit romain »⁸¹ — interpelle le lecteur dans la mesure où le livre s'est donné comme objectif de couvrir le monde entier ou presque. Comment le comparatisme de Gans parvient-il donc à s'accommoder de cette logique de la spécificité ?

Si les nombreux disciples de Savigny — par exemple, Gans lui-même ou encore Anselms von Feuerbach⁸² — retinrent l'importance des études comparatives pour la recherche juridique, il se sera donc agi d'un comparatisme visant la reconstruction d'un « *background* » originaire, soit aryen, commun à l'ensemble de la civilisation occidentale, et ce à l'instar de la démarche de linguistes allemands comme Bopp et Grimm, promoteurs de la « théorie aryenne » dans le champ de la linguistique⁸³. Ainsi le fondement idéologique des études juridiques comparatives, du moins dans l'Allemagne de l'époque, peut-il être aisément rapproché des thèses hégéliennes relativement à l'existence d'un lien étroit entre « institutions » et « race »⁸⁴,

⁷⁸ Voir Eduard Gans, *Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwicklung*, Berlin, Maurer, 1824-1825, I-II ; Stuttgart, J.G. Cotta, 1829-1835, III-IV. Les références dans les notes qui suivent renvoient au premier volume.

⁷⁹ *Id.*, p. xxiii.

⁸⁰ *Id.*, p. xxv.

⁸¹ *Id.*, p. i [« *Roemische Geschichte und Roemisches Rechts* »].

⁸² Pour la contribution de Feuerbach aux études juridiques comparatives, voir notamment Gustav Radbruch, « Anselme Feuerbach, précurseur du droit comparé », dans *Introduction à l'étude du droit comparé : recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert*, Paris, LGDJ, 1938, I, pp. 284-91.

⁸³ Voir *supra*, au texte accompagnant les notes 6-23. Pour l'influence de la linguistique comparée sur la comparaison des droits dans le contexte allemand, voir Adolf F. Schnitzer, *Vergleichende Rechtslehre*, 2e éd., Bâle, Recht und Gesellschaft, 1961, p. 13.

⁸⁴ En son temps, Gans dirigea la publication de divers ouvrages de Hegel, dont les célèbres livres dévolus à la philosophie de l'histoire (« *Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte* ») et à la philosophie du droit (« *Grundlinien der Philosophie des Rechts* »). A ce jour, Gans reste d'ailleurs perçu comme un défenseur particulièrement doué et

c'est-à-dire, en l'espèce, entre les institutions romaines et leur origine indo-européenne. C'est précisément en tant qu'ils constituent une illustration achevée de l'approche aryenne qu'il convient de mettre en valeur les travaux d'August Rossbach sur le mariage⁸⁵, ceux-ci proposant une évaluation comparative des droits romain, indien, grec et allemand, d'une part, et concluant que la branche du droit à l'étude fait état d'un socle commun à l'ensemble de la famille indo-germanique, d'autre part. Rossbach reconnaissait certes l'absence de données empiriques à l'appui de sa thèse, mais n'en estimait pas moins que les analogies entre les divers droits aryens s'imposaient en raison des liens profonds entre ces peuples partageant une origine commune⁸⁶. A la fin du XIXe siècle, de telles études débouchèrent sur diverses tentatives de reconstruction du «droit aryen des origines» (« *Urrecht* »)⁸⁷, lesquelles témoignaient ainsi de la grande importance accordée à la communauté ethnique aryenne.

Il y a lieu de préciser que la trame romaniste ne fut pas abandonnée pour autant. Ainsi le droit romain demeurait le modèle vers lequel tendait le «droit des origines» comme en témoigne l'ouvrage que l'excellent savant Rudolf von Jhering écrivit sur l'histoire comparée des Indo-européens⁸⁸. Selon Jhering, si le droit romain avait pu assumer un rôle d'une importance aussi cruciale dans le champ des études juridiques comparatives, c'est à ses fondements ethniques qu'il le devait⁸⁹. La théorie aryenne devenait donc la clé permettant de comprendre la suprématie du droit romain et son caractère unique par rapport à d'autres droits non aryens. A son apogée durant les années 1930, cette thèse suscita toutefois la formulation d'un nouveau modèle romaniste à l'enseigne de l'anti-individualisme, et ce afin de favoriser une adhésion majoritaire aux postulats politiques animant le mouvement nazi⁹⁰. Selon Ernst Schönbauer, il était même impossible de comparer les droits des peuples non apparentés du point de vue

influent des thèses de Hegel. Voir par exemple Todd A. Gooch, « The New Hegelians : Politics and Philosophy in the Hegelian School », (2007) 45 J. of the History of Philosophy 667, p. 668.

⁸⁵ Voir August Rossbach, *Untersuchungen über die römische Ehe*, Stuttgart, C. Macken, 1853.

⁸⁶ *Id.*, pp. 37, 192 et 198.

⁸⁷ Voir par exemple Burkard Wilhelm Leist, *Alt-arisches jus gentium*, Jena, Fischer, 1889 ; *Id.*, *Alt-arisches jus civile*, Jena, Fischer, 1892.

⁸⁸ Voir Rudolf von Jhering, *Vorgeschichte der Indoeuropäer*, sous la dir. de Viktor Ehrenberg, Leipzig, Breitkopf & Härtel, 1894. Pour une version française, voir *Les Indo-européens avant l'histoire*, trad. par O. de Meulenaere, Paris, A. Marescq, 1895.

⁸⁹ Voir Wolfgang Fikentscher, *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1975, p. 250.

⁹⁰ Voir Michael Stolleis, *Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht*, Berlin, J. Schweitzer, 1974, p. 35.

ethnique⁹¹. Ceci dit, la vigoureuse critique de la théorie aryenne avancée notamment par Paul Koschaker, selon lequel il ne faudrait accorder aucune attention à la race dans la théorie juridique⁹², comme son succès auprès d'éminents chercheurs tels le philologue et comparatiste Georges Dumézil⁹³, mérite d'être soulignée.

Le comparatisme juridique contemporain

Sur cette toile de fond, un panorama de la pensée juridique comparative aux XIXe et XXe siècles permet d'identifier trois phases distinctes, d'ailleurs antagoniques, chacune ayant suscité un mode spécifique de comparaison des droits.

Dans la mesure où des études comparatives ont tout d'abord cherché à marquer une identité juridique nationale, à en souligner la supériorité par rapport aux autres droits nationaux, il a prévalu dans un premier temps une «comparaison des différences». Comme nous l'avons vu, c'est l'esprit dans lequel s'est affirmée la pensée comparative allemande à ses débuts tout comme la réflexion des plus grands comparatistes de la première moitié du XXe siècle⁹⁴. Ainsi les travaux d'un Raymond Saleilles avaient clairement pour objectif de circonscrire l'identité du Code civil français par rapport au nouveau code civil allemand et d'en affirmer la supériorité, tant pratique qu'esthétique⁹⁵. Les publications de comparatistes anglais, dont au premier chef la recherche de H.C. Gutteridge, allèrent dans le même sens. La présentation des caractéristiques distinguant le droit anglais du droit français permit donc de mettre en avant les vertus d'une flexibilité anglaise toute particulière que n'autorisait pas la codification⁹⁶. Il est également difficile de ne pas voir dans les travaux de Roscoe Pound sur le

⁹¹ Voir Ernst Schönbauer, « Zur Frage des Eigentumsüberganges beim Kauf », *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (Rom. Abt.)*, 1932, p. 52.

⁹² Voir par exemple Paul Koschaker, « Was vermag die vergleichende Rechtswissenschaft zur Indogermanenfrage beizusteuern ? », dans Helmuth Arntz, *Germanen und Indogermanen : Volkstum, Sprache, Heimat, Kultur*, Heidelberg, C. Winter, 1936, pp. 147-59.

⁹³ Voir par exemple, s'agissant des rites matrimoniaux à Rome et dans l'Inde antique, Georges Dumézil, *La religion romaine archaïque*, Paris, Payot, 1966, p. 585.

⁹⁴ Voir P.G. Monateri, « Critique et différence : le droit comparé en Italie », *Revue internationale de droit comparé*, 1999, p. 989.

⁹⁵ Voir généralement Christophe Jamin, « Le vieux rêve de Saleilles et Lambert revisité », *Revue internationale de droit comparé*, 2000, p. 733.

⁹⁶ Voir par exemple H.C. Gutteridge, *Comparative Law*, 2e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 1949, pp. 88-95.

précédent judiciaire la recherche d'une identité autonome du droit américain par rapport au droit anglais dans le but d'en montrer les avantages⁹⁷.

Par la suite, la «comparaison des différences» céda le pas à la tendance opposée. Depuis le milieu du XXe siècle, de nombreux textes ont voulu démontrer combien les droits, notamment les droits européens, sont proches les uns des autres et combien ils le sont davantage que ce qu'on aurait pu imaginer. C'est la «comparaison des ressemblances». En Italie, Gino Gorla a ainsi longuement travaillé à l'atténuation maximale de la différence entre « *common law* » et « *civil law* ». Pour ce faire, il n'a pas hésité à mobiliser une recherche historique qui échappait aux canons habituels et à en orienter l'interprétation dans une direction pré-établie⁹⁸. Selon la même logique de pré-détermination des conclusions, une synthèse positiviste allemande cherche tant à gratifier les romanistes en prétendant démontrer que le droit anglais arrive depuis des siècles à des solutions structurellement semblables à celles du droit romain qu'à rassurer la communauté juridique anglaise en avançant que son droit ne constitue donc pas un élément étranger dans la tradition européenne et qu'il peut facilement s'intégrer au processus d'harmonisation juridique en cours, a fortiori si celui-ci se déroule en anglais⁹⁹.

Mais cette longue période pendant laquelle on a voulu susciter une impression de consensus juridique, de manière d'ailleurs tout aussi idéologique que durant la phase antérieure, touche à sa fin en raison des pressions exercées par la globalisation. On aurait certes pu penser que ce mouvement irait dans le sens de l'uniformisation et viendrait ainsi consolider la « comparaison des ressemblances ». Mais tel n'est pas le cas, car les phénomènes de globalisation se caractérisent notamment par une importante concurrence entre les différents droits qui, par-delà l'affirmation de leur identité, mènent une lutte géopolitique toujours plus explicite pour le gouvernement juridique du monde.

Bouleversant l'image conventionnelle des études juridiques comparatives en tant qu'entreprise « scientifique », ce schéma en trois volets démontre bien qu'à l'instar de tout

⁹⁷ Voir généralement Mitchel Lasser, « Comparative Readings of Roscoe Pound's *Jurisprudence* », (2002) 50 *American J. of Comparative Law* 719.

⁹⁸ Voir par exemple Gino Gorla, *Esperienza Scientifica. Il Diritto Comparato*, Milano, Giuffrè, 1982, pp.508 - 533.

⁹⁹ Voir Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations*, Oxford, Oxford University Press, 1996.

discours juridique, la comparaison des droits se fait forcément rhétorique et idéologisée, organisant l'«espace exotique» d'une culture juridique donnée pour produire des arguments orientés vers telle ou telle autre conclusion. Même la classification des droits, à laquelle de nombreux comparatistes consacrent d'importants efforts didactiques, s'offre d'ailleurs comme une illustration spectaculaire d'idéologisation de la pensée comparative alors que d'aucuns s'attendraient à ce les comparatistes se contentent de faire état de la « neutralité » qui sied à des regroupements savants. L'entomologiste ne classe-t-il pas les variétés d'insectes sans l'expression d'une quelconque manifestation d'intérêt personnel ? S'agissant des études juridiques comparatives, la question de la classification des droits reste toutefois foncièrement idéologique en ce qu'elle met en cause les notions d'« identité » et de « différence », posant ainsi un « nous » face à des « autres » — ce dont nos trois exemples font amplement état.

Pendant les années 1950 et 1960, soit à l'époque de la « guerre froide », l'ouvrage de René David schématisa les droits du monde selon une distinction entre droits « romano-germaniques », « socialistes » et de « *common law* »¹⁰⁰, l'ensemble des autres droits se voyant relégué à une dernière catégorie aussi vaste qu'indifférenciée. Or dans chacune des trois catégories principales, un droit dominait les autres. S'agissant des pays de *common law*, le droit des Etats-Unis était envisagé comme primordial. Parmi les droits socialistes, la suprématie du droit de l'Union soviétique allait de soi. Quant aux droits romano-germaniques, c'était la France qui, aux yeux de David, occupait le premier rang. Ainsi le droit français se hissait-il au même rang que les droits des deux super-puissances politiques et économiques de l'époque. Qui plus est, ce droit pouvait prétendre à un ascendant sur les deux autres au titre de l'ancienneté (avec tout ce que cela implique sur le plan de la diffusion et de l'influence). Pour sa part, la classification proposée par Konrad Zweigert et Hein Kötz diffère à plusieurs égards de celle qu'elle remplaça à compter des années 1970 à titre d'ordonnancement de référence dans le champ des études juridiques comparatives¹⁰¹. Retenons ici le fait que Zweigert et Kötz distinguent droits romanistes et germaniques, ce qui leur permet d'émanciper l'Allemagne de la tutelle française et de faire figurer le droit allemand comme « chef de file » au même titre que le droit français. Pendant ce temps, aux Etats-Unis, on retient des classements structurés autour de l'opposition

¹⁰⁰ Voir aujourd'hui René David, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11e éd. par Camille Jauffret-Spinozi, Paris, Dalloz, 2002.

¹⁰¹ Voir Konrad Zweigert et Hein Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3e éd., Tübingen, J.C.B. Mohr, 1986.

entre la « *Western Legal Tradition* » et les autres¹⁰². Simple, cette distinction apparaît pourtant typiquement américaine. Ainsi, au vu de la grandeur des valeurs communes exprimées par la « *Western Legal Tradition* », « *common law* » et « *civil law* » ne représentent guère plus que des variantes locales, les différences entre droits français et allemand étant par ailleurs tenues pour insignifiantes. Quant au droit des Etats-Unis, héritier du *common law* anglais ayant intégré les valeurs des Lumières françaises et emprunté des suggestions soigneusement sélectionnées à la théorie allemande tout en développant un système judiciaire sans équivalent, il n'est que juste qu'il occupe la place d'honneur.

Revendiqué au nom de postulats idéologiques déterminés et identifiables, chacun de ces classements comporte une interpellation fondamentale du principe d'unité des droits. Mais celui-ci est interrogé d'une autre manière encore, que la comparaison des droits peut également mettre en lumière — ce qui permet notamment de consolider la dimension idéologique de la pensée comparative. A l'examen, il nous est ainsi loisible de constater qu'alors même que les droits positifs sont composés d'éléments — ou « formants » — se contredisant les uns les autres¹⁰³, les juristes spécialistes de droit national nient, voire camouflent, cet état de choses. Or c'est bien la comparaison des droits qui peut, de manière critique, mettre au jour ces paradoxes, comme en témoignent par exemple des travaux sur l'opposition entre les définitions savantes et le droit appliqué¹⁰⁴.

Puisqu'il est question de l'idéologie animant, même de manière subreptice, la comparaison des droits, il pourrait encore être fait mention de la problématique relative à la circulation des modèles d'un droit à l'autre, voire à leur assimilation par le droit d'accueil selon des structures de cohérence qui lui sont propres. Il s'agirait notamment de relativiser la soi-disant toute-puissance de la loi, qui n'est jamais que l'un des formants des droits, et de

¹⁰² Voir par exemple Harold J. Berman, *Law and Revolution : The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge, Harvard University Press, 1983. Des auteurs européens ont emboîté le pas. Voir par exemple J.M. Kelly, *A Short History of Western Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1992 ; R.C. van Caenegem, *An Historical Introduction to Western Constitutional Law*, trad. par David Johnston, Cambridge, Cambridge University Press, 1995.

¹⁰³ Voir Sacco, *op. cit.*, note 47, pp. 33-50. Pour la notion de « formants », voir aussi P.G. Monateri et Rodolfo Sacco, « Legal Formants », dans *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, sous la dir. de Peter Newman, Londres, Palgrave Macmillan, 1998, II, pp. 531-33.

¹⁰⁴ Voir par exemple Rodolfo Sacco, « Définitions savantes et droit appliqué dans les systèmes romanistes », dans *Revue internationale de droit compare*, 1965, p. 827 - 837; Pier Giuseppe Monateri, « Règles et techniques de la

souligner l'importance de la culture, par exemple en ce qui a trait aux importations « inconscientes », c'est-à-dire à ces reprises qui, quoique personne ne les ait volontairement provoquées, ont pu profondément marquer un droit (qu'on songe, par exemple, à l'influence du modèle doctrinal allemand en Italie ou à l'impact de la recherche américaine dans divers pays de « *civil law* »). Ici, la diffusion des modèles juridiques — ou, plus justement, de fragments de ces modèles (ainsi la doctrine allemande mais pas la jurisprudence ou la loi française sans la doctrine) — est envisagée non pas du point de vue des stratégies du droit exportateur, mais bien en tant que phénomène culturel d'imitation dont le mimétisme peut participer des besoins comme de la fascination pour un modèle jugé prestigieux. Ceci n'est toutefois pas dire qu'on n'assiste pas à des phénomènes « conscients » d'exportation de modèles juridiques — par exemple à destination des droits des pays se situant dans le giron de l'ex-empire socialiste ou de ceux des pays dits en « voie de développement » — relevant tantôt de comparatistes tantôt d'avocats étrangers à la comparaison des droits, qui, imbus de la « supériorité » de leur droit, en font la promotion, parfois à outrance. En tout état de cause, dans chaque droit domine l'incohérence, sauf, bien sûr, aux juristes nationaux à recourir à des stratégies théoriques et rhétoriques locales pour gommer les ambivalences. Et c'est le caractère artificiel de cette cohérence que la comparaison des droits peut avantageusement dévoiler¹⁰⁵.

La géopolitique du droit

Qu'il soit question de langue, de religion, de littérature ou de droit, les grands schémas classiques produits par l'esprit humain organisent tant l'espace et le temps que le dedans et le dehors. En un mot, ils constituent le *nomos*¹⁰⁶. Et le déploiement de ce *nomos* sous forme de grandes surfaces planétaires est justement le fruit d'études comparatives. C'est ainsi que la « géopolitique » comprise non pas dans le sens traditionnel relatif à l'influence de la géographie sur le politique, mais bien dans sa signification nouvelle de construction politique de la

définition dans le droit des obligations et des contrats en France et en Allemagne: la synecdoque française», dans *Revue internationale de droit comparé*, 1984, pp.7-57.

¹⁰⁵ C'est l'« idéologie » au sens de création, modification et transmission du sens. Voir généralement Terry Eagleton, *Ideology*, Londres, Verso, 1991.

¹⁰⁶ Il s'agit du *nomos* entendu non seulement au sens de Cover, *op. cit.*, note 74, mais encore tel que conçu dans Carl Schmitt, *Der Nomos der Erde*, Berlin, Duncker & Humblot, 1997 [1950].

spatialité du monde et de la rhétorique de l'histoire¹⁰⁷, c'est-à-dire entendue comme fille de la comparaison, nous révèle, par exemple, l'existence d'une « géopolitique du droit ». Ici, parce qu'il s'agit d'études comparatives, le droit est appréhendé selon une conception qui fait une place à l'exotisme, au fragment, à l'hybridité, voire à l'inconscient. Il y a lieu de ne pas sous-estimer l'ampleur du déplacement du phénomène juridique qui situe celui-ci de manière diamétralement opposée à l'entendement qui en prévaut réflexivement chez les juristes dont les intérêts se limitent au droit national. Et il convient tant de le saluer que de l'encourager.

Laetitia Gabory a collaboré à la préparation de ce texte pour publication.

¹⁰⁷ Voir généralement Cristina Costantini, « L'anima apologetica della comparazione e la geopolitica del diritto », *Rivista critica del diritto privato*, 2005, p. 190.